

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**COMMONLIZAÇÃO DO PROCESSO JURÍDICO BRASILEIRO
E APLICAÇÃO DO DIREITO NA DEFESA DOS INTERESSES
DIFUSOS EM MATÉRIA AMBIENTAL**

DANIELLE MARIEL HEIL

Itajaí, outubro de 2017

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**COMMONLIZAÇÃO NO PROCESSO JURÍDICO
BRASILEIRO E APLICAÇÃO DO DIREITO NA DEFESA DOS
INTERESSES DIFUSOS EM MATÉRIA AMBIENTAL**

DANIELLE MARIEL HEIL

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Alexandre Moraes da Rosa

Co-orientador: Professor Doutor Germán Valencia

Itajaí, outubro de 2017

AGRADECIMENTOS

Inicialmente a Deus, que me deu as possibilidades para a concretização deste trabalho de pesquisa, enviando-me sabedoria para guiar meu cansaço e objetivos;

À minha mãe Denise de Sousa Heil, primeiro por ser a pessoa que mais admiro e por sempre cuidar de mim em todos os momentos. Só uma frase é capaz de expressar minha gratidão: eu te amo! Obrigada por sempre acreditar em mim;

Ao meu noivo Gabriel Ristow Lopes, meu amor, meu companheiro, obrigada pela paciência e por sempre estar ao meu lado. Você é meu porto seguro e quem irradia luz e alegria nos dias mais nublados;

Ao meu pai Antonio Carlos Heil [*in memoriam*], que partiu tão repentinamente. Pensei que estarias comigo nesse momento;

Ao Professor Doutor Alexandre Moraes da Rosa, pela amizade, sensibilidade e prestimosa orientação, registrando que carrego a sensação de privilégio de ter sido sua orientanda;

Aos meus alunos do curso de Direito do Centro Universitário de Brusque – UNIFEBE, pelo respeito e reconhecimento constantes;

À coordenadora do curso, Anna Lúcia Martins Mattoso Camargo, professora Adriana Bina, Raquel Schöning e demais professores da UNIFEBE, pela atenção e amizade;

Ao meu amigo de todas as horas, meu irmão Guilherme Antonio Heil, obrigada pela cumplicidade;

Aos estimados colegas de mestrado Bruna Maria de Carvalho Civinski, André Luis Staack, Camila Savaris, Rafaela Schmitt Garcia, Gabriela Rangel, Jorge Antonio Cecyn Junior, Klauss Corrêa de Souza, Andrey Cunha Amorim e João Carlos Castanheira Pedroza, amantes do Direito e da Justiça, obrigada pela amizade.

A todos, meus sinceros agradecimentos.

DEDICATÓRIA

Dedico essa dissertação às pessoas que dão sentido à minha vida e me fazem crer que continuar vale à pena, minha amada mãe Denise de Sousa Heil, e meu noivo Gabriel Ristow Lopes, pela compreensão e amor.

Dedico essa dissertação à memória de meu pai Antonio Carlos Heil, meu anjo no céu. Seu sorriso, seu humor e amor contagiantes, permanecem a iluminar os meus dias.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

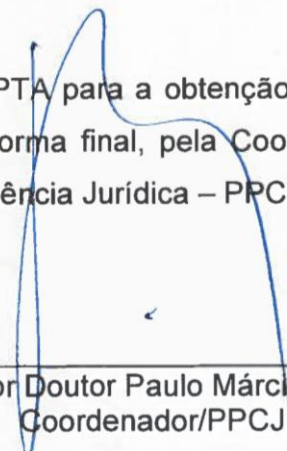
Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí, outubro de 2017

Danielle Mariel Heil

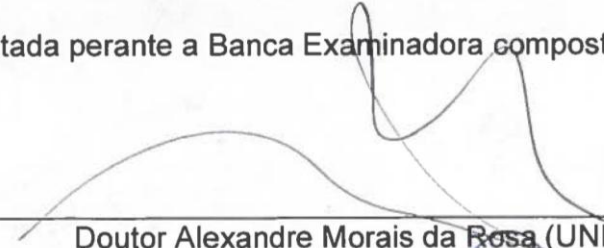
Mestranda

Esta Dissertação foi julgada APTA para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.

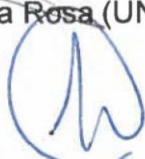


Professor Doutor Paulo Márcio da Cruz
Coordenador/PPCJ

Apresentada perante a Banca Examinadora composta pelos Professores



Doutor Alexandre Morais da Rosa (UNIVALI) – Presidente



Doutor Joaquin Melgarejo Moreno (UNIVERSIDADE DE ALICANTE, ESPANHA) –
Membro



Doutora Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza (UNIVALI) – Membro

Itajaí(SC), 05 de outubro de 2017

ROL DE CATEGORIAS

Rol de Categorias, as quais indicam palavras ou expressões estratégicas à elaboração e/ou expressão de uma ideia¹, e seus Conceitos Operacionais - COP, responsáveis pela definição para uma palavra e expressão, com a pretensão de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que se expõe², considerados estratégicos para a compreensão do tema proposto.

Ativismo Judicial: “[...] o ativismo nada mais é do que uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes”.³

Ativismo Constitucional: “O ativismo constitucional é toda ação que tenha como meta realizar a Constituição, ou mais especificamente, é o conjunto de ações [...] em todas as práticas de poder, seja pelo administrador público, seja pelo legislador, seja pelo juiz”.⁴

Ciência Jurídica: “[...] atividade de pesquisa que tem como objeto o Direito, como Objetivo Principal a descrição e/ou prescrição sobre o Direito ou fração temática dele, acionada a Metodologia que se compatibilize com o Objeto e o Objetivo, sob o compromisso da contribuição para a consecução da Justiça⁵.”

Civil Law: “O *civil law* é a mais antiga e mais difundida tradição jurídica, sua ascendência mais remota pode ser firmada em 450 c.C., que é a data atribuída à publicação da Lei das XII Tábuas, em Roma. Hoje, é a tradição dominante na Europa, na América Latina e em muitas partes da Ásia e da África [...] O *civil law*, nos moldes da teoria do filósofo Montesquieu, baseia-se em uma rígida tripartição de poderes. [...] Logo, para o *civil law*, a lei é a principal fonte do direito, a ponto de não

¹ PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática. 13 ed. rev. atual. ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 27.

² PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da Pesquisa Jurídica, p. 50.

³ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 279-280.

⁴ PETER, Christine Oliveira. **Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 62-87, p. 77.

⁵ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, p. 39.

raro haver confusão entre estes dois conceitos – lei e direito. Nesse sistema, doutrina, jurisprudência e costumes possuem importância secundária”⁶.

Common Law: “O *Common Law* é o juiz que faz o direito (*judge-made-law*), enquanto a Jurisprudência apenas desempenha papel secundário na formação e evolução dos direitos romanistas; o *Common Law* é direito judiciário”.⁷ “No *common law*, a obrigação é a de respeitar as regras estabelecidas pelos juízes em decisões passadas”.⁸

Commonlização: “[...]face à ausência de racionalidade na aplicação das leis, parcela de processualistas passaram a defender a tese de que o novo CPC se abriu para a *commonlização* do direito. E, para tanto, entendem que deve haver Cortes de Precedentes que façam teses, que se tornam vinculantes para o restante do sistema [...] No Brasil [...] o melhor a fazer é delegar para o STF e o STJ o poder de fixar as teses, que servirão de precedentes. Essas teses/precedentes valerão por terem autoridade e não pelo seu conteúdo. É disso que se trata”.⁹

Decisão Jurídica: “É a implementação de uma conduta de acordo com a Norma Jurídica, podendo ser adjetivada de judicial quando tomada por uma autoridade no exercício da jurisdição, na qualidade de órgão de revisão das condutas praticadas em Sociedade, com poder de imposição mediante emprego da força intimidativa ou física”.¹⁰

Direito: “[...] o direito é, sempre, fruto de determinada cultura. Por isso não pode ser concebido como fenômeno universal e atemporal [...] Daí por que, embora se possa referir um direito do modo de produção capitalista, em cada sociedade manifesta-se

⁶ GALIO, Morgana Henicka. **Overruling**: a superação do precedente no direito brasileiro. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 19-20.

⁷ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito**: Estados Unidos x Brasil. Florianópolis: IBRADD/CESUSC, 2001, p. 33.

⁸ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 65.

⁹ STRECK, Lenio Luiz. Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC! **Consultor Jurídico**, 21 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

¹⁰ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. 2. ed. rev. ampl. Curitiba: Editora Prismas, 2015, p. 227.

um determinado direito, diverso e distinto dos outros direitos que se manifestam em outras sociedades”.¹¹

Direito Difuso: “Os interesses e direitos difusos caracterizam-se quando não há uma determinação absoluta dos titulares, que estão ligados a circunstâncias de fato, e por isso são considerados indivisíveis [...] as vítimas do prejuízo não são pessoas individualmente consideradas, ao contrário, ele atinge a todos, eis que difuso e coletivo”.¹²

Direito Fundamental de Terceira Dimensão: “Protege-se, constitucionalmente, como ‘direitos de terceira geração’ os chamados ‘direitos de solidariedade ou fraternidade’, que englobam o direito a um Meio Ambiente equilibrado, a uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos”.¹³

Direito Anglo-Saxão: “O Direito anglo-saxônico caracteriza-se como um Direito jurisprudencial, tendo em vista que usa como método de julgamento a análise da jurisprudência relacionada ao caso concreto”.¹⁴

Direito Continental: “O direito brasileiro, possui raízes no direito continental europeu, basicamente um direito derivado do direito romano, com a codificação que marcou a doutrina francesa e alemã do século XIX. Os estudiosos da *Common Law* chamam de *Civil Law* essa família jurídica”.¹⁵

Estado Socioambiental Democrático de Direito: “É possível destacar o surgimento de um *constitucionalismo socioambiental* ou *ecológico*, assim como

¹¹ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. rev.amp. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 22-23.

¹² MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 99.

¹³ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 56.

¹⁴ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à história do Direito**: Estados Unidos x Brasil. Florianópolis: IBRADD/CESUSC, 2001. p. 33.

¹⁵ SANTOS, Ramon Alberto dos; ARAÚJO, Renê José Cilião de. **Common Law e Civil Law**: uma análise dos sistemas jurídicos brasileiro e norte-americano e suas influências mútuas. VII EPCC- Encontro Internacional de Produção Científica CESUMAR. 25 a 28 de outubro de 2011. Paraná, 2011, p. 3. Disponível em: <http://www.cesumar.br/prppge/pesquisa/epcc2011/anais/ramon_alberto_dos_santos.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2016.

outro se fez (e, em grande medida, ainda se faz!) presente a necessidade de um *constitucionalismo social* para corrigir o quadro de desigualdade e degradação humana em termos de acesso aos direitos sociais [...] é possível decretar a superação do modelo de Estado Social de Direito por um modelo de *Estado Socioambiental de Direito*".¹⁶

Hermenêutica: "A hermenêutica jurídica é o cabedal que pode resgatar o papel da tradição/autoridade e da historicidade que há nos precedentes judiciais sem resvalar nas armadilhas positivistas ou discursivas".¹⁷

Hiperintegração: "A expressão contrapõe-se ao que se pode chamar de desintegração do direito, gerada pela especificação exacerbada de um caso, cujas distinções com outro caso não justificariam o tratamento diferenciado, justamente porque as partes (os dois casos) estão conectadas a uma totalidade. Como se vê, a desintegração e a hiperintegração constituem vícios da prática judiciária que se localizam nos extremos [...]".¹⁸

Judicial Review: "Nos EUA, o *judicial review* é entendido, desde *Marbury v. Madison*, como a avaliação judicial de atos para assegurar a compatibilidade com a Constituição. "[...] a história do *judicial review* é marcada por uma transição no perfil do Judiciário norte-americano. De um poder com atribuições interpretativas os juízes e tribunais assumem uma postura com feições legislativas".¹⁹

Jurisprudência: "A jurisprudência não é formada apenas de um caso isolado, necessita de reiteradas decisões dos tribunais no mesmo sentido, a fim de

¹⁶ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: livraria do advogado Editora, 2008, p. 26.

¹⁷ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 32.

¹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 327.

¹⁹ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 99.

consolidar o posicionamento que será utilizado como orientação para julgamentos futuros [...] decisões reiteradas dos tribunais sem força vinculante”.²⁰

Fonte Jurídica: “[...] são aqueles argumentos teóricos admitidos pelo Direito como legítimos para tomada de decisões em uma Sociedade específica”.²¹

Meio Ambiente: “[...] o conjunto de fatores de ordem física, química e biológica, material e imaterial que abriga e rege a vida em todas as suas formas”.²²

Ponderação: “[...] uma técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação ao qual a Subsunção se mostrou insuficiente”.²³

Positivismo Jurídico: “[...] ser positivista no âmbito jurídico significa escolher como exclusivo objeto de estudo o direito que é posto por uma autoridade e, em virtude disso, possui validade”.²⁴

Pragmatismo: “O pragmatismo centra-se na verdade e identifica o modo norte-americano de pensar e fazer filosofia, bem como repudia quem tenta impor ao conhecimento um modelo formal e inquestionável”.²⁵

Precedente: “É a única ou são as várias decisões de uma *appellate court* (órgão colegiado de segundo grau), que obriga sempre o mesmo tribunal ou os juízes que lhe são subordinados”.²⁶

Precedente Vinculante: “O Precedente vinculante tem eficácia tanto interna quanto externa, pois “[...] a decisão opera efeitos *inter partes*, resolvendo o conflito em

²⁰ ZANETI JUNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo:** o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2. ed. rev. ampl. e alt. São Paulo: Atlas, 2014, p. 233.

²¹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito.** 2. ed. Curitiba: Prismas, 2015. p. 160.

²² BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. **Legislação de direito ambiental.** São Paulo: Saraiva, 2008, p. 577.

²³ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo –** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 334.

²⁴ DIMOULIS, Dimitri. **Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político.** São Paulo: Método, 2006. p. 68.

²⁵ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano.** 1. ed. Brasília: edição do autor, 2013, p. 25.

²⁶ SOARES, Guido Fernandes Silva. **Common Law:** introdução ao direito dos EUA. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 40.

julgamento. De outro, a decisão gera eficácia *erga omnes*, estendendo-se a qualquer pessoa cuja conduta se subsuma a tal regra”.²⁷

Precedente Persuasivo: “Os precedentes relativos, chamados persuasivos (*persuasive precedents*), têm autoridade reduzida e ocorrem nos seguintes casos: um tribunal pode não seguir uma decisão tomada por um juízo hierarquicamente inferior”.²⁸

Princípio: “Conjunto de categorias nucleares e estruturantes que alicerçam e fundamentam determinado sistema”.²⁹

Ratio Decidendi: “A *Ratio Decidendi* representa a regra de direito utilizada como fundamento direto da decisão sobre os fatos específicos do caso e o *obiter dictum* todas aquelas afirmações e argumentações que estão contidas na motivação da sentença, mas que, mesmo se revelando úteis para a compreensão da decisão e dos seus motivos, não constituem parte integrante do seu fundamento jurídico”.³⁰

Realismo Jurídico: “A corrente do Realismo Jurídico sustenta que: “[...] os juízes possuem ampla liberdade de decisão, aplicam o direito conforme suas opiniões pessoais [...] o direito é aquilo que os juízes consideram como direito, não se vinculando nem pela suposta justiça, nem pela vontade do legislador, que muitas vezes é formulada de maneira abstrata e obscura e impossibilita a aplicação objetiva da norma³¹.”

²⁷ ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes judiciais:** racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 121.

²⁸ SÉROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano.** São Paulo: Landy, 2001, p. 110.

²⁹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro.** 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 43.

³⁰ TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência.** Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 108, n. 415, p. 277-290, jan./jun. 2012, p. 282.

³¹ DIMOULIS, Dimitri. **O caso dos denunciantes invejosos.** 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 25.

Sistema Jurídico: conjunto de regras normativas. A tradição jurídica relaciona o Sistema Jurídico com a cultura, e ela insere o sistema legal dentro e a partir da perspectiva cultural (tradução nossa).³²

Stare Decisis: “[...]pela qual um caso presente, se considerado semelhante a outro anterior, deverá ser julgado do mesmo modo, fazendo do *common law*, portanto, um Sistema Jurídico seguro e estável.³³A doutrina do *Stare Decisis*, em suma, trata da designação dada para descrever o desenvolvimento que a Teoria dos Precedentes do sistema *Common Law* obteve na Inglaterra e nos Estados Unidos³⁴.”

Subsunção: “[...] um raciocínio silogístico, no qual a premissa maior – a norma – incide sobre a premissa menor – os fatos -, produzindo um resultado, fruto da aplicação da norma ao caso concreto”.³⁵

Súmula: “É uma síntese de todos os casos, parecidos, decididos da mesma maneira, colocada por meio de uma proposição direta e clara, ou seja, trata-se de uma orientação que serve como elemento na formação da convicção em decisões a serem proferidas por tribunais inferiores e juízes”.³⁶

Sustentabilidade: “Sustentabilidade é um modo de ser e de viver que exige alinhar as práticas humanas às potencialidades limitadas de cada bioma e às necessidades das presentes e das futuras gerações.”³⁷

³² MERRYMAN, John Henry. **La tradición juridical romano-canónica**. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 23-24.

³³ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à história do Direito: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: IBRADD/CESUSC, 2001, p. 57.

³⁴ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as Súmulas vinculantes?** 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 46.

³⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo** – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 333-334.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Glossário Jurídico**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=S&id=382>. Acesso em: 3 Nov. 2016.

³⁷ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é – o que não é**. 4. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2015, p. 16.

SUMÁRIO

RESUMO.....	15
ABSTRACT.....	16
RESUMEN	17
INTRODUÇÃO	18
1 O DIREITO A PARTIR DA TRADIÇÃO <i>COMMON LAW</i>	22
1.1 AS ORIGENS DO <i>COMMON LAW</i> – INGLÊS E ESTADUNIDENSE	22
1.1.1 Construção da tradição das decisões na Common Law	34
1.2 A TEORIA DA DECISÃO NO SISTEMA <i>COMMON LAW</i>	49
1.2.1 A Força dos Precedentes	62
1.2.2 Os instrumentos do <i>distinguishing</i> e <i>overruling</i>	71
2 O DIREITO CONTINENTAL E O BRASIL	85
2.1 A TEORIA DA DECISÃO POR SUBSUNÇÃO	85
2.2 A INFLUÊNCIA DA TRADIÇÃO CONTINENTAL NO DIREITO BRASILEIRO EM MATÉRIA AMBIENTAL	104
2.3 A INFLUÊNCIA RECENTE DO <i>COMMON LAW</i>	114
3 APLICAÇÃO DO DIREITO NA DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS EM MATÉRIA AMBIENTAL.....	145
3.1 CAMINHAMOS PARA A COMMONLIZAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO	145
3.2 AS NOVIDADES LEGISLATIVAS E O ATIVISMO NO BRASIL	148
3.3 OS DIREITOS DIFUSOS NA SEARA AMBIENTAL	162
3.4 O ATIVISMO JUDICIAL E A PROTEÇÃO DOS INTERESSES DIFUSOS AMBIENTAIS	170
CONSIDERAÇÕES FINAIS	212
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....	219

RESUMO

A presente Dissertação está inserida na linha de pesquisa “Direito e Jurisdição”. Visa estudar o tema da *Commonlização* do Processo Civil Brasileiro, delimitando a sua incidência a partir da defesa dos interesses difusos em matéria ambiental. Para isto, é destacado acerca da teoria da força vinculante dos Precedentes judiciais e suas técnicas de distinção (*distinguishing*) e de superação (*overrule*), como elementos de convergência entre a tradição *Common Law* e *Civil Law*. Contudo, o objetivo desta pesquisa é refletir que a aproximação entre os referidos sistemas jurídicos gera o efeito da positivação, no Novo Código de Processo Civil Brasileiro, de um Sistema Jurídico híbrido (*hybrid law*), em que se dispõe de alguns instrumentos para à uniformização do Direito, sem que, pragmaticamente, o ordenamento experimente as características originárias daquele Direito comum. Além disto, a pesquisa objetiva discutir a inclusão da técnica argumentativa da Ponderação, em substituição a aplicação mecânica e substantiva da lei, que traz, dentre outras consequências, a mutação da tradição *Civil Law*, a confusão entre os termos Precedentes, Jurisprudência e Súmulas vinculantes e, ainda, a margem de probabilidade da prática do Ativismo Judicial, de origem estadunidense, por parte do Judiciário pátrio. Por fim, a pesquisa aplicou o método de abordagem indutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial para analisar a aplicação do fenômeno da *Commonlização* do Processo Civil Brasileiro na defesa dos interesses difusos em matéria ambiental, alcançando, como resultados, a noção de que as decisões judiciais estão comprometidas com o Princípio constitucional da Sustentabilidade e que há uma atuação proativa do poder Judiciário para assegurar um Meio Ambiente sadio e ecologicamente equilibrados para as gerações presentes e vindouras.

Palavras-chave: *Commonlização*. Processo Civil Brasileiro. Pragmatismo Jurídico. Direitos Difusos. Sustentabilidade.

ABSTRACT

The dissertation, which is part of the line of research "Law and Jurisdiction", examines the subject of *Commonlização* ("Commonlization") of Brazilian Civil Proceeding, delimiting its incidence from the defense of diffuse interests in environmental matters. It highlights the theory of the binding force of Judicial Precedents, and their techniques of distinguishing and overrule, as elements of convergence between the traditions of Common Law and Civil Law. The objective of this research is to reflect on the idea that bringing together these two legal systems generates the effect of positivization, in the New Code of Brazilian Civil Proceeding, of a hybrid legal system, which provides some instruments for standardization the law, without, pragmatically, this standardization being liable to the characteristics originating from that Common Law. This study also discusses the inclusion of the argumentative technique of weighting, replacing the mechanical and substantive application of the law, which brings, among other consequences, the mutation of the tradition of Civil Law, confusion between the terms Precedents, jurisprudence and binding Precedents, and also the margin of probability of the practice of judicial activism, of American origin, by the Brazilian judiciary. Finally, the research applied the inductive approach and the techniques of bibliographical and jurisprudential research to analyze the application of the phenomenon of *Commonlização* of the Brazilian Civil Proceeding in the defense of diffuse interests in environmental matters. The results indicate that judicial decisions are committed to the constitutional principle of Sustainability, and that there is proactive action by the judiciary to ensure a healthy and environmentally balanced Environment for present and future generations.

Key words: *Commonlização*. Brazilian Civil Proceeding. Legal Pragmatism. Diffuse Rights. Sustainability.

RESUMEN

La presente disertación pertenece a la línea de investigación "Derecho y Jurisdicción". Se pretende estudiar el tema de la *Commonlização* del Proceso Civil Brasileño, delimitando su incidencia a partir de la defensa de los intereses difusos en materia ambiental. Para ello, se destaca sobre la teoría de la fuerza vinculante de los Precedentes judiciales y sus técnicas de distinción (*distinguishing*) y de superación (*overrule*), como elementos de convergencia entre la tradición *Common Law* y la *Civil Law*. Sin embargo, el objetivo de esta investigación es reflejar que la aproximación entre dichos sistemas jurídicos genera el efecto de la positivación, en el nuevo Código de Proceso Civil Brasileño, de un Sistema Jurídico híbrido, en el que se dispone de algunos instrumentos para la uniformización del Derecho sin que, pragmáticamente, el ordenamiento experimente las características originarias de un Derecho común. Además, la investigación tiene el objetivo de discutir la inclusión de la técnica argumentativa de la Ponderación, en sustitución de la aplicación mecánica y sustantiva de la ley, que trae, entre otras consecuencias, la mutación de la tradición *Civil Law*, la confusión entre los términos Precedentes, Jurisprudencia y Súmulas vinculantes y, además, el margen de probabilidad de la práctica del Activismo Judicial, de origen estadounidense, por parte del Poder Judicial. Por último, la investigación aplicó el método de abordaje inductivo y la técnica de investigación bibliográfica y jurisprudencial para analizar la aplicación del fenómeno de la *Commonlização* del Proceso Civil Brasileño en la defensa de los intereses difusos en materia ambiental, alcanzando como resultados, la noción de que las decisiones judiciales están comprometidas con el Principio constitucional de la Sostenibilidad y que hay una actuación proactiva del poder judicial para asegurar un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado para las generaciones presentes y venideras.

Palabras clave: *Commonlização*. Processo Civil Brasileño. Pragmatismo Jurídico. Derechos Difusos. Sostenibilidad.

INTRODUÇÃO

A presente Dissertação está inserida na linha de pesquisa *Direito e Jurisdição*, a qual se deu em dupla titulação entre a Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, no âmbito do seu curso de Mestrado em Ciência Jurídica, e a Universidade de Alicante – UA, e tem como objeto a pesquisa do fenômeno conhecido como *Commonlização* do Direito Processual brasileiro e sua delimitação, a partir da defesa dos interesses difusos em matéria ambiental.

O objetivo institucional é a obtenção do Título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica- CPCJ/UNIVALI, enquanto que o objetivo geral é discutir o fenômeno da *Commonlização* do Processo Civil Brasileiro e a sua aplicação na defesa dos Direitos Difusos na seara ambiental.

Desta feita, o problema de pesquisa reside em discutir se efetivamente existe o processo de *Commonlização* do Direito Processual Brasileiro e, em caso positivo, quais as suas implicações nas demandas de Direito ambiental.

Como hipótese inicial defende-se a ideia de que no Brasil há uma mutação do Sistema Jurídico pátrio e uma mescla entre as tradições *Common Law* e *Civil Law* proporcionada por diretrizes de origem estadunidense, dentre eles a prática do Ativismo Judicial e a teoria dos Precedentes, sobretudo, em razão da positivação do Novo Código de Processo Civil, uma vez que o Judiciário brasileiro vem adotando uma postura ativista e pragmática em questões que envolvam o Meio Ambiente.

Justifica-se a presente pesquisa em face da complexidade da atual sociedade e a perigosa expansão desenfreada dos avanços tecnológicos que, de fato, impulsiona o progresso capitalista e a globalização, mas geram, contudo, danos à integridade humana e aos Direitos Fundamentais, tais como à vida e à saúde.

O interesse pela temática teve origem na constatação pela pesquisadora – quando da realização de curso no ano de 2013 - “Vivenciando o *Common Law*”, com viagem de estudos para Boston e Nova York, com atividades e palestras na

Suprema Corte dos Estados Unidos da América, Universidade de Harvard e Organização das Nações Unidas. Ademais, em razão da dupla titulação realizada no período de abril a junho do corrente ano na Universidade de Alicante-Espanha, como aluna do *Máster en Derecho Ambiental*, obteve-se como resultado da fusão dos referidos temas, a escolha da abordagem ora proposta.

Considerando o movimento brasileiro para aproximar a *Civil Law* da concepção jurídica da *Commow Law*, notadamente, em termos teóricos de Pragmatismo Jurídico como fonte de compreensão das transformações sociais experimentadas pela sociedade, para além de uma realidade abstrata da norma, mostra-se importante e possível comungar da temática ambiental com a ideia de Precedentes a fim de catalogar as decisões judiciais dos tribunais superiores e o comportamento dos magistrados, examinando em qual posição de técnica da teoria da decisão judicial o Brasil está caminhando.

Para isto, o trabalho destaca objetivos específicos que serão distribuídos por três capítulos da seguinte maneira:

O primeiro capítulo tem o objetivo específico de delimitar, historicamente, a construção, as características e os elementos do Sistema Jurídico da tradição *Commow Law*, descrevendo-o a partir do Direito inglês e estadunidense, cuja essência reside na aplicação da doutrina vinculante do Precedente e nas suas técnicas de distinção (*distinguishing*) e de superação (*overrule*). Ainda, no mesmo capítulo, seguindo o marco teórico de Richard Posner, são tecidas considerações acerca do movimento denominado Realismo Jurídico, cuja pauta, fundamentada no aporte pragmático, embora Pragmatismo e Realismo Jurídico sejam diversos na sua origem, examina a criação do Direito feita pelos juízes em razão da, e no momento de aplicação da força vinculante do Precedente como mecanismo de segurança jurídica.

O segundo capítulo tem como objetivo específico servir como contraponto aos elementos apresentados no modelo *Commow Law*, descrevendo a sua antítese – por meio do Sistema Jurídico da *Civil Law* e sua composição baseada na lei e nas

técnicas Hermenêuticas tradicionais de Subsunção do fato à norma e de silogismo lógico como fontes primárias da decisão judicial. Na sequência, apresentam-se as diferenças entre a norma e o texto legal, seus reflexos nos institutos do Precedente judicial e das Súmulas vinculantes e, também, o surgimento do pós-positivismo como movimento de superação do formalismo jurídico por meio da bandeira argumentativa dos casos difíceis (*hard cases*). Por último, neste capítulo são abordadas as ideias de discricionariedade e Ativismo Judicial do magistrado na aplicação do Direito, em especial, como reflexão nos casos difíceis de conflitos envolvendo os interesses difusos de ordem ambiental, objeto desta dissertação, inclusive.

A partir da conjugação entre os dois primeiros capítulos, delimita-se a dissertação, como forma de introdução a discussão do terceiro capítulo, a ideia de que a técnica da ponderação, se em um paralelo com a teoria dos Precedentes, aproxima as tradições jurídicas da *Common law* e *Civil law*, na medida em que torna como fonte de interpretação do Direito, a construção argumentativa e não somente a aplicação das leis, como uma das possíveis premissas do Sistema Jurídico brasileiro.

Assim, no terceiro capítulo, apresenta-se como objetivo específico discutir a ideia de que, embora no Brasil vigore a tradição da *Civil Law*, fato é que, em razão da insuficiência da lei para expressar todas as possíveis conjecturas sociais, o sistema está sofrendo com o excesso de divergência jurisprudencial e passando por uma mutação Hermenêutica; adquirindo a dualidade ou hibridismo em termos de uma proposta diferenciada e em determinados pontos equivocadas de *Common Law* em solo brasileiro.

Cada vez mais a tradição continental brasileira sofre influxos do fenômeno da *Commonlização* que vem respaldado pela positivação do capítulo sobre Precedentes no Novo Código de Processo Civil. Além disto, com o fenômeno da *Commonlização* cria-se a falsa percepção de que os institutos da Jurisprudência e da Súmula vinculante se incorporam ao conceito de Precedente.

De modo específico, o terceiro capítulo aplica o fenômeno da *Commonlização* do sistema processual cível brasileiro na seara ambiental, destacando julgados dos tribunais superiores, para verificar como os juízes se posicionam em termos de proteção dos interesses difusos e quais técnicas utilizam (formalismo jurídico, por meio da Subsunção, ou Realismo Jurídico, por meio da máxima: “o Direito é aquilo que os juízes dizem”), com o objetivo de verificar como se dá o processo de *Commonlização* do Direito Processual Brasileiro na esfera ambiental. Portanto, o último capítulo trata acerca da problemática envolvendo a prática do Ativismo Judicial frente a temas contemporâneos como é o caso do Meio Ambiente, buscando perceber como o Judiciário se comporta em relação às questões ambientais.

O método de metodologia é o indutivo³⁸ e as técnicas de investigação a serem utilizadas são as de Referente³⁹, Categorias e de Conceitos Operacionais, listados anteriormente, bem como a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

A delimitação do tema proposto nesta dissertação se dá pelo Referente da pesquisa científica: *Commonlização* do Processo Jurídico Brasileiro e a aplicação do Direito na defesa dos interesses difusos em matéria ambiental.

É conveniente ressaltar, que segundo as diretrizes metodológicas, no presente trabalho, as categorias fundamentais serão grafadas, com a letra inicial maiúscula e seus conceitos operacionais apresentados em Rol de Categorias. Adverte-se ao leitor que quando as categorias não apresentam a referência dos autores para a formulação dos seus conceitos operacionais significa que se utilizou o Conceito Operacional Proposto por Adoção e/ou por Composição⁴⁰ por esta pesquisadora.

³⁸ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 13 ed. rev. atual. ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 91.

³⁹ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, p. 58.

⁴⁰ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, p. 40.

CAPÍTULO 1

O DIREITO A PARTIR DA TRADIÇÃO *COMMON LAW*

1.1 AS ORIGENS DO *COMMON LAW* – INGLÊS E ESTADUNIDENSE

Partindo do pressuposto de que o poder Judiciário tem assumido o papel do *judge-made-law*⁴¹, é necessário iniciar esta pesquisa com a história da formação da tradição *Common Law*, que tem suas origens na Inglaterra.

Sobre tais questões debruçar-se-á o primeiro capítulo, culminando com a apresentação da teoria dos Precedentes e os seus instrumentos – *distinguishing* e *overruling*.⁴²

Segundo Galio⁴³, existem muitos significados para definir o modelo *Common Law*:

Pode ser traduzida como “direito comum”, referindo-se ao direito historicamente aplicado em toda a Inglaterra pelos tribunais reais em contraposição aos costumes locais. Significa também um direito criado pelo Judiciário (*judge make law*), que se opõe à expressão *statute law*, concebida como o conjunto de normas elaboradas pelo legislador.

Referida expressão identifica, ainda, “[...] família jurídica baseada nos precedentes judiciais, mais do que nas leis escritas”⁴⁴, em contraposição à família jurídica *Civil Law*, na qual o ordenamento jurídico brasileiro encontra-se inserido.

⁴¹ Expressão norte-americana que traduz a ideia de que o Direito é criado pelos juízes.

⁴² “Vivemos hoje um momento em que, não apenas o Brasil, mas também em outros países, verifica-se um protagonismo cada vez maior do Poder Judiciário.” BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 12.

⁴³ GALIO, Morgana Henicka. **Overruling**: a superação do precedente no direito brasileiro. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 45.

⁴⁴ NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro**. Salvador: Juspodium, 2014, p. 34.

O termo *Common Law* tem vários outros significados, de modo que “[...] pode ser utilizado em oposição aos costumes locais, significando o direito comum a toda a Inglaterra”.⁴⁵

Nas palavras de Losano⁴⁶, a expressão pode apresentar o sentido de “[...] um direito consuetudinário onde os costumes que, são fonte desse direito, não nascem do comportamento popular, e sim do comportamento dos juízes”.

Algumas características básicas podem ser verificadas a partir do processo histórico do desenvolvimento do Sistema Jurídico de origem anglo-saxônica, como destaca Castro Junior⁴⁷:

No *Common Law* é o juiz que faz o direito (*judge-made-law*), enquanto a Jurisprudência apenas desempenha papel secundário na formação e evolução dos direitos romanistas; o *Common Law* é direito judiciário, enquanto o processo é só acessório nas concepções fundamentais dos direitos romanistas; o *Common Law* não foi muito romanizado, enquanto os direitos da Europa sofreram uma influência mais ou menos forte do direito erudito; os costumes locais não desempenham qualquer papel na evolução do *Common Law*, enquanto na Europa Continental a sua influência permaneceu considerável até o século XVIII; o costume do reino é, pelo contrário, fonte importante do *Common Law*; a legislação tem apenas uma função secundária ao lado do *Common Law*, enquanto se torna progressivamente, do século XIII ao XIX, a principal fonte de direito no Continente; os direitos romanistas são direitos codificados, enquanto a codificação é quase desconhecida na Inglaterra.

O *Common Law*, igualmente conhecido como Direito não escrito, “[...] não é constituído por leis que envolvam vários casos, o que quer dizer que a análise do Direito é feita de forma casuística, ou seja, parte de vários casos particulares para outros particulares”.⁴⁸

⁴⁵ DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 359.

⁴⁶ LOSANO, Mario. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 325. Citação utilizada no artigo publicado na Revista Justiça do Direito em co-autoria com Andrey Gastaldi da Silva, tendo como título: O crescimento do papel do precedente judicial no sistema jurídico brasileiro: a busca pela uniformidade das decisões judiciais. v. 30, n. 1, p. 91-109, jan./abr. 2016, p. 95. Disponível em: <<http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/5908/3691>>.

⁴⁷ Itálico no original. CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: IBRADD/CESUSC, 2001, p. 33.

⁴⁸ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito**, p. 33.

Por *Common Law*, entende-se, também, o elemento do Direito Anglo-Americano (*case law*), constituído pelos Precedentes judiciais.⁴⁹

Como sustenta Faria⁵⁰, a expressão *law*, de *Common Law*, é compreendida como Direito do que como lei propriamente dita:

Começamos com a palavra *law*, que somos inclinados a traduzir por lei e que, as mais das vezes, é usada com o significado de direito. A própria noção empírica que temos do *Common Law*, que corresponderia ao direito tradicional, não codificado, quando, no seu uso corrente, compreende também os inúmeros *statutes* – leis escritas – as *stare decisions* – decisões judiciais sumuladas, que representam a sedimentação dos julgados dos tribunais a que já se aplicou a regra do *precedent* – Precedente – e, mais ainda, em se tratando dos Estados Unidos da América, compreende os sistemas jurídicos estaduais⁵¹.

Desta feita, o *Common Law* é utilizado nos países anglo-saxônicos (Estados Unidos e Inglaterra), onde a base do ordenamento jurídico é a Jurisprudência (fonte secundária do Direito) e não o texto da lei, como na tradição *Civil Law*, fonte primária do Direito⁵².

Os países que adotaram o sistema *Common Law* perceberam que os objetivos deste sistema não seriam alcançados por meio das leis, mas por Precedentes, ou seja, casos judiciais já apreciados pelo Judiciário.

A tradição *Common Law* se diferencia muito do sistema romano-germânico⁵³, por ter origem nas regras não escritas, criadas inicialmente por juízes

⁴⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 46.

⁵⁰ FARIA, Guiomar T. Estrella. **Interpretação econômica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 78.

⁵¹ Itálico conforme o original. HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 28.

⁵² “A *common law* é originária de regras não escritas, decantadas no decorrer dos séculos.” RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 62. Citação utilizada na obra: HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**, p. 63. Citação igualmente utilizada no artigo publicado na Revista Justiça do Direito em co-autoria com Andrey Gastaldi da Silva, tendo como título: O crescimento do papel do precedente judicial no sistema jurídico brasileiro: a busca pela uniformidade das decisões judiciais. v. 30, n. 1, p. 91-109, jan./abr. 2016, p. 115. Disponível em: <<http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/5908/3691>>.

⁵³ VIEIRA, Andréia Costa. **Civil law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007, p. 229.

ingleses e desenvolvidas ao longo do tempo⁵⁴. Para Holmes Jr.⁵⁵ o Direito inglês ensina que a vida do Direito não tem sido baseada na lógica, mas na experiência.

No mesmo sentido, para Reale⁵⁶ “[...] seria inútil e nociva, no mundo jurídico, qualquer concepção lógica divorciada da experiência social e histórica”.

Existem alguns elementos constitutivos do modelo *Common Law*, que o particularizam frente ao sistema da *Civil Law*:

[...] a presença de um Poder Judiciário compacto, composto de um número mais reduzido de juízes, cujas decisões gozam de maior prestígio e autoridade; a diversa formação profissional dos juízes; a possibilidade de as cortes supremas selecionarem os casos a serem decididos, o que representa um volume muito inferior de trabalho, etc⁵⁷.

Para atingir o objetivo proposto nesta pesquisa, inicialmente, a análise empreendida se centra no Direito inglês e, posteriormente, no estadunidense, dada suas diferenças.

A tradição da *Common Law* inglesa é fruto da atividade dos tribunais reais de justiça na Inglaterra a partir da conquista normanda.⁵⁸ Aproximadamente no século XIII, fixaram-se as principais características da família jurídica do *Common Law*, as quais sobreviveram com o passar dos séculos.

⁵⁴ “[...] essa duradoura tradição se desenvolveu na prática dos tribunais, que discutiam a exposição da lei em cada novo caso, inclusive realizando uma revisão crítica dos julgados anteriores, tarefa que envolvia explicação, distinção e aplicabilidade de tais decisões.” GALIO, Morgana Henicka. **Overruling**: a superação do precedente no direito brasileiro. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 49.

⁵⁵ Tradução livre. “[...] the life of the law has not been logic, it has been experience”. HOLMES Jr., The common law. In: GIACOMUZZI, José Guilherme. As Raízes do Realismo Americano: breve esboço acerca de dicotomias, ideologia, e pureza no Direito dos USA. **Direito & Justiça** v. 31, n. 2, ano XXVII, 2005, p. 155-190, p. 167. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1273861039.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2016.

⁵⁶ REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva. 2001, p. 284.

⁵⁷ ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes judiciais**: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 76.

⁵⁸ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 284.

O modelo Anglo-Saxão pode ser considerado como um sistema aberto, na visão de Radbruch⁵⁹, já que “[...] é possível encontrar a solução jurídica mais adequada *a posteriori*, pois as normas são elaboradas e reinterpretadas continuamente”.

Para Barboza: “O direito inglês é fundamentalmente um direito jurisprudencial (*case law*) e, portanto, suas regras são aquelas que se encontram na *Ratio Decidendi* das decisões dos Tribunais Superiores da Inglaterra”⁶⁰.

Ao estudar as fontes do Direito inglês, é possível observar que a Jurisprudência aparece como fonte primária, pois segundo Merryman⁶¹ “[...] o Direito foi formado historicamente pelas decisões dos Tribunais de Westminster e pelo Tribunal da Chancelaria”.

Bergel⁶² descreve a criação do *Common Law* pelos tribunais ingleses de Westminster: “[...] foi no século XIX que a ‘regra do precedente’ se impôs com rigor para assegurar a coesão da jurisprudência britânica”.

Desde então, não era devido ao Direito se encontrar em casos individuais, mas sim ser constituído por meio de um conjunto de regras nascidas diretamente da vida na sociedade inglesa, tendo um marcante caráter consuetudinário.⁶³

Nesse contexto, o sistema inglês era determinado pelas cortes independentes e por um parlamento que raramente interferia nas decisões judiciais⁶⁴.

⁵⁹ Itálico no original. RADBRUCH, Gustav. **O espírito do Direito inglês e a jurisprudência anglo-americana**. Tradução de Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 34.

⁶⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 53.

⁶¹ Tradução livre. MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America**. 3. ed. Califórnia: Stanford University Press, 2007, p. 17.

⁶² BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.p. 65.

⁶³ ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 81.

⁶⁴ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: IBRADD/CESUSC, 2001, p. 29.

Em suma, afirma-se que o Direito inglês foi historicamente construído e é essencialmente aplicado pelos tribunais reais⁶⁵.

Para René⁶⁶, a história do Direito inglês é fundamental à sua compreensão:

1) o período anterior à conquista normanda em 1066, tipificado como anglo-saxônico; 2) o período que compreende a conquista normanda (1066) até o advento da dinastia dos Tudors (1485), que é o da formação do *Common Law*, no qual um sistema de direito novo, comum a todo o reino, desenvolve-se e substitui os costumes locais; 3) o período de 1485 a 1832, marcado pelo desenvolvimento, ao lado do *Common Law*, de um sistema complementar e, às vezes, rival, que se manifesta nas regras de equidade; e 4) o período que vai de 1832 até os dias atuais, no qual o *Common Law* vem sofrendo um desenvolvimento sem Precedentes da lei e adaptando-se a uma sociedade cada vez mais complexa e dirigida pela administração⁶⁷.

Portanto, a assimilação da história da Inglaterra é imprescindível para entender a fase inicial do processo de consolidação da tradição *Common Law*⁶⁸.

Com o passar do tempo, foram sendo incorporados novos modos de conceber o modelo Anglo-Saxão⁶⁹: “[...] à diferença das regras de *equity* [...]; à oposição da *civil law*; à contraposição de *statutory law* (firmando-se o entendimento de *Common Law* como baseado no *case law*)”⁷⁰.

No século XV, o Direito inglês passa a ter uma estrutura dúplice⁷¹: “[...] é composto, de um lado, por regras definidas pelas cortes reais de Westminster

⁶⁵ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 68.

⁶⁶ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 284. Itálico conforme o original.

⁶⁷ SILVA, Andrey Gastaldi; HEIL, Danielle Mariel. Commonlização no processo jurídico brasileiro: o direito a partir da common law. **ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**, n. 15. Ano VIII, p. 98, Curitiba: jul/dez 2016. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima15/artigo-7.-commonizacao-revista-anima.pdf>>. Acesso em: 8 set. 2017.

⁶⁸ SILVA, Andrey Gastaldi; HEIL, Danielle Mariel. Commonlização no processo jurídico brasileiro: o direito a partir da common law. p. 99.

⁶⁹ SILVA, Andrey Gastaldi; HEIL, Danielle Mariel. Commonlização no processo jurídico brasileiro: o direito a partir da common law. p. 98.

⁷⁰ Itálico no original. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**, p. 68.

⁷¹ SILVA, Andrey Gastaldi; HEIL, Danielle Mariel. Commonlização no processo jurídico brasileiro: o direito a partir da common law. p. 99.

(cortes de *Common Law*), e, de outro, pela *equity (rules of equity)* [...] que eram os remédios aplicados por uma corte real [...]”⁷².

Na visão de Castro Junior⁷³: “[...] a reforma da organização judiciária, em 1873-1875 [...] suprimiu a distinção formal dos tribunais do *Common Law* e da chancelaria (*equity*), de modo que todas as jurisdições inglesas podiam proferir uma decisão aplicando regras do *Common Law* e de *equity*”⁷⁴.

É exatamente nessa fase que a tradição *Common Law* se consolida como Direito consuetudinário, ou seja, “[...] um direito reconhecido e declarado por meio das decisões judiciais, materialmente costume e formalmente sentença.”⁷⁵

Há, portanto, duas fases do Direito nesse período: “[...] Direito costumeiro para a primeira fase e Direito consuetudinário propriamente dito, para a segunda fase”⁷⁶.

Tais fases são bem definidas por Bobbio⁷⁷:

Common Law não é o direito comum de origem romana (...), mas um direito consuetudinário tipicamente anglo-saxônico (...), que surge diretamente das relações sociais e é acolhido pelos juízes nomeados pelo rei: numa segunda fase ele se torna um direito de elaboração judiciária, visto que é constituído por regras adotadas pelos juízes para resolver controvérsias individuais (regras que tornam obrigatórias para os sucessivos juízes, segundo o sistema do Precedente obrigatório).

No tocante à recepção do Direito Anglo-Saxônico pelos Estados Unidos da América - EUA⁷⁸, Castro Junior⁷⁹ assinala que o *Common Law* foi um agente do

⁷² CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito**: Estados Unidos x Brasil. Florianópolis: IBRADD/CESUSC, 2001, p. 27. Citação em: SILVA, Andrey Gastaldi; HEIL, Danielle Mariel. Commonlização no processo jurídico brasileiro: o direito a partir da common law. **ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**, n. 15. Ano VIII, p. 99, Curitiba: jul/dez 2016.

⁷³ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito**, p. 30.

⁷⁴ SILVA, Andrey Gastaldi; HEIL, Danielle Mariel. Commonlização no processo jurídico brasileiro: o direito a partir da common law. **ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**, n. 15. Ano VIII. Curitiba: jul/dez 2016, p. 100. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima15/artigo-7.-commonizacao-revista-anima.pdf>>. Acesso em: 8 set. 2017.

⁷⁵ SILVA, Andrey Gastaldi; HEIL, Danielle Mariel. Commonlização no processo jurídico brasileiro: o direito a partir da common law. p. 99-100.

⁷⁶ SILVA, Andrey Gastaldi; HEIL, Danielle Mariel. Commonlização no processo jurídico brasileiro: o direito a partir da common law. p. 100.

⁷⁷ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Marcos Pugliese et al. São Paulo: Cone, 1995, p. 33.

imperialismo norte-americano, tendo sido fundamental à economia e ao desenvolvimento social do país⁸⁰.

Para René⁸¹, o triunfo da tradição *Common Law* decorreu do grau de desenvolvimento da Inglaterra no plano econômico-social.⁸²

Importante ressaltar que muito embora existisse uma grande influência da Inglaterra, os EUA construíram um Direito peculiar. Lá, a *Common Law* vigora oficialmente desde 1608.⁸³

Nas palavras de Barboza⁸⁴ “[...] a experiência norte-americana é importante na medida em que consegue compatibilizar a adoção de uma Constituição escrita com a construção jurisprudencial do direito, comum à tradição do *common law*”.

O Direito norte-americano, na verdade, divide-se em dois: *Common Law*, que é o Direito criado pelo juiz, e o *statute law*, que é o Direito codificado pelo legislador.⁸⁵

Um modelo de *Common Law* puro, entendido pela máxima *judge-made-law*, contudo, só existiu na Inglaterra, conforme registra Soares⁸⁶, em razão dos Estados Unidos da América - EUA possuir uma Constituição Federal escrita, datada em 1787.⁸⁷

⁷⁸ Sigla para indicar: Estados Unidos da América.

⁷⁹ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito**: Estados Unidos x Brasil. Florianópolis: IBRADD/CESUSC, 2001, p. 44.

⁸⁰ HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 27.

⁸¹ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 364.

⁸² HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**, p. 27.

⁸³ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 64.

⁸⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 67.

⁸⁵ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito**, p. 56.

⁸⁶ SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: Introdução ao Direito dos EUA. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 35.

⁸⁷ “[...] a Constituição norte-americana possui sete artigos e vinte e sete emendas, a brasileira é composta por 250 artigos e, até 2011, sessenta e oito emendas constitucionais. Ou seja, neste

A Constituição norte-americana é sucinta, “[...] abrange apenas Princípios gerais, regras básicas de organização e fundamento do Sistema Jurídico estatal, cabendo à legislação complementar regular a parte de pormenorização”.⁸⁸

De igual forma, na concepção de René⁸⁹ “[...] passou a deter uma autoridade inferior em relação às normas legais cada vez mais frequentes, enquanto na Inglaterra a lei (*lato sensu*) é tradicionalmente considerada uma fonte secundária do Direito”.

Portanto, há uma evolução diversa do *Common Law* pelos EUA, dando formação ao Direito norte-americano, com maior uso de Constituição escrita e de leis.⁹⁰

Nesse contexto, os EUA, muito embora tenham recebido o *Common Law* como herança britânica, “[...] possuem um Direito marcado pela influência de uma Constituição escrita, reforçada pela criação do controle judicial de constitucionalidade”⁹¹.

Na visão de Rosito⁹²: “A experiência inglesa na aplicação do precedente diferencia-se da americana, porquanto é mais rígida e vinculante, enquanto a experiência americana adota uma concepção mais flexível e menos formal do precedente”.

sentido, o texto constitucional brasileiro possui uma riqueza de detalhes [...] é por isso que a tradição norte-americana é muito mais propícia à existência de posturas ativistas, pois não possui o mesmo número de amarras do que a brasileira.” TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 104.

⁸⁸ SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: Introdução ao Direito dos EUA. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 35-36.

⁸⁹ DAVID, René. **Grandes sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradução por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 433-436.

⁹⁰ HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 27.

⁹¹ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 64.

⁹² ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes judiciais**: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 78-79.

No mesmo sentido, Tassinari⁹³ pontua que “[...] no direito inglês, os precedentes ganham força de regra. Ao contrário, no contexto estadunidense, tal postura é mais flexível, podendo ocorrer que um tribunal não respeite o precedente.”

Sobre a recepção do modelo *Common Law* pelos magistrados americanos, segundo Posner⁹⁴:

No primeiro livro de Horwitz, com abordagem estrita ao *Common Law*, foram analisadas as principais doutrinas de um período relativamente definido da história jurídica dos Estados Unidos: da Independência à Guerra Civil. Segundo Horwitz, este foi o período da recepção do *Common Law* pelos juízes americanos, da transformação deste em favor dos interesses do comércio e da coroação dessa transformação pela adoção do estilo formalista pelo judiciário⁹⁵.

Os pilares centrais do *Common Law* estadunidense foram a doutrina de respeito ao Precedente judicial e os direitos humanos fundamentais, conforme pontua Barboza⁹⁶: “[...] os novos estados independentes conceberam-se como protetores dos direitos do *Common Law* inglês contra a opressão britânica, dando principal importância a juízes independentes, precedentes judiciais e direitos humanos fundamentais”.

Assim, a mudança realizada em solo estadunidense: “[...] não diz respeito à supremacia do parlamento para a supremacia do Judiciário, mas o controle de legitimidade das leis que tinha anteriormente como parâmetro o *Common Law*, e passou a ter como parâmetro a Constituição americana”⁹⁷.

Importante registrar que o Princípio da supremacia da Constituição e os limites por ela impostos aos poderes do Estado foram defendidos pela Suprema

⁹³ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 75.

⁹⁴ POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 289-290.

⁹⁵ Itálico conforme o original. Citação utilizada em: SILVA, Andrey Gastaldi; HEIL, Danielle Mariel. Commonlização no processo jurídico brasileiro: o direito a partir da common law. **ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**. Curitiba PR - Brasil. Ano VIII, n. 15, jul/dez 2016, p. 101. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima15/artigo-7.-commonizacao-revista-anima.pdf>>. Acesso em: 8 set. 2017.

⁹⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 55.

⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 47.

Corte dos Estados Unidos da América - EUA, no julgamento do caso *Marbury v. Madison*⁹⁸, o qual deu origem ao denominado *Judicial Review*.⁹⁹

O sistema anglo-americano, tal como ensina David¹⁰⁰, possui quatro fontes de Direito, ora discriminadas, segundo a sua relevância: 1) o Precedente judicial (*case law*); 2) a lei; 3) o costume; e 4) a doutrina e a razão¹⁰¹.

A nação norte-americana foi fundada a partir de documentos que compõem o sistema constitucional, quais sejam: a Declaração da Independência, a Constituição Federal de 1787 e o *Bill of Rights*, sendo que, para Castro Junior¹⁰², o sucesso de tal Constituição repousa na sua flexibilidade.¹⁰³

De forma distinta do sistema romano-germânico, no qual houve um esforço de ordenação lógica das categorias de Direito, o sistema Anglo-Saxônico desenvolveu-se com grande empenho para simplificar o seu conhecimento.¹⁰⁴

Para Castro Junior¹⁰⁵: “O Direito anglo-saxônico caracteriza-se como um Direito jurisprudencial, tendo em vista que usa como método de julgamento a análise da jurisprudência relacionada ao caso concreto”.¹⁰⁶

⁹⁸ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito**: Estados Unidos x Brasil. Florianópolis: IBRADD/CESUSC, 2001, p. 58.

⁹⁹ Por *judicial review*, entende-se como a ideia do Judiciário a qualquer momento poder rever os seus julgados. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 71.

¹⁰⁰ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 331-332.

¹⁰¹ HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 29. Citação utilizada no artigo publicado na Revista Justiça do Direito em co-autoria com Andrey Gastaldi da Silva, tendo como título: **O crescimento do papel do precedente judicial no sistema jurídico brasileiro: a busca pela uniformidade das decisões judiciais**. v. 30, n. 1, p. 91-109, jan./abr. 2016, p. 96.

¹⁰² CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito**, p. 60-63.

¹⁰³ HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**. p. 21. Citação utilizada no artigo: **Commonlização no processo jurídico brasileiro: o direito a partir da common law**, em co-autoria com Andrey Gastaldi da Silva. **ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**. Curitiba PR - Brasil. Ano VIII, n. 15, jul/dez 2016, p. 103.

¹⁰⁴ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito**: Estados Unidos x Brasil. Florianópolis: IBRADD/CESUSC, 2001, p. 34. Citação utilizada no artigo científico: **Commonlização no processo jurídico brasileiro: o direito a partir da common law**. **ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**. Curitiba PR - Brasil. Ano VIII, n. 15, jul/dez 2016, p. 103.

¹⁰⁵ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito**, p. 33.

Desse modo, no que tange às fontes do *Common Law*, constata-se que o Precedente judicial é sua fonte mais importante, porque é por meio dela que os juízes interpretam, em regra, a legislação.¹⁰⁷

Portanto, o Direito norte-americano é essencialmente jurisprudencial¹⁰⁸, e baseado nos Precedentes que possuem natureza vinculante.¹⁰⁹

Em que pese os juristas norte-americanos terem acompanhado alguns dos ideais do sistema incorporado pela Inglaterra, como já visto, existe diferenciação entre os dois modelos jurídicos¹¹⁰:

O desenvolvimento da estrutura do direito norte-americano proporcionou diferenças substanciais em relação ao modelo inglês, sobretudo no que se refere à distinção que se faz na Inglaterra, que não é um Estado federal, e não nos Estados Unidos, entre direito federal e direito estadual.¹¹¹

No entanto, em ambos os países (Inglaterra e EUA), a doutrina do *Stare Decisis* continua a desempenhar papel central.

Uma vez elencadas as origens do *Common Law*, passa-se a analisar de forma pormenorizada os dois institutos da tradição Anglo-Saxônica: o Precedente judicial e o *Stare Decisis*.

¹⁰⁶ HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 29. Citação utilizada no artigo: Commonlização no processo jurídico brasileiro: o direito a partir da common law. **ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**. Curitiba PR - Brasil. Ano VIII, n. 15, jul/dez 2016, p. 103.

¹⁰⁷ SILVA, Andrey Gastaldi; HEIL, Danielle Mariel. Commonlização no processo jurídico brasileiro: o direito a partir da common law. **ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**, n. 15. Ano VIII, p. 103. Curitiba: jul/dez 2016. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima15/artigo-7.-commonizacao-revista-anima.pdf>>. Acesso em: 8 set. 2017.

¹⁰⁸ HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**, p. 28. Citação utilizada no artigo científico: Commonlização no processo jurídico brasileiro. **ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**. Curitiba PR - Brasil. Ano VIII, n. 15, jul/dez 2016, p. 101.

¹⁰⁹ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito**, p. 56.

¹¹⁰ HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**. p. 27. Citação utilizada no artigo científico: Commonlização no processo jurídico brasileiro: o direito a partir da common law, p. 101.

¹¹¹ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito**, p. 52.

1.1.1 Construção da tradição das decisões na Common Law

Neste tópico, serão explanadas as principais características da tradição *Common Law* e a forma com que as decisões judiciais são elaboradas e apreciadas no mencionado modelo jurídico.

Nos países anglo-saxões, como Inglaterra e Estados Unidos, há um ponto em comum nos dois sistemas jurídicos: a *doctrine of Stare Decisis*, ou seja, a doutrina da regra do Precedente.¹¹²

O nome completo da doutrina é: *Stare Decisis et quieta non movere*, que significa em tradução livre: “aderir aos precedentes e não perturbar as coisas já estabelecidas”. O núcleo da doutrina do *Stare Decisis* é o Precedente, segundo Ramires.¹¹³

O termo Precedente foi utilizado pela primeira vez em 1557.¹¹⁴

Mesmo antes do surgimento da doutrina dos Precedentes ou do *Stare Decisis*, “[...] o sistema *Common Law* sempre se embasou na casuística, ou seja, na análise de prévias decisões judiciais para se alcançar o deslinde das demandas”.¹¹⁵

Os países que adotaram o modelo *Common Law* tinham como Princípio fundamental da administração da justiça, que casos semelhantes fossem decididos de modo semelhante¹¹⁶.

¹¹² RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 65. Citação utilizada na obra: HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 29. Citação igualmente utilizada no artigo científico: Commonlização no processo jurídico brasileiro: o direito a partir da common law. **ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**. Curitiba PR - Brasil. Ano VIII, n. 15, jul/dez 2016, p. 102.

¹¹³ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. p. 67.

¹¹⁴ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as Súmulas vinculantes. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 44.

¹¹⁵ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto**, p. 43.

¹¹⁶ Tradução livre. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**. 4. ed. New York: Oxford University Press, 2004, p. 3.

Tendo em vista tal diretriz, foi necessária a criação de regras e Princípios para regular o uso e o respeito aos Precedentes judiciais e à vinculação deles para casos presentes e futuros.¹¹⁷

Dessa forma, a regra do *Stare Decisis*¹¹⁸ se originou da doutrina dos Precedentes¹¹⁹, a qual se estruturou no final do século XVII, tornando o Precedente como fonte imediata do Direito.¹²⁰

No caso *Mirehouse v. Rennell*, o juiz James Parke se manifestou acerca da aplicação dos Precedentes¹²¹:

O nosso sistema de *common law* consiste na aplicação de novas combinações de circunstâncias às regras de direito que derivam de Princípios legais e jurisprudenciais, e para o objetivo de atingir a consistência, uniformidade e segurança, temos que aplicar essas regras, onde não forem claramente irracionais e inconvenientes, a todos os casos que surgirem, e não temos a liberdade de rejeitá-los, e abandonar todos os casos análogos com eles, que as regras não tenham sido judicialmente aplicada, porque pensamos que as regras não são tão convenientes e razoáveis como poderíamos ter concebido¹²².

¹¹⁷ GALIO, Morgana Henicka. **Overruling**: a superação do precedente no direito brasileiro. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 54.

¹¹⁸ “[...] a doutrina do *stare decisis* se fundamenta no fato de que a coerência entre as decisões garante a coerência do sistema na sua totalidade.” BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 210.

¹¹⁹ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto**, p. 37-39.

¹²⁰ SILVA, Maria Coeli Nobre da; LEITE; Maria Oderlânia Torquato. **O Microsistema dos precedentes judiciais vinculantes em contexto de uma reforma judiciária inconclusa**. p. 478. In: CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – CONPEDI, 2015, Florianópolis, Anais eletrônicos ... Florianópolis, 2015. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/5mojv6ev/C52T8x5OmFP2n6Z3.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

¹²¹ SILVA, Maria Coeli Nobre da; LEITE; Maria Oderlânia Torquato. **O Microsistema dos precedentes judiciais vinculantes em contexto de uma reforma judiciária inconclusa**. p. 478. In: CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – CONPEDI, 2015, Florianópolis, Anais eletrônicos. Florianópolis, 2015. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/5mojv6ev/C52T8x5OmFP2n6Z3.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

¹²² Tradução livre. “Our common law system consists in the applying to new combinations of circumstances those rules of law which we derive from legal principles and judicial precedent; and for the sake of attaining uniformity, consistency and certainty, we must apply those rules, where they are not plainly unreasonable and inconvenient, to all cases which arise; and we are not at liberty to reject them, and to abandon all analogy to them, in those to which they have not been judicially applied, because we think that the rules are not as convenient and reasonable as we ourselves could have devised”. MCCALLUM, Margaret; SCHMEDEMANN, Deborah A.; KUNZ, Christina L. **Synthesis**: legal reading reasoning and writing in Canada. 2. ed. Toronto: CCH Canadian, 2008, p. 65.

O termo igualmente foi definido como: “Uma decisão de um tribunal ou juiz depois de um raciocínio sobre uma questão de direito levantada em um caso, e necessária [...] para o mesmo tribunal e para outros tribunais de igual ou inferior alcance, nos casos subseqüentes”.¹²³

Precedente, conforme entendimento de Soares¹²⁴ “[...] é a única ou são as várias decisões de uma *appellate court* (órgão colegiado de segundo grau), que obriga sempre o mesmo tribunal ou os juízes que lhe são subordinados”¹²⁵.

No mesmo sentido pontua Ramos¹²⁶:

[...] a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos. Mas não é qualquer decisão judicial, somente aquelas que têm potencialidade para se firmarem como paradigmas para orientação dos jurisdicionados e magistrados¹²⁷.

O Precedente possui dois objetivos: solucionar o conflito objeto do caso concreto e extrair uma regra ou Princípio, que seja aplicável, em casos semelhantes.

Ademais, importa registrar “[...] uma decisão no sistema anglo-saxão não nasce como se Precedente fosse; são os juízes dos casos futuros que, instados a se

¹²³ Tradução livre. “Una decisión de un tribunal o un juez, tomada después de un razonamiento sobre una cuestión de derecho planteada en un caso, y necesaria [...] para el mismo tribunal y para otros tribunales de igual o inferior rango, en subsiguientes casos”. SESMA, Victoria Iturralde. **El Precedente en el Common Law**. Madrid: Civitas, 1995.

¹²⁴ SOARES, Guido Fernandes Silva. **Common Law**: Introdução ao direito dos EUA. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 40.

¹²⁵ SILVA, Andrey Gastaldi; HEIL, Danielle Mariel. Commonlização no processo jurídico brasileiro: o direito a partir da common law. **ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**, n. 15, Ano VIII, p. 104. Curitiba: jul/dez 2016. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima15/artigo-7.-commonizacao-revista-anima.pdf>>. Acesso em: 8 set. 2017. Citação igualmente utilizada no artigo científico: **O crescimento do papel do precedente judicial no sistema jurídico brasileiro**: a busca pela uniformidade das decisões judiciais. v. 30, n. 1, p. 91-109, jan./abr. 2016, p. 99.

¹²⁶ RAMOS, Vinícius Estefaneli. Teoria dos Precedentes judiciais e sua eficácia no sistema brasileiro atual. **Jus Navigandi**, n. 3621. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24569>>. Acesso em: 4 mai. 2016.

¹²⁷ HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 22. Citação utilizado no artigo científico publicado em co-autoria com Andrey Gastaldi da Silva: Commonlização no processo jurídico brasileiro: o direito a partir da common law. **ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**, n. 15, Ano VIII, p. 104. Curitiba: jul/dez 2016. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima15/artigo-7.-commonizacao-revista-anima.pdf>>. Acesso em: 8 set. 2017.

manifestarem sobre decisões passadas, poderiam invocar tais decisões na qualidade de Precedentes”.¹²⁸

Assim, no caso dos futuros julgadores aplicarem um Precedente, ou seja, quando um determinado fundamento da decisão tenha se consolidado como regra importante, denomina-se então de *leading case*.¹²⁹

Streck¹³⁰ preceitua que: “Os Precedentes são produtos da evolução histórica do *Common Law*, uma vez que surgiram com o intuito de garantir maior poder ao Judiciário frente ao rei na interpretação das leis”.

O Precedente, portanto, não é uma regra abstrata, mas “[...] uma regra intimamente ligada aos fatos que lhe deram origem, razão pela qual o conhecimento das razões é imprescindível”.¹³¹

O verdadeiro significado de um Precedente, nas palavras de Ramires¹³²: “[...] está na sua fundamentação, nas razões que levaram à decisão. Essa razão de decidir, que é a tese jurídica aplicada na decisão, não se confunde com a fundamentação, mas está também nela contida”.

Os fundamentos jurídicos que são imprescindíveis para a solução via doutrina dos Precedentes (*Stare Decisis*) constituem a *holding* ou a *Ratio Decidendi*, conforme se verá a seguir.

¹²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC**: Fundamentos e sistematização. 2. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 346.

¹²⁹ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito**: Estados Unidos x Brasil. Florianópolis: IBRADD/CESUSC, 2001, p. 58. Citação utilizada na obra: HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**. p. 23.

¹³⁰ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as Súmulas vinculantes. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 50.

¹³¹ SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: Introdução ao Direito dos EUA. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 41.

¹³² RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 136.

A doutrina do *Stare Decisis* é aplicada a todos os casos que apresentam a mesma questão legal, partindo da premissa que causas iguais merecem soluções idênticas¹³³.

A referida doutrina apresenta a ideia de que os Precedentes devem ser seguidos quando, em casos subsequentes, os fatos materiais mais relevantes são os mesmos¹³⁴.

De forma resumida, por meio do *Stare Decisis* é possível proporcionar maior estabilidade ao Direito, pois “[...] as questões de direito resolvidas pelas Cortes serão, modo ordinário, seguidas nos casos futuros ao passo que a coisa julgada tem por fito básico dar estabilidade a relação concreta que se tornou, por esta ou aquela razão, controvertida.”¹³⁵

Registre-se que é da essência da tradição *Common Law* a ideia de possibilitar segurança jurídica aos jurisdicionados, uma vez que, para Porto¹³⁶, “[...] a jurisprudência nas mesmas questões legais será, em regra, seguida pela mesma corte e por qualquer outra de hierarquia inferior, em qualquer caso futuro que apresente fatos e direito idênticos”.

Desse modo, evidencia-se que o *Stare Decisis* significa a vinculação por intermédio do Precedente judicial. E aqui, vale registrar, que o propósito da doutrina do *Stare Decisis* não corresponde a uma garantia absoluta e insuperável, pois no decorrer desta pesquisa será demonstrado que é possível decisão diversa do Precedente.

¹³³ PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a *Common Law*, *Civil Law* e o Precedente judicial**. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. 10 de maio de 2010, p. 10. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/sergio%20porto-formatado.pdf>>. Acesso em: 8 set. 2017.

¹³⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare Decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de Common Law e Civil Law na sociedade contemporânea**. Tese de doutorado. Curitiba, 2011, p. 169. Disponível em: <<http://pct.capes.gov.br/teses/2011/40003019006P4/TES.PDF>>. Acesso em: 14 mai. 2016.

¹³⁵ PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a *Common Law*, *Civil Law* e o Precedente judicial**. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. 10 de maio de 2010, p. 25. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/sergio%20porto-formatado.pdf>>. Acesso em: 8 set. 2017.

¹³⁶ PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a *Common Law*, *Civil Law* e o Precedente judicial**. p. 25.

Aponta-se que o fundamento da doutrina do *Stare Decisis* decorre da concretização do Princípio do Estado de Direito (*Rule of Law*), fundamental para a estabilidade do Direito.¹³⁷

Conclui-se, em suma, que a doutrina “[...] trata da designação dada para descrever o desenvolvimento que a Teoria dos Precedentes do sistema *Common Law* obteve na Inglaterra e nos Estados Unidos”.¹³⁸

Delimitado o *Stare Decisis* e as suas características, passa-se à análise da *Ratio Decidendi*.

O Precedente judicial é composto por dois elementos principais: “A *Ratio Decidendi*, também chamada de *holding*, e o obiter *dictum*, denominado apenas *dictum*”.¹³⁹

A delimitação e a distinção entre *holding* e *dictum*, para Streck e Abboud¹⁴⁰, são fundamentais no *Stare Decisis* para revelar o Precedente que será utilizado na solução de novos casos.

Para compreender como se estabelece um Precedente é preciso analisar o elemento definidor da importante distinção entre o *holding* (ou na forma inglesa, denominada como *Ratio Decidendi*) e o *dictum* (ou *obiter dictum*) de um julgado.¹⁴¹

Soares¹⁴² assim explana: “[...] o *holding* é o que foi discutido, argüido e efetivamente decidido no caso anterior, enquanto que o *dictum* é o que se afirma na decisão, mas que não é decisivo para o deslinde da questão”.

¹³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 102.

¹³⁸ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto**: o precedente judicial e as Súmulas vinculantes? 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 46.

¹³⁹ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto**: o precedente judicial e as Súmulas vinculantes? 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 43.

¹⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto**, p. 43.

¹⁴¹ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 68.

¹⁴² SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: Introdução ao Direito dos EUA. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 42.

Logo, verifica-se que o *holding* é o elemento central do Precedente, ou seja, é a norma extraída do caso concreto.¹⁴³

Nesse contexto, Ramires¹⁴⁴ destaca que “[...] apenas o *holding* pode ser vinculante (*binding*) para os casos futuros, pois ele representa o que foi realmente estabelecido. O *dictum* é o que é tido como meramente circunstancial em cada caso”.

Portanto, o *dictum* é considerado, por exclusão, toda a parte da decisão que não corresponde à *Ratio Decidendi*, ou seja, à parte não essencial da decisão¹⁴⁵.

Em outras palavras, “[...] *dictum* corresponde ao enunciado, interpretação jurídica, ou uma argumentação ou fragmento de argumentação jurídica, expressamente contidos na decisão judicial, cujo conteúdo e presença são irrelevantes para a solução final da demanda”.¹⁴⁶

Para Streck¹⁴⁷: “Quando detectada a *holding*, ela constituirá a *rule of law* que vinculará a solução dos casos futuros.”

A tradição *Common Law* procura diferenciar os elementos: “[...] o elemento não essencial (*obiter dictum*); e o elemento essencial (*Ratio Decidendi*, na experiência inglesa, ou *holding*, na experiência americana)”.¹⁴⁸

A *Ratio Decidendi* da decisão paradigmática é a única que possui efeito vinculante pois, de acordo com Macêdo¹⁴⁹: “[...] a *ratio* é, portanto, uma razão necessária e suficiente para resolver uma questão relevante do caso”.

¹⁴³ TEIXEIRA, Ricardo Augusto de Araújo. Colhendo frutos da árvore venenosa: formação e uso dos precedentes no Brasil e nos EUA. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, v. 18, n. 72, p. 189-213, out./dez, 2010.

¹⁴⁴ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*, p. 69.

¹⁴⁵ ROSITO, Francisco. *Teoria dos Precedentes judiciais*: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 111.

¹⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as Súmulas vinculantes*. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 48.

¹⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto*, p. 44.

¹⁴⁸ ROSITO, Francisco. *Teoria dos Precedentes judiciais*. p. 106.

Sobre a *Ratio Decidendi*, destaca Taruffo¹⁵⁰:

A Ratio Decidendi representa a regra de direito utilizada como fundamento direto da decisão sobre os fatos específicos do caso e o *obiter dictum* todas aquelas afirmações e argumentações que estão contidas na motivação da sentença, mas que, mesmo se revelando úteis para a compreensão da decisão e dos seus motivos, não constituem parte integrante do seu fundamento jurídico.

A *Ratio Decidendi* se refere à parte da decisão em que o tribunal estabelece uma regra ou Princípio jurídico para decidir determinado caso.¹⁵¹

Cross¹⁵² ressalva acerca da definição de tais mecanismos inerentes ao sistema Anglo-Saxão: “A *Ratio Decidendi* de um caso é qualquer regra de direito expressa ou implicitamente tratada pelo juiz como um passo necessário para chegar à sua conclusão [...]”.

Em poucas palavras, Tucci¹⁵³ sintetiza: “A *Ratio Decidendi* (...) constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*)”.

Maccormick¹⁵⁴ faz as seguintes considerações a respeito da *Ratio Decidendi* e da *dictum* de um caso:

A Ratio Decidendi é uma decisão dada por um juiz de modo expresso ou implícito que é suficiente para resolver uma questão de direito posta em causa pela argumentação das partes em um caso, sendo um ponto necessário à fundamentação da decisão no caso.

¹⁴⁹ MACÊDO, Lucas Buril de. Contributo para a definição de Ratio Decidendi na teoria brasileira dos precedentes judiciais. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.) **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 217.

¹⁵⁰ TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 108, n. 415, p. 277-290, jan./jun. 2012, p. 282.

¹⁵¹ ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 106.

¹⁵² Tradução livre. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English law**. 4. ed. Oxford: Clarendon, 2004, p. 72.

¹⁵³ Itálico no original. TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 175.

¹⁵⁴ Tradução livre. “A Ratio Decidendi is a rulling expressly or impliedly given by a judge which is sufficient to settle a point of law put in issue by the parties’ arguments in a case, being a point on which a ruling was necessary to his/her justification (or one of his/her alternative justifications) of the decision in the case”. MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. **Rhetoric and the Rule of law: A theory of Legal Reasoning**. New York: Oxford University Press, 2009, p. 153.

Streck¹⁵⁵ leciona sobre os fundamentos da decisão que possuem força vinculante, asseverando que “[...] o *dictum* é apenas uma observação ou uma opinião, e que o mais importante da doutrina do *Stare Decisis*, é o fato de que eles são elaborados para decidir casos passados”.

Desse modo, enfatiza-se que o *dictum* é considerado como parte não essencial de um Precedente.

Apesar de ser elemento secundário do Precedente judicial, o *obiter dictum* pode desempenhar três papéis importantes, quais sejam: “[...] auxiliar na construção da motivação [...] sinalizar sobre a futura orientação do Tribunal ou de diretriz para o julgamento de questões suscitadas no futuro [...] pode servir para conduzir à superação de um precedente judicial”¹⁵⁶.

Evidencia-se, assim, que a doutrina do *Stare Decisis* origina-se da doutrina dos Precedentes e objetiva distinguir *holding* e *dictum*.¹⁵⁷

A *Ratio Decidendi* de uma decisão nos sistemas de *Common Law* é o que vai criar um Precedente Vinculante nas decisões seguintes e, portanto, faz-se necessária descobri-la.

Para que possa ser extraída a *Ratio Decidendi*, é preciso compreender que ela possui três elementos: “[...] a indicação dos fatos relevantes (*statement of material facts*), o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*) e o juízo decisório (*judgement*)”.¹⁵⁸

¹⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as Súmulas vinculantes. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 34.

¹⁵⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JudPodivm, 2013, v. 2., p.430-431; REDONDO, Bruno Garcia. **Aspectos essenciais da teoria geral do precedente judicial**: identificação, interpretação, aplicação, afastamento e superação. Revista de Processo. Ano 38, vol. 217, mar. 2013, p. 408.

¹⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as Súmulas vinculantes. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 45.

¹⁵⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Direito Jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Disponível em: <[http://www.lex.com.br/doutrina_25172422_PARAMETROS_DE_EFICACIA_E_CRITERIOS_DE_I](http://www.lex.com.br/doutrina_25172422_PARAMETROS_DE_EFICACIA_E_CRITERIOS_DE_INTERPRETACAO_DO_PRECEDENTE_JUDICIAL.aspx) NTERPRETACAO_DO_PRECEDENTE_JUDICIAL.aspx>. Acesso em: 11 mar. 2016.

Nesse diapasão, impende registrar que é da fusão de tais elementos, de fato e de Direito, que se obtém a *Ratio Decidendi*, mediante a análise do caso concreto.¹⁵⁹

Sobre o processo de descoberta da *Ratio Decidendi*, denominado como “decomposição”, registra Camargo¹⁶⁰: “A decomposição tem o objetivo de separar a essência da tese jurídica ou razão de decidir (*Ratio Decidendi*) das considerações periféricas (*obiter dicta*), pois é apenas o núcleo determinante do precedente que vincula o julgamento dos processos posteriores.”

Em síntese “[...] a *Ratio Decidendi* constitui-se na razão jurídica ou fundamento determinante da decisão”.¹⁶¹

Anote-se, que não se pode confundir *Ratio Decidendi* com o dispositivo, parte integrante de uma sentença, nos moldes do Sistema Jurídico brasileiro.¹⁶²

Rosito¹⁶³ assim pontua:

Não é a decisão propriamente dita que constitui o precedente, mas sim a razão jurídica da decisão, a *Ratio Decidendi*. Logo, o dispositivo em si não resolve a questão de direito [...] Diferentemente, a *Ratio Decidendi* encontra-se na fundamentação da decisão.

Muito embora, a *Ratio Decidendi* se diferencia dos elementos de uma decisão judicial (relatório¹⁶⁴, fundamentação e dispositivo), ela é formulada a partir de tais elementos¹⁶⁵.

¹⁵⁹ ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes judiciais**: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 108.

¹⁶⁰ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 553-673. p. 559.

¹⁶¹ ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes judiciais**: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 107.

¹⁶² ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: Os Precedentes dos Tribunais Superiores e sua Eficácia Temporal. Curitiba: Juruá, 2012, p. 78; MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.257-259.

¹⁶³ ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes judiciais**, p. 108.

¹⁶⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JudPodivm, 2013, v. 2., p. 433.

No Direito brasileiro, por exemplo, nem sempre a *Ratio Decidendi* é estruturada a partir dos fatos, como comumente acontece nos Estados Unidos e na Inglaterra.

Galio¹⁶⁶ alerta “[...] precedente não se confunde com decisão judicial. Apesar de todo precedente ser uma decisão judicial, nem toda decisão judicial constitui um precedente”.

De acordo com MacCormick¹⁶⁷, é muito comum afirmar que o raciocínio com base em Precedentes é completamente diferente do raciocínio a partir das leis ou com base nelas.

Ao considerar que se mostra imprescindível distinguir a *Ratio Decidendi* da *ratio legis*, não é possível mesclar a tradição prevista na *Common Law*, com as decisões judiciais do modelo *Civil Law*.

Nesse mesmo contexto:

As leis escritas estabelecem normas de forma verbal, fixa, já os precedentes não. A interpretação das leis, portanto, deve ser compatível com as exatas palavras do parlamento em um sentido que possam ser aplicadas. Mas essa restrição não se aplica aos precedentes, que possuem uma amplitude de explicação e discriminação bem maior que a interpretação restrita das leis promulgadas¹⁶⁸.

Na percepção de Galio¹⁶⁹: “A regra extraída de uma decisão judicial não é mera aplicação de uma lei já existente [...] A *Ratio Decidendi* é, sim, um novo fundamento ou Princípio que não existia anteriormente como lei”.

O verdadeiro significado de um Precedente está “[...] na sua fundamentação, nas razões que levaram à decisão. Essa razão de decidir, que é a

¹⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 223.

¹⁶⁶ GALIO, Morgana Henicka. **Overruling: a superação do precedente no direito brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 143.

¹⁶⁷ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 278.

¹⁶⁸ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. p. 289.

¹⁶⁹ GALIO, Morgana Henicka. **Overruling: a superação do precedente no direito brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 138.

tese jurídica aplicada na decisão, não se confunde com a fundamentação, mas está também nela contida”.¹⁷⁰

Já para Barboza¹⁷¹, “[...] um Precedente contém em si mesmo um Princípio, e este formará a parte impositiva da decisão, que é a *Ratio Decidendi*”.

Ou seja, para que uma decisão judicial seja considerada Precedente, não basta que ela seja proferida por tribunal superior, ela precisa ocorrer em momento anterior.

Em outras palavras, o Princípio que fundamenta a decisão e forma uma parte impositiva, formando um Precedente, é que é considerado a *Ratio Decidendi*, isto é, a verdadeira fonte do Precedente, uma vez que a *dictum* não se refere ao objeto da demanda.

Desse modo, a diferenciação entre *Ratio Decidendi* e o *obiter dictum* é relevante no sistema da *Common Law*, porquanto importa discernir aquilo que, na decisão, tem força vinculante daquilo que ostenta somente força persuasiva.¹⁷²

Nessa hipótese, assume maior relevância a identificação da *Ratio Decidendi* e do *dictum*, visando à identificação dos elementos essenciais e não essenciais da decisão.¹⁷³

Barboza preceitua sobre a importância da análise do caso concreto: “A *Ratio Decidendi* pode ser encontrada nas razões e fundamentos gerais das decisões judiciais, os quais devem ser abstraídos a partir das peculiaridades do caso concreto”.¹⁷⁴

Sobre a parte vinculativa da doutrina do *Stare Decisis*:

¹⁷⁰ GALIO, Morgana Henicka. **Overruling**, p. 136.

¹⁷¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 217.

¹⁷² RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 67.

¹⁷³ ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes judiciais**: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 115.

¹⁷⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 222.

[...] enquanto a *Ratio Decidendi* concreta vincula as partes envolvidas no caso, só a *Ratio Decidendi* abstratamente considerada é que vai ter força normativa, ou seja, o que vincula os casos futuros não é a decisão em si, mas os Princípios implícitos que, abstratamente considerados, a fundamentaram.¹⁷⁵

Dessa forma, impende destacar que é a *Ratio Decidendi* dos casos que deve ser considerada a verdadeira fonte do Precedente.¹⁷⁶

Para Nogueira¹⁷⁷ “[...] incorre em erro o juiz que se considera vinculado ao *dictum*, acreditando que está diante da *Ratio Decidendi*”.

Assim, a única parte do Precedente que tem força obrigatória é sua *Ratio Decidendi* o denominado *holding* no sistema norte-americano.

Importante registrar a tradição histórica e cultural da teoria dos Precedentes em solo estadunidense.

O uso do Precedente pelos tribunais americanos deve ser considerado, segundo Sellers¹⁷⁸ “[...] muito mais como uma tradição, do que efetivamente como uma doutrina jurídica, uma vez que está enraizado na cultura jurídica [...]”.

Como já explanado, o Precedente possui uma *holding (ratio)*, que irradia o efeito vinculante para todo o sistema. De acordo com Streck¹⁷⁹, isso não está na Constituição, nem na lei, mas sim na tradição anglo-saxônica.

Ramires¹⁸⁰ igualmente preceitua:

¹⁷⁵ Itálico no original. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare Decisis, integridade e segurança jurídica**: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de Common Law e Civil Law na sociedade contemporânea. Tese (Doutorado). Curitiba, 2011, p. 185. Disponível em: <<http://pct.capes.gov.br/teses/2011/40003019006P4/TES.PDF>>. Acesso em: 14 mai. 2016.

¹⁷⁶ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 290.

¹⁷⁷ NOGUEIRA Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro**. Salvador: Juspodium, 2014, p. 185.

¹⁷⁸ Tradução livre. SELLERS, Mortimer Newlin Stead. The Doctrine of Precedent in the United States of America (September 3, 2008), p. 1. **American Journal of Comparative Law**, v. 54, n. 1, 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1262933>>. Acesso em 10 dez. 2016.

¹⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as Súmulas vinculantes**. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 34.

¹⁸⁰ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 65.

Sempre houve nos tribunais da *common law* a preocupação de assegurar a coesão da jurisprudência, tentando-se considerar o conjunto de julgados passados para se solucionar um litígio presente. A confiança nos precedentes é vista nos países de língua inglesa como algo natural, uma parte da vida em geral.

Nesse mesmo sentido: “[...] não se trata, efetivamente, de hierarquia entre fontes do Direito: o que de fato ocorre é que em virtude de sua própria evolução histórica, o Judiciário no *common law* não decide o caso concreto a partir da interpretação da lei¹⁸¹.”

O dever de aplicar determinado Precedente é, desde a sua origem, o dever de aplicar a sua *Ratio Decidendi*, porque conforme preceitua Macêdo¹⁸²: “a norma do precedente, vale lembrar, não é sinônimo de seu texto”.

A *Ratio Decidendi* é uma *rule*, ou seja, uma norma do Direito¹⁸³.

Dessa forma, Wambier¹⁸⁴ descreve que “[...] a tarefa de definição da *Ratio Decidendi* e do *dictum*, caberá aos juízes dos casos seguintes”.

Ainda, no entendimento de Streck¹⁸⁵ “[...] de um precedente se extrai um Princípio aplicável às causas futuras; é o que se pode denominar de DNA do caso, que vem a ser um elemento decorrente do DNA do direito.”

Logo, são os juízes em casos posteriores que de fato determinam a *Ratio Decidendi* em casos passados¹⁸⁶.

¹⁸¹ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as Súmulas vinculantes. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 40.

¹⁸² MACÊDO, Lucas Buril de. Contributo para a definição de *Ratio Decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. In: DIDIER JR, Fredie et al. (Coord.) **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 217.

¹⁸³ ABOUD, Georges. Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante – A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues. Precedentes e evolução do direito. **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 44.

¹⁸⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Interpretação da lei e de precedentes**: civil law e common law. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 99, v. 893, mar. 2010, p. 35-37.

¹⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto**, p. 51.

¹⁸⁶ GALIO, Morgana Henicka. **Overruling**: a superação do precedente no direito brasileiro. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 132.

A ideia de análise de casos pretéritos na tradição anglo-saxônica se dá em razão do: “[...] o raciocínio do jurista não é abstrato, nem baseado em Subsunção entre o texto normativo e os fatos [...] o raciocínio é empírico, na medida em que parte de um caso anterior para extrair a norma e aplicar ao caso posterior¹⁸⁷.”

Nesse contexto de aplicação da *Ratio Decidendi* pelos julgadores futuros, Galio¹⁸⁸ enfatiza:

Quando um caso é decidido pela primeira vez ainda não está definida qual a *rule*, ou seja, o que especificamente forma o precedente. A identificação da *rule* é efetivada pelos órgãos julgadores subsequentes ao interpretar e aplicar a decisão. Desta forma, a *Ratio Decidendi* é definida pela decisão subsequente. Tendo em vista que a *Ratio Decidendi* não é definida durante o julgamento, mas em momento posterior, quando o juiz utilizar a decisão para aplicá-la em caso sucessivo [...]

Ao longo dos séculos, discutiu-se a respeito da melhor maneira de encontrar a *holding* ou a *Ratio Decidendi* de um caso.

Para exemplificar, o doutrinador Llewellyn, citado por Ramires¹⁸⁹, em 1960, identificou 64 tipos de técnicas para estabelecer e encontrar a *holding*.

Há inúmeros testes e teorias, tais quais as mencionadas por Ramires¹⁹⁰:

Teste de Wambaugh – segundo o qual o que constitui a *r. d.* é a regra geral sem a qual o caso teria sido decidido de outra maneira; *Teste de Goodhart* – que preconiza que a *r. d.* deve ser encontrada começando de uma maneira negativa, excluindo-se o que ela não é, e depois determinado os fatos do caso tratados pelo juiz como fundamentais, e sua decisão exclusivamente no que se refere a eles; *Teste de Oliphant* – derivada do funcionalismo jurídico, propõe que os fatos que deram origem à decisão sejam vistos como um estímulo, e que a decisão seja tomada como resposta a este estímulo, de modo que a *r. d.* não seria mais do que a combinação estímulo-resposta.

Marinoni¹⁹¹ relata que não há acordo no *Common Law* com relação ao método ideal para identificação da *Ratio Decidendi*.

¹⁸⁷ GALIO, Morgana Henicka. **Overruling**: a superação do precedente no direito brasileiro. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 60.

¹⁸⁸ Itálico no original. GALIO, Morgana Henicka. **Overruling**, p. 135.

¹⁸⁹ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 69.

¹⁹⁰ Itálico no original. RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**, p. 69.

Oportuno ressaltar que esta pesquisa não visa demonstrar qual modelo de Precedentes (britânico ou norte-americano), e qual ou quais teorias são mais adequadas para verificar a *Ratio Decidendi* de um caso¹⁹², pelo contrário, o objetivo é evidenciar a complexidade na interpretação dos Precedentes e as maneiras de estabelecer o seu alcance para casos futuros no modelo *Common Law*. Já no âmbito do sistema *Civil Law*, tal análise será detalhadamente explanada nos capítulos seguintes.

Ademais, imperioso pontuar que existem decisões as quais se pode extrair mais de uma *Ratio Decidendi*, principalmente nos chamados *hard cases*¹⁹³, em que há elementos complexos.¹⁹⁴

Duxbury¹⁹⁵ afirma que a única coisa que pode ser dita com segurança sobre a *Ratio Decidendi* é que é um conceito repleto de incertezas.

1.2 A TEORIA DA DECISÃO NO SISTEMA COMMON LAW

Mesmo não existindo consenso sobre como identificar a *Ratio Decidendi*, não há discussão em solo anglo-americano no tocante ao fato de ela efetivamente ser a parte vinculante do fundamento determinante de uma decisão para os futuros casos judiciais.

Para Galio¹⁹⁶, a *Ratio Decidendi* é o conceito mais importante da teoria dos Precedentes, porque “[...] engloba não só o dispositivo da sentença, mas também os fundamentos principais daquela decisão”.

¹⁹¹ MARINONI Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 223.

¹⁹² KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **A importância dos direitos fundamentais para o sistema de Precedentes**. Dissertação (Mestrado). Florianópolis, 2015, p. 303. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/135144/334392.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 12 abr. 2016.

¹⁹³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 131.

¹⁹⁴ ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 109.

¹⁹⁵ Tradução livre. DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 78.

Em suma, o que gera o efeito vinculante nos Precedentes não é somente o resultado da decisão judicial, ou seja, o dispositivo, mas igualmente os fundamentos utilizados pelo intérprete para se alcançar determinado resultado.

Streck¹⁹⁷ ressalta que a maior flexibilidade da atuação jurisprudencial do *Common Law* se dá em razão da menor reverência que essa tradição conferiu ao próprio texto legal em virtude da doutrina do *Stare Decisis*.

Prossegue o jurista:

No *common law*, ainda que a decisão judicial demande a aplicação da lei, o juiz não inicia a decisão do caso a partir e tão somente do texto legal, ele busca aplicar o precedente ao caso, ou seja, passa a investigar nas decisões acumuladas sobre essa questão e quais as principais regras jurídicas a serem extraídas desse acúmulo histórico-normativo-decisional necessário para solucionar o caso concreto¹⁹⁸.

A utilização dos Precedentes em solo estadunidense percorre três etapas, conforme salienta Abboud:¹⁹⁹

A primeira consiste na seleção de quais precedentes são similares o suficiente para comparar o caso em análise às considerações de mérito dos precedentes. O segundo passo é identificar e articular os elementos contidos nos precedentes, a fim de definir qual a premissa/norma jurídica contida nos casos anteriores que pode ser utilizada para solucionar o caso – esta etapa consiste justamente em identificar a *Ratio Decidendi* do julgamento anterior. O terceiro passo consiste em verificar as circunstâncias particulares que porventura existam no caso, pois se existirem tais peculiaridades é possível que o juiz afaste a aplicação do precedente vinculante por meio da utilização da técnica *distinguishing*.

A função de operacionalidade do Direito na tradição *Common Law* é “[...] dar solução a um processo, trabalhando pelo Precedente onde atua, não de forma abstrata, mas sempre a partir de um caso concreto.”²⁰⁰

¹⁹⁶ GALIO, Morgana Henicka. **Overruling**: a superação do precedente no direito brasileiro. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 142.

¹⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz; ABBoud, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as Súmulas vinculantes. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 39.

¹⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz; ABBoud, Georges. **O que é isto**, p. 39.

¹⁹⁹ Itálico no original. ABBoud, Georges. Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante – A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 516-517.

Assim, a aplicação do Direito é realizada caso a caso no sistema de vinculação de Precedentes do *Common Law*, ou como diria Reverbél²⁰¹, “[...] por um processo de *muddle through*, que poderia ser traduzido como improvisação contínua”.²⁰²

Sobre o processo de constituição do *Common Law*, René²⁰³ assevera que “[...] consiste em elaborar um direito jurisprudencial, fundado sobre a razão, substituindo, portanto, o direito baseado nos costumes”.²⁰⁴

Sobre a competência do Judiciário no âmbito do sistema Anglo-Saxão, Sarlet²⁰⁵ assinala:

Por mais que se tenha como correta a conhecida afirmação do Juiz, da Suprema Corte Americana, Hughes, no sentido de que a Constituição é o que os Juízes dizem que ela é (*The Constitution is what the judges say it is*), ela certamente não poderá justificar que se outorgue à Jurisdição Constitucional poderes de tal sorte amplos e discricionários, a ponto de colocar seriamente em risco a própria noção de que também os órgãos judiciais, quando atuantes na condição de intérpretes e garantes da Constituição, continuam sendo órgãos constituídos e não constituintes²⁰⁶.

²⁰⁰ SILVA, Andrey Gastaldi da; HEIL, Danielle Mariel. Commonlização no processo jurídico brasileiro: o direito a partir da common law. **ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**. Curitiba PR - Brasil. Ano VIII, n. 15, jul/dez 2016, p. 105. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima15/artigo-7.-commonizacao-revista-anima.pdf>>. Acesso em: 8 ser. 2017.

²⁰¹ Itálico no original. REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e Estado de Direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 4, n. 1, p. 348, mar/2009. Disponível em: <<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/revistadireito/article/view/7028#.VsHc4bQrLIU>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

²⁰² HEIL, Danielle Mariel; HARTKE, Suzete Habitzreuter. **Controle de Constitucionalidade brasileiro à luz do ativismo judicial e do sistema common law**. Revista da UNIFEDE. Brusque, v. 1, n. 13, 2014, p. 12. Disponível em: <periodicos.unifebe.edu.br>. Citação utilizada na obra: HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 23. Citação igualmente utilizada em: SILVA, Andrey Gastaldi da; HEIL, Danielle Mariel. Commonlização no processo jurídico brasileiro: o direito a partir da common law. **ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**. p. 106.

²⁰³ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

²⁰⁴ HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 24. Citação igualmente utilizada no artigo científico: Commonlização no processo jurídico brasileiro. p. 106.

²⁰⁵ Itálico no original. SARLET, Ingo Wolfgang. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: alguns aspectos controversos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 19, jul/ago/set. 2009.

²⁰⁶ HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 32. Citação utilizada no artigo científico publicado: Commonlização no processo jurídico brasileiro: o direito a partir da common law, em co-autoria com Andrey Gastaldi da Silva. **ANIMA:**

Evidencia-se, portanto, que nos países de tradição do *Common Law*, o juiz desenvolve o Direito, é da essência desse sistema que o Direito opere pelo judiciário²⁰⁷. Logo, o Direito é aquilo que o juiz diz que é²⁰⁸.

Com relação ao dilema da possibilidade dos juízes poderem criar ou não o Direito, Posner²⁰⁹ argumenta que: “[...] como os legisladores, os juízes também legislam, apenas o fazem com mais cautela, menos velocidade, mais Princípio e menos partidarismo.”

Ao considerar a diretriz do sistema *Common Law*, em que o “juiz faz o Direito”, a atividade dos juristas anglo-saxônicos pode ser entendida “[...] pelo uso do método indutivo, pois é feita a partir do confronto entre o caso em exame e outro similar”²¹⁰.

Ademais, o objetivo do *Stare Decisis* foi limitar a discricionariedade judicial, evitando-se incertezas na prestação jurisdicional, a fim de buscar maior segurança jurídica na aplicação do Direito.²¹¹

Streck²¹² afirma que “[...] a *Ratio Decidendi*, além de possuir a função de colocar-se com o fundamento jurídico a solucionar os casos no *common law*, possui a função de evitar arbitrariedades nas decisões judiciais.”

Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR - Brasil. Ano VIII, n. 15, jul/dez 2016, p. 106. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima15/artigo-7.-commonizacao-revista-anima.pdf>>.

²⁰⁷ HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**, p. 32. Citação igualmente utilizada em: SILVA, Andrey Gastaldi da; HEIL, Danielle Mariel. *Commonização no processo jurídico brasileiro: o direito a partir da common law*. **ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**. p. 106.

²⁰⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 383.

²⁰⁹ POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 250.

²¹⁰ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: IBRADD/CESUSC, 2001, p. 33. Citação utilizada em: SILVA, Andrey Gastaldi da; HEIL, Danielle Mariel. *Commonização no processo jurídico brasileiro: o direito a partir da common law*. **ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**. p. 106.

²¹¹ ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 85.

²¹² *Ítálico no original*. STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as Súmulas vinculantes**. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 48.

Sobre esse ponto, importante ressaltar que a *Ratio Decidendi* contribui para prevenir resultados arbitrários.²¹³

Em síntese, é possível afirmar que a estabilidade e funcionalidade do modelo norte-americano repousa no Princípio do *Stare Decisis* e na força vinculante (*Ratio Decidendi* ou *holding*) das suas decisões judiciais.

O livro *The Common Law*, de autoria do juiz americano Oliver Wendell Holmes Jr., apresenta críticas acerca do formalismo²¹⁴ inerente ao sistema anglo-americano, afirmando que a decisão judicial não é a mera aplicação de um Precedente.²¹⁵

Assim, com o passar do tempo, houve uma progressiva atenuação da doutrina do *Stare Decisis* na tradição *Common Law*, fruto do Realismo Jurídico²¹⁶, que fizeram parte juristas como Oliver Wendell Holmes Jr.²¹⁷, Benjamin Nathan Cardozo²¹⁸ e Nathan Roscoe Pound²¹⁹.

²¹³ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto**, p. 48.

²¹⁴ RAMIRO, Caio Henrique Lopes. **Direito, literatura e a construção do saber jurídico**: Paulo Leminski e a crítica do formalismo jurídico. Brasília, a. 49 n. 196, out./dez. 2012, p. 305. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496629/000967071.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 14 fev. 2016.

²¹⁵ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano**. 1. ed. Brasília: edição do autor, 2013, p. 62.

²¹⁶ A corrente do Realismo Jurídico sustenta que: “[...] os juízes possuem ampla liberdade de decisão, aplicam o direito conforme suas opiniões pessoais [...] o direito é aquilo que os juízes consideram como direito, não se vinculando nem pela suposta justiça, nem pela vontade do legislador, que muitas vezes é formulada de maneira abstrata e obscura e impossibilita a aplicação objetiva da norma.” Trecho extraído da obra: DIMOULIS, Dimitri. **O caso dos denunciantes invejosos**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 25.

²¹⁷ Tradução livre. “O que entendo por direito, e sem nenhuma outra ambição, são as profecias do que os tribunais farão de fato” (The Path of Law, Harvard Law Review (1897), p. 457. ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000, p. 95.

²¹⁸ Lenio Luiz Streck discorre sobre a passagem do jurista norte-americano perante a Suprema Corte dos Estados Unidos: “Benjamin Cardozo assumiu a vaga de Holmes, em 1932. Em seus anos apenas, pois morreu em 1938, deixou inscrito o seu nome entre os maiores juízes da Suprema Corte Americana. Suas memoráveis decisões e votos vencidos demonstram algumas de suas idéias expostas em livros: o juiz é um agente ativo, e não mero declarador mecânico do Direito; a Constituição americana tinha o mesmo poder de adaptação, flexibilidade e maleabilidade da common law [...]”. STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro**: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 53, nota 39.

²¹⁹ “Roscoe Pound foi professor da Universidade de Harvard, tendo sido um crítico do formalismo jurídico. A sua trajetória jurídica não deixa de ser contraditória, pois, embora tenha sido defensor do realismo jurídico, ao final da sua vida, passou a criticá-lo”. ROSITO, Francisco. **Teoria dos**

Sobre o movimento do Realismo Jurídico²²⁰ nos Estados Unidos da América - EUA, registra Godoy²²¹: “É o movimento intelectual que ganhou dimensão nos Estados Unidos nas décadas de 1920 e 1930 [...] problematizava como os juízes decidem os casos e o que as cortes de justiça verdadeiramente fazem”.²²²

No Direito americano, por meio dos ideais e na figura do Magistrado Oliver Wendell Holmes Jr.²²³, o Realismo Jurídico atingiu seu ápice de destaque, conforme elucida Tassinari²²⁴:

Oliver Holmes se insere no contexto da tradição norte-americana conhecida como realismo jurídico. Este movimento, amparado em uma atuação pragmaticista de juízes e tribunais, ressaltou o papel do Judiciário na interpretação dos direitos, do que resultou a conhecida afirmação de que o *Direito é aquilo que os juízes dizem que é*.

Para Posner²²⁵, referido juiz marcou a história dos Estados Unidos ao acreditar que “[...] um juiz responsável não se contentará com uma simples enunciação de valores”.²²⁶

A doutrina desta corrente pode ser resumida da seguinte forma: “o realismo jurídico norte-americano é corrente que se propõe a estudar o Direito como teoria da decisão”²²⁷.

Precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 315, nota 1369.

²²⁰ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 142.

²²¹ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano**. 1. ed. Brasília: edição do autor, 2013, p. 14.

²²² HEIL, Danielle Mariel; STAACK, André Luiz. O Realismo Jurídico norte-americano e sua influência argumentativa nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista da Graduação e especialização em Direito. Raízes Jurídicas**. Curitiba, v. 9, n. 1, jan/jun. 2017, p. 84-85. Disponível em: <http://ojs.up.com.br/index.php/raizesjuridicas/article/view/453/pdf_32>. Acesso em: 8 set. 2017.

²²³ POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 291.

²²⁴ Itálico no original. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 83.

²²⁵ POSNER, Richard A. **Para além do direito**, p. 205.

²²⁶ HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 33. Citação igualmente utilizada no artigo científico: Commonlização no processo jurídico brasileiro: o direito a partir da common law, em co-autoria com Andrey Gastaldi da Silva. **ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**. Curitiba PR - Brasil. Ano VIII, n. 15, jul/dez 2016, p. 107. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima15/artigo-7.-commonlizacao-revista-anima.pdf>>.

Com a tentativa de fundir os modelos de *Common Law* e *Civil Law*, tal maneira de pensar conquistou notoriedade no Brasil.²²⁸

Os seguidores do Realismo Jurídico sustentam que o intérprete, isto é, o magistrado, é quem cria o Direito.²²⁹

Percebe-se, que os realistas operaram uma transformação no Direito, substituindo o modo de pensar dos exegetas: “enquanto para esses o ato de decidir resulta da aplicação de normas obrigatoriamente vinculantes [...] para aqueles, o ato de decidir resulta da escolha do juiz no momento da decisão, optando por uma das várias alternativas que se apresentam possíveis”.²³⁰

Na percepção dos realistas norte-americanos, “[...] o direito é o conjunto de normas efetivamente aplicadas pelos tribunais de uma determinada comunidade”.²³¹

Advirta-se, contudo, que não é possível admitir, que o julgador possa decidir de acordo e tão somente com as suas vontades e preferências.²³²

²²⁷ HEIL, Danielle Mariel; STAACK, André Luiz. O Realismo Jurídico norte-americano e sua influência argumentativa nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista da Graduação e especialização em Direito. Raízes Jurídicas**. Curitiba, v. 9, n. 1, jan/jun. 2017, p. 87. Disponível em: <http://ojs.up.com.br/index.php/raizesjuridicas/article/view/453/pdf_32>. Acesso em: 8 set. 2017.

²²⁸ CARVALHO, Mayara de; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. **A insuficiência da compreensão de Direito a partir da regulação**: o exemplo do realismo jurídico estadunidense. In: CONPEDI - A HUMANIZAÇÃO DO DIREITO E A HORIZONTALIZAÇÃO DA JUSTIÇA NO SÉCULO XXI, 23, 2014, João Pessoa: UFPB, 2014. Citação igualmente utilizada no artigo: HEIL, Danielle Mariel; STAACK, André Luis. O Realismo Jurídico norte-americano e sua influência argumentativa nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, p. 87.

²²⁹ “O direito é um só: apenas o declarado como tal pelo tribunal, nada mais.” RIBEIRO, Fabio Túlio Correia; CAVALCANTE, Henrique Costa. O realismo jurídico. **Revista da Esmese - Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe, Aracaju**, n. 7, p. 301-322. p. 305. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/22385/realismo_juridico.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2016.

²³⁰ RIBEIRO, Fabio Túlio Correia; CAVALCANTE, Henrique Costa. O realismo jurídico. **Revista da Esmese**, p. 304-305.

²³¹ RIBEIRO, Fabio Túlio Correia; CAVALCANTE, Henrique Costa. O realismo jurídico. **Revista da Esmese - Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe, Aracaju**, n. 7, p. 301-322. p. 316. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/22385/realismo_juridico.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2016.

²³² HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 35.

Nesse sentido²³³: “O realismo entende o direito como aquilo que decidem juízes e tribunais, tendo em vista suas crenças, ideologias, etc [...] o realismo se subsume na ideia de moldura, logo eu posso decidir o que quiser, desde que justifique normativamente”.²³⁴

Conclui-se, portanto, que referida doutrina foi importante para a formulação da teoria do Direito, suplantando a perspectiva do formalismo jurídico. Contudo, um movimento que se socorre da idealização que a norma jurídica somente pode ser criada pelo Judiciário, não merece ressurgir em solo brasileiro.

Muito embora esta pesquisa não adote o posicionamento realista que “o Direito se restringe ao que os juízes e tribunais dizem que é”, vale registrar a parte filosófica e positiva do Realismo Jurídico norte-americano, qual seja, o Pragmatismo Jurídico.²³⁵

O surgimento da doutrina filosófica do Pragmatismo está diretamente associado à ascensão do Realismo Jurídico, “[...] que no início do século XX passou a relacionar o Direito com a eficácia normativa e com a probabilidade associada às decisões judiciais”²³⁶.

²³³ FREITAS, Lorena de Melo. **O realismo jurídico como pragmatismo**: a retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas), Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009, p. 37. Disponível em: <<http://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/3681>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

²³⁴ HEIL, Danielle Mariel; STAACK, André Luiz. O Realismo Jurídico norte-americano e sua influência argumentativa nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista da Graduação e especialização em Direito. Raízes Jurídicas**. Curitiba, v. 9, n. 1, jan/jun. 2017, p. 86. Disponível em: <http://ojs.up.com.br/index.php/raizesjuridicas/article/view/453/pdf_32>. Acesso em: 8 set. 2017. Citação utilizada no artigo científico: Commonlização no processo jurídico brasileiro: o direito a partir da common law. **ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**. Curitiba PR - Brasil. 15, jul/dez 2016. p. 109. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima15/artigo-7.-commonlizacao-revista-anima.pdf>>.

²³⁵ FREITAS, Lorena de Melo. **O realismo jurídico como pragmatismo**, p. 32.

²³⁶ MACÊDO, Juliana Maria D'. Pragmatismo jurídico no Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito e Humanidades**. n. 25, 2013, p. 02. Universidade São Caetano do Sul: São Paulo. Disponível em: <http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/viewFile/2362/1558>. Acesso em: 8 set. 2017.

Algumas das tendências que se unem para formar a tradição pragmatista foram absorvidas pelo Realismo Jurídico²³⁷.

Para Mostafa²³⁸: “O pragmatismo pode ser pensado como uma escola de pensamento filosófico americana, em cujo contexto desenvolve-se a filosofia de três pensadores: Charles S. Peirce (1839-1914), William James (1842-1910) e John Dewey (1859-1952)”.

Por outro lado, James²³⁹ assevera que o termo Pragmatismo significa ação, e foi introduzido em 1878, indicando que “[...] as nossas crenças são, na verdade, regras de ação, pois, para evidenciarmos o nosso pensamento, é preciso conhecer os efeitos práticos positivos dos objetos que nos interessam”.

Em linhas gerais, o Pragmatismo se preocupa em investigar como as pessoas pensam e como os juízes decidem²⁴⁰.

Posner²⁴¹ aduz que “[...] o movimento pragmatista deu ao Realismo Jurídico de origem norte-americana toda a sua forma e conteúdo intelectual”.²⁴²

A corrente do realismo assim pregava “[...] é na esfera do cognitivo e do psicológico, e não a do político e do científico-social, que devemos buscar indícios do pensamento crítico”.²⁴³

²³⁷ HEIL, Danielle Mariel; STAACK, André Luiz. O Realismo Jurídico norte-americano e sua influência argumentativa nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista da Graduação e especialização em Direito. Raízes Jurídicas**. Curitiba, v. 9, n. 1, jan/jun. 2017, p. 85. Disponível em: <http://ojs.up.com.br/index.php/raizesjuridicas/article/view/453/pdf_32>. Acesso em: 8 set. 2017.

²³⁸ MOSTAFA, Solange Puntel. O pragmatismo clássico americano e a filosofia da diferença: questões para a educação. **Revista Contrapontos**. Itajaí, SC., v. 13, n. 2, p. 120-129, ago. 2013. p. 120. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rc/article/view/4217/2621>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

²³⁹ JAMES, William. **Pragmatismo e outros textos**. 2 ed. Tradução de Jorge Caetano da Silva e Pablo Rubén Mariconda. São Paulo: Abril Cultural, 1985, p. 18.

²⁴⁰ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano**. 1. ed. Brasília: edição do autor, 2013, p. 25. Citação utilizada no artigo científico: HEIL, Danielle Mariel; STAACK, André Luiz. O Realismo Jurídico norte-americano e sua influência argumentativa nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista da Graduação e especialização em Direito. Raízes Jurídicas**, p. 87.

²⁴¹ POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 409.

²⁴² HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 36.

Para Eisenberg²⁴⁴: [...] o pragmatismo jurídico é uma escola da teoria do direito que nasceu nos EUA no início do século XX, tendo por principal característica o esforço de aplicar a tradição filosófica do pragmatismo ao problema da interpretação jurídica.²⁴⁵

Posner²⁴⁶ sustenta que “[...] o juiz, na sua função de espectador, recorre não apenas às próprias experiências pessoais e políticas, como também a um saber cultural especializado: seu conhecimento e sua experiência relativamente ao direito”.

O Pragmatismo se centra no modo norte-americano de pensar e fazer filosofia²⁴⁷, bem como rejeita o modelo formal pois, para Godoy²⁴⁸, tal corrente objetiva construir a decisão judicial com base na realidade e experiência social.

A experiência seria, nesse contexto, “[...] o resultado que surge da intervenção do organismo humano em relação ao meio ambiente, crenças, valores, e demais elementos que refletem nossa interação com o meio em que vivemos”.²⁴⁹

Nesse diapasão, em defesa do Pragmatismo Jurídico, pontua Macêdo: “[...] ao oferecer uma interpretação de que as decisões judiciais devem estar

²⁴³ POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 296.

²⁴⁴ EISENBERG, José. Pragmatismo jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paula (Org). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006.

²⁴⁵ HEIL, Danielle Mariel; STAACK, André Luiz. O Realismo Jurídico norte-americano e sua influência argumentativa nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista da Graduação e especialização em Direito. Raízes Jurídicas**. Curitiba, v. 9, n. 1, jan/jun. 2017, p. 87-88. Disponível em: <http://ojs.up.com.br/index.php/raizesjuridicas/article/view/453/pdf_32>. Acesso em: 8 set. 2017.

²⁴⁶ POSNER, Richard A. **Para além do direito**. p. 137.

²⁴⁷ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano**. 1. ed. Brasília: edição do autor, 2013, p. 25. Citação utilizada em: HEIL, Danielle Mariel; STAACK, André Luiz. O Realismo Jurídico norte-americano e sua influência argumentativa nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista da Graduação e especialização em Direito. Raízes Jurídicas**, p. 88.

²⁴⁸ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano**. p. 32.

²⁴⁹ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano**. p. 31.

afastadas de interesses políticos e concepções morais e religiosas, tais decisões passam a auxiliar a evolução da sociedade [...]”.²⁵⁰

Nessa linha de raciocínio, em solo estadunidense, Posner²⁵¹ vislumbra no Pragmatismo, a teoria capaz de solucionar as demandas judiciais, pois se trata de um ponto de equilíbrio entre o realismo e o formalismo, entendimento este que melhor se adequa às necessidades atuais, bem como ao raciocínio deste trabalho científico, o qual será objeto de estudo no terceiro capítulo.

Em um paralelo entre formalismo e Pragmatismo²⁵²:

O formalista força as práticas dos homens de negócios e das pessoas em geral a encaixarem-se no molde dos conceitos jurídicos existentes, vistos como imutáveis. O pragmatista, ao contrário, considera que os conceitos devem servir às necessidades humanas e, portanto, deseja que sempre se considere a possibilidade de ajustar as categorias do direito, para que se adaptem às práticas das outras comunidades que não a jurídica.²⁵³

Embora o discurso dos juízes tenha sido predominantemente formalista, a maioria dos juízes americanos age pragmaticamente²⁵⁴.

A atuação pragmatista dos operadores do Direito norte-americanos, é no sentido de “[...] um direito mais empírico, mais realista, mais sintonizado com as necessidades reais de pessoas reais [...]”²⁵⁵, incluindo a preocupação com o Meio Ambiente, conforme abordagem do último capítulo desta pesquisa.

Dessa forma, o Pragmatismo da cultura norte-americana tem como ideia central uma melhor adequação da realidade com base em fatos do presente, uma

²⁵⁰ MACÊDO, Juliana Maria D'. Pragmatismo jurídico no Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito e Humanidades**. n. 25, 2013, p. 3.

²⁵¹ POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 3-4.

²⁵² HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 38.

²⁵³ POSNER, Richard A. **Para além do direito**, p. 422.

²⁵⁴ POSNER, Richard A. **Para além do direito**, p. 424.

²⁵⁵ POSNER, Richard A. **Para além do direito**, p. 20.

vez que como o próprio nome diz, sustenta que a verdade deve ser entendida em termos de prática.²⁵⁶

Ao analisar o pensamento pragmatista, tem-se que, nas palavras de Posner²⁵⁷: “[...] o estado de direito é mais do que o simples julgamento de casos de forma impessoal.”

Isso ocorre, em parte, porque as questões que passam pela justiça americana são tão complexas e diversas que o formalismo se torna inaplicável na maioria dos casos mais difíceis.²⁵⁸

Assim, no Sistema Jurídico norte-americano “[...] o pragmatismo fornece a melhor explicação de como os juízes realmente decidem os casos”.²⁵⁹

Para Posner²⁶⁰, o Pragmatismo é capaz de nos ajudar a manter uma postura adequadamente crítica diante de certas realidades que desempenham um grande papel em muitas áreas do Direito.²⁶¹

Portanto, é de fácil constatação a contribuição de tal raciocínio para atuação dos juízes na aplicação das leis, de modo a adquirir um perfil mais alinhado aos interesses e necessidades da sociedade contemporânea.²⁶²

Portanto, não se pode perder de vista que o *Common Law* sempre se estruturou em estrito contato com a história e com a tradição da comunidade em que se formava.

²⁵⁶ CIRILLO, Luis Fernando. Richard Rorty e Carlos Maximiliano: uma leitura pragmatista da interpretação jurídica. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**. Escola Paulista da Magistratura. Ano 15, n. 2. São Paulo, 2015. P. 83.

²⁵⁷ POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 22.

²⁵⁸ POSNER, Richard A. **Para além do direito**, p. 38.

²⁵⁹ POSNER, Richard A. **Para além do direito**, p. 38.

²⁶⁰ POSNER, Richard A. **Para além do direito**, p. 419.

²⁶¹ HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 37.

²⁶² MACÊDO, Juliana Maria D'. Pragmatismo jurídico no Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito e Humanidades**. n. 25, 2013, p. 4.

Streck²⁶³ igualmente pontua que a doutrina dos Precedentes caracteriza a evolução histórica da tradição *Common Law*.

Portanto, pode-se afirmar que “[...] o pragmatismo trataria a decisão segundo os Precedentes [...] como uma diretriz e não como um dever, não estando, portanto, os juízes escravizados por tal doutrina, mas atuando pela essência e cultura histórica do sistema”.²⁶⁴

Posner²⁶⁵ assevera o motivo pelos quais os juízes adotam a doutrina do *Stare Decisis* nos Estados Unidos:

[...] se revisassem inteiramente todos os casos, os juízes, ao menos os escrupulosos, teriam de trabalhar mais [...] Os juízes também perderiam a oportunidade de atribuir aos outros (isto é, aos juízes anteriores) a culpa por uma decisão impopular, para se protegerem de críticas e ataques. E talvez mais causas fossem levadas a juízo, por haver uma incerteza maior acerca dos direitos e deveres legais num sistema que não fosse estabilizado pela norma do *Stare Decisis* [...] para seguir a Jurisprudência, é preciso pesquisar²⁶⁶.

No mesmo sentido, Abboud²⁶⁷ destaca: “Todo juiz chamado a decidir um caso [...] pode e deve submeter os precedentes a teste de fundamentação racional [...] o juiz não deve aceitar cegamente o precedente.”

No entanto, há muitos motivos para afirmar que os juízes, de forma geral, obedecem e seguem a jurisprudência, mantendo-se fiéis aos valores da sua tradição jurídica.²⁶⁸

²⁶³ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as Súmulas vinculantes. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 44.

²⁶⁴ SILVA, Andrey Gastaldi; HEIL, Danielle Mariel. Commonlização no processo jurídico brasileiro: o direito a partir da common law. **ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**. Curitiba PR - Brasil. 15, jul/dez 2016. p. 111. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima15/artigo-7.-commonizacao-revista-anima.pdf>>. Acesso em: 8 set. 2017.

²⁶⁵ POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 134.

²⁶⁶ HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 39.

²⁶⁷ ABOUD, Georges. **Sentenças interpretativas, coisa julgada e Súmula vinculante**: alcance e limites dos efeitos vinculantes e erga omnes na jurisdição constitucional. Dissertação de Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009. p. 239. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/8753/1/Georges%20Aboud.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2016.

O mesmo acontece com o Brasil que, independentemente dos fatos históricos e culturais, cada vez ganha mais adeptos à corrente do Realismo Jurídico, isto é, operadores do Direito que pregam que “o Direito é aquilo que o Judiciário diz que é”.²⁶⁹

1.2.1 A Força dos Precedentes

Após a análise da tradição da construção das decisões na doutrina dos Precedentes, importa verificar qual o grau de eficácia da decisão dentro do sistema *Common Law* e, até mesmo, no *Civil Law*, que a cada dia possui mais realistas jurídicos.

No tocante a importância da vinculação dos Precedentes, Rosito²⁷⁰ esclarece que “[...] a dimensão da força do Precedente refere-se à intensidade da influência exercida sobre a decisão de um caso sucessivo”.

No mais, a vinculação do Precedente é a característica que o eleva à categoria de fonte do Direito na tradição *Common Law*.²⁷¹

Faz-se imperioso registrar que os Precedentes podem ser classificados em Precedentes persuasivos e Precedentes de caráter vinculante.

Infere-se, por conseguinte, que o Precedente com força persuasiva, no entendimento de Rosito²⁷² “[...] tem relevância jurídica, na medida em que serve de

²⁶⁸ “A decisão de um caso realmente novo abre um precedente que orientará o julgamento dos casos futuros, e as regras do jogo judicial exigem que os juízes sigam a jurisprudência (embora não devam deixar-se escravizar por esta) em vez de decidir do zero cada caso futuro.” POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 12. Citação utilizada na obra: HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 39.

²⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? 5. Ed. ver. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 89.

²⁷⁰ ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes judiciais**: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 115.

²⁷¹ SOARES, Marcos José. **A Ratio Decidendos precedentes judiciais**. Revista de Direito Processual. Editora Fórum, – RDBPro, Belo Horizonte, v. 22, n. 85, jan./mar. 2014, p. 07. Disponível em: <http://www.academia.edu/27350310/A_ratio_decidendi_dos_precedentes_judiciais>. Acesso em: 14 abr. 2016.

guia de orientação a ser adotada pelos julgadores, porém, são mais suscetíveis de modificação com maior facilidade frente às decisões com força vinculante”.

Séroussi²⁷³ também explana sobre tais Precedentes: “Os precedentes relativos, chamados persuasivos (*persuasive precedents*), têm autoridade reduzida e ocorrem nos seguintes casos: um tribunal pode não seguir uma decisão tomada por um juízo hierarquicamente inferior.”

A utilização de Precedentes meramente persuasivos ocorre, ainda, quando:

[...] uma das partes invoca a utilização de precedente de outro país que adote o mesmo Sistema Jurídico, por exemplo, um caso do tribunal inglês em que a parte trouxe uma decisão proferida pelos Estados Unidos em situação idêntica para servir de fundamento. Nestas hipóteses, o precedente não tem força vinculante, mas sim persuasiva porque representa a experiência jurídica de outro país na questão em debate²⁷⁴.

Soares²⁷⁵ afirma que os Precedentes persuasivos servem apenas como reforço argumentativo e, portanto, não são obrigatoriamente acolhidos.

Ainda sobre o sistema Anglo-Saxão, Rosito²⁷⁶ pontua: “[...] são precedentes meramente persuasivos as decisões proferidas pelos órgãos jurisdicionais inferiores ou de alguma outra organização judiciária, como, por exemplo, precedentes de cortes estaduais em face de órgãos federais”.

Nessa mesma linha de raciocínio “[...] entende-se que o precedente deve ser considerado no julgamento, mas pode ser rejeitado, sempre de forma justificada.

²⁷² ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes judiciais**: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 118.

²⁷³ SÉROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano**. São Paulo: Landy, 2001, p. 110.

²⁷⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Variações sobre precedentes judiciais vinculantes e persuasivos**. Revista Magister de direito civil e processual civil, Porto Alegre, v. 1, n. 5, mar./abr. 2005, p. 13-14.

²⁷⁵ SOARES, Marcos José. **A Ratio Decidendos precedentes judiciais**. Revista de Direito Processual. Editora Fórum, – RDBPro, Belo Horizonte, v. 22, n. 85, jan./mar. 2014, p. 45. Disponível em: <http://www.academia.edu/27350310/A_ratio_decidendi_dos_precedentes_judiciais>. Acesso em: 14 abr. 2016.

²⁷⁶ ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes judiciais**, p. 118.

A justificativa, nesse caso, pode ser a negação do fundamento da decisão anterior, pois não há vinculação”.²⁷⁷

Em síntese, o Precedente Persuasivo possui apenas uma capacidade de convencimento na argumentação jurídica, no confronto com casos análogos.

No que tange à vinculação obrigatória das decisões proferidas no sistema do *Common Law*, anatem-se as palavras de Castro Junior²⁷⁸:

Só são vinculantes as decisões tomadas pelo mesmo órgão judiciário, exceto a Suprema Corte Federal, que vincula todas as instâncias, e as Cortes Supremas Estaduais, que abrangem as decisões tomadas em seu estado, contudo, ambas as cortes não vinculam a si próprias²⁷⁹.

A força ou efeito vinculante (*binding authority*)²⁸⁰ dos Precedentes é própria da tradição *Common Law*, no qual vigora a teoria do *Stare Decisis*, que significa a obrigatória observância, pelos juízos dos Precedentes decididos pelas cortes superiores²⁸¹.

Em 1861, no caso *Beamish v. Beamish*, a *House of Lords*, até então órgão supremo do poder Judiciário no Reino Unido, proclamou: “[...] o direito enunciado na *Ratio Decidendi* é claramente vinculante para todas as cortes inferiores e todos os súditos do reino²⁸²”.

²⁷⁷ MARINONI Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 119.

²⁷⁸ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito**: Estados Unidos x Brasil. Florianópolis: IBRADD/CESUSC, 2001, p. 57.

²⁷⁹ HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 31. Citação igualmente utilizada no artigo científico: SILVA, Andrey Gastaldi; HEIL, Danielle Mariel. Commonlização no processo jurídico brasileiro: o direito a partir **da common law**. **ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**. Curitiba PR - Brasil. Ano VIII, n. 15, jul/dez. 2016, p. 105. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima15/artigo-7.-commonizacao-revista-anima.pdf>>.

²⁸⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 54-55.

²⁸¹ ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes judiciais**: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 118.

²⁸² ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes judiciais** racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 119.

Verifica-se, portanto, que houve reconhecimento explícito quanto à obrigatoriedade dos Precedentes, ou seja, uma decisão singular de um órgão jurisdicional superior deve ser respeitada pelos órgãos inferiores.

Larenz²⁸³, contudo, explana que: “Não é o precedente que, como tal, vincula, mas apenas a norma nele corretamente interpretada ou concretizada”.

Para Rosito²⁸⁴, o Precedente Vinculante tem eficácia tanto interna quanto externa, pois “[...] a decisão opera efeitos *inter partes*, resolvendo o conflito em julgamento. De outro, a decisão gera eficácia *erga omnes*, estendendo-se a qualquer pessoa cuja conduta se subsuma a tal regra”.

Desta feita, é possível evidenciar que a eficácia do Precedente transcende o caso particular.

Nas palavras de Rosito²⁸⁵: “[...] assumem a condição de fonte do Direito, de modo que os Princípios extraídos dos seus fundamentos determinantes devem ser observados por todos os tribunais hierarquicamente inferiores e autoridades nos casos futuros”.

Sobre a distinção entre os tipos de Precedentes (vinculantes e persuasivos), Galio²⁸⁶ descreve que os vinculantes são aqueles oriundos das cortes superiores, e os demais têm força persuasiva, mas não obrigatória.

No que se refere aos limites subjetivos da força vinculante, interessa identificar quem está sujeito à observância dos Precedentes, sejam eles vinculativos ou persuasivos.

²⁸³ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2. ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 522.

²⁸⁴ ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes judiciais**: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 121.

²⁸⁵ ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes judiciais**, p. 121.

²⁸⁶ GALIO, Morgana Henicka. **Overruling**: a superação do precedente no direito brasileiro. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 56.

Como já visto, em regra, a aplicação dos Precedentes é obrigatória aos órgãos jurisdicionais inferiores, em face das decisões proferidas pelos órgãos superiores na estrutura judiciária²⁸⁷.

Trata-se, em tais casos, do que se denomina como vinculação vertical dos Precedentes²⁸⁸.

Nas palavras de Galio²⁸⁹: “[...] um precedente da Suprema Corte é vinculante para cortes inferiores, ao revés, precedentes de cortes inferiores não vinculam a Suprema Corte”.

Clève²⁹⁰ igualmente afirma: “[...] no momento em que a Suprema Corte decide a respeito de qualquer questão constitucional, sua decisão é vinculante para todos os demais órgãos judiciais, adquirindo a decisão eficácia *erga omnes*”.

Entende-se, conforme dispõe Rosito²⁹¹, que os próprios tribunais estão sujeitos a observar os seus Precedentes.

Barboza²⁹² sintetiza: “[...] o *Stare Decisis* vertical exige que os tribunais inferiores sigam as decisões dos tribunais superiores. O *Stare Decisis* horizontal exige que a Corte siga seus próprios precedentes.”

Para Taruffo²⁹³:

A expressão precedente “horizontal” é utilizada para indicar a força persuasiva que um precedente pode ter em relação aos órgãos judiciários que pertencem ao mesmo grau daquele que pronunciou a primeira decisão. O precedente pode ter força persuasiva, mas certamente será inferior ao

²⁸⁷ ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes judiciais**: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 122.

²⁸⁸ Tradução livre. SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 57.

²⁸⁹ GALIO, Morgana Henicka. **Overruling**: a superação do precedente no direito brasileiro. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 146.

²⁹⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 66.

²⁹¹ ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes judiciais**, p. 122.

²⁹² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 199.

²⁹³ TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 108, n. 415, jan./jun. 2012, p. 185.

precedente vertical, pois não se trata de corte de grau superior, de modo que não há diferença de autoridade.

No entanto, como salienta Rosito²⁹⁴: “A teoria dos precedentes, por si só, não assegura a previsibilidade na aplicação do direito, pois os julgadores, a rigor, têm a possibilidade de superar a orientação estabelecida”.

Para Rosito²⁹⁵, a diferença entre a força persuasiva e a força vinculante, estaria nas consequências da inobservância dos Precedentes.

Prossegue o autor:

Costuma-se dizer que o descumprimento de um precedente persuasivo, diferentemente dos precedentes vinculativos, não teria uma sanção e, portanto, não haveria consequências jurídicas. Assim, a força persuasiva seria apenas um imperativo moral [...] enquanto a força vinculante teria efetivamente efeito jurídico.²⁹⁶

Destaca-se, que na tradição *Common Law*, não há sanção ao julgador que não observar determinado Precedente, porém, nem por isso deixa-se de considerá-lo como normativo e obrigatório, conforme relata Galio.²⁹⁷

A questão então consiste em saber por quais motivos os Precedentes vinculam. E se eles realmente têm caráter vinculativo, como é possível não haver sanção aos magistrados no caso de não submissão aos Precedentes?

Duxbury²⁹⁸ afirma que a resposta mais plausível se dá ao fato de que os Precedentes são vinculantes porque os juízes acreditam que um problema pode ser resolvido utilizando-se as razões de uma decisão anterior.

De igual forma, Barboza²⁹⁹ reprisa que o caráter coercitivo na aplicação das normas jurídicas é atribuído ao fato de que “[...] são acompanhadas por sanções

²⁹⁴ ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes judiciais**: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 123.

²⁹⁵ ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes judiciais**, p. 124.

²⁹⁶ ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes judiciais**, p. 125.

²⁹⁷ GALIO, Morgana Henicka. **Overruling**: a superação do precedente no direito brasileiro. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 126.

²⁹⁸ Tradução livre. DUXBURY, Neil. **The authority of precedent**: two problems. Legal Theory Workshop Series. Faculty of Law. University of Toronto. 2005, p. 2.

que emanam de uma fonte de autoridade que é normalmente respeitada tanto no meio jurídico quanto pela população em geral”.³⁰⁰

Portanto, em relação à força obrigatória dos Precedentes, é possível dizer que estes têm caráter coercitivo, em que pese não existir uma sanção jurídica a respeito.³⁰¹

A uniformidade e a aceitação pelos juízes em seguir o Precedente é tão forte que, conforme destacam Cross e Harris³⁰², não há sequer comentários por parte da doutrina ou tribunais a respeito.

Duxbury³⁰³ ratifica a posição dos aludidos doutrinadores, no sentido de que “[...] as normas que regem a aplicação de precedentes estão relacionadas à prudência, os juízes as aplicam para que o sistema *case law* seja mantido e não por medo de serem punidos.”

Barboza³⁰⁴ enfatiza que a coercibilidade inerente aos Precedentes, não é sinônimo de sanção³⁰⁵.

Sobre a (des)necessidade dos juízes em seguir a Jurisprudência³⁰⁶:

Poderia haver razões pragmáticas pelas quais seria bom que os juízes se considerassem moralmente obrigados a seguir a Jurisprudência, em vez de livres para fazer um julgamento pragmático toda vez que se vissem diante da questão de segui-la ou não; assim como há razões pragmáticas para

²⁹⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 201.

³⁰⁰ GALIO, Morgana Henicka. **Overruling: a superação do precedente no direito brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 54.

³⁰¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**, p. 201.

³⁰² Tradução livre. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**. 4. ed. New York: Oxford University Press, 2004, p. 3.

³⁰³ Tradução livre. DUXBURY, Neil. **The authority of precedent: two problems**. Legal Theory Workshop Series. Faculty of Law. University of Toronto. 2005, p. 3.

³⁰⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**, p. 202.

³⁰⁵ GALIO, Morgana Henicka. **Overruling: a superação do precedente no direito brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 54.

³⁰⁶ HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 39.

afirmar que os burocratas devem seguir regras, em vez de sempre fazer o que julgarem melhor em cada circunstância³⁰⁷.

Os juízes, para Posner³⁰⁸, “[...] tomam decisões que transformam as práticas sociais, e fazem isso através da força de jurisprudência de suas decisões, uma vez que uma decisão isolada dificilmente causa grande impacto”³⁰⁹.

Ainda que o descumprimento aos Precedentes não reflita em sanção direta, “[...] os predecessores, portanto, incorrerão em uma perda futura caso não sigam a Jurisprudência. Se tiverem consciência disso, sentir-se-ão mais incentivados a evitar esse comportamento”³¹⁰.

Adverte-se sobre o comportamento dos juízes no sistema norte-americano³¹¹:

Pode parecer que os juízes fortes tendam menos a seguir a Jurisprudência que os juízes fracos, por não quererem sentir-se amarrados pelas decisões dos juízes anteriores que, em geral, eram mais fracos que eles. Mas isso não está claro, e essa falta de clareza não ocorre apenas porque esses juízes fortes querem que os Precedentes criados por eles sejam seguidos. Se o abandono ou o enfraquecimento do *Stare Decisis* aumentou a carga de trabalho dos juízes, mais juízes serão nomeados, e a influência de cada um destes diminuirá. Além disso, devemos nos lembrar da constatação de que os juízes, tanto os fracos quanto os fortes, gostam de jogar o “jogo” judicial. Esse jogo, tem certas regras, uma das quais (no Sistema Jurídico anglo-americano) é que os juízes devem dar à Jurisprudência um peso bastante grande, embora não absoluto³¹².

Posner³¹³ enumera alguns casos em que denomina como o voto “Maria vai com as outras” e a atitude “deixe estar”, nos quais muitos juízes acabam acompanhando os votos dos colegas em cortes superiores, mesmo que contenham elementos dos quais discordem³¹⁴.

³⁰⁷ POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 12.

³⁰⁸ POSNER, Richard A. **Para além do direito**, p. 129.

³⁰⁹ HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**, p. 40.

³¹⁰ POSNER, Richard A. **Para além do direito**, p. 40.

³¹¹ HEIL Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**, p. 40.

³¹² POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 152.

³¹³ POSNER, Richard A. **Para além do direito**, p. 132-133.

³¹⁴ HEIL, Danielle Mariel. **A Hiperintegração do Direito**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 40-41.

Sobre a realidade do uso dos Precedentes em solo estadunidense³¹⁵:

Há uma equivalência entre a perda de poder que ocorre quando um juiz segue a Jurisprudências em vez de inovar e aquela que ocorre quando, recusando-se a seguir a Jurisprudência, ele enfraquece a própria prática do acolhimento da Jurisprudência nas decisões judiciais e reduz a probabilidade de seus sucessores seguirem a decisão dele. [...] É improvável que o fato de um juiz desconsiderar a Jurisprudência prejudique seriamente a referida prática. O problema poder ser mantido sob controle pelo tribunal de primeira instância competente. Este pode reformar as decisões dos tribunais inferiores que demonstrem insuficiente respeito pela Jurisprudência³¹⁶.

Por conseguinte, a respeito da conduta dos juízes norte-americanos, importante frisar “[...] que se desconsiderarem a jurisprudência, serão criticados. Isso, para qualquer juiz zeloso de sua reputação, representa um custo”³¹⁷.

Galio³¹⁸ ressalta que o *Stare Decisis* funciona, assim, como norma jurídica, porque os juízes reconhecem a sua validade como atitude natural.

Em um paralelismo com a tradição romano-germânica, vislumbra-se que o juiz brasileiro não está obrigado a aplicar determinada lei a um caso concreto, e nem por isso, a lei deixa de ter valor normativo.

Rosito³¹⁹ esclarece que os juízes do modelo *Common Law* aplicam os Precedentes porque entendem ser esta a prática correta, do mesmo modo que os juízes do *Civil Law* aplicam a lei.

Desta feita, a resposta quanto à determinação da força do Precedente não repousa na sanção propriamente dita, mas na autoridade, concepção histórica e na razão dos fundamentos do Precedente.

Ademais, deve-se considerar que há fatores que podem determinar diferentes níveis de força vinculante, tais como:

³¹⁵ POSNER, R Richard A. **Para além do direito**, p. 129-130.

³¹⁶ HEIL, Danielle Mariel. **A Hiperintegração do Direito**, p. 41.

³¹⁷ POSNER, Richard A. **Para além do direito**. p. 41.

³¹⁸ “É, pois, em nome da tradição que o precedente é respeitado.” GALIO, Morgana Henicka. **Overruling**: a superação do precedente no direito brasileiro. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 59.

³¹⁹ ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes judiciais**: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 126.

[...] a posição hierárquica do tribunal: quanto maior for a posição hierárquica do órgão jurisdicional, maior será a força do precedente; b) o fato de ter sido emanado de um órgão colegiado em relação àqueles que provêm de um órgão monocrático: as decisões colegiadas sobrepõem-se frente às decisões singulares; c) o fato de a decisão ter sido unânime ou por maioria; d) a reputação da corte ou do prolator da decisão; e) a idade do precedente: o precedente adquire maior valor com o passar do tempo e com o acrescer-se de número de decisões orientadas no mesmo sentido; f) a matéria decidida no precedente; g) a aceitação gerada na doutrina ou o número de vezes em que o precedente é aplicado: quanto mais aplicado, maior será a sua força vinculante³²⁰.

Rosito³²¹ enfatiza que “[...] o caráter normativo do Direito não se resume às normas que possuem uma sanção, mas decorre das normas que impõem um dever-ser de certa conduta, cuja essência é a imperatividade”.

No mais, impende registrar que a teoria dos Precedentes cria efetivamente uma estabilidade no processo decisório da tradição *Common Law*, contudo, a vinculação dos Precedentes não é imutável e definitiva, conforme se evidenciará a seguir.³²²

1.2.2 Os instrumentos do *distinguishing* e *overruling*

Delimitados os contornos da teoria dos Precedentes e suas peculiaridades no Direito brasileiro, passa-se ao estudo das técnicas de aplicação e de superação de Precedente judicial.

Como verificado, a força do Precedente é variável, bem como sua coercitividade não é sinônimo de sanção aos magistrados e tribunais que não o aplicarem ao caso concreto.

³²⁰ ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes judiciais**, p. 128-129.

³²¹ ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes judiciais**, p. 126-127.

³²² GALIO, Morgana Henicka. **Overruling**: a superação do precedente no direito brasileiro. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 197.

A estabilidade da ordem jurídica e a previsibilidade do Direito são imprescindíveis para qualquer Sistema Jurídico, entretanto, não podem ser obstáculo para a modificação da compreensão da ordem jurídica³²³.

Tanto é verdade, que quando os juízes do modelo *Common Law* não desejam seguir o Precedente, isso é plenamente aceito. Há, com isso, a possibilidade de distinguir (*distinguishing*) o Precedente do caso atual, bem como superá-lo (*overrule*) com base em razões convincentes e fundamentadas³²⁴.

No entanto, como já visto, é muito difícil que exista um juiz que seja manifestamente desrespeitoso ou desatento aos Precedentes na tradição *Common Law*³²⁵.

O entendimento pacífico no sistema *Common Law* é de que a importância de se seguir os Precedentes, dá-se em razão de ser necessário evitar decisões inconsistentes e instáveis, o que levaria a um sistema judicial caótico.

Além disso, “o respeito aos precedentes pelos tribunais garante a fé pública no Judiciário, como fonte de julgamentos impessoais e fundamentados³²⁶”.

Barboza³²⁷ reitera asseverando que: “[...] mesmo que um juiz ou Tribunal esteja vinculado as suas próprias decisões, não há nenhuma regra de direito que proíba a revisão de um precedente para correção de um erro no julgamento”.

O uso dos Precedentes pelos tribunais norte-americanos deve ser considerado, muito mais como uma tradição ou prática, porque diferentemente do que ocorre na tradição *Civil Law*, na doutrina do *Stare Decisis* mesmo uma única

³²³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 300.

³²⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 201.

³²⁵ Tradução livre. DUXBURY, Neil. **The authority of precedent: two problems**. Legal Theory Workshop Series. Faculty of Law. University of Toronto. 2005, p. 3.

³²⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**, p. 205.

³²⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 206.

decisão individual pelos tribunais anglo-saxões deve ser respeitada, ou seja, um só Precedente é o suficiente para ser utilizado como fonte de Direito³²⁸.

Destarte, é preciso enaltecer a essência do cumprimento da regra do *Stare Decisis*, nas palavras de Barboza³²⁹:

[...] um Tribunal segue uma decisão anterior, por considerar ter sido pronunciada por uma autoridade, porque é a decisão certa, porque é lógica, porque é justa, porque está de acordo com o peso da autoridade, porque tem sido geralmente aceita e cumprida, porque garante um resultado benéfico para a comunidade, **então não se trata de uma aplicação do *Stare Decisis*. Para que a aplicação da decisão anterior seja considerada o cumprimento da regra do *Stare Decisis*, a decisão anterior deve ser seguida porque é uma decisão anterior, e por nenhum outro motivo.**

A teoria dos Precedentes, para Barboza³³⁰ “[...] se fundamenta no fato de que a coerência entre as decisões garante a coerência do sistema na sua totalidade.”

Por isso, muitos defendem argumentos pragmatistas, como explanado em tópico anterior, de eficiência da adoção dos Precedentes obrigatórios em virtude da possibilidade de certeza e previsibilidade no Direito.

Portanto, é possível, em alguns casos, a utilização de técnicas de flexibilização, que permitem o equilíbrio e manutenção da evolução do Direito, denominadas de superação ou revogação (*overruling*), bem como de distinção dos Precedentes (*distinguishing*), na medida do compromisso com o passado, de acordo com o que se passa a descrever³³¹.

³²⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Uma introdução à doutrina dos precedentes vinculantes e obrigatórios. **Revista Teoria Jurídica Contemporânea UFRJ**. Rio de Janeiro, abril, 2017, p. 152. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/download/8714/8530>>. Acesso em: 14 out. 2016.

³²⁹ Grifo meu. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Uma introdução à doutrina dos precedentes vinculantes e obrigatórios. **Revista Teoria Jurídica Contemporânea UFRJ**. p. 152.

³³⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Uma introdução à doutrina dos precedentes vinculantes e obrigatórios. **Revista Teoria Jurídica Contemporânea UFRJ**. p. 210.

³³¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 214-215.

Para Tassinari³³², a teoria do Precedente derivada do Direito inglês e recepcionada pelos EUA, surge para garantir a coerência da tradição *Common Law*, em que “[...] os juízes são obrigados a tomar suas decisões respeitando as regras estabelecidas em julgamentos passados”.

De igual forma, Galio³³³ sintetiza afirmando: “Seguir precedentes é uma atividade voltada para o passado.”

Assim, importa reconhecer que a doutrina do *Stare Decisis* não exige uma vinculação absoluta com as decisões anteriores, mas prioriza o respeito com o passado³³⁴.

Na percepção de Streck³³⁵, para se afastar de um Precedente, o juiz deve, obrigatoriamente, proceder a exaustiva fundamentação, a fim de evidenciar que para aquele caso concreto não deve ser mantida a aplicação do Precedente, e para tanto, utilizar-se-á das práticas do *distinguishing* e *overruling*.

Para Barboza³³⁶:

Os precedentes podem ser alterados e mesmo assim pode-se garantir a integridade da decisão judicial se, quando do julgamento e da revogação do Precedente, o juiz respeita o passado, justifica sua mudança ou justifica a não aplicação daquele caso concreto [...] a coerência deve-se dar com a totalidade do sistema e não apenas com a decisão anterior.

Rosito³³⁷ denomina como técnicas de divergência no uso dos Precedentes, conhecidas como *distinguishing*, *modifying* e *overruling*.

³³² TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 74.

³³³ GALIO, Morgana Henicka. **Overruling**: a superação do precedente no direito brasileiro. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 129.

³³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de Civil Law e de Common Law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n.49, p.11-58, 2009, p. 14. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/17031/11238>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

³³⁵ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as Súmulas vinculantes. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 40.

³³⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 226.

³³⁷ ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes judiciais**: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 299-300.

Na presente pesquisa, duas técnicas para evitar seguir um Precedente merecem destaque: o *distinguishing* e o *overruling*.

Streck³³⁸ conceitua o *distinguishing* como: “[...] nome dado à decisão do juiz que não emprega a *Ratio Decidendi* de um Precedente vinculativo, porque há elementos naquele Precedente que se consideram não iguais com o caso analisado perante o tribunal”.

A atividade de distinção (*distinguishing*) para Barboza³³⁹ permite uma explicação mais imparcial e simples no sentido de que a decisão anterior não foi respeitada porque seus fatos são materialmente distintos, daqueles do caso que está para ser decidido.

Duxbury³⁴⁰ conceitua *distinguishing* como um procedimento dos juízes quando no processo de decisão eles distinguem entre um caso e outro.

Wambier³⁴¹ define o *distinguishing* como “[...] um modo gradual de alterar entendimentos jurisprudenciais”.

A distinção de um caso, nada mais é do que diferenciar a *Ratio Decidendi* da *dictum*, ou seja, a distinção entre um caso e outro é primordialmente uma questão de se mostrar diferenças entre o caso anterior e o caso atual, demonstrando-se que a *ratio* não se aplica satisfatoriamente ao caso em questão³⁴².

³³⁸ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as Súmulas vinculantes. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 137.

³³⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**, p. 227.

³⁴⁰ Tradução livre. DUXBURY, Neil. **The authority of precedent: two problems**. Legal Theory Workshop Series. Faculty of Law. University of Toronto. 2005, p. 113.

³⁴¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Precedentes e evolução do direito. **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 42.

³⁴² Tradução livre. DUXBURY, Neil. **The authority of precedent: two problems**. Legal Theory Workshop Series. Faculty of Law. University of Toronto. 2005, p. 113.

O *distinguishing* se refere basicamente à distinção que os juízes fazem entre um caso e outro, demonstrando as diferenças principais, com o intuito de mostrar que as razões do Precedente não se aplicam à situação analisada³⁴³.

Sobre a técnica de distinção, Galio³⁴⁴ salienta que pode ser definida em sentido amplo e em sentido estrito.

No primeiro sentido, trata-se de “[...] um processo argumentativo por meio do qual o raciocínio se manifesta por contra-analogias [...] se define como o resultado do processo argumentativo, quando o julgador diferencia dois casos, afastando efetivamente a aplicação do Precedente”.

Mancuso³⁴⁵ igualmente salienta que o *distiguishing* pode ocorrer em duas situações:

Primeiro, quando o magistrado entende que as peculiaridades do caso concreto impedem a aplicação da tese jurídica anteriormente firmada, se modo que julgará o processo livremente, sem vinculação ao precedente (*restrictive distinguishing*) [...] segundo, quando o magistrado estende ao caso a mesma solução conferida ao caso anterior por entender que, a despeito das peculiaridades concretas, aquela tese jurídica é aplicável à demanda sob julgamento (*ampliative distinguishing*).

Por isso, que se utiliza o termo “técnica de flexibilização”, uma vez que o *distinguishing* não é propriamente uma técnica de superação do Precedente, porquanto a proposição jurídica sobrevive, e apenas é demonstrado que os motivos determinantes do Precedente não se aplicam ao caso presente³⁴⁶.

Destaca-se que a técnica da distinção tem o condão de restringir e não estender o alcance da *Ratio Decidendi* do Precedente³⁴⁷.

³⁴³ MAINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 300.

³⁴⁴ GALIO, Morgana Henicka. **Overruling**: a superação do precedente no direito brasileiro. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 148.

³⁴⁵ Itálico no original. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**. São Paulo: revista dos Tribunais, 2014, p. 47.

³⁴⁶ ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes judiciais**: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 300.

³⁴⁷ ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes judiciais**, p. 301.

O objetivo de tal técnica, na visão Rosito³⁴⁸ é “[...] especializar a norma concreta do Precedente aos novos elementos fáticos, criando-se assim uma nova orientação”.

Nas palavras de Marinoni³⁴⁹ “[...] não é qualquer distinção que justifica o *distinguishing*, a distinção fática deve revelar uma justificativa material e convincente”.

Sobre o assunto:

Para realizar o *distinguishing*, não basta o juiz apontar fatos diferentes, cabendo-lhe argumentar para demonstrar que a distinção é material, e que, portanto, há justificativa para não se aplicar o precedente. Ou seja, não é qualquer distinção que justifica o *distinguishing*³⁵⁰.

A técnica da distinção, portanto, intensifica a força dos Precedentes, uma vez que o julgador reconhece a existência do Precedente, mas entende que existem diferenças significantes para não aderir ao caso anterior³⁵¹.

Isto significa que caso não fossem constatadas diferenças de grande relevância, o caso atual teria a mesma solução do caso anterior, ou seja, seria aplicado normalmente o Precedente³⁵².

Nunes e Horta³⁵³ ressaltam que:

[...] a distinção não tem o objetivo de questionar a validade, a legitimidade ou a eficácia do precedente, sua aplicação somente será afastada porque o julgador entendeu que a norma definida no precedente não é aplicável ao caso concreto. Por esta razão, a distinção pode correr em todos os níveis de jurisdição, independentemente do nível hierárquico do órgão julgador.

³⁴⁸ ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes judiciais**. p. 301.

³⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 327.

³⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**, p. 327.

³⁵¹ GALIO, Morgana Henicka. **Overruling**: a superação do precedente no direito brasileiro. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 151.

³⁵² NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro**. Salvador: Juspodium, 2014, p. 212.

³⁵³ NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. **Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/15**: uma breve introdução. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodium, 2015, p. 313.

Como bem ilustra Galio³⁵⁴, os juízes que tentam distinguir casos com base em fatos materialmente irrelevantes são facilmente identificados pelos demais profissionais jurídicos, o que prejudica a sua reputação.

Isso demonstra que o fato de os juízes terem o poder de distinguir (técnica do *distinguishing*) os casos para evitar a aplicação de um Precedente, não significa que eles possam desconsiderar um Precedente sempre que quiserem.

Mesmo porque, é preciso lembrar que essa não é a essência da tradição *Common Law*, tampouco é o desejo dos operadores do Direito de tal modelo jurídico.

Rosito³⁵⁵ registra que na o *distinguishing* tem sido a hipótese mais frequente de não aplicação dos Precedentes em solo anglo-americano.

Verifica-se a aplicação da referida técnica, com o intuito de refinar e amoldar o Precedente original às novas circunstâncias fáticas, que surgem no decorrer das transformações sociais, como métodos de adaptabilidade e do Direito no modelo *Common Law*.

Por outro lado, a técnica do *overruling* tende a ser uma questão mais complicada e com uma iniciativa judicial mais radical, pois trata da rejeição de um Precedente.

Barboza³⁵⁶ salienta que enquanto a técnica da distinção pode ser aplicada entre um caso e outro, “[...] a superação de Precedente (*overruling*), por sua vez, é um modo de revogar a decisão anterior e substituí-la por uma nova”.

O caráter obrigatório dos Precedentes, como visto anteriormente, é valorado como um modo de limitar a discricionariedade judicial, logo, a superação de

³⁵⁴ GALIO, Morgana Henicka. **Overruling**: a superação do precedente no direito brasileiro. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 152.

³⁵⁵ ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes judiciais**: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 302.

³⁵⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 229.

Precedentes pode ser considerada, na visão de Duxbury³⁵⁷ “[...] como uma importante opção para se remediar casos em que os tribunais exerceram sua discricionariedade de modo inapropriado”.

Nas palavras de Barboza³⁵⁸:

[...] a revogação de um precedente deve ser compreendida como um método pelo qual um Tribunal nega um precedente com o objetivo de confirmar o direito. Ou seja, quando um Tribunal de última instância admite que suas decisões podem estar erradas pode-se concluir que uma decisão judicial apenas estará errada se for contrária ao direito, por consequência, que o direito será algo superior a qualquer decisão.

“O juiz que age de forma justa e razoável, e que enfrenta suas dúvidas com profissionalismo e conhecimento, não necessita ser um escravo do passado [...]”, conforme registra Duxbury³⁵⁹.

De igual forma, Ramires³⁶⁰ assevera que tal situação decorre do fato de que, mesmo na *Common Law*, os Precedentes judiciais não são elaborados para resolver casos futuros.

Note-se que a revogação, diferentemente da técnica da distinção, dá-se em relação à questão de Direito, e não de fato, conforme entendimento de Rosito³⁶¹.

Quando o juiz revoga um Precedente, segundo Duxbury³⁶², ele está declinando da aplicação da regra jurídica inerente ao Precedente, não porque os fatos do caso são materialmente diversos, mas porque ele entende que a norma jurídica deve ser interpretada de forma completamente diversa.

³⁵⁷ Tradução livre. DUXBURY, Neil. **The authority of precedent**: two problems. Legal Theory Workshop Series. Faculty of Law. University of Toronto. 2005, p. 122.

³⁵⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**, p. 230.

³⁵⁹ Tradução livre. DUXBURY, Neil. **The authority of precedent**, p. 130.

³⁶⁰ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação dos precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 70.

³⁶¹ ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes judiciais**: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 305.

³⁶² Tradução livre. DUXBURY, Neil. **The authority of precedent**: two problems. Legal Theory Workshop Series. Faculty of Law. University of Toronto, 2005, p. 117.

Afinal, não haveria sentido em adotar uma teoria de Precedentes (*Stare Decisis*), se estes não forem respeitados pela comunidade jurídica, com o objetivo de uniformidade e estabilidade do Sistema Jurídico Anglo-Saxão.

Rosito³⁶³ afirma que a revogação do Precedente é medida excepcional que se justifica somente em determinadas hipóteses.

A técnica de superação do Precedente ocorre, portanto, quando: “[...] um precedente perde sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente. Assim, o *overruling* permite que um posicionamento judicial firmado em Precedente seja afastado e substituído por outra orientação”³⁶⁴.

A rigor, a revogação somente pode ocorrer implícita³⁶⁵ ou explicitamente³⁶⁶, diferentemente do que se verifica na distinção, passível de ser promovida por qualquer órgão jurisdicional³⁶⁷.

Mancuso³⁶⁸ discorre sobre a diferenciação das modalidades de revogação:

O *overruling* dito como expresso ocorre quando um tribunal resolve expressamente adotar uma nova orientação, abandonando a anterior. Já o implícito, quando uma orientação é adotada em confronto com o entendimento anterior, embora sem expressa substituição deste último.

A superação do Precedente, na percepção de Galio³⁶⁹, apesar de não ser muito utilizada no *Common Law*, é um evento político e jurídico significativo porque, notadamente, representa uma mudança na norma jurídica.

³⁶³ ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes judiciais**, 306.

³⁶⁴ MORAIS DA ROSA, Alexandre; MAIA, Maurílio Casas. **Julgado não é sinônimo de Precedente: distinção que você deveria saber para evitar confusões na fundamentação dos julgados**. 20 jul. 2015. Disponível em: <<http://emporiadodireito.com.br/julgado-nao-e-sinonimo-de-precedente-distincao-que-voce-deveria-saber-para-evitar-confusoes-na-fundamentacao-dos-julgados-kahneman-e-os-sistemas-s1-e-s2-por-alexandre-morais-da-rosa-e-maurilio-c/>>. Acesso em: 17 abr. 2016.

³⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 343-346.

³⁶⁶ Tradução livre. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**. 4. Ed. Oxford: Oxford University Press, 2004 p 127-129.

³⁶⁷ ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 307.

³⁶⁸ MACUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 47.

Assim, a ideia central da técnica do *overruling* é a perpetuação do Precedente e, por consequência, a estabilidade do Direito, valor este que é essencial para a tradição *Common Law*³⁷⁰.

Ademais, para que seja efetivamente realizada a superação do Precedente, é indispensável a demonstração de que “[...] as razões para a mudança superam as razões para a manutenção da decisão”³⁷¹.

Na *Common Law* inglesa, o evento paradigmático de admissão do *overruling* ocorreu em 1966, quando a *House of Lords*, pela primeira vez, permitiu rever um dos seus Precedentes³⁷².

No Direito norte-americano, a regra do Precedente Vinculante sempre foi mais flexível que na *Common Law* inglesa. Tem-se notícia de que a primeira iniciativa da Suprema Corte para revogar um Precedente ocorreu em 1844.³⁷³

Um exemplo de revogação de Precedente ocorreu em 1954, em solo estadunidense, no caso *Brown v. Board of Education*, no exame da segregação racial nas escolas públicas americanas. Até então, prevalecia o Precedente firmado em 1896, que consolidou o modelo denominado de *apartheid*. A mudança decorreu da iniciativa de vários pais de alunos que frequentavam escolas públicas no Estado do Kansas. A questão foi submetida à Suprema Corte, que acabou superando o Precedente³⁷⁴.

³⁶⁹ GALIO, Morgana Henicka. **Overruling**: a superação do precedente no direito brasileiro. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 224.

³⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 117.

³⁷¹ MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 392.

³⁷² ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes judiciais**, p. 313.

³⁷³ Tradução livre. DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 92.

³⁷⁴ FISS, Owen. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade**. Coord. Tradução de Carlos Alberto Salles, Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 106.

Barboza³⁷⁵ afirma que em ambas as técnicas de flexibilização do uso dos Precedentes, tratadas nesta pesquisa, é necessário que os juízes expressem justificadamente os motivos da não aplicação do Precedente.

Nesse diapasão, mesmo que o julgador não aplique o Precedente, ele não pode ignorá-lo, devendo explicar por quais motivos não o está aplicando naquela decisão³⁷⁶.

Duxbury³⁷⁷ relata que o fato de os juízes terem a possibilidade de não seguir os Precedentes não significa que eles não têm força vinculante, mas demonstra que a força obrigatória deles é limitada.

Evidencia-se, assim, que por meio dos instrumentos (*distinguishing* e *overruling*), os Precedentes não sejam banalizados e possam servir de ferramenta adequada à solução dos conflitos³⁷⁸.

Castro Junior³⁷⁹ elucida acerca da flexibilidade dos tribunais com relação à interpretação da Constituição dos EUA³⁸⁰, que é datada em 1787, que interfere nas Jurisprudências, dificultando sua evolução:

A Suprema Corte e os Tribunais Federais dos Estados Unidos não se consideram vinculados aos seus próprios Precedentes, ou seja, estão livres para modificarem suas Jurisprudências em face da modificação da situação que ensejou determinada decisão³⁸¹.

Nos EUA, a Suprema Corte Federal e as Supremas Cortes estaduais não estão vinculadas às suas próprias decisões e podem desviar-se da sua Jurisprudência, pois os Estados-membros são soberanos, conforme previsão da

³⁷⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 226.

³⁷⁶ Tradução livre. DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 112.

³⁷⁷ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. p. 111.

³⁷⁸ ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes judiciais**: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 303.

³⁷⁹ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito**: Estados Unidos x Brasil. Florianópolis: IBRADD/CESUSC, 2001, p. 57.

³⁸⁰ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 78.

³⁸¹ HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 28.

regra do *Stare Decisis*, que proporcionou a tradição *Common Law* um Sistema Jurídico mais estável.³⁸²

Assim, a técnica de superação é uma ferramenta indispensável (assim como o instrumento do *distinguishing*) para a sobrevivência de um sistema de Precedentes, uma vez que sem ela a evolução do Direito ficaria inevitavelmente comprometida.

Com isso, tais técnicas acabam por produzir uma repaginação dos Precedentes judiciais, tendo como objetivo permitir ao julgador acompanhar a evolução da sociedade e do contexto jurídico, modificando-se posição anteriormente dominante.³⁸³

Nogueira³⁸⁴ enfatiza que: “[...] a superação também é importante para não eternizar uma norma que não se amolda mais à realidade da sociedade.”

Barboza³⁸⁵, alerta para o fato de que a pretensa estabilidade jurídica, a ser garantida pela utilização dos Precedentes, pode atuar de forma contrária à ideia de adaptabilidade do Direito às mudanças tecnológicas, econômicas e sociais, e à ideia de justiça, pois “[...] uma completa estabilidade restringiria qualquer mudança para adaptação do progresso³⁸⁶.”

Portanto, a uniformidade do Direito pode ser também adversária de uma percepção sensível às diversidades e complexidades da sociedade atual.

No capítulo seguinte, serão demonstradas as influências advindas da tradição *Common Law* no ordenamento jurídico brasileiro, com ênfase no Novo

³⁸² CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. *Introdução à História do Direito*, p. 57.

³⁸³ MORAIS DA ROSA, Alexandre; MAIA, Maurílio Casas. **Julgado não é sinônimo de Precedente: distinção que você deveria saber para evitar confusões na fundamentação dos julgados**. 20 jul. 2015. Disponível em: <<http://emporiadodireito.com.br/julgado-nao-e-sinonimo-de-precedente-distincao-que-voce-deveria-saber-para-evitar-confusoes-na-fundamentacao-dos-julgados-kahneman-e-os-sistemas-s1-e-s2-por-alexandre-moraes-da-rosa-e-maurilio-c/>>. Acesso em: 17 abr. 2016.

³⁸⁴ NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro**. Salvador: Juspodium, 2014, p. 204.

³⁸⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 225.

³⁸⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**, p. 225.

Código de Processo Civil, no intuito de demonstrar que a invocação da teoria dos Precedentes, no Brasil, tem seguido uma ideia completamente dissociada ao Direito inglês e norte-americano.³⁸⁷

Como salienta Medina³⁸⁸ “[...] éramos (os latino-americanos), no Princípio, cópias europeias e, agora, talvez, cópias norte-americanas”.

Nesse ambiente marcado pela incorporação de propostas advindas de outro modelo jurídico, há um crescente movimento de fortalecimento do Judiciário, afinal a constante troca de informações e procedimentos causa inúmeros reflexos no sistema pátrio.

Sobre a situação brasileira, importante destacar a ausência de uma necessária adaptação do que se incorporou do constitucionalismo norte-americano, restando aos tribunais do país uma formulação mais robusta sobre o papel dos Precedentes³⁸⁹, cujas implicações serão analisadas no tópico seguinte.

³⁸⁷ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 31 e 65.

³⁸⁸ Tradução livre. “Éramos, en un principio, copias europeas y ahora, quizás, copias norteamericanas”. LÓPES MEDINA, Diego Eduardo. **Teoría impura del derecho**: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana. Bogotá: Legis, 2004, p. 13.

³⁸⁹ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 108.

CAPÍTULO 2

O DIREITO CONTINENTAL E O BRASIL

2.1 A TEORIA DA DECISÃO POR SUBSUNÇÃO

Após a abordagem acerca do sistema *Common Law*, cumpre discorrer, em contrapartida, acerca da tradição *Civil Law*, adotada pelo Brasil.

O ordenamento jurídico pátrio é extremamente complexo, tendo em vista não derivar apenas de uma só fonte³⁹⁰, mas sim de uma multiplicidade de fontes, que surgem de uma sociedade diversificada, como é o caso da brasileira³⁹¹.

Sobre essa sociedade plural, Bobbio³⁹² pontua:

Na realidade, os ordenamentos são compostos por uma miríade de normas que, tal como as estrelas no céu, ninguém jamais foi capaz de contar [...] Os juristas reclamam que sejam demasiadas e, não obstante, criam-se sempre novas normas, e não se pode senão seguir criando-as a fim de satisfazer todas as necessidades da vida social cada vez mais variada e intrincada³⁹³.

O juiz por muito tempo foi considerado a boca da lei, isto é, o julgador que aplica a norma legislativa genérica da qual se extrai um resultado.

Hoje, entretanto, é notório que se mostra impossível a imutabilidade dos ordenamentos jurídicos e de suas fontes, frente às constantes transformações sociais, ambientais, tecnológicas e econômico-financeiras de cada sistema.

³⁹⁰ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2. ed. Curitiba: Prismas, 2015, p. 160.

³⁹¹ SILVA, Andrey Gastaldi da; HEIL, Danielle Mariel. O crescimento do papel do precedente judicial no Sistema Jurídico brasileiro: a busca pela uniformidade das decisões judiciais. **Revista Justiça do Direito** v. 30, n. 1, p. 91-109, jan./abr. 2016, p. 97. Disponível em: <<http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/5908/3691>>. Acesso em 10 set. 2017.

³⁹² BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. Título original: Teoria dell'ordinamento giuridico. São Paulo: EDIPRO, 2011, p. 52.

³⁹³ SILVA, Andrey Gastaldi da; HEIL, Danielle Mariel. O crescimento do papel do precedente judicial no Sistema Jurídico brasileiro, p. 102-103.

A breve introdução deste segundo capítulo denota a dificuldade em buscar a uniformidade das decisões judiciais, uma vez que o Sistema Jurídico brasileiro, além de complexo, possui como fonte primária do Direito, a lei.

Um exemplo de tal mudança é o controle de constitucionalidade difuso, o qual proporcionou uma ampliação dos poderes do juiz, em inequívoca recepção de diretrizes advindas da tradição *Common Law*.³⁹⁴

Outro ponto de grande relevância é o fato dos Princípios terem ganhado papel de destaque nas tradições jurídicas ao redor do mundo.³⁹⁵ Segundo Canotilho³⁹⁶, o ordenamento jurídico passa a ser visto como um conjunto de diversas regras e Princípios.

Dentre as transformações implementadas com o passar do tempo, notadamente a partir dos ideais advindos da corrente do Positivismo Jurídico³⁹⁷, a adoção da Subsunção é reconhecida em solo brasileiro como uma operação lógica de decisão judicial.

A Subsunção se desenvolve quando o magistrado se depara com um caso concreto, e imediatamente recorre à análise do texto legal a fim de interpretá-lo e, a partir de tal texto extrai uma norma para aplicação no conflito em julgamento.

A concepção do formalismo legal³⁹⁸ no ordenamento jurídico brasileiro, fez prevalecer a ideia abstrata dos fenômenos jurídicos, com a formação do Direito positivo.

³⁹⁴ GALIO, Morgana Henicka. **Overruling**: a superação do precedente no direito brasileiro. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 44.

³⁹⁵ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999, p. 10.

³⁹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Coimbra. Almedina, 1993. p. 168. In: LEITE, Paulo. **Constituição e a proteção de novos Direitos**: direitos difusos, bioética e direitos dos sistemas informatizados. Brasília, 2014, p. 32. Disponível em: <<http://www.idp.edu.br/docman/ebooks/1071-constituicao-e-a-protecao-dos-novos-direitos-direitos-difusos-bioetica-e-direitos-dos-sistemas-informatizados/file>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

³⁹⁷ DIMOULIS, Dimitri. **Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006. p. 68.

³⁹⁸ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 42.

Para Reale³⁹⁹, durante muito tempo, “[...] uma compreensão formalista do Direito julgou possível reduzir a aplicação da lei à estrutura de um silogismo, no qual a norma legal seria a premissa maior; a enunciação do fato, a premissa menor; e a decisão da sentença, a conclusão”.

Como acentuam Carnio e Guerra Filho⁴⁰⁰, do formalismo advém, entre outras consequências, “[...] as noções de que a ordem jurídica passa a ser vista como um sistema fechado e pleno, com autonomia e independência perante a realidade social”.

Na conclusão de Wolkmer⁴⁰¹ “[...] não é possível reduzir-se toda e qualquer constituição ao mero formalismo normativo ou ao reflexo hierárquico de um ordenamento jurídico estatal”.

A tradição constitucionalista brasileira buscou por formalizar a realidade vivenciada pelos cidadãos brasileiros, adequando-a a textos político-jurídicos defasados, tendo como consequência o fato de que “[...] as constituições brasileiras recheadas de abstrações racionais não apenas abafaram as manifestações coletivas, como também não refletiram as aspirações e necessidades mais imediatas de grande parcela da sociedade”.⁴⁰²

De igual forma, Larenz⁴⁰³ sintetiza as críticas ao método formal, aduzindo sobre as imperfeições de tal sistemática:

Todavia, esse ideal seria inatingível, no entender do citado jurista, por conta dos seguintes fatores: (i) o sistema nunca foi perfeito e fechado em si; (ii) seria impossível repartir a multiplicidade dos processos da vida, significativos sob pontos de vista de valorações jurídicas, num sistema de compartimentos estanques e imutáveis, de modo que bastasse destacá-los para os encontrar um a um em cada um desses compartimentos; e (iii) o esvaziamento de sentido dos conceitos abstratos, notadamente aqueles

³⁹⁹ REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva. 2001, p. 282.

⁴⁰⁰ CARNIO, Henrique Garbellini; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 40.

⁴⁰¹ WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil**. São Paulo: Acadêmica, 1989, p. 13-14.

⁴⁰² WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 144-145.

⁴⁰³ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 644-650.

situados no ápice da pirâmide conceitual, que os tornariam anêmicos em relação às condutas objeto de regulação.

Com a percepção de que o sistema não é perfeito e fechado, se tentou equiparar texto e norma, o que é um grande equívoco, pois “[...] a hermenêutica⁴⁰⁴ já esclareceu que a norma não se confunde com o texto legal, pois a norma surge somente diante da problematização do caso concreto”.⁴⁰⁵

A norma, para Gabrich⁴⁰⁶ “[...] não decorre imediatamente do texto normativo, mas é construída e, muitas vezes, reconstruída e atualizada de acordo com as necessidades sociais, por meio de interpretação”.

Portanto, “[...] a ‘norma’ é produzida, no curso do processo de ‘concretização’, não a partir exclusivamente dos elementos do ‘texto’, mas também dos dados da realidade à qual ela – a norma – deve ser aplicada”.⁴⁰⁷

Dessa forma, o texto da norma é apenas um sinal linguístico, já que a norma é o significado atribuído a esse sinal, por meio de interpretação.⁴⁰⁸

Tal distinção entre texto e norma é fundamental para que se possa examinar adequadamente institutos como o Precedente judicial e mais adiante as Súmulas vinculantes.

Para Streck⁴⁰⁹ “O texto nada é sem o sentido, que será a norma a ele atribuída”.

⁴⁰⁴ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 32.

⁴⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz; ABBoud, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as Súmulas vinculantes**. 3. Ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 56.

⁴⁰⁶ GABRICH, Frederico de Andrade. **O Caráter Normativo dos Princípios**. Revista Forense: Rio de Janeiro, v. 393, p. 105-124, set-out de 2007, p. 376. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/776>>. Acesso em: 11 fev. 2017.

⁴⁰⁷ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 64-65.

⁴⁰⁸ GABRICH, Frederico de Andrade. **O Caráter Normativo dos Princípios**, p. 376.

⁴⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz; ABBoud, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as Súmulas vinculantes**. 3. Ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 61.

A norma, por sua vez, “[...] não é algo abstrato e anterior à decisão judicial, mas sim resultado da interpretação judicial, consubstanciada, em regra, em uma decisão judicial”⁴¹⁰.

Desta feita, “[...] se é Súmula ou lei, tanto faz, trata-se de um texto que somente existe interpretativamente. Não há textos sem normas, e a norma exsurge da facticidade”.⁴¹¹

Isso porque a legitimidade de uma decisão não decorre apenas da autoridade que a prolatou, mas também de uma justificação racional realizada pelo intérprete, por meio de uma fundamentação adequada.⁴¹² Essa motivação significa dizer que as decisões judiciais não devem apenas se reportar a artigos de lei, Súmulas ou ementas de julgamento.

O intérprete não pode escolher livremente o significado que lhe parece mais pertinente. Ao contrário, deverá indicar expressamente as razões pelas quais optou por um ou outro argumento apresentado pelos jurisdicionados.

Desse modo, como qualquer texto jurídico, a Jurisprudência⁴¹³, assim como a lei e as Súmulas vinculantes, está sujeita a atividade Hermenêutica.⁴¹⁴

Por muito tempo, a Subsunção⁴¹⁵ foi e ainda é o raciocínio na aplicação do Direito em solo brasileiro⁴¹⁶.

⁴¹⁰ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as Súmulas vinculantes**, p. 60.

⁴¹¹ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as Súmulas vinculantes**, p. 128.

⁴¹² COSTA, Rafael de Oliveira; BUZZETTI, Bruno Starke; SILVA da, Lanaira. Raciocínio moral (moral reasoning) e raciocínio jurídico (legal reasoning) no exercício da jurisdição constitucional. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. n. 49 p. 142 a 195 jul/dez 2016. p. 143. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Direito%2049_artigo%205,2.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2017.

⁴¹³ "A jurisprudência desenvolve e aperfeiçoa o Direito, porém como que inconscientemente, com o intuito de o compreender e bem aplicar. Não cria, reconhece o que existe; não formula, descobre e revela o preceito em vigor [...]" CIRILLO, Luis Fernando. Richard Rorty e Carlos Maximiliano: uma leitura pragmatista da interpretação jurídica. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**. Escola Paulista da Magistratura. Ano 15, n. 2. São Paulo, 2015. p. 105.

⁴¹⁴ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as Súmulas vinculantes**. 3. Ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 128.

Em verdade, “[...] é na sentença/acórdão que o juízo promove a Subsunção das regras materiais de Direito aos fatos passados, que foram reproduzidos em linguagem competente no processo judicial a partir das provas”.⁴¹⁷

Do ponto de vista lógico:

[...] a sentença corresponde a um silogismo, em que a premissa maior constitui a previsão normativa; a premissa menor são os fatos; e a conclusão é o resultado da operação realizada pelo juiz, mediante a Subsunção dos fatos à regra legal. A conclusão é, precisamente, a norma concreta que, a partir daí, será a lei reguladora do caso decidido.⁴¹⁸

Nas palavras de Barroso⁴¹⁹, Subsunção é: “[...] um raciocínio silogístico, no qual a premissa maior – a norma – incide sobre a premissa menor – os fatos -, produzindo um resultado, fruto da aplicação da norma ao caso concreto.”

De forma sintetizada: “[...] operação lógica de Subsunção que o homem realiza da seguinte forma: uma palavra ‘x’ pertence a uma determinada palavra de classe ‘y’ se aquela satisfizer os critérios de uso desta⁴²⁰”. Esse esquema interpretativo chama-se Subsunção.⁴²¹

Sobre a questão, Streck⁴²² alerta:

A Subsunção deve ser entendida no contexto paradigmático da relação sujeito/objeto, portanto nos marcos da filosofia da consciência, em que o

⁴¹⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 88. “A Subsunção é operação lógica entre conceitos, isto é, entre classes”.

⁴¹⁶ “Ocorrendo um problema, caberá ao juiz se limitar a enquadrar os fatos litigiosos dentro das margens semânticas de uma Norma Jurídica dada a priori, de forma mecanicista, evitando a criação de soluções *ad hoc* e *ex post facto* [...] logo, a subsunção é considerada a forma mais adequada de aplicação da legislação, justamente porque, ao privilegiar a mera reprodução de sentidos e evitar a produção normativa independente do juiz, preserva o valor da certeza do Direito.” ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2. ed. Curitiba: Prismas, 2015. p. 82.

⁴¹⁷ IVO, Gabriel. **Norma jurídica: produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2007, p. 57.

⁴¹⁸ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 280.

⁴¹⁹ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo** – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 333-334.

⁴²⁰ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 65.

⁴²¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. Saraiva: São Paulo, 2011, p. 278.

⁴²² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 282-283.

sujeito é o encarregado de fazer essa operação mental entre a subjetividade e a coisa [...] por mais que se negue tal circunstância, ocorre a Subsunção, quando se busca "subsumir" o geral (norma ou hierarquias *prima facie*) ao caso concreto (ou vice-versa) [...]

Nesse contexto, pode-se concluir que "[...] a atividade judicial de aplicação do Direito é automática, por ser escrava dessa Subsunção silogística".⁴²³

A tarefa da operação da Subsunção é aplicar a lei aos casos concretos de uma forma mecânica, como uma simples operação lógica da norma inferior a uma norma superior, ou seja, como resolução de um silogismo.⁴²⁴

O que diferencia por completo da percepção dos realistas norte-americanos, os quais compreendem que "[...] não existe qualquer silogismo na sentença".⁴²⁵

A crença de que é possível prever todas as respostas que serão demandadas ao Judiciário, e que existe uma única resposta, pré-definida para cada caso, é que representa a utópica ideia de se obter segurança jurídica por intermédio exclusivamente de atos de Subsunção.⁴²⁶

No entanto, o silogismo⁴²⁷ utilizado diariamente por juízes, promotores e advogados brasileiros; em acórdãos, sentenças, petições, revela que a prática da Subsunção deve estar relacionada estritamente com os fatos, conforme pontua Machado⁴²⁸:

⁴²³ CARNIO, Henrique Garbellini; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 41.

⁴²⁴ FERNANDEZ, Atahualpa. **Argumentação jurídica e hermenêutica**. São Paulo: Imprensa Jurídica, 2009, p. 124-129.

⁴²⁵ RIBEIRO, Fabio Túlio Correia; CAVALCANTE, Henrique Costa. O realismo jurídico. **Revista da Esmese - Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**, Aracaju, n. 07, p. 301-322. p. 305. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/22385/realismo_juridico.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2016.

⁴²⁶ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo). Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 56-57.

⁴²⁷ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 45.

⁴²⁸ MACHADO, Edgar da Mata. **Teoria Geral do Direito**; Introdução ao Direito. 4. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995, p. 130.

Os códigos nada deixam ao arbítrio do intérprete; este não tem por missão fazer o Direito: o Direito está feito. Não existe incerteza, uma vez que o Direito está escrito em textos autênticos. Mas para que os Códigos realizem essa tarefa, é preciso que os autores e os juízes aceitem sua nova posição em vista do Código [...] Diria que devem resignar-se a ela.

Entende-se, portanto, que a Subsunção não impõe ao intérprete o papel de revelar o valor das normas.

Diante da crise do Positivismo Jurídico em dar solução aos problemas apresentados e os novos anseios sociais, surge um novo pensamento jurídico com o objetivo de propiciar uma melhor adequação do Sistema Jurídico vigente.

A crise do positivismo se acentua, conforme entendimento de Agra⁴²⁹ “[...] a moralização do direito, as críticas à precisão da Subsunção, o papel desempenhado pelos Princípios, a axiologia das normas, etc., fazem com que os parâmetros tradicionais não sirvam mais [...]”.⁴³⁰

Em razão da insuficiência da aplicação da Subsunção em casos onde se verifica a colisão de Direitos Fundamentais ou Princípios, considerados casos difíceis ou complexos (*hard cases*), nos quais a decisão depende de uma interpretação do Direito além das regras jurídicas positivadas, é que a Ponderação foi pensada como fórmula alternativa⁴³¹.

Para Barroso⁴³², a Ponderação é “[...] uma técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação ao qual a Subsunção se mostrou insuficiente”.

Com efeito, a proporcionalidade é considerado como ponto central para sistematizar a Ponderação.⁴³³

⁴²⁹ AGRA, Walber de Moura. **Neoconstitucionalismo e superação do positivismo**. DIMOULIS, Dimitri. DUARTE, Écio Oto. Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico. São Paulo: Método, 2008. p. 445.

⁴³⁰ AGRA, Walber de Moura. **Neoconstitucionalismo e superação do positivismo**. p. 445.

⁴³¹ “[...] diversos padrões de julgamento convergem de vários ângulos para influenciar a Norma Jurídica, não sendo aceitável a tese de que ocorre apenas o encaixe de uma Regra inferior nos moldes de outra que lhe é superior, mediante um simples silogismo.” ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2. ed. Curitiba: Prismas, 2015. p. 113.

⁴³² BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo** – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 334.

A superação da Subsunção pode ser considerada como um grande avanço no ordenamento pátrio, ao considerar que tal mudança propõe um novo modelo de raciocínio jurídico na construção das decisões judiciais, uma vez que a aplicação do Direito exige necessariamente um método⁴³⁴, o qual não ocorre de forma mecânica.

A marca desse novo contexto jurídico é a ascensão de valores, a normatividade dos Princípios e a essencialidade dos direitos humanos fundamentais, especialmente no que concerne a existência de um meio que propicie vida saudável e digna.

Nesse sentido, ao lado das técnicas tradicionais de decisão judicial, baseadas na Subsunção, acrescentaram-se novas perspectivas, tais como: a mencionada Ponderação, argumentação⁴³⁵, Pragmatismo⁴³⁶, além das propostas neoconstitucionalistas.⁴³⁷

Diante dos novos métodos para a teoria da decisão judicial, apontam Fernandes e Bicalho⁴³⁸ que, com isso, “[...] cria-se um ambiente propício à transformação, e surge assim um novo pensamento jusfilosófico: o pós-positivismo ou não-positivismo”.

⁴³³ STRECK, Lenio Luiz. A crítica hermenêutica do Direito e a questão da discricionariedade judicial. **Revista Direito e Liberdade** – RDL – ESMARN – v. 18, n. 1, p. 221-245, jan./abr. 2016, p. 239. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/viewFile/1181/684> Acesso em: 12 ago. 2017.

⁴³⁴ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução ao estudo do direito**. 6. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 24.

⁴³⁵ “Por um lado, se pode dizer que a argumentação jurídica vai além da lógica jurídica [...] os argumentos jurídicos podem ser estudados também de uma perspectiva que não é a da lógica: por exemplo, da perspectiva psicológica ou sociológica, ou então da perspectiva não formal”. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. - 2. ed. - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 33.

⁴³⁶ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano**. 1. ed. Brasília: edição do autor, 2013, p. 25.

⁴³⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009. p. 330-331.

⁴³⁸ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. **Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucional**. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 20 mai. 2016.

No pós-positivismo, segundo Bonavides⁴³⁹, os Princípios jurídicos conquistam a dignidade de normas jurídicas vinculantes, vigentes e eficazes.

De fato, “[...] há casos que não suscitam grandes dificuldades para o intérprete do Direito, pois as premissas utilizadas não necessitam ser discutidas, de modo que as conclusões podem ser inferidas sem maior esforço argumentativo”⁴⁴⁰, são os casos denominados de *easy cases*.

Nos casos considerados como *easy cases*, a argumentação se dá por meio de um raciocínio silogístico.⁴⁴¹

Por outro lado, os *hard cases* são cada vez mais numerosos, e refletem a evidência de que a lei escrita não conseguiu acompanhar o dinamismo da vida contemporânea.

Dworkin⁴⁴² identifica como casos difíceis, aqueles que: “[...] quando surgem problemas de justificação das próprias premissas e nenhuma regra estabelecida determina diretamente a solução para o caso”.

Os *hard cases*, na tradição *Common Law*, são casos em que não há Precedentes, ou seja, são os casos considerados mais complexos, em que o juiz faz determinadas escolhas.⁴⁴³

⁴³⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros. 2004, p. 237.

⁴⁴⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Argumentação contra legem**: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 43.

⁴⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. **A crítica hermenêutica do Direito e a questão da discricionariedade judicial**. Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN – v. 18, n. 1, p. 221-245, jan./abr. 2016, p. 239-240. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/viewFile/1181/684> Acesso em: 12 ago. 2017.

⁴⁴² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 131.

⁴⁴³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do Direito: Civil Law e Common Law. Revista dos Tribunais online. **Revista de Processo** | vol. 172 | p. 121 | Jun / 2009 | DTR\2009\337, p. 10. Disponível em: <[http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/estabilidade_e_adaptabilidade_como_objetivos_direito_civil.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/estabilidade_e_adaptabilidade_como_objetivos_do_direito_civil.pdf)>. Acesso em: 24 jul. 2017.

A teoria de Dworkin⁴⁴⁴ para a solução dos casos difíceis está centrada na sua diferenciação entre Princípios e regras.⁴⁴⁵

Na percepção de aludido autor, em um caso difícil, é possível que não exista uma regra a ser aplicada, ocasião em que o juiz deverá utilizar-se dos Princípios.⁴⁴⁶

Nos casos considerados como difíceis, quando ocorre a utilização da prática da Ponderação, a solução é construída com base em elementos que não estão contidos unicamente nos enunciados positivados, o que, portanto, pode ensejar que concepções subjetivas dos julgadores integrem a decisão jurisdicional.⁴⁴⁷

Com entendimento similar, Hart⁴⁴⁸ demonstra que a aplicação das regras jurídicas, ao menos nos casos difíceis (*hard cases*), não pode derivar de um procedimento automático de Subsunção de fatos a normas.

Desse modo, nos casos difíceis, a aplicação do positivismo solipsista não seria a solução mais adequada para aplicação do Direito.

Um bom exemplo de casos difíceis são os conflitos envolvendo o Meio Ambiente, em que se pode alcançar mais de uma decisão judicial ao caso concreto.⁴⁴⁹

A interpretação coerente das normas ambientais não é tarefa que possa ser operada apenas com os métodos tradicionais de interpretação, conforme

⁴⁴⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 32-40.

⁴⁴⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 41.

⁴⁴⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 129.

⁴⁴⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 275-279.

⁴⁴⁸ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 5. ed., Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994, p. 143.

⁴⁴⁹ DWORKIN, Ronald. Los Derechos em serio. Barcelona: Ariel, 1989. p. 146. In: LEITE, Paulo. **Constituição e a proteção de novos Direitos**: direitos difusos, bioética e direitos dos sistemas informatizados. Brasília, 2014, p. 32. Disponível em: <<http://www.idp.edu.br/docman/ebooks/1071-constituicao-e-a-protecao-dos-novos-direitos-direitos-difusos-bioetica-e-direitos-dos-sistemas-informatizados/file>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

preceitua Bodnar⁴⁵⁰: “Os conflitos verdes apresentam alto grau de litigiosidade, tensões, lacunas, colisões e ambigüidades, circunstâncias estas que tornarão os métodos tradicionais totalmente anacrônicos”.

Por sua natureza e complexidade, “[...] os Direitos ambientais estão sempre em rota de colisão com outros interesses, fato este que exige do intérprete uma ponderação, sempre na busca de resultados mais satisfatórios ao meio ambiente e a sociedade”.⁴⁵¹

A resolução dos casos difíceis pelo Poder Judiciário exige necessariamente que sejam assumidos compromissos valorativos, os quais nem sempre estão positivados nos textos legais, o que exige do intérprete uma postura proativa.⁴⁵²

Nas lides ambientais, portanto, “[...] a ponderação será especial em face da presença de um direito fundamental de destaque que merecerá proteção privilegiada, pois é em última análise a fonte e a garantia da vida humana”.⁴⁵³

Nesse contexto, o Judiciário terá por meio da decisão judicial uma importante função protetiva do Meio Ambiente, com a imprescindível utilização dos Princípios ambientais.⁴⁵⁴

Assim, o método da Ponderação ecológica será operacionalizada de maneira diferenciada “[...] o intérprete deverá, sem comprometer o núcleo essencial

⁴⁵⁰ ZENILDO, Bodnar. O Poder Judiciário e a Tutela do Meio Ambiente. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 15, novembro de 2006. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao015/Zenildo_Bodnar.htm>. Acesso em: 20 jun. 2017.

⁴⁵¹ ZENILDO, Bodnar. O Poder Judiciário e a Tutela do Meio Ambiente. **Revista de Doutrina da 4ª Região**.

⁴⁵² ZENILDO, Bodnar. O Poder Judiciário e a Tutela do Meio Ambiente. **Revista de Doutrina da 4ª Região**.

⁴⁵³ ZENILDO, Bodnar. O Poder Judiciário e a Tutela do Meio Ambiente. **Revista de Doutrina da 4ª Região**.

⁴⁵⁴ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 86-87. In: LEITE, Paulo. **Constituição e a proteção de novos Direitos: direitos difusos, bioética e direitos dos sistemas informatizados**. Brasília, 2014, p. 32. Disponível em: <<http://www.idp.edu.br/docman/ebooks/1071-constituicao-e-a-protecao-dos-novos-direitos-direitos-difusos-bioetica-e-direitos-dos-sistemas-informatizados/file>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

de outros Direitos Fundamentais ou Princípios, conferir um peso maior ao Meio Ambiente.⁴⁵⁵

Desse modo, a questão judicial ambiental apresenta elementos de complexidade que exigem muitas vezes a Ponderação de Princípios que podem apresentar diferentes soluções, dependendo, portanto, do magistrado a busca de uma solução a favor do Meio Ambiente, temática que será abordada com mais ênfase no terceiro capítulo desta pesquisa científica.⁴⁵⁶

Ao considerar que na apreciação dos casos difíceis pelo Poder Judiciário é propiciada margem para aplicação de fontes do Direito não positivadas, por meio de preferências pessoais, por exemplo, cumpre destacar sobre o perigo do surgimento de um poder discricionário dos magistrados.

Vislumbra-se, assim, que a Subsunção consiste em uma técnica de Decisão Jurídica, aplicável a casos mais simples, enquanto a Ponderação é utilizada para casos complexos, denominados como *hard cases*.

Ressalta-se, que quando o juiz decide os casos difíceis, utilizando elementos da moral ou da política, não está aplicando e sim criando um Direito, o que é inaceitável, conforme sustenta Dworkin.⁴⁵⁷

Nesse ponto, vale o registro de Streck⁴⁵⁸ que critica a cisão entre *easy* e *hard cases* e o uso da Ponderação como técnica de solução da colisão de Princípios, já que tal solução na visão do jurista representa uma atividade efetivamente discricionária e ativista do Poder Judiciário.

⁴⁵⁵ ZENILDO, Bodnar. O Poder Judiciário e a Tutela do Meio Ambiente. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre, n. 15, novembro de 2006. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao015/Zenildo_Bodnar.htm>. Acesso em: 20 jun. 2017.

⁴⁵⁶ LEITE, Paulo. **Constituição e a proteção de novos Direitos**: direitos difusos, bioética e direitos dos sistemas informatizados. Brasília, 2014, p. 32. Disponível em: <<http://www.idp.edu.br/docman/ebooks/1071-constituicao-e-a-protecao-dos-novos-direitos-direitos-difusos-bioetica-e-direitos-dos-sistemas-informatizados/file>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

⁴⁵⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 129.

⁴⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

Tal rejeição se dá em razão do uso da técnica da Ponderação estar conectada a ideia de discricionariedade dos julgadores. O que é alvo de críticas e ao mesmo tempo de aplausos e exaltação pelos juristas.

Há quem sustente os benefícios do papel criativo do juiz no processo de aplicação do Direito: “[...] a sentença deve ser compreendida como uma experiência axiológica concreta, e não apenas como um ato lógico redutível a um silogismo”.⁴⁵⁹

De igual forma, Hart⁴⁶⁰ preconiza que a incompletude do ordenamento jurídico seria solucionada pela atribuição de um poder discricionário para o juiz, concepção esta que não é a adotada na presente pesquisa.

Contudo, sobre a questão, importante o alerta de Streck⁴⁶¹: “Entender que a discricionariedade é algo inerente à aplicação do direito é, no fundo, uma aposta no protagonismo judicial. E a discricionariedade não se relaciona bem com a democracia”.⁴⁶²

Assim, para o referido autor, a Ponderação é uma espécie de camuflagem para o ativismo que se originou do sistema Anglo-Saxão.⁴⁶³

De igual forma, para Tassinari⁴⁶⁴: “[...] o ativismo judicial surge como consequência das influências do realismo jurídico no âmbito da atividade jurisdicional [...]”.

⁴⁵⁹ REALE, Miguel. **A teoria tridimensional do Direito**. Lisboa: Imprensa Nacional: Casa da Moeda, 2003, p. 75.

⁴⁶⁰ HART, H. L. A. **O conceito do direito**. Tradução de Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 352.

⁴⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. **Revista Direito e Práxis**. Vol. 4, n. 7, 2013, p. 354.

⁴⁶² STRECK, Lenio Luiz. A crítica hermenêutica do Direito e a questão da discricionariedade judicial. **Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN – v. 18, n. 1, p. 221-245, jan./abr. 2016, p. 240.** Disponível em: <http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/viewFile/1181/684> Acesso em: 12 ago. 2017.

⁴⁶³ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 65-80.

⁴⁶⁴ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 99.

É digno de destaque o caráter da aplicação mediante a Subsunção, a qual consiste em receber as normas já estabelecidas pelo legislador como critérios de solução para problemas futuros, contudo, com as constantes transformações sociais e a dinamicidade do mundo contemporâneo, é notório que os enunciados normativos não conseguem acompanhar a vida real moderna.

Como sustenta Zanon⁴⁶⁵,

Nesta perspectiva é preciso considerar que [...] diversos padrões de julgamento convergem de vários ângulos para influenciar a criação da Norma Jurídica, não sendo aceitável a tese de que ocorre apenas o encaixe de uma Regra inferior nos moldes de outra que lhe é superior, mediante um simples silogismo.

Portanto, em um paralelo entre as tradições jurídicas, faz-se notar que a técnica da Ponderação, assim como a teoria dos Precedentes judiciais, toma como premissa o Direito construído culturalmente e não aquele resultado única e exclusivamente do Direito positivo, ou seja, das leis.

No modelo anglo-americano “[...] inexistente aplicação mecânica ou subsuntiva na solução dos casos mediante a utilização do precedente judicial. Isso porque não existe uma prévia e pronta regra jurídica”.⁴⁶⁶

Na tradição *Common Law*, a norma é extraída não só do texto legal, mas principalmente do texto de um Precedente anterior, método de construção de decisões judiciais cada vez mais comum em solo brasileiro.

É verdade que é falaciosa a ideia de que é perfeita a técnica da Ponderação, porém, de igual forma é imperfeita a operação da Subsunção mecanicista dos fatos às normas abstratas.

Nesse diapasão, faz-se necessária a reavaliação da importação, pela doutrina brasileira, de teorias para a construção das decisões judiciais dissociadas da realidade brasileira adepta a tradição *Civil Law*.⁴⁶⁷

⁴⁶⁵ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2. ed. Curitiba: Prismas, 2015. p. 115.

⁴⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as Súmulas vinculantes**. 3. Ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 50.

A Hermenêutica jurídica dos dias de hoje, efetivamente reclama métodos mais sofisticados do que a prática da Subsunção⁴⁶⁸, ainda utilizada em grande escala no Brasil. É preciso novos critérios e métodos para lidar com as necessidades dos jurisdicionados, evitando-se, sempre, arbitrariedades e julgamentos imparciais.

Desse modo, para que uma decisão seja legítima no contexto do Estado Democrático de Direito, não basta que o juiz esteja convencido, é preciso que ele demonstre expressamente as suas razões, as quais deverão constar na decisão judicial.

Em outras palavras, o julgador tem que analisar a situação concreta, e não limitar-se a repetir o texto normativo ou ementa de julgado, sem dar as razões e justificativas do seu convencimento.

Uma decisão, portanto, não pode decorrer de uma escolha arbitrária do julgador, com base em valores éticos, sociológicos, históricos, ideológicos, psicológicos, ou até mesmo de uma análise comparativa entre demandas e partes. A fundamentação das decisões judiciais é uma garantia que representa componente basilar de um processo justo.⁴⁶⁹

Nesse contexto, ao discorrer sobre as decisões, Streck⁴⁷⁰ ensina que é preciso fundamentar as decisões, pois se trata de “[...] elemento hermenêutico pelo qual se manifesta a compreensão do fenômeno jurídico [...] A fundamentação das partes está ligada ao controle das decisões.”

⁴⁶⁷ “A ponderação, para Robert Alexy – não é uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que —pesa mais, algo do tipo — entre dois princípios que colidem, o intérprete escolhe um”. STRECK, Lenio Luiz. **O (Pós-)Positivismo e os Propalados Modelos de Juiz** (Hércules, Júpiter e Hermes) – Dois Decálogos Necessários. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 7, p. 15-45, jan./jun. 2010, p. 37.

⁴⁶⁸ CARVALHO NETTO, Menelick de. **Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. In: Revista de Direito Comparado, Belo Horizonte: Mandamentos, n.º 03, 1999, p. 480-481.

⁴⁶⁹ ALMEIDA, Vitor Luís. **A fundamentação das decisões judiciais no sistema do livre convencimento motivado**. Ano 1 (2012), nº 5, 2497-2536, p. 2498. Disponível em: <<http://www.idb-fdul.com/>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

⁴⁷⁰ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica, Constituição e Processo, ou “como a discricionariedade não combina com a democracia in Constituição e Processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Coordenação: Marcello Andrade Cattoni de Oliveira e Felipe Daniel Amorim Machado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 17.

A fundamentação das decisões judiciais funciona como forma de inibir abusos por parte do Judiciário, para que não sejam proferidas decisões com base em convicções pessoais⁴⁷¹. Nesse sentido:

Embora o juiz seja uma pessoa com convicções e história de vida, a limitação ao seu subjetivismo e à sua parcialidade se dá justamente no impedimento de uma fundamentação que extrapole os argumentos jurídicos e na obrigatoriedade de se construir a decisão com a argumentação participada das partes, que como partes contraditoras, possam discutir a questão do caso concreto, de modo que a decisão racional se garanta em termos de coerência normativa, a partir da definição do argumento mais adequado às partes.⁴⁷²

Assim, o juiz deve basear sua decisão em elementos de natureza objetiva, excluindo fatores pessoais.⁴⁷³ Logo, a fundamentação deve ser concreta e estruturada.⁴⁷⁴

Contudo, é difícil que o juiz, ser humano como qualquer um, se liberte de suas preferências e, por essa razão, com o novo Código de Processo Civil - NCPC o dever de fundamentação das decisões teve o seu papel maximizado, a partir do artigo 371o qual dispõe sobre o dever do magistrado de mencionar, em sua decisão, as razões do seu convencimento sobre as provas produzidas: “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

O artigo 489 evidencia a intenção do legislador de acabar com as decisões de fundamentação deficientes ou superficiais, que não enfrentam os argumentos trazidos:⁴⁷⁵

⁴⁷¹ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 35.

⁴⁷² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 10 ed. 2011, p. 396-397.

⁴⁷³ “Fundamentar validamente não é explicar a decisão. A explicação só confere à decisão uma falsa aparência de validade. O juiz explica, e não fundamenta, quando diz que assim decide por ter incidido ao caso ‘tal ou qual norma legal’”. RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**, p. 41.

⁴⁷⁴ “[...] é a partir da fundamentação que se constrói um sólido sistema de precedentes.” GALIO, Morgana Henicka. **Overruling: a superação do precedente no direito brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 205.

Artigo 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de Súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de Súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento [...]

Discorrendo sobre o tema, Nunes⁴⁷⁶ afirma: “Efetividade é um conceito de natureza fluida, abrangente; necessário se faz, pois, alcançar o seu verdadeiro sentido garantir às partes todas as prerrogativas que decorram da necessária amplitude de defesa e do contraditório.”

Tendo em vista a preocupação com a prática da padronização das decisões, que pode afetar a fundamentação e as garantias a ela relacionadas, preconiza Theodoro Jr, Nunes e Bahia⁴⁷⁷:

Assim, preserva-se a igualdade quando, diante de situações idênticas, há decisões idênticas. Entretanto, viola-se o mesmo Princípio quando em hipóteses de situações ‘semelhantes’, aplica-se, sem mais uma ‘tese’ anteriormente definida (sem considerações quanto às questões próprias do caso a ser decidido e o paradigma).

Na mesma linha, Cunha⁴⁷⁸ ressalva: “[...] não se deve admitir a fundamentação por adesão, ou aquela sintética”.

⁴⁷⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. 2. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 356.

⁴⁷⁶ NUNES, Dierle. **Novo CPC: Fundamentar decisões judiciais com amplitude e profundidade é cada vez mais necessário**. 2014. Disponível em: <<http://justificando.com/2014/10/23/fundamentar-decisoes-judiciais-com-amplitude-e-profundidade-e-cada-vez-mais-necessario/>>. Acesso em: 01 ago. 2016.

⁴⁷⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. **Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro** – Análise da convergência entre civil Law e o common Law e dos problemas de padronização decisória. In: Revista de Processo n. 189. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2010, p. 11.

Apesar da necessidade de um rápido provimento jurisdicional, este não pode desrespeitar garantias constitucionais, como a imprescindível fundamentação das decisões.

Contudo, com a prática diária observada no cotidiano forense e a utilização de decisões padronizadas em grande escala, têm-se inevitavelmente fundamentações genéricas e imprecisas. No entanto, é função primordial do magistrado dizer qual é o Direito no caso concreto, pois tal questão representa o ponto principal da atividade jurisdicional⁴⁷⁹.

Explica-se: quando não se atenta às peculiaridades fáticas de cada caso, pode-se correr o risco de criar decisões caracterizadas por uma interpretação abstrata do Direito⁴⁸⁰. E do abstracionismo, tem-se patente a probabilidade de decisões injustas.

A interpretação - não Hermenêutica e abstrata, pode ser vista na multiplicação de enunciados jurisprudenciais e Súmulas, sejam eles vinculantes ou não.⁴⁸¹

Em comentário sobre a reprodução de sentenças repetitivas, Nunes⁴⁸² sustenta: “[...] para a aplicação minimamente adequada do novo preceito legal, o juiz deveria, na sentença repetida, realizar uma demonstração analítica dos elementos identificadores entre os casos [...]”.

Dessa forma, com a produção de decisões em escala industrial, obter-se uma reprodução da decisão e não a criação de decisões adequadas e em conformidade com o Estado Democrático de Direito.

⁴⁷⁸ CUNHA, Leonardo José Carneiro. As causas repetitivas e a necessidade de um regime que lhe seja próprio. **Revista Faculdade de Direito do Sul de Minas**. Pouso Alegre, v. 25, 2009, p. 244.

⁴⁷⁹ REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva. 2001, p. 282.

⁴⁸⁰ REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito**, p. 105-182.

⁴⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. A metafísica jurídica, o mineirinho e o caso concreto. Publicado em: 20 de jun. 2013. **Consultor Jurídico** - CONJUR. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-20/senso-incomum-metaphisica-juridica-mineirinho-concreto>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

⁴⁸² NUNES, D.J.C. Comparticipação e policentrismo. **Horizontes para a democratização processual civil**. 2008. 217f. Tese (Doutorado) em Direito Processual. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2008, p. 124.

No entanto, a realidade vivenciada no ordenamento pátrio indica que é cada dia mais comum a prática de decisões genéricas e padronizadas.

2.2 A INFLUÊNCIA DA TRADIÇÃO CONTINENTAL NO DIREITO BRASILEIRO EM MATÉRIA AMBIENTAL

Evidencia-se a efetiva mescla de experiências judiciais, quando o Sistema Jurídico brasileiro se depara com a força com que a Jurisprudência vem se infiltrando dia após dia no Sistema Jurídico brasileiro.

Para Grau⁴⁸³:

[...] o direito é, sempre, fruto de determinada cultura. Por isso não pode ser concebido como fenômeno universal e atemporal [...] Daí por que, embora se possa referir um direito do modo de produção capitalista, em cada sociedade manifesta-se *um determinado direito*, diverso e distinto dos outros direitos que se manifestam em outras sociedades.

Este capítulo visa analisar as influências sofridas pelo Direito pátrio em relação à tradição continental de construir decisões jurídicas a partir do uso dos instrumentos do sistema norte-americano.

Para Santos⁴⁸⁴, “[...] o direito brasileiro, possui raízes no direito continental europeu, basicamente um direito derivado do direito romano, com a codificação que marcou a doutrina francesa e alemã do século XIX”.

A segurança jurídica é valor essencial a qualquer Sistema Jurídico e, interessa aos sistemas das duas tradições jurídicas, sendo que o *Civil Law*, historicamente, perseguiu-a através do texto da lei e, o *Common Law*, mediante o Precedente Vinculante.⁴⁸⁵

⁴⁸³ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. rev.amp. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 22-23.

⁴⁸⁴ SANTOS, Ramon Alberto dos; ARAÚJO, Renê José Cilião de. **Common Law e Civil Law: uma análise dos sistemas jurídicos brasileiro e norte-americano e suas influências mútuas**. Encontro Internacional de Produção Científica. Paraná, 2011, p. 3. Disponível em: <http://www.cesumar.br/prppge/pesquisa/epcc2011/anais/ramon_alberto_dos_santos.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2016.

⁴⁸⁵ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **O precedente vinculante e sua eficácia temporal no sistema processual brasileiro**. 2011. 274 f. p. 34. Dissertação (Mestre em Direito) – Programa de

A utilização de códigos com a pretensão de limitar o Direito ao texto escrito, afastando-se da interpretação judicial, é a ideologia que marca o *Civil Law* e que não está presente no *Common Law*.⁴⁸⁶

O Brasil, que é filiado ao sistema *Civil Law*, vem sofrendo com o excesso de divergência jurisprudencial, uma vez que restou evidenciado que a lei não é suficiente para garantir efetiva segurança jurídica à sociedade.

Esse episódio fez com que se percebesse que o texto da lei se tornou um instrumento insuficiente para resolver os problemas levados ao Judiciário, uma vez que, “[...] a lei clara, completa, e que preveja todos os fatos, garantindo, pois, segurança plena aos jurisdicionados, demonstra-se uma verdadeira utopia”.⁴⁸⁷

Persiste-se nesta pesquisa com a ideia de que a norma positivada por si só não é o bastante para assegurar a previsibilidade das decisões, conforme destaca Marinoni⁴⁸⁸:

A força do constitucionalismo e a atuação judicial mediante a concretização das regras abertas fez surgir um modelo de juiz completamente distinto do desejado pela tradição do civil law. O civil law vive, atualmente, a contradição entre o juiz das doutrinas acriticamente preocupadas apenas em justificar que a nova função do juiz cabe dentro do modelo do Princípio da separação dos poderes. Na verdade, a doutrina esquece de esclarecer que o juiz da Revolução Francesa nasceu natimorto e que o Princípio da estrita separação dos poderes sofreu mutação com o passar do tempo, tendo, nos dias que correm, outra figura.

Na concepção de Cappelletti⁴⁸⁹: “[...] com a crise da modernidade, ocorreram profundas transformações na hermenêutica jurídica, sendo inegável nos

Mestrado em Ciências Jurídicas, Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Recife, 2011. Disponível em: <http://www.unicap.br/tede//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=566>. Acesso em: 20 mar. 2017.

⁴⁸⁶ GALIO, Morgana Henicka. **Overruling**: a superação do precedente no direito brasileiro. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 39.

⁴⁸⁷ SILVA, Andrey Gastaldi da; HEIL, Danielle Mariel. O crescimento do papel do precedente judicial no Sistema Jurídico brasileiro: a busca pela uniformidade das decisões judiciais. **Revista Justiça do Direito** v. 30, n. 1, p. 91-109, jan./abr. 2016, p. 97. Disponível em: <<http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/5908/3691>>. Acesso em 10 set. 2017.

⁴⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**. ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 18.

⁴⁸⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993. p. 20-21.

dias atuais que a atividade de interpretar a lei, constitui-se, também, em criação do direito, em construção do sentido da norma”.

Para Costa⁴⁹⁰, em razão da sociedade contemporânea em que os seres humanos são integrantes “[...] um Sistema Jurídico que seja apenas normativo e isento de valores não mais se coaduna com a realidade em que vivemos”⁴⁹¹.

Diante de tudo isso, os Princípios ganham mais importância, aproximando o sistema brasileiro da tradição *Common Law* de construção judicial.⁴⁹²

Essa aproximação levou, por exemplo, a introdução da teoria dos Precedentes no Brasil⁴⁹³.

Hoje, o que se observa é uma grande mutação dos sistemas, para um sistema híbrido⁴⁹⁴ “[...] temos um novo *Civil Law* e um novo *Common Law*, ambos exploram a principal forma de direito do outro, sem, contudo, alterar-se”⁴⁹⁵.

Sobre as transformações suportadas pela tradição *Civil Law*, Merryman⁴⁹⁶ destaca:

A concepção dogmática do que é o direito, como muitas outras implicações dos dogmas do período revolucionário, tendo sido minada pelo tempo e

⁴⁹⁰ COSTA, Eder Dion de Paula. **Considerações sobre o Sistema Jurídico**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 37, 2002, p. 84.

⁴⁹¹ SILVA, Andrey Gastaldi da; HEIL, Danielle Mariel. O crescimento do papel do precedente judicial no Sistema Jurídico brasileiro, p. 98.

⁴⁹² GABRICH, Frederico de Andrade. **O Caráter Normativo dos Princípios**. Revista Forense: Rio de Janeiro, v. 393, p. 105-124, set-out de 2007, p. 379. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/776>>. Acesso em: 11 fev. 2017.

⁴⁹³ SILVA, A. G.; HEIL, M. D. **Commonlização no processo jurídico brasileiro**: o direito a partir da common law. ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR - Brasil. . 15, jul/dez 2016. Ano VIII, n. 15, p. 113. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima15/artigo-7.-commonlizacao-revista-anima.pdf>>.

⁴⁹⁴ SILVA, Andrey Gastaldi da; HEIL, Danielle Mariel. O crescimento do papel do precedente judicial no Sistema Jurídico brasileiro: a busca pela uniformidade das decisões judiciais. **Revista Justiça do Direito** v. 30, n. 1, p. 91-109, jan./abr. 2016, p. 97. Disponível em: <<http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/5908/3691>>. Acesso em 10 set. 2017.

⁴⁹⁵ RAMOS, Vinícius Estefaneli. Teoria dos precedentes judiciais e sua eficácia no sistema brasileiro atual. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3621, 31 de maio de 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24569/teoria-dos-precedentes-judiciais-e-sua-eficacia-no-sistema-brasileiro-atual>>. Acesso em: 27 de junho de 2013.

⁴⁹⁶ Tradução livre. MERRYMAN, John Henry. **La Tradición Jurídica Romano-Canónica**. 2. ed. México: FCE, 1989. p. 56. Citação utilizado no artigo: SILVA, Andrey Gastaldi da; HEIL, Danielle Mariel. O crescimento do papel do precedente judicial no Sistema Jurídico brasileiro, p. 101.

pelos acontecimentos. É possível que a inovação mais extraordinária tenha sido o forte movimento feito pelo constitucionalismo, com seu empenho na rigidez funcional, e, portanto, na superioridade das constituições escritas como fonte do direito. [...] Inserem um elemento novo na hierarquia das fontes do direito, que agora fica assim: constituição, legislação, regulamentos e costume. Ademais, se um tribunal pode decidir que um estatuto é inválido porque está em conflito com a constituição, se destrói o dogma da separação estrita entre o poder legislativo e o poder judicial.

Tal fato demonstra que os sistemas jurídicos ora analisados não são mais inteiramente puros, podendo se vislumbrar um quadro tendencial de recíproca harmonização entre as tradições *Civil Law* e *Common Law*.⁴⁹⁷

O trabalho até aqui desenvolvido procurou deixar evidente a tentativa de superação do raciocínio silogista na atuação jurisdicional brasileira.

Se nos países norte-americanos se buscam cada vez mais técnicas para flexibilizar a estabilidade do uso dos Precedentes (*Stare Decisis*); os operadores do Direito do *Civil Law* procuram meios para estabilizar a Jurisprudência.⁴⁹⁸

Diante da incorporação de elementos de construção judicial de outros sistemas pelo o ordenamento pátrio, importante salientar que o Brasil, na percepção de Didier⁴⁹⁹, é um país de todas as teorias e doutrinas:

O Sistema Jurídico brasileiro tem uma característica muito peculiar, que não deixa de ser curiosa: temos um direito constitucional de inspiração estadunidense [...] e um direito infraconstitucional (principalmente o direito privado) inspirado na família romano-germânica (França, Alemanha e Itália, basicamente). Há controle de constitucionalidade difuso (inspirado no judicial *review* estadunidense) e concentrado (modelo austríaco). Há inúmeras codificações legislativas (*civil law*) e, ao mesmo tempo, constrói-se um sistema de valorização dos precedentes judiciais extremamente complexo (Súmula vinculante, Súmula impeditiva, julgamento modelo para causas repetitivas etc. (...), de óbvia inspiração no *common law*. Embora tenhamos um direito privado estruturado de acordo com o modelo do direito

⁴⁹⁷ RAMOS, Henrique Carlos. **Mutação constitucional**: constituição e identidade constitucional evolutiva. Curitiba: Juruá, 2013, p. 80.

⁴⁹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. 2. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 334-335. Citação igualmente utilizada em: SILVA, Andrey G.; HEIL, Danielle Mariel. O Direito Jurisprudencial Ambiental brasileiro à luz da *Common Law*. Anais do IV Congresso Internacional de Direito Ambiental Internacional. **Governança Ambiental Global**. São Paulo: Editora Universitária Leopoldianum. Out. 2016, p. 229-250, p. 231. Disponível em: <<http://www.unisantos.br/wp-content/uploads/2016/10/DAI-2016.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

⁴⁹⁹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil, Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. V. 1. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 42.

romano, de cunho individualista, temos um microssistema de tutela de direitos coletivos dos mais avançados e complexos do mundo; como se sabe, a tutela coletiva de direito é uma marca da tradição jurídica do *common law* [...].⁵⁰⁰

Para aludido autor, o modelo jurídico brasileira representa uma espécie de mutação, ou seja, uma *brazilian law*⁵⁰¹. Isto é, não é mais um sistema puro de *Civil Law*, tampouco possui todas as características essenciais ao *Common Law*.

Como bem ilustra Krishan⁵⁰²: “[...] todas as teorias são parciais”.

A aproximação das tradições jurídicas se dá, em razão da globalização⁵⁰³, bem como em razão da inviabilidade de um sistema puro, uma vez que é natural a evolução dos sistemas jurídicos, pois o Direito é fenômeno cultural⁵⁰⁴.

Embora as técnicas de flexibilização do uso dos Precedentes analisadas no capítulo anterior, sejam utilizadas pelos julgadores do sistema *Common Law*, no ordenamento jurídico brasileiro, por meio no novo Código de Processo Civil - NCPC, surgem expressões similares como: “distinção no caso em julgamento e superação do entendimento”, previstas no artigo 489, §1º, inciso VI de tal estatuto legal:

Artigo 489. São elementos essenciais da sentença: [...] §1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] VI - deixar de seguir enunciado de Súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

⁵⁰⁰ SILVA, Andrey Gastaldi; HEIL, Danielle Mariel. O Direito Jurisprudencial Ambiental brasileiro à luz da *Common Law*. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL, 4., 2016, São Paulo. Anais do IV Congresso Internacional de Direito Ambiental Internacional. **Governança Ambiental Global**. São Paulo: Editora Universitária Leopoldianum, 2016, p. 229-250, p. 231. Disponível em: <<http://www.unisantos.br/wp-content/uploads/2016/10/DAI-2016.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

⁵⁰¹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil, Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**, p. 43. Citação utilizada em: SILVA, Andrey Gastaldi; HEIL, Danielle Mariel. O Direito Jurisprudencial Ambiental brasileiro à luz da *Common Law*, p. 239.

⁵⁰² KRISHAN, Kumar. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo**. Tradução Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 7.

⁵⁰³ LORENZZETTI, Ricardo. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 64.

⁵⁰⁴ COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. Tese de doutoramento em Direito. Universidade de Brasília, Brasília, 2008, p.214.

Nessa fase de convergência de tradições, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre os legados advindos do modelo *Common Law*:

[...] Foi acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi-nos legada pelo "*common law*" por intermédio da "*disregard doctrine*", nascida da necessidade de se garantir o papel determinado juridicamente às sociedades comerciais, para que não sirvam de instrumento para sócios inescrupulosos, possibilitando a atuação no mercado com fraude ou abuso de direito (STJ, Processo AREsp 633879 SP 2014/0338756-6. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Publicação: DJ 14/04/2015).⁵⁰⁵

Procurando inspiração no sistema *Common Law*, e na busca da tão idealizada segurança jurídica, a tradição jurídica brasileira vem incorporando diretrizes do sistema norte-americano, com especial ênfase na seara ambiental, como é o caso da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, em alusão a nomenclatura do Direito Anglo-Saxão - *disregard doctrine*.⁵⁰⁶

Observa Coelho⁵⁰⁷ a respeito da questão:

A doutrina criou, a partir de decisões jurisprudenciais nos EUA, Inglaterra e Alemanha, principalmente, a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, pela qual se autoriza o Poder Judiciário a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, sempre que ela tiver sido utilizada como expediente para a realização de fraude. Ignorando a autonomia patrimonial, será possível responsabilizar-se, direta, pessoal e ilimitadamente, o sócio por obrigação que, originariamente cabia à sociedade.

Na esfera ambiental, a desconsideração da personalidade jurídica está insculpida no artigo 4º da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998: "O juiz poderá desconsiderar a personalidade da pessoa jurídica para imputar diretamente ao sócio responsabilidade pelo ressarcimento de prejuízos causados ao Meio Ambiente".

Verifica-se, portanto, que a legislação ambiental responsabiliza, sem benefício de ordem, os autores da conduta lesiva ao Meio Ambiente solidariamente com a pessoa jurídica. Para reforçar, cita-se como exemplo a decisão abaixo:

⁵⁰⁵ Itálico no original. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial**. n. 633879. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 14 de abril de 2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/181156404/agravo-em-recurso-especial-aresp-633879-sp-2014-0338756-6?ref=topic_feed#!> Acesso em: 12 jul. 2017.

⁵⁰⁶ GONÇALVES, Oksandro. **Desconsideração da personalidade jurídica**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 184.

⁵⁰⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 14ª Ed. Saraiva. São Paulo. 2003, p. 126.

BRASIL. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 6ª Câmara de Direito Público. Ação Civil Pública. Execução de sentença. Dano ao meio ambiente: "uma vez praticados atos que danificaram o meio ambiente por pessoa jurídica e na impossibilidade de obter recursos para satisfação de sua condenação, nada mais justo que se aplique a desconsideração da pessoa jurídica, arcando seus sócios também com o prejuízo". Recurso não provido. Agravo de Instrumento n. 139.758-5. Relator Vallim Bellocchi. 13 de março de 2000.

Superada a análise acerca da aplicação dos instrumentos do sistema Anglo-Saxão em solo brasileiro, resta analisar outros legados do modelo *Common Law* na seara ambiental.

O Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n. 302906 SP 2001/0014094-7, realizou uma análise comparativa sobre a função social de um plano diretor e as restrições urbanístico-ambientais, com os instrumentos do sistema norte-americano⁵⁰⁸:

Lembra muito bem o Ministro Mauro Campbell Marques, em seu Voto, que não é de surpreender a resistência, perplexidade ou descaso que as restrições urbanístico-ambientais enfrentam entre nós, tudo porque a cultura legislativa paternalista do Brasil leva a crer que apenas o plano diretor, apenas e tão somente a lei, pode ser instrumento de cumprimento da função social". E assim é, não obstante os inúmeros benefícios dessa técnica de regulação jurídica do direito de construir, realçados tanto nos sistemas de *civil law*, como de *common law* (no Direito norte-americano e inglês, cf. Rutherford H. Platt, *Land Use and Society: Geography, Law, and Public Policy*, Washington, D.C., Island Press, 1996, pp. 300-301).⁵⁰⁹

Por sua vez, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, verificou a possibilidade de dano ambiental por construção em faixa marginal de proteção do rio, cuja área se tratava de preservação permanente, promovendo um verdadeiro

⁵⁰⁸ SILVA, Andrey G.; HEIL, Danielle Mariel. O Direito Jurisprudencial Ambiental brasileiro à luz da *Common Law*. **Governança Ambiental Global**, p. 239. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL, 4., 2016, São Paulo. Anais do IV Congresso Internacional de Direito Ambiental Internacional, São Paulo: Editora Universitária Leopoldianum, 2016, p. 229-250, p. 239. Disponível em: <<http://www.unisantos.br/wp-content/uploads/2016/10/DAI-2016.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

⁵⁰⁹ Itálico no original. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial**. 2ª Turma n. 302906 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília 26 de agosto de 2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19133048/recurso-especial-resp-302906-sp-2001-0014094-7/inteiro-teor-19133049>>. Acesso em: 23 jul. 2017. Citação em: SILVA, Andrey G.; HEIL, Danielle Mariel. O Direito Jurisprudencial Ambiental brasileiro à luz da *Common Law*, p. 240.

distinguishing entre a Jurisprudência recorrente e a responsabilização objetiva do causador do dano ambiental.⁵¹⁰

Colhe-se da decisão:

Há de se fazer um *distinguishing* entre a jurisprudência recorrente que impõe a responsabilização objetiva do causador do dano e as peculiaridades do caso concreto sob análise, observando-se a hipossuficiência do poluidor, porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *Ratio Decidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, algumas peculiaridades no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente [...] Nesse sentido, viola qualquer noção de Justiça e Equidade a pretensão de que o réu, que fora impelido por diversos fatores sócio espaciais à ocupação irregular de faixas marginais do Rio Anil, seja tratado com o mesmo rigor dispensado pelos Tribunais Superiores⁵¹¹.

Assim, a Jurisprudência pátria decidiu pela necessária aplicação da técnica *distinguishing*⁵¹² inspirada na tradição jurídica anglo-saxônica, no sentido de que parte do caso em análise não poderia ser tratada com o mesmo rigor dispensado pelos tribunais superiores em casos de fixação de responsabilidade por danos ambientais decorrentes de exploração econômica descomprometida com o ecossistema.⁵¹³

Ou seja, os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *Ratio Decidendi*, mostraram ser diferentes um do outro, o que resultou no afastamento da aplicação do Precedente, em razão das peculiaridades do caso julgado pelo Tribunal do Rio de Janeiro.⁵¹⁴

⁵¹⁰ SILVA, Andrey G.; HEIL, Danielle Mariel. O Direito Jurisprudencial Ambiental brasileiro à luz da *Common Law*. **Governança Ambiental Global**, p. 239.

⁵¹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. SEXTA CÂMARA CÍVEL. **Apelação Cível**. n. 0078647-26.2008.8.19.0001. Apelante Estado do Rio de Janeiro. Apelante José Rodrigues Lima e Apelados os mesmos. Relator Desembargador Nagib Slaibi. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/195180847/apelacao-apl-786472620088190001-rj-0078647-2620088190001/inteiro-teor-195180864>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

⁵¹² Tradução livre. DUXBURY, Neil. **The authority of precedent**: two problems. Legal Theory Workshop Series. Faculty of Law. University of Toronto. 2005, p. 113.

⁵¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. SEXTA CÂMARA CÍVEL. **Apelação Cível**. n. 0078647-26.2008.8.19.0001.

⁵¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. SEXTA CÂMARA CÍVEL. **Apelação Cível**. Apelação n. 0078647-26.2008.8.19.0001.

Ainda sobre a temática da incorporação de instrumentos do modelo *Common Law*, a Jurisprudência pátria traz uma percepção histórica sobre nosso Direito positivo, ressaltando que não é da nossa tradição cultural a vinculação aos Precedentes judiciais, porém, a valorização de tal sistema tem se tornado um fenômeno visível e constante no Brasil.⁵¹⁵

Nesse sentido, o Recurso Especial nº 1.111.743/DF, que teve como relator o ministro Luiz Fux⁵¹⁶:

[...] Na busca de tal desiderato, o sistema de julgamento, pelo STJ, dos recursos especiais repetitivos, constitui mais um passo do legislador no seu esforço constante de valorizar os precedentes dos tribunais superiores, conferindo-lhes uma peculiar eficácia persuasiva, que se projeta para muito além do caso concreto, espargindo efeitos reflexos, bem significativos, para todos os demais casos semelhantes. [...] Um olhar histórico sobre nosso direito positivo ilustra e confirma essa verdade. Ao contrário do que ocorre em países da *common law* e até mesmo, em boa medida, em muitos países continentais europeus, não é da nossa tradição cultural a vinculação a precedentes judiciais [...] pela adoção entre nós de sistema semelhante ao "*Stare Decisis*". [...] Os primeiros passos em direção à eficácia vinculante dos precedentes se deram na Constituição de 1934, quando foi criado o instituto da suspensão, pelo Senado, da lei declarada inconstitucional pelo STF, alternativa para atribuir força de *Stare Decisis* aos precedentes, universalizando os efeitos da declaração de inconstitucionalidade tomada em controle difuso. Em 1963, o Regimento Interno do STF (art. 102) instituiu a Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, instrumento prático ainda hoje importantíssimo para viabilizar a força persuasiva dos precedentes da Corte. Ainda por força da Emenda 45/04, foi instituída a Súmula vinculante (CF, art. 103-A), instrumento típico de imposição de observância dos precedentes da Corte Suprema [...]⁵¹⁷

Sobre o movimento de harmonização entre o *Common Law* e a tradição romano-germânica, em que pese a não adoção desse entendimento nesta pesquisa,

⁵¹⁵ SILVA, Andrey Gastaldi; HEIL, Danielle Mariel. O Direito Jurisprudencial Ambiental brasileiro à luz da *Common Law*. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL, 4., 2016, São Paulo. Anais do IV Congresso Internacional de Direito Ambiental Internacional. **Governança Ambiental Global**. São Paulo: Editora Universitária Leopoldianum, 2016, p. 229-250, p. 245. Disponível em: <<http://www.unisantos.br/wp-content/uploads/2016/10/DAI-2016.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

⁵¹⁶ SILVA, Andrey Gastaldi; HEIL, Danielle Mariel. O Direito Jurisprudencial Ambiental brasileiro à luz da *Common Law*. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL, 4., 2016, São Paulo. Anais do IV Congresso Internacional de Direito Ambiental Internacional. **Governança Ambiental Global**. São Paulo: Editora Universitária Leopoldianum, 2016, p. 229-250, p. 245-246. Disponível em: <<http://www.unisantos.br/wp-content/uploads/2016/10/DAI-2016.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

⁵¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial**. Recurso n. 1.111.743. Relator Luis Fux. 25 de fevereiro de 2010. Segunda Turma. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1379103&b=ACOR&p=true&l=10&i=7>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

a criação dos tribunais é hoje, no Brasil, evidentemente reconhecida como fonte primária do Direito.

Sobre a elevada força que as leis, em especial o novo Código de Processo Civil - NCCP, atribuem aos Precedentes do Supremo Tribunal Federal - STF e do Superior Tribunal de Justiça - STJ, a decisão ora analisada destaca a especial carga (ainda que persuasiva) dos Precedentes no ordenamento jurídico brasileiro⁵¹⁸:

[...] a valorização dos precedentes é fenômeno igualmente visível e continuamente aprofundado pelo legislador. [...] Esse panorama ilustra a elevada força que a Constituição e as leis atribuem aos precedentes do STF e do STJ. Embora não seja certo "dizer que o juiz brasileiro, p. ex., está jungido ao precedente tanto quanto o estaria um juiz norte-americano ou inglês", também "será falso, mormente na atualidade, dizer que o precedente é uma categoria jurídico-processual estranha ao direito pátrio, ou que tem apenas uma força meramente persuasiva", anotou argutamente o Professor Danilo Knijnik (KNIJNIK, Danilo. O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça, RJ: Forense, 2005, p. 59). (REsp. nº 1.111.743/DF. Relator p/Acórdão Min. Luiz Fux - Corte Especial/STJ - maioria - julgado em 25/02/2010).⁵¹⁹

O que se pode concluir de todas essas decisões colacionadas, é que há, em nosso Direito positivo - *Civil Law*, um fenômeno não pode ser desconsiderado: o da evidente carga persuasiva dos Precedentes dos tribunais superiores, que inegavelmente, geram reflexos importantes no Judiciário brasileiro, na vida dos jurisdicionados e de toda a sociedade.⁵²⁰

A expansão do Poder Judiciário é uma das grandes marcas do século XX. A Constituição Federal (1988) potencializou o papel do Judiciário e do Direito, com a formação do Estado Democrático de Direito.

⁵¹⁸ SILVA, Andrey G.; HEIL, Danielle Mariel. O Direito Jurisprudencial Ambiental brasileiro à luz da *Common Law*. p. 246.

⁵¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial**. Recurso n. 1.111.743. Relator Luis Fux. 25 de fevereiro de 2010. Segunda Turma. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1379103&b=ACOR&p=true&l=10&i=7>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

⁵²⁰ SILVA, Andrey G.; HEIL, Danielle Mariel. O Direito Jurisprudencial Ambiental brasileiro à luz da *Common Law*. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL, 4., 2016, São Paulo. Anais do IV Congresso Internacional de Direito Ambiental Internacional. **Governança Ambiental Global**. São Paulo: Editora Universitária Leopoldianum, 2016, p. 229-250, p. 247. Disponível em: <<http://www.unisantos.br/wp-content/uploads/2016/10/DAI-2016.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

2.3 A INFLUÊNCIA RECENTE DO *COMMON LAW*

Como visto, a doutrina dos Precedentes no *Common Law* funda-se na doutrina do *Stare Decisis*, a qual atravessa diversos elementos da atividade interpretativa.⁵²¹

Ao tratar sobre o tema Precedentes judiciais é normal deparar-se com comentários a respeito das Súmulas e Jurisprudência vinculadas aos Precedentes.

Mesmo no âmbito jurídico e acadêmico não é incomum a falsa percepção de que a Jurisprudência e as Súmulas vinculantes representam a teoria dos Precedentes da *Common Law* no Brasil.

Quando se analisa Jurisprudência, Precedentes e Súmulas vinculantes é essencial que se discuta sobre a questão da Hermenêutica, pois como já analisado, o Precedente é produto da evolução histórica da tradição *Common Law*.

Portanto, o mecanismo da decisão por Precedentes é natural e funcionalmente de caráter hermenêutico, porque “[...] é da essência do Precedente que ele não nasça desde sempre Precedente, mas que com o tempo se torne um”.⁵²²

Entre as considerações indispensáveis, é preciso registrar que o Precedente judicial não se confunde com a Jurisprudência, dado que entre eles há uma diferença quantitativa: “[...] para que se forme jurisprudência é indispensável um conjunto de decisões reiteradas, enquanto que para que haja precedente é suficiente apenas uma decisão”.⁵²³

⁵²¹ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as Súmulas vinculantes**. 3. Ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 50.

⁵²² STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC? **Consultor jurídico**. 18 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

⁵²³ JUNIOR, Walter Guandalini. Da Subsunção à argumentação: perspectivas do raciocínio jurídico moderno. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, n. 54, 2011, p. 149. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/30734/19847>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

Rosito⁵²⁴ menciona ainda, uma diferença qualitativa entre Precedente e Jurisprudência, “[...] enquanto os precedentes oferecem substrato para sua aplicação a casos futuros, a jurisprudência apenas aponta sentidos”.

De igual forma se posiciona Taruffo⁵²⁵:

O Precedente designa uma única decisão proferida em um caso particular. Refere-se àquela que assumiu o caráter de precedente pela aplicação em casos posteriores. A jurisprudência, por outro lado, vai remeter a uma pluralidade de decisões tomadas à luz de diferentes casos concretos, o que dificulta a identificação daquela relevante ao caso concreto, ou ainda, que permite que existam entendimentos contraditórios dentro do mesmo conjunto de decisões.

Entretanto, a Jurisprudência, ainda que responsável pela formação e consolidação de posicionamentos de magistrados nos fóruns e tribunais, não é uma manifestação da teoria dos Precedentes, como alerta Maximiliano⁵²⁶: “[...] a jurisprudência é a causa mais geral da formação de costumes jurídicos nos tempos modernos. Contribui, como precedentes legislativos, para o Direito Consuetudinário; porém não se confunde com eles”.

Ademais, a Jurisprudência não é formada apenas de um caso isolado, necessita de reiteradas decisões dos tribunais no mesmo sentido, a fim de consolidar o posicionamento que será utilizado como orientação para julgamentos futuros, o que a difere de um Precedente.⁵²⁷

Sendo assim, apesar da Jurisprudência ter destaque no cenário brasileiro, sua utilização nas decisões não pode ser confundida com a da teoria dos Precedentes “[...] jurisprudência e precedente judicial não se confundem, pois só se

⁵²⁴ ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais**: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 100.

⁵²⁵ TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. In: **Revista de Processo**, São Paulo: RT, n. 199. 2011, p. 142-143.

⁵²⁶ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 187.

⁵²⁷ ZANETI JUNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2. ed. rev. ampl. e alt. São Paulo: Atlas, 2014, p. 233.

considera aplicação do precedente se a interpretação da norma nele aplicada tem conexão direta com os fatos do caso que está sendo decidido.”⁵²⁸

Ressalta-se que o Precedente possui uma regra universal decorrente de fatos específicos, quando por outro lado, a Jurisprudência contém regra geral que independe dos fatos constantes no caso concreto.⁵²⁹

A Jurisprudência, ao representar um conjunto de decisões distintas e independentes, é um fenômeno estranho ao *Common Law*, uma vez que “[...] em solo estadunidense a aplicação de um Precedente contrário, o anterior é automaticamente cancelado, o que não acontece com a jurisprudência, pois ela permanece viva ainda que em sentido contrário”.⁵³⁰

Assim como acontece no *Civil Law*, o Precedente existente na tradição *Common Law* é igualmente uma decisão de tribunal superior. No entanto, para Streck⁵³¹ “[...] o Precedente é muito mais do que uma decisão de tribunal, é uma espécie de depuração histórico-hermenêutica de alguma decisão de Tribunal Superior”.

De forma sintetizada:

[...] o precedente fornece regra jurídica universalizável que passa a ser utilizada como critério de decisão. A jurisprudência, por sua vez, necessita de série reiterada de decisões para ser caracterizada, e a análise da questão fática dos casos que ela solucionará é menos rigorosa e precisa que a aplicação do precedente⁵³².

⁵²⁸ TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. **Revista de Processo**: RePro, São Paulo, n. 110, v. 28, abr/jun 2003. p. 141-158, p. 141. Disponível em: < <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/102053>>. Acesso em 11 jun. 2017.

⁵²⁹ TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Revista de Processo, n. 199. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 142-143. Disponível em: < <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/102053>>. Acesso em 11 jun. 2017.

⁵³⁰ PINTO, Pedro Duarte. **Revista Eletrônica de Direito Processual REDP**. Volume XII, ano 7, 2013. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, p. 606. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/8693/6565>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

⁵³¹ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as Súmulas vinculantes. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 106.

⁵³² STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as Súmulas vinculantes. p. 107.

Conclui-se assim, que Jurisprudência não é Precedente e, logo, não deve ser aplicada da mesma forma.

Contudo, o Brasil já vivencia a condução para o movimento de convergência entre o *Civil Law* e o *Common Law*, pois já usamos julgados dos tribunais superiores como se fossem Precedentes.⁵³³

O novo Código de Processo Civil – NCPC destinou um capítulo inteiro para normatizar os Precedentes judiciais, enfatizando a utilização do Direito jurisprudencial e o momento de transição que o ordenamento jurídico brasileiro vivencia.⁵³⁴

Para Lourenço⁵³⁵ “[...] tudo no novo Código de Processo Civil – NCPC é jurisprudência, sem distinguir de precedente, jurisprudência dominante, Súmula, decisão judicial, tampouco, sobre as técnicas de superação e confronto dos precedentes, como *overruling*, *distinguishing*”.

O Livro III da Parte Especial, Título I, Capítulo II, dispõe: “Da ordem dos Processos no Tribunal”, os artigos 926 e seguintes tratam da questão dos Precedentes.⁵³⁶

Segundo o artigo 926: “Os Tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

⁵³³ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – fundamentos e sistematização**. 2. ed. re., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 345. Citação utilizada no artigo científico publicado na Revista Justiça do Direito em co-autoria com Andrey Gastaldi da Silva, tendo como título: O crescimento do papel do precedente judicial no sistema jurídico brasileiro: a busca pela uniformidade das decisões judiciais. v. 30, n. 1, p. 91-109, jan./abr. 2016, p. 104. Disponível em: <<http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/5908/3691>>.

⁵³⁴ SILVA, Andrey Gastaldi da; HEIL, Danielle Mariel. O crescimento do papel do precedente judicial no Sistema Jurídico brasileiro: a busca pela uniformidade das decisões judiciais. **Revista Justiça do Direito** v. 30, n. 1, p. 91-109, jan./abr. 2016, p. 104. Disponível em: <<http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/5908/3691>>. Acesso em 10 set. 2017.

⁵³⁵ LOURENÇO, Haroldo. Precedente Judicial como Fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. In: **Revista Temas Atuais de Processo Civil**, v. 1, n. 6, dez. 2011, p. 18. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011->>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

⁵³⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – fundamentos e sistematização**, p. 351.

Desse modo, como no novo Código de Processo Civil - NCPC contém a expressão “jurisprudência”, não se pode ler e imaginar similitude com o Precedente, em razão das diferenças já expostas.⁵³⁷

Se as leis não conseguem prever todas as hipóteses de aplicação, isto é, que a Subsunção é insuficiente para a aplicação do Direito, não se pode cair no mesmo erro apenas substituindo as leis e a Jurisprudência por Precedentes.⁵³⁸

Sobre este ponto, o alerta de Ramires⁵³⁹:

[...] quando se diz que o juiz tem uma obrigação de respeitar a integridade e a coerência do direito, não significa que ele deve ser “a boca da jurisprudência”. Menos ainda se quer dizer que lhe bastará, para resolver um caso, repetir ementas e trechos de julgados anteriores, como se só lhe fosse exigido seguir uma “corrente jurisprudencial”. A integridade não traz semelhantes facilidades e, ao contrário, traduz-se em um ônus adicional⁵⁴⁰.

Da mesma forma, há uma diferença irrefutável entre as Súmulas emitidas pelos tribunais brasileiros e os Precedentes vinculantes aplicados no sistema *Common Law*.

Com a criação das Súmulas vinculantes, foi aberto espaço para a consolidação de regra de Direito norte-americana de forma gradual no sistema pátrio: a doutrina do *Stare Decisis*⁵⁴¹, conforme estudado no primeiro capítulo.

⁵³⁷ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as Súmulas vinculantes. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 109.

⁵³⁸ “O problema é que a operação mental de subsunção é um instituto que não espelha a realidade fática e, tampouco, atingiu suficientemente sua finalidade de limitar a atividade decisória do órgão aplicador [...] não logrou atingir o grau de objetividade e certeza na aplicação do Direito.” ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2. ed. Curitiba: Prismas, 2015. p. 119. HEIL, Danielle Mariel; SILVA, Andrey Gastaldi da. O crescimento do papel do precedente judicial no Sistema Jurídico brasileiro: a busca pela uniformidade das decisões judiciais. **Revista Justiça do Direito** v. 30, n. 1, p. 91-109, jan./abr. 2016, p. 105. Disponível em: <<http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/5908/3691>>. Acesso em 10 set. 2017.

⁵³⁹ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação dos precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 104.

⁵⁴⁰ SILVA, Andrey G.; HEIL, Danielle Mariel. O Direito Jurisprudencial Ambiental brasileiro à luz da *Common Law*. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL, 4., 2016, São Paulo. Anais do IV Congresso Internacional de Direito Ambiental Internacional. **Governança Ambiental Global**. São Paulo: Editora Universitária Leopoldianum, 2016, p. 229-250, p. 237. Disponível em: <<http://www.unisantos.br/wp-content/uploads/2016/10/DAI-2016.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2016. Acesso em: 8 set. 2017.

⁵⁴¹ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as Súmulas vinculantes. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 46.

Em solo brasileiro, a incorporação de teorias do modelo de matriz anglo-saxônica, fez-se notar, principalmente, após a Emenda Constitucional nº 45/2004, que trouxe significativa importância à Jurisprudência, e possibilitou a edição de Súmulas vinculantes pelo STF.

Nesse panorama, as Súmulas vinculantes são reconhecidas como função normativa do Poder Judiciário⁵⁴².

O Superior Tribunal de Justiça - STJ realizou profunda abordagem sobre as Súmulas e a força vinculante dos Precedentes judiciais, tendo concluído que no Brasil, “[...] a Súmula é uma mera cristalização da jurisprudência, não podendo ser considerada norma jurídica, em razão de ser desprovida de eficácia vinculante”.⁵⁴³

Sobre tal diferenciação, segue decisão do STJ, no Agravo Regimental na Reclamação n. 10.707 do Distrito Federal, tendo como relator o ministro Celso de Mello:

A SÚMULA DA JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE DO SUPREMO TRIBUNAL. – A Súmula – enquanto instrumento de formal enunciação da jurisprudência consolidada e predominante de uma Corte judiciária – constitui mera proposição jurídica, destituída de caráter prescritivo, que não vincula, por ausência de eficácia subordinante, a atuação jurisdicional dos magistrados e Tribunais inferiores. A Súmula, em consequência, não se identifica com atos estatais revestidos de densidade normativa, não se revelando apta, por isso mesmo, a gerar o denominado ‘*binding effect*’, ao contrário do que se registra, no sistema da ‘*Common Law*’, por efeito do Princípio do ‘*Stare Decisis et non quieta movere*’, que confere força vinculante ao precedente judicial. [...] Esse entendimento que venho de mencionar nada mais reflete senão a advertência do Supremo Tribunal Federal de que ‘Súmula é cristalização de jurisprudência’, não constituindo, por isso mesmo, ela própria, uma ‘norma jurídica’ (RE 116.116/MG, Rel. Min. MOREIRA ALVES).⁵⁴⁴

A decisão menciona o entendimento no sentido de que “[...] a formulação sumular, embora refletindo Precedente jurisprudencial, não se reveste de caráter

⁵⁴² MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Função das Súmulas e critérios para aferir sua validade, vigência e aplicabilidade. Interpretação e estado de direito. In: BARRETO, Aires Fernando; et al. (coord.). **Interpretação e estado de direito**. São Paulo: Noeses, 2006, p. 861.

⁵⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental**. Agravo Regimental na Reclamação n. 10.707. 28 de maio de 2014. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342420/agreg-na-reclamacao-rcl-10707-df-stf/inteiro-teor-159437885?ref=juris-tabs>>. Acesso em 12 nov. 2016.

⁵⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental**. Agravo Regimental na Reclamação n. 10.707.

impositivo, prescritivo, permissivo, autorizativo ou derogatório de condutas individuais ou sociais”.⁵⁴⁵

Portanto, em conformidade com o Superior Tribunal de Justiça - STJ, as Súmulas, ainda que representem a consagração jurisprudencial de uma dada interpretação normativa, não constituem, elas próprias, norma de decisão, assim como ocorre na teoria dos Precedentes (*Stare Decisis*)⁵⁴⁶. Não havendo, desse modo, total similaridade entre os institutos da *Civil Law* e *Common Law*.

Para Streck⁵⁴⁷ “A Súmula não é a norma em si, ela também pode ser interpretada por mais objetiva que seja”.

Portanto, “[...] a Súmula vinculante é abstrata e sua aplicação é para o futuro, ou seja, para todos os casos jurídicos vindouros”.⁵⁴⁸

Assim, nota-se que as Súmulas, próprias do Direito brasileiro, não se tratam de Precedentes, tais como os aplicados na tradição *Common Law*, pois “[...] os tribunais não podem fixar normas gerais e abstratas, estando a norma criada pelo magistrado vinculada aos fatos específicos do caso concreto em análise”.⁵⁴⁹

Para melhor compreensão da diferenciação, há que se registrar que um Precedente, tal como uma Súmula, é igualmente texto, e nele não deve conter conceitos vagos, pois se deve extrair um sentido, uma interpretação, a partir do caso concreto sob análise, o que igualmente funciona com a lei.⁵⁵⁰

⁵⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental**. Agravo Regimental na Reclamação n. 10.707.

⁵⁴⁶ DONIZETTI, Elpídio. A força dos Precedentes no Novo Código de Processo Civil. **Revista Unifacs**, 2015, p. 18. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3446/2472>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

⁵⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as Súmulas vinculantes**. 3. Ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 63.

⁵⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as Súmulas vinculantes**, p. 62.

⁵⁴⁹ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 62.

⁵⁵⁰ LOURENÇO, Haroldo. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. In: Revista Temas Atuais de Processo Civil, v. 1, n. 6, dez. 2011, p. 18.

Existe, sem dúvida, equívoco dos que identificam a Súmula vinculante como de igual aplicação dos Precedentes utilizados pelos países de tradição *Common Law*:

O precedente é sempre fruto de uma quebra de jurisprudência da corte; ele surge não para consolidar, mas para modificar a jurisprudência até então seguida pelo tribunal. (...) Os precedentes, não são Súmulas vinculantes, fórmulas abstratas – tais como as leis –. Valem por seus fundamentos, emergentes ao caso e comprometidas com suas circunstâncias.⁵⁵¹

Neste contexto, as Súmulas vinculantes são um instituto tipicamente brasileiro “[...] sem cópia do *Stare Decisis* nem filiação de *the restatment of the law*”⁵⁵² e convém destacar que, por serem abstratas, as Súmulas inevitavelmente serão interpretadas quando aplicadas aos casos concretos.

Por conseguinte, ideal seria analisar o conteúdo do caso que acarretou a criação da Súmula, e não somente seu enunciado, a fim garantir a identidade das situações.⁵⁵³

Persiste-se nesta pesquisa científica, no sentido de que a Hermenêutica filosófica voltada à restrita análise do caso concreto, ainda é o meio mais adequado para a fundamentação das decisões, porque aplicar o Direito, nada mais é que decidir um caso concreto.⁵⁵⁴

Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011->>. Acesso em: 12 jan. 2017.

⁵⁵¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. A função dos tribunais superiores. **Gênesis**: revista de direito processual civil, Curitiba, v. 9, n. 13, p.485-498, Jul/Set. 1999, p. 494.

⁵⁵² SILVA, Emanuel Maciel da. O problema da tendência uniformizadora das decisões judiciais diante da força descentralizadora do federalismo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, ano 19, v. 75, p. 359-378, abr/jun 2011, p. 370.

⁵⁵³ GALIO, Morgana Henicka. **Vinculação aos Precedentes: crítica e reflexão acerca da segurança jurídica e eficácia do Judiciário**. In: IOCOHAMA, Celso Hiroshi; ORSINI, Adriana Goulart de Sena. (Coord.) Processo e Jurisdição I: XXIII Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 19. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=68ff9c82826dcda9>>. Acesso em: 06 ago. 2017.

⁵⁵⁴ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução ao estudo do direito**. 6. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 186.

Para que uma decisão seja considerada fundamentada “[...] não basta apenas citação de lei, não basta a mera invocação de precedente ou Súmula”.⁵⁵⁵

Assim como Jurisprudência não é sinônimo de Precedente, as Súmulas não são Precedentes, pois como já analisado, o ponto principal dessa diferenciação é o fato de o texto ser diferente da norma, como retrata Streck⁵⁵⁶:

[...] esquece-se de que Súmula não é ‘precedente’. Isso porque um precedente é um caso anteriormente apreciado e julgado por um juiz ou tribunal. Por ser caso, tem nome, sobrenome e individualidade. Efetivamente, as Súmulas, sejam ‘comuns’ ou vinculantes, não podem ser consideradas precedentes *stricto sensu*, por várias razões [...]

É preciso considerar cada situação processual e as circunstâncias do caso em concreto, não sendo coerente acreditar na ideia que existam casos absolutamente idênticos, sob pena de serem utilizados enunciados de Súmulas e ementas completamente dissociadas do caso concreto, fenômeno cada vez mais recorrente no Sistema Jurídico brasileiro.⁵⁵⁷ No entanto, tal problema não é observado na doutrina do *Stare Decisis* da *Common Law*.

Ainda sobre a diferenciação dos institutos: “[...] a Súmula não exsurge para resolver um caso, mas, sim para resolver todos os casos futuros, circunstância que a diferencia sobremaneira do precedente do *common law*”.⁵⁵⁸

Destaca-se: “A Súmula vinculante não é a norma pronta, acabada e completa apta a solucionar casos por silogismos. Esse entendimento está na contramão do acesso hermenêutico porque impede que a particularidade do caso concreto se manifeste”.⁵⁵⁹

⁵⁵⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – fundamentos e sistematização**. 2. ed. re., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 362.

⁵⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. **Constituição hermenêutica e teorias discursivas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 395.

⁵⁵⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – fundamentos e sistematização**, p. 127.

⁵⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as Súmulas vinculantes**. 3. Ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 65.

⁵⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as Súmulas vinculantes**, p. 67.

Ademais, a Súmula vinculante está prevista no artigo 103-A da Constituição da República Federativa do Brasil de 1998 - CRFB/88, que pode ser proferida de ofício ou por provocação do Supremo Tribunal Federal - STF, quando no *Common Law*, a força dos Precedentes reside na tradição histórico-jurídica, que permitiu a estruturação de sistema completamente distinto do *Civil Law*.⁵⁶⁰

Streck⁵⁶¹ sintetiza a diferença entre o *Stare Decisis* e as Súmulas:

[...] precedentes são formados para resolver casos concretos e eventualmente influenciam decisões futuras; as Súmulas, ao contrário são enunciados 'gerais e abstratos' - características presentes na lei - que são editados visando à solução de casos futuros.

As Súmulas de Jurisprudência dominante, ainda que vinculantes, não são Precedentes judiciais, mas sim fórmulas abstratas, tais quais as leis.⁵⁶²

Sobre tal ponto Ramires⁵⁶³ salienta que “[...] as Súmulas são autônomas em relação aos fatos que lhe deram origem, razão pela qual se diferenciam fortemente do sistema de Precedentes instituído no *Common Law*, pois eles estão sempre vinculados aos fatos originários”.

Com relação à teoria dos Precedentes, Dworkin⁵⁶⁴ assevera: “Os operadores do Direito do *Common Law* não pensam que a força dos Precedentes se esgota, como aconteceria no caso de uma lei, em razão das amarras linguísticas de determinada formulação”.

⁵⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as Súmulas vinculantes**. 3. Ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 68-69.

⁵⁶¹ STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. Direito Sumular. Publicado em 01 de dez. 2008. **Jornal Carta Forense**. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/direito-sumular/3120>>. Acesso em: 19 jun. 2016.

⁵⁶² SILVA, Emanuel Maciel da. O problema da tendência uniformizadora das decisões judiciais diante da força descentralizadora do federalismo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, ano 19, v. 75, p. 359-378, abr/jun 2011, p. 10.

⁵⁶³ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 62.

⁵⁶⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 174.

Desse modo, “[...] as Súmulas não constituem Precedentes judiciais como os apresentados na doutrina do *Stare Decisis*, pois a força de um Precedente não pode se esgotar em uma frase particular”.⁵⁶⁵

Destarte, os enunciados traduzidos em Súmulas incorrem nos mesmos defeitos das leis, por serem abstratos e genéricos em relação às causas de origem, conforme sustenta Andrade⁵⁶⁶: “[...] a força vinculante pretendida pela Reforma, não vincula nada, haja vista que o próprio texto da Súmula pode ser interpretado e assumir sentidos diferentes, tendo em vista a subjetividade da interpretação”.

A Súmula vinculante brasileira, ao contrário dos Precedentes norte-americanos, vale pelo seu enunciado genérico, e não pelos fundamentos que embasaram decisão de algum tribunal superior.⁵⁶⁷

Para enfatizar a diferença na formação entre Súmula vinculante e o Precedente, Dworkin⁵⁶⁸ pontua “[...] a força gravitacional do precedente não pode ser apreendida por nenhuma teoria que considere que a plena força do precedente está em sua força de promulgação, enquanto peça de legislação”.⁵⁶⁹

A Súmula vinculante prescreve “[...] um enunciado literal, que estabelece uma solução para casos fixos, enquanto os Precedentes possuem uma maleabilidade normativa, característica da individualidade e especificidade de cada caso concreto”.⁵⁷⁰

⁵⁶⁵ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**, p. 71.

⁵⁶⁶ ANDRADE, Régis Willyan da Silva. A interpretação da decisão jurídica como uma questão essencial do Direito: De Kelsen a Dworkin até as Súmulas Vinculantes introduzidas na Constituição da República de 1988 por meio da Emenda Constitucional 45/2004. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 75, p.89-98, jun. 2011, p. 95.

⁵⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as Súmulas vinculantes**. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 69.

⁵⁶⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 176.

⁵⁶⁹ SILVA, Andrey G.; HEIL, Danielle Mariel. O Direito Jurisprudencial Ambiental brasileiro à luz da *Common Law*. Anais do IV Congresso Internacional de Direito Ambiental Internacional. **Governança Ambiental Global**. São Paulo: Editora Universitária Leopoldianum. Out. 2016, p. 229-250, p. 234. Disponível em: <<http://www.unisantos.br/wp-content/uploads/2016/10/DAI-2016.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

⁵⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as Súmulas vinculantes**, p. 73.

No modelo *Common Law*, o Precedente serve para resolver um caso passado, já aqui no Brasil, as Súmulas servem erroneamente para resolver casos futuros, muitas vezes representadas por enunciados vagos, mesmo porque “[...] é impossível transformar uma Súmula em um texto universalizante”.⁵⁷¹

No Brasil, não existe efetivamente a teoria dos Precedentes no mesmo sentido do que existe no *Common Law*”.⁵⁷²

No que tange à correlação entre o *Stare Decisis* e a Súmula vinculante, Medina⁵⁷³ coaduna, também, com a tentativa equivocada de relacionar tais institutos:

[...] o Estado não respeita as decisões do Poder Judiciário, e nem os próprios órgãos do Poder Judiciário respeitam as decisões que proferem. De fato, parece não haver, entre nós, preocupação em se criar decisões das quais se poderá extrair um precedente (no sentido de orientação, e não de ‘uma decisão judicial’ qualquer) que deverá ser seguido pelo próprio tribunal ou pelos demais tribunais do País (ou *Stare Decisis* vertical e horizontal). [...] A criação de mecanismos tendentes a forçar a observância de entendimentos sumulados, se não respaldada em uma prática jurisprudencial consistente, tende a fracassar.

Dessa forma, apesar da vinculação às Súmulas do Supremo Tribunal Federal - STF sugerirem certa proximidade com a teoria dos Precedentes judiciais, “[...] os dois institutos nada têm em comum, pois as Súmulas vinculantes apenas resultam de processos de uniformização de jurisprudência, que após o julgamento se tornam novamente fórmulas abstratas e desvinculadas de sua origem”.⁵⁷⁴

⁵⁷¹ SILVA, Andrey G.; HEIL, Danielle Mariel. O Direito Jurisprudencial Ambiental brasileiro à luz da *Common Law*. Anais do IV Congresso Internacional de Direito Ambiental Internacional. **Governança Ambiental Global**. São Paulo: Editora Universitária Leopoldianum. Out. 2016, p. 229-250, p. 234. Disponível em: <<http://www.unisantos.br/wp-content/uploads/2016/10/DAI-2016.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

⁵⁷² SILVA, Andrey G.; HEIL, Danielle Mariel. O Direito Jurisprudencial Ambiental brasileiro à luz da *Common Law*. p. 234.

⁵⁷³ MEDINA, J. M.G. CPC Código de Processo Civil Comentado. **Com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 2.

⁵⁷⁴ GALIO, Morgana Henicka. **Vinculação aos Precedentes**: crítica e reflexão acerca da segurança jurídica e eficácia do Judiciário. In: ICOHAMA, Celso Hiroshi; ORSINI, Adriana Goulart de Sena. (Coord.) Processo e Jurisdição I: XXIII Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 18. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=68ff9c82826dcda9>>. Acesso em: 06 ago. 2017.

Em outras palavras “[...] a colocação legislativa de provimentos jurisdicionais vinculantes, em nenhuma hipótese, pode ser confundida com o sistema de Precedentes do *Common Law*”.⁵⁷⁵

Sobre a existência ou não de eficácia vinculante nas formulações jurisprudenciais, o Superior Tribunal de Justiça - STJ já decidiu acerca do valor meramente persuasivo dos enunciados de Súmulas:

A Súmula de jurisprudência, portanto, quando desprovida de eficácia vinculante, encerra mero conteúdo descritivo. Ao ostentar essa condição, torna-se lícito asseverar que lhe falece a nota da multidimensionalidade funcional que tipifica, sob os atributos da imposição, da permissão, da autorização e da derrogação, as funções específicas da norma jurídica. Daí a advertência da doutrina, segundo a qual o direito proclamado pelas formulações jurisprudenciais tem valor meramente persuasivo, “(...) maior ou menor, na medida do prestígio jurídico de que desfrutam os juízes ou Tribunais de onde ele procede” [...] Cumpre enfatizar, neste ponto, a autorizada advertência de JOSÉ FREDERICO MARQUES – no sentido de que os precedentes e as Súmulas, porquedesprovidos do conteúdo eficaz pertinente ao ato legislativo (exceção feita à Súmula vinculante), “(...) não passam de indicações úteis para uniformizar-se a jurisprudência, a que, entretanto, juízes e Tribunais não se encontram presos”, eis que – consoante acentua o Mestre paulista – vinculação dessa ordem, só a Constituição poderia criar.⁵⁷⁶

Extrai-se do voto do relator e ministro Celso de Mello: “A jurisprudência baseada na formulação sumular, desse modo, não se reveste de expressão normativa e obrigatória, muito embora reflita o significado da norma de Direito positivo, tal como resulta da atividade interpretativa dos Tribunais”.⁵⁷⁷

Assim, com relação aos enunciados de Súmulas, os quais seriam pronunciamentos dos tribunais brasileiros a serem aplicados à generalidade, é de difícil compreensão, o fato de seu uso ser comparado ao uso dos Precedentes, especialmente pela percepção de que⁵⁷⁸ “[...] no sistema anglo-saxão é vital a ideia

⁵⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as Súmulas vinculantes**. 3. Ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 105.

⁵⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental**. Agravo Regimental na Reclamação n. 10.707. 28 de maio de 2014. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342420/agreg-na-reclamacao-rcl-10707-df-stf/inteiro-teor-159437885?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

⁵⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental**. Agravo Regimental na Reclamação n. 10.707. 28 de maio de 2014.

⁵⁷⁸ SILVA, Andrey G.; HEIL, Danielle Mariel. O Direito Jurisprudencial Ambiental brasileiro à luz da *Common Law*. Anais do IV Congresso Internacional de Direito Ambiental Internacional.

de que os tribunais não podem proferir regras gerais em abstrato, mas sim normas específicas ao caso concreto em análise”.⁵⁷⁹

É dizer, portanto, “[...] em países de *Common Law*, os Precedentes não terminam a discussão, são, sim, um *principium*: um ponto de partida, um dado do passado, para a discussão do presente”,⁵⁸⁰ O que diferencia por completo das características inerentes às Súmulas em solo brasileiro⁵⁸¹.

Segundo Streck e Abboud⁵⁸²: “A norma decisória não existe por si só porque precisa ser produzida em cada processo individual de decisão jurídica. Não há norma em abstrato, ou seja, ela nunca é *ante casum*.”

Nesse raciocínio, no ordenamento brasileiro são usados, de forma errônea, julgados dos tribunais superiores e Súmulas como se fossem Precedentes.⁵⁸³

Faz-se oportuno, portanto, o seguinte questionamento: a forma que o sistema brasileiro conduz e busca aplicar a teoria dos Precedentes baseada no *Common Law* está adequada, o modelo *Civil Law* apresenta as mesmas características essenciais do modelo norte-americano?

A resposta pode ser encontrada na afirmação de que é comum a utilização de enunciados de Súmulas sem se analisar os julgados que a originaram, prática esta diariamente repetida em comarcas por todo o Brasil.⁵⁸⁴

Governança Ambiental Global. São Paulo: Editora Universitária Leopoldianum. Out. 2016, p. 229-250, p. 233. Disponível em: <<http://www.unisantos.br/wp-content/uploads/2016/10/DAI-2016.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

⁵⁷⁹ Tradução livre. HUGHES, Graham. Common Law Systems. In: MORRISON, Alan. **Fundamentals of American Law.** Nova York: Oxford University Press, 1996, p. 19.

⁵⁸⁰ RE, Edward D. Stare Decisis. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. **Revista Forense**, v. 327, 1990, p. 38.

⁵⁸¹ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 70.

⁵⁸² STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC? **Consultor jurídico.** 18 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

⁵⁸³ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização.** 2. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 345.

Caso contrário, estar-se-á diante uma mera aplicação mecanicista, robotizada e inadequada de formulações sumulares para milhares de casos.

Nesse contexto, Luchete e Moraes⁵⁸⁵ preceituam:

No campo do Direito precisamos dar audiência ao ensinamento da jurisprudência doutrinária, mas, como afirmado pelo ministro Peluso, nosso respeito maior é, ao divergimos dessa jurisprudência, mostrar por que divergimos, e não sempre acatar tudo, como se fôssemos soldadinhos de chumbo.

Em solo brasileiro, o novo Código de Processo Civil - NCPC demonstra claramente a incessante busca por alcançar a uniformidade das decisões, conforme previsto no §1º do artigo 926, que determina que os tribunais devem editar as Súmulas que correspondam à sua Jurisprudência dominante.⁵⁸⁶

Tal dispositivo assim preceitua sobre como deve ocorrer a edição de Súmulas: “[...] na forma e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de Súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante”.⁵⁸⁷

Novamente, convém ressaltar que, equivocadamente, no sistema brasileiro, assemelham-se Súmulas aos Precedentes da tradição *Common Law*.

Como pontua Dworkin⁵⁸⁸ ao comentar sobre o *Stare Decisis*, “[...] a força gravitacional do precedente não pode ser apreendida por nenhuma teoria que considere que a plena força do precedente está em sua força de promulgação, enquanto peça de legislação”.

⁵⁸⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**, p. 314.

⁵⁸⁵ LUCHETE, Felipe; MORAES, Claudia. **RevistaConsultor Jurídico**, 8 de janeiro de 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-08/entrevista-ricardo-dip-presidente-direito-publico-tj-sp>>. Acesso em 11 jul. 2017.

⁵⁸⁶ SILVA, Andrey G.; HEIL, Danielle Mariel. O Direito Jurisprudencial Ambiental brasileiro à luz da *Common Law*. Anais do IV Congresso Internacional de Direito Ambiental Internacional. **Governança Ambiental Global**. São Paulo: Editora Universitária Leopoldianum. Out. 2016, p. 229-250, p. 233. Disponível em: <<http://www.unisantos.br/wp-content/uploads/2016/10/DAI-2016.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

⁵⁸⁷ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13.105/2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 10 ago. 2017.

⁵⁸⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 176.

Sobre a utilização da teoria dos Precedentes de matriz anglo-saxônica em solo brasileiro, e no sentido de demonstrar a equivocada transformação do modelo *Civil Law*, MacCormick⁵⁸⁹ preceitua que:

As leis escritas estabelecem normas de forma verbal, fixa, já os precedentes não. A interpretação das leis, portanto, deve ser compatível com as exatas palavras do parlamento em um sentido que possam ser aplicadas. Mas esta restrição não se aplica aos precedentes, que possuem uma amplitude de explicação e discriminação bem maior que a interpretação das leis promulgadas.

Importante destacar que a *Ratio Decidendi*, ou seja, a parte vinculante de determinada decisão judicial, não possui correspondente no Direito brasileiro, conforme pontua Marinoni⁵⁹⁰ “O núcleo essencial do precedente não se confunde com qualquer dos elementos da sentença isoladamente, é extraída ou elaborada a partir do conjunto dos seguintes elementos: relatório, fundamentação e dispositivo”.

Além das Súmulas vinculantes, o sistema brasileiro já adota o Precedente Vinculante desde 1993, quando fora inserido o §2º ao artigo 102 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1998 - CRFB/88, e tem caminhado cada vez mais nessa direção. Podem-se citar, por exemplo, a repercussão geral e o recurso especial e extraordinário.⁵⁹¹

No âmbito do Direito codificado, ou seja, no caso do ordenamento brasileiro, o Precedente que possui eficácia persuasiva é predominante, conforme ensina Galio.⁵⁹²

No sistema europeu-continental (romano-germânico) os Precedentes judiciais costumam ser dotados de eficácia persuasiva, enquanto que no sistema

⁵⁸⁹ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 289.

⁵⁹⁰ MARINONI Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 221-222.

⁵⁹¹ RAMOS, Vinícius Estefaneli. Teoria dos precedentes judiciais e sua eficácia no sistema brasileiro atual. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3621, 31 maio 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24569>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

⁵⁹² GALIO, Morgana Henicka. **Overruling**: a superação do precedente no direito brasileiro. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 146.

Anglo-Saxão, os Precedentes judiciais costumam ser dotados de eficácia vinculante.⁵⁹³

Ademais, há de se convir que atribuir efeito vinculante às decisões em solo brasileiro, inclusive com efeito futuro, como é o caso das Súmulas vinculantes, é uma latente afronta à almejada segurança jurídica.

Contudo, diante da aprovação do novo Código de Processo Civil - NCPC, é possível afirmar que exemplo de força persuasiva, no Direito pátrio atual, são praticamente todas as decisões proferidas pelos tribunais superiores da organização judiciária brasileira.

Nos últimos tempos, muitos países do *Civil Law*, a exemplo do Brasil, Alemanha, Portugal, Argentina etc, têm previsto e admitido, embora que em hipóteses restritas, o instituto do Precedente Vinculante.⁵⁹⁴

Tal previsão é essencial se o Brasil quer se apoiar na doutrina do *Stare Decisis*, e o Poder Judiciário brasileiro já vêm reconhecendo Precedentes vinculantes.⁵⁹⁵

Alguns institutos utilizados no Sistema Jurídico brasileiro atual possuem eficácia obrigatória vinculante como é o caso, por exemplo, da decisão do Supremo Tribunal Federal - STF proferida no controle difuso de constitucionalidade, da

⁵⁹³ ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais**: Racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p.77.

⁵⁹⁴ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **O precedente vinculante e sua eficácia temporal no sistema processual brasileiro**. 2011. 274 f. Dissertação (Mestre em Direito) – Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas, Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Recife, 2011. Disponível em: <http://www.unicap.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=566>. Acesso em: 20 mar. 2017. p. 32. Citação utilizada no artigo científico publicado na Revista Justiça do Direito em co-autoria com Andrey Gastaldi da Silva, tendo como título: O crescimento do papel do precedente judicial no sistema jurídico brasileiro: a busca pela uniformidade das decisões judiciais. v. 30, n. 1, p. 91-109, jan./abr. 2016, p. 98.

⁵⁹⁵ SILVA, Andrey G.; HEIL, Danielle Mariel. O Direito Jurisprudencial Ambiental brasileiro à luz da *Common Law*. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL, 4., 2016, São Paulo. Anais do IV Congresso Internacional de Direito Ambiental Internacional. **Governança Ambiental Global**. São Paulo: Editora Universitária Leopoldianum, 2016, p. 229-250, p. 236. Disponível em: <<http://www.unisantos.br/wp-content/uploads/2016/10/DAI-2016.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

questão da repercussão geral no recurso extraordinário, das Súmulas vinculantes, entre outros.⁵⁹⁶

No sistema brasileiro, têm-se Precedentes vinculantes como:

a) as decisões definitivas do STF no controle concentrado de constitucionalidade; b) as decisões que deferem liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e Ação Declaratória de Preceito Fundamental (ADPF); c) as decisões definitivas do Pleno do STF sobre (in) constitucionalidade de lei em sede de recurso extraordinário; d) as decisões do STF acerca da repercussão geral; e) as decisões do STF em recurso extraordinário, versando sobre causas repetitivas; as Súmulas vinculantes; f) os precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que representem sua jurisprudência uníssona, com relação às turmas recursais estaduais e, g) as decisões dos tribunais de justiça em sede de controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal contestados, única e exclusivamente, em face da Constituição Estadual.⁵⁹⁷

Todos os exemplos acima demonstram a metamorfose que sofreu, e ainda sofre o sistema de jurisdição brasileiro⁵⁹⁸.

Com efeito, a inserção do efeito vinculante nos países filiados ao sistema *Civil Law* está se tornando uma constatação de grande evidência. Hoje, considera-se como Princípio do *Civil Law* a Jurisprudência pacificada ou predominante dos tribunais, a qual deve ser respeitada.

Nesse sentido, em relação ao fato do Judiciário brasileiro estar privilegiando demasiadamente a Jurisprudência, assimilando a ordem do *Common Law*, vale registrar o que passou a se denominar como “rebeldia judiciária”⁵⁹⁹.

⁵⁹⁶ RAMOS, Vinícius Estefaneli. Teoria dos precedentes judiciais e sua eficácia no sistema brasileiro atual. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 18, n. 3621, 31 maio 2013. Acesso em: 27 jun. 2016.

⁵⁹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1328-1330. Citação utilizada no artigo publicado na Revista Justiça do Direito em co-autoria com Andrey Gastaldi da Silva, tendo como título: O crescimento do papel do precedente judicial no sistema jurídico brasileiro: a busca pela uniformidade das decisões judiciais. v. 30, n. 1, p. 91-109, jan./abr. 2016, p. 99.

⁵⁹⁸ SILVA, Andrey Gastaldi da; HEIL, Danielle Mariel. O crescimento do papel do precedente judicial no Sistema Jurídico brasileiro: a busca pela uniformidade das decisões judiciais. **Revista Justiça do Direito** v. 30, n. 1, p. 91-109, jan./abr. 2016, p. 99. Disponível em: <<http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/5908/3691>>. Acesso em 10 set. 2017.

⁵⁹⁹ HEIL, Danielle Mariel; HARTKE, Suzete Habitzreuter. Controle de Constitucionalidade brasileiro à luz do ativismo judicial e do sistema common law. **Revista da UNIFEBE**. Fundação Educacional

Para a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, a desobediência judiciária não pode ser referendada em detrimento da segurança jurídica, da isonomia e da efetividade da jurisdição, portanto, a “sentença rebelde”⁶⁰⁰, que desconsidera Jurisprudência sumulada do Superior Tribunal de Justiça, pode ser desconstituída por Ação Rescisória.⁶⁰¹

Na prática, percebe-se que justamente o que os tribunais superiores brasileiros vêm realizando é o fomento da insegurança jurídica:

É público e notório como o STJ e o STF são oscilantes, e em um país em que a lei deveria ser a fonte principal, é surpreendente a denominação de “sentença rebelde”, simplesmente em razão de uma decisão não ter seguido o entendimento de tribunal superior.⁶⁰²

Diante da constatação da recepção de institutos oriundos do modelo do *Common Law* no ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se que é através da uniformização da Jurisprudência que o Brasil pretende trilhar o caminho do Direito.⁶⁰³

Atualmente, o Direito Continental admite que não há mais possibilidade de limitar a atividade judicial à estrita aplicação mecânica da lei, “[...] o que é demonstrado pelos operadores do Direito, com a relevância da jurisprudência no cotidiano forense”.⁶⁰⁴

de Brusque, Brusque, v. 1, n. 13, p. 13, 2014. Disponível em: <periódicos.unifebe.edu.br>. Acesso em 11 set. 2017.

⁶⁰⁰ HEIL, Danielle Mariel; HARTKE, Suzete Habitzreuter. Controle de Constitucionalidade brasileiro à luz do ativismo judicial e do sistema common law. **Revista da UNIFEBE**. Fundação Educacional de Brusque, Brusque, v. 1, n. 13, p. 13, 2014. Disponível em: <periódicos.unifebe.edu.br>. Acesso em 11 set. 2017.

⁶⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial**. Recurso n. 1163267 (2009). Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200902060970>. Acesso em: 24 fev. 2017.

⁶⁰² HEIL, Danielle Mariel; HARTKE, Suzete Habitzreuter. Controle de Constitucionalidade brasileiro à luz do ativismo judicial e do sistema common law. **Revista da UNIFEBE**. p. 13.

⁶⁰³ HEIL, Danielle Mariel; HARTKE, Suzete Habitzreuter. Controle de Constitucionalidade brasileiro à luz do ativismo judicial e do sistema common law. **Revista da UNIFEBE**. p. 13.

⁶⁰⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 255.

Há um dispositivo do novo Código de Processo Civil - NCPC que determina “[...] os tribunais devem uniformizar sua Jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (artigo 924), de modo a respeitar a cadeia decisória.⁶⁰⁵

Trata-se de nítida aplicação da força dos Precedentes, uma das premissas que norteia o NCPC, com o fim de gerar estabilidade legítima do uso do Direito jurisprudencial no Brasil⁶⁰⁶.

Importa destacar ainda, o artigo 927 e seus parágrafos do novo Código de Processo Civil - NCPC, os quais tentam organizar as formas de modificação e superação necessárias para alteração de Súmulas e Precedentes que possam existir em solo brasileiro:

Artigo 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de Súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das Súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. §1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, quando decidirem com fundamento neste artigo. §2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de Súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. §3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. §4º A modificação de enunciado de Súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os Princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. §5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

⁶⁰⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. 2. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 54.

⁶⁰⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**, p. 366. Citação utilizada no artigo científico: Commonização no processo jurídico brasileiro: o direito a partir da common law. ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR - Brasil. Ano VIII, N. 15, jul/dez 2016, p. 115. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima15/artigo-7.-commonizacao-revista-anima.pdf>>.

O §4º do artigo 927 do NCPC estabelece parâmetros que o tribunal deve observar quando da mudança do *overruling* e são eles⁶⁰⁷: “[...] fundamentação adequada; e específica (ônus argumentativo), considerando-se, ainda, os Princípios: segurança jurídica, proteção da confiança e isonomia”.⁶⁰⁸

Por sua vez, o §5º prescreve a necessidade de os Tribunais darem ampla divulgação aos seus Precedentes, pela internet inclusive, organizando-os por temas.⁶⁰⁹

Para Streck e Abboud⁶¹⁰, o objetivo do NCPC é desvirtuar a aplicação do sistema de Precedentes, e finalizam com o alerta “[...] não podemos equiparar o artigo 927 a um sistema de precedentes, sob pena de termos uma aplicação desvirtuada do CPC”.

Considerando o cenário jurídico atual, em comparação ao passado (exegetismo), quando se trata da pretensão de as Súmulas firmarem a interpretação do texto, é possível traçar um paralelo: antes, a lei tudo resolveria, gerando segurança jurídica e uniformidade ao Direito; agora, as Súmulas (ou Precedentes) desempenhariam a mesma função?⁶¹¹

⁶⁰⁷ SILVA, Andrey G.; HEIL, Danielle Mariel. O Direito Jurisprudencial Ambiental brasileiro à luz da *Common Law*. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL, 4., 2016, São Paulo. Anais do IV Congresso Internacional de Direito Ambiental Internacional. **Governança Ambiental Global**. São Paulo: Editora Universitária Leopoldianum, 2016, p. 229-250, p. 236. Disponível em: <<http://www.unisantos.br/wp-content/uploads/2016/10/DAI-2016.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

⁶⁰⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC– Fundamentos e sistematização**. 2. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 361.

⁶⁰⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**, p. 362.

⁶¹⁰ STRECK, Lenio Luiz; ABBoud, Georges. O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC? **Consultor jurídico**. 18 de agosto de 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>. Acesso em: 12 dez. 2016.

⁶¹¹ SILVA, Andrey G.; HEIL, Danielle Mariel. O Direito Jurisprudencial Ambiental brasileiro à luz da *Common Law*, p. 237.

O juiz não pode ser só a boca da Jurisprudência (como já o fora da lei), repetindo ementas ou trechos de julgados, muitas vezes descontextualizados dos fatos.⁶¹²

Não é aceitável usar julgados isolados como se estes representassem a completude do entendimento de um tribunal⁶¹³, pois “[...] além de uma simplificação medíocre, está em desconformidade com a prática do *Common Law* de que diz estar buscando diretrizes e inspiração”.⁶¹⁴

Em um paralelismo entre a utilização dos Precedentes no modelo *Common Law* e em solo brasileiro, cabe ressaltar sobre a padronização decisória e superficial que sofre o ordenamento pátrio:

Ao contrário do que se passa no *common law*, a utilização, no Brasil, dos precedentes e, em maior medida, do direito jurisprudencial na aplicação do direito é fruto de um discurso de matriz neoliberal, que privilegiava a sumarização da cognição, a padronização decisória superficial e uma justiça de números, configurando um quadro de aplicação equivocada desse mesmo direito jurisprudencial que dá origem ao que se pode chamar de *hiperintegração do direito*.⁶¹⁵

No entanto, com relação ao abstracionismo, o sistema judicial brasileiro se apresenta muito diferente do que ocorre em solo estadunidense⁶¹⁶:

O problema do abstracionismo conceitual do direito brasileiro [...] é justamente a tentativa de extrair e conservar essências das decisões pretéritas. Toma-se um acórdão qualquer e busca-se espremer-lo até produzir um enunciado representativo do que foi essencial no julgamento, formulado no menor número possível de palavras. Assim como se extrai

⁶¹² HEIL, Danielle Mariel; SOUZA NETO, Mauro Granemann. Jurisprudência não se tem. Cria-se! **Empório do Direito**. Junho 2016. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 10 set. 2017.

⁶¹³ SILVA, Andrey G.; HEIL, Danielle Mariel. O Direito Jurisprudencial Ambiental brasileiro à luz da *Common Law*. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL, 4., 2016, São Paulo. Anais do IV Congresso Internacional de Direito Ambiental Internacional. **Governança Ambiental Global**. São Paulo: Editora Universitária Leopoldiana, 2016, p. 229-250, p. 237. Disponível em: <<http://www.unisantos.br/wp-content/uploads/2016/10/DAI-2016.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

⁶¹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC– Fundamentos e sistematização**. 2. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 352.

⁶¹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC– Fundamentos e sistematização**, p. 327.

⁶¹⁶ SILVA, Andrey G.; HEIL, Danielle Mariel. O Direito Jurisprudencial Ambiental brasileiro à luz da *Common Law*, p. 236.

uma essência aromática através da destilação das flores, e depois se guarda num frasco para usos futuros, a conceitualização dos julgados despe os casos de tudo o que julgar ser accidental, para ter em mãos apenas as suas 'propriedades imutáveis'. [...] Em suma, uma identificação exata do *holding* ou da *Ratio Decidendi* de um caso, ao gosto do tecnicismo.⁶¹⁷

Logo, com relação ao uso do Direito jurisprudencial, há limites a serem verificados para que não ocorra a escolha aleatória de trechos de julgados a fim de satisfazer interesses unilaterais⁶¹⁸, “[...] é preciso promover uma reconstrução de toda a história institucional do julgamento do caso, desde o seu *leading case*, para que se evite o clima de *self service* insano, ao gosto do intérprete”.⁶¹⁹

Diante de todo esse abstracionismo, e do quadro de aplicação errônea do Direito jurisprudencial, corremos os riscos de uma Hiperintegração⁶²⁰ em solo brasileiro.⁶²¹

A aludida Hiperintegração existe “[...] na interpretação quando os fatos de um caso com alguma especificidade e restrição acabam se tornando um parâmetro geral para casos subsequentes que não guardam suficientes padrões de identificação com ele”.⁶²²

⁶¹⁷ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação dos precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 140.

⁶¹⁸ SILVA, Andrey G.; HEIL, Danielle Mariel. O Direito Jurisprudencial Ambiental brasileiro à luz da *Common Law*. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL, 4., 2016, São Paulo. Anais do IV Congresso Internacional de Direito Ambiental Internacional. **Governança Ambiental Global**. São Paulo: Editora Universitária Leopoldianum, 2016, p. 229-250, p. 238. Disponível em: <<http://www.unisantos.br/wp-content/uploads/2016/10/DAI-2016.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

⁶¹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC– Fundamentos e sistematização**. 2. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 352-353.

⁶²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC– Fundamentos e sistematização**, p. 327.

⁶²¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC– Fundamentos e sistematização**, p. 352-353.

⁶²² RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação dos precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 109.

O fenômeno da Hiperintegração se resume a realização da prática corriqueira de considerar dois casos idênticos ao aumentar o grau de abstração entre eles.⁶²³

Desta feita, precisa-se colocar em discussão a Hiperintegração do uso dos Precedentes no Brasil, com o uso indiscriminado de Súmulas, ementas e outros instrumentos, que vêm ocorrendo de forma desenfreada no Judiciário, incluindo o Direito ambiental.⁶²⁴

Para Nunes e Bahia⁶²⁵, “[...] nenhum país que leve minimamente a sério o Direito jurisprudencial, pode permitir a criação e aplicação de Súmulas e ementas mecanicamente”.

Como bem sintetiza Luchete “[...] a decisão jurisdicional é ato de prudência e não de fabricação de coisas”.⁶²⁶

Assim, antes de aderir a ideia do sistema brasileiro em se amoldar a um Sistema Jurídico com forte raiz histórica e cultural, importante registrar o que

⁶²³ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC– Fundamentos e sistematização**, p. 353.

⁶²⁴ SILVA, Andrey G.; HEIL, Danielle Mariel. O Direito Jurisprudencial Ambiental brasileiro à luz da *Common Law*. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL, 4., 2016, São Paulo. Anais do IV Congresso Internacional de Direito Ambiental Internacional. **Governança Ambiental Global**. São Paulo: Editora Universitária Leopoldianum, 2016, p. 229-250, p. 239. Disponível em: <<http://www.unisantos.br/wp-content/uploads/2016/10/DAI-2016.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

⁶²⁵ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Formação e aplicação do direito jurisprudencial: alguns dilemas. **Revista TST**, Brasília, v. 79, n. 2, abr/jun 2013, p. 120. Disponível em: <http://www.repositorio.ufop.br/bitstream/123456789/4765/1/ARTIGO_Forma%C3%A7%C3%A3oAplica%C3%A7%C3%A3oDireito.pdf>. Acesso em: 10 set. 2017. Citação realizada no artigo intitulado: O Crescimento do Papel do Precedente Judicial no Sistema Jurídico Brasileiro – a busca pela uniformidade das decisões judiciais, em co-autoria com o mestrando Andrey Gastladi. Artigo científico publicado na Revista Justiça do Direito (UPF), Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, v. 30, n. 1, jan-abril, 2016, p. 105. Disponível em: <<http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/viewFile/5908/3691>>.

⁶²⁶ LUCHESE, Felipe; MORAES, Claudia. **RevistaConsultor Jurídico**, 8 de janeiro de 2017. "Magistrado não deve seguir jurisprudência como se fosse um soldadinho de chumbo". Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-08/entrevista-ricardo-dip-presidente-direito-publico-tj-sp>>. Acesso em 11 jul. 2017.

Berman⁶²⁷ sustenta sobre a estrutura do *Common Law* com base na prática cotidiana do Direito, que muito difere da *Civil Law*:

[...] a forte influência da história na consolidação do *common law*, aliada à filosofia embasada no método de análise e síntese que exigia um casuístico para se alcançar as soluções legais, bem como a inexistência de um direito dogmático e científico ministrado em suas universidades, fez com que o *common law* se baseasse na prática cotidiana do Direito, e não a partir de doutrina ou da ciência do direito como ocorreu com o *civil law*. O *common law*, ao contrário do *civil law*, não se originou cientificamente, mas, sim, judicialmente, como prática judiciária.

Desse modo, não é possível pensar o Direito interno como expressão de um sistema *Common Law*, tendo em vista que não se vivencia tal Sistema Jurídico na posituação e aplicação das fontes jurídicas brasileiras.⁶²⁸

Segundo Streck e Abboud⁶²⁹, “[...] o apego ao efeito vinculante se tornou um fetiche no Brasil”. Para os autores, o ordenamento brasileiro já atribui à Súmula vinculante *status* superior ao da legislação.

Constata-se que o Direito interno, de base codificada, está se transformando gradualmente em um sistema diretamente apegado aos Precedentes e a que os juízes dizem, de fato, que é Direito⁶³⁰. O fenômeno é denominado de

⁶²⁷ Tradução livre. BERMAN, Harold J. **Law and Revolution II: the impact of the Protestant Reformation on the Western Legal Tradition**. London: Harvard University Press, 1983, p. 269.

⁶²⁸ HEIL, Danielle Mariel; STAACK, André Luiz. O Realismo Jurídico norte-americano e sua influência argumentativa nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista da Graduação e especialização em Direito – Raízes Jurídicas**. Curitiba, v. 9, n. 1, jan/jun. 2017, p. 98-99. Disponível em: <http://ojs.up.com.br/index.php/raizesjuridicas/article/view/453/pdf_32>. Acesso em: 10 set. 2017.

⁶²⁹ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC? **Consultor jurídico**. 18 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

⁶³⁰ SILVA, Andrey Gastaldi; HEIL, Danielle Mariel. Commonlização no processo jurídico brasileiro: o direito a partir da common law. **ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**. Curitiba PR - Brasil. 15, jul/dez 2016, p. 114. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima15/artigo-7.-commonizacao-revista-anima.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017.

*Commonlização*⁶³¹, tendência esta, muito perigosa, conforme preceitua Streck⁶³² e Tassinari.⁶³³

O nome se dá em razão do movimento de convergência dos sistemas *Civil Law*, do qual o Brasil é adepto, e o modelo do *Common Law*.

A realidade anglo-saxônica do uso de Precedentes encontra-se influenciando o modelo jurídico brasileiro de decisão judicial, razão pela qual a tendência da *Commonlização*, como se vê nos dizeres do novo Código de Processo Civil - NCPC, é um movimento que se encontra, pouco a pouco, sendo internalizado no Sistema Jurídico brasileiro⁶³⁴.

Sobre a *Commonlização*, Streck⁶³⁵ argumenta:

[...] parece que os seus defensores querem repristinar o realismo jurídico, que não passa de um positivismo fático (só que a aplicação do direito, por exemplo, em Alf Ross, era muito mais complexa do que querem os *neocommonlizadores*). Para quem não entendeu ainda, tento ser mais simples: o projeto desloca o discurso de validade da lei em direção à decisão judicial. Sendo mais explícito ainda: Conforme o projeto, o direito é aquilo que os tribunais superiores dirão que é. De minha parte, prefiro o original, Holmes, do que uma clonagem sua.

Em virtude da tendência da *Commonlização*, com o posterior surgimento do novo Código de Processo Civil - NCPC, o uso de Precedentes encontra-se em ascendência na tradição jurídica brasileira.

⁶³¹ STRECK, Lenio Luiz. Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC! **Consultor Jurídico**.

⁶³² STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: o Precedente judicial e as Súmulas vinculantes?** 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 09-14.

⁶³³ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 108.

⁶³⁴ HEIL, Danielle Mariel; STAACK, André Luiz. O Realismo Jurídico norte-americano e sua influência argumentativa nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista da Graduação e especialização em Direito – Raízes Jurídicas**. Curitiba, v. 9, n. 1, jan/jun. 2017, p. 98. Disponível em: <http://ojs.up.com.br/index.php/raizesjuridicas/article/view/453/pdf_32>. Acesso em: 10 set. 2017.

⁶³⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Novo CPC decreta a morte da lei. Viva a Common Law!** Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>>. Acesso em: 17 abr. 2016. Citação utilizada no artigo: *Commonlização no processo jurídico brasileiro: o direito a partir da common law*. ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR - Brasil. Ano VIII, n. 15, jul/dez 2016, p. 114. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima15/artigo-7.-commonizacao-revista-anima.pdf>>.

O Judiciário tem, evidentemente, privilegiado a Jurisprudência, como já se exemplificou dos dispositivos contidos no NCPC⁶³⁶.

Com as experiências e intercâmbio entre sistemas jurídicos, em especial os da tradição *Common Law*, a questão da rígida fidelidade à lei é afastada.

Diante de tantas transformações, a sociedade suplica por segurança jurídica, almejando que as decisões judiciais sejam mais previsíveis, ou seja, que um tribunal que julga um fato concreto hoje, não julgue de maneira totalmente diversa um caso análogo amanhã⁶³⁷.

Há uma tendência, quase irreversível, na incorporação dos Precedentes nos sistemas jurídicos de origem germânica. No entanto, é preciso cautela ao conceder a todos os tribunais pátrios o poder de proferir decisões vinculantes, potencializando os riscos de um Judiciário por demais de poderoso e discricionário.

É notório, que não é função do magistrado converter-se em fonte do Direito, especialmente quando se trata de ordenamentos com origem romano-germânica, como é o caso brasileiro.

Contudo, igualmente é preciso deixar-se de lado o ingênuo pensamento de que o juiz integrante de um sistema codificado não cria Direito:

[...] cria sim, pois isto é inevitável. Este o faz ao interpretar um conceito vago, ao reconhecer no mundo empírico situações que se encaixam numa cláusula geral ou ao decidir com base em Princípios [...] mas esta liberdade é do Judiciário e não do juiz.⁶³⁸

⁶³⁶ SILVA, Andrey G.; HEIL, Danielle Mariel. O Crescimento do Papel do Precedente Judicial no Sistema Jurídico Brasileiro – a busca pela uniformidade das decisões judiciais. **Revista Justiça do Direito**. Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, v. 30, série 1, p. 91-109, p. 92. 2016. Disponível em: <<http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/viewFile/5908/3691>>. Acesso em: 28 jul. 2016.

⁶³⁷ SILVA, Andrey G.; HEIL, Danielle Mariel. O Crescimento do Papel do Precedente Judicial no Sistema Jurídico Brasileiro – a busca pela uniformidade das decisões judiciais. **Revista Justiça do Direito**. Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, v. 30, série 1, p. 91-109, p. 103. 2016. Disponível em: <<http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/viewFile/5908/3691>>. Acesso em: 28 jul. 2016.

⁶³⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **Revista dos Tribunais online**. Revista de Processo. vol. 172, p. 121. Junho 2009, p. 23. Disponível

A confusão existente entre as prerrogativas do juiz e do Judiciário, fez com que surgisse, como já visto, a produção de decisões em escala industrial.⁶³⁹

Há uma falsa percepção de que o Superior Tribunal de Justiça - STJ e o Supremo Tribunal Federal - STF podem solucionar todos os problemas do Judiciário, ao criar referidas decisões, que supostamente trariam uma solução pronta para reduzir as demandas repetitivas.

É inegável, portanto, que há importação de procedimentos completamente estranhos à essência do Direito brasileiro.

Introduzir procedimentos incompatíveis com a tradição jurídica, sem procurar realizar alterações no que realmente necessita, é extremamente arriscado, pois de nada adianta criar um procedimento sem se preocupar com sua adequada aplicabilidade e as peculiaridades do ordenamento em questão.

Muito embora seja reconhecido que os conceitos fundamentais da teoria do Precedente judicial (*Precedente judicial*, *Ratio Decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing* e *overruling*) foram incorporados pelo novo Código de Processo Civil - NCPC, Streck e Abboud⁶⁴⁰, entendem que: “[...] não se pode falar na adoção de Precedente judicial no Brasil, porque, aqui, a eficácia atribuída às decisões judiciais decorre de lei, enquanto que a eficácia do precedente judicial, no *Common Law*, é histórico-concreta”.

em:<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/estabilidade_e_adaptabilidade_como_objetivo_s_do_direito_civil.pdf>. Acesso em: 10 set. 2017.

⁶³⁹ NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e policentrismo**. Horizontes para a democratização processual civil. 2008. 217f. Tese (Doutorado em Direito Processual). Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2008, p. 122. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NunesDJ_1.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2017.

⁶⁴⁰ ABBoud, Georges. Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 519.

Um ponto desse raciocínio consiste no senso comum teórico que reproduz, em expressão cunhada por Streck e Abboud⁶⁴¹: “[...] uma *ideologia-do-conceito-com-pretensões-de-aprisionar-os-fatos-de-antemão*”.⁶⁴²

Trata-se de uma pretensão, utópica, de se dar a resposta antes das perguntas serem formuladas, o que remonta ao positivismo do século XIX.⁶⁴³

Nesse sentido de repristinação⁶⁴⁴, destaca Marinoni⁶⁴⁵:

A repristinação dessa Escola manifesta-se quando se elabora uma Súmula, uma ementa ou uma decisão-modelo na tentativa de sequestrar todas as possíveis situações que digam respeito ao que nelas se aprisiona, como um produto de sentido antecipado, e há quem sustente que a criação das Súmulas (notadamente a vinculante) aproximou o direito brasileiro do *common law*.

Segundo Streck e Abboud⁶⁴⁶ “[...] o antigo juiz boca-fria-da-lei parece substituído por um juiz-boca-da-Súmula ou ainda juiz-boca-de-qualquer-provimento-vinculante-dos-tribunais-superiores.”

Diante do novo quadro jurídico vivenciado, e com o objetivo de obter maior segurança jurídica, o modelo jurídico brasileiro busca um efetivo redimensionamento do Direito jurisprudencial.

⁶⁴¹ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC? **Consultor jurídico**. 18 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

⁶⁴² SILVA, Andrey G.; HEIL, Danielle Mariel. O Direito Jurisprudencial Ambiental brasileiro à luz da *Common Law*. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL, 4., 2016, São Paulo. Anais do IV Congresso Internacional de Direito Ambiental Internacional. **Governança Ambiental Global**. São Paulo: Editora Universitária Leopoldianum, 2016, p. 229-250, p. 237. Disponível em: <<http://www.unisantos.br/wp-content/uploads/2016/10/DAI-2016.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

⁶⁴³ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. 2. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 350.

⁶⁴⁴ SILVA, Andrey G.; HEIL, Danielle Mariel. O Direito Jurisprudencial Ambiental brasileiro à luz da *Common Law*. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL, 4., 2016, São Paulo. Anais do IV Congresso Internacional de Direito Ambiental Internacional. **Governança Ambiental Global**. São Paulo: Editora Universitária Leopoldianum, 2016, p. 229-250, p. 237. Disponível em: <<http://www.unisantos.br/wp-content/uploads/2016/10/DAI-2016.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

⁶⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 491.

⁶⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC? **Consultor jurídico**. 18 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

No entanto, não pode ser interpretado a partir de velhas tradições, e sem adequação às realidades do Brasil⁶⁴⁷.

Todo esse movimento e transformações merecem muita atenção e cuidado quando se percebe que o uso dos Precedentes ainda necessita de muitos ajustes.

A introdução da aplicação dos Precedentes em solo brasileiro, na percepção de Streck e Abboud⁶⁴⁸ não passa de “[...] uma simplista equiparação do genuíno precedente do common law”.

Como tal equiparação está se concretizando no sistema pátrio, se está caminhando para o Ativismo Judicial.⁶⁴⁹

Assinale-se, por oportuno, que por meio das ideias até aqui expostas, não se pretende demonstrar que o sistema de Common Law é superior ao de Civil Law e que por isso países como o Brasil deveriam abandonar toda sua tradição jurídica, transplantando uma nova cultura.

Muito pelo contrário, adota-se nesta pesquisa o entendimento de que o sistema Civil Law é mais adequado ao atual ordenamento jurídico brasileiro.

É preciso compreender que apesar do discurso dos Precedentes no Brasil ser apresentado com a finalidade de otimizar e aperfeiçoar o julgamento de casos idênticos, sob a égide do novo Código de Processo Civil - NCPC, deve-se adaptar o seu uso à realidade brasileira pautada no modelo existente, qual seja: o Civil Law.⁶⁵⁰

⁶⁴⁷ SILVA, Andrey G.; HEIL, Danielle Mariel. O Direito Jurisprudencial Ambiental brasileiro à luz da *Common Law*. p. 236.

⁶⁴⁸ ABOUD, Georges. STRECK, Lenio Luiz; **O que é isto** – o precedente judicial e as Súmulas vinculantes. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 520.

⁶⁴⁹ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁶⁵⁰ SILVA, Andrey G.; HEIL, Danielle Mariel. O Direito Jurisprudencial Ambiental brasileiro à luz da *Common Law*. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL, 4., 2016, São Paulo. Anais do IV Congresso Internacional de Direito Ambiental Internacional. **Governança Ambiental Global**. São Paulo: Editora Universitária Leopoldianum, 2016, p. 229-250, p. 234. Disponível em: <<http://www.unisantos.br/wp-content/uploads/2016/10/DAI-2016.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

Verifica-se que o NCPC não criou uma rigorosa teoria dos Precedentes para o Direito brasileiro, restando ajustes a serem implementados, o que não significa que não se pode estudar sobre a liberdade e pró-atividade dos juízes.

Por fim, destaca-se que não se trata de impedir a evolução da Jurisprudência em solo brasileiro, mas sim que sejam adotadas técnicas e critérios bem definidos, nos mesmos moldes da tradição Common Law, já que boa parte dos operadores do Direito já a utilizam como fonte do Direito.

CAPÍTULO 3

APLICAÇÃO DO DIREITO NA DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS EM MATÉRIA AMBIENTAL

3.1 CAMINHAMOS PARA A COMMONLIZAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO

É de fácil percepção o fato de que a tradição *Common Law* e o sistema romano-germânica do *Civil Law*, ambas priorizaram o Princípio da segurança jurídica, contudo, na Europa continental ocorreu o predomínio da segurança sobre os ideais de justiça – ensejando o Direito codificado, enquanto na Inglaterra e nos EUA, buscou-se idêntica segurança no sistema de Precedentes.⁶⁵¹

Cabe mencionar que, segundo Castro Junior⁶⁵², de pesquisa realizada em 167 países, foram encontrados 94 países seguindo a tradição jurídica do *Civil Law* e 54 países, o *Common Law*, sendo que a maioria é formada por ex-colônias britânicas⁶⁵³.

Portanto, o estudo e a compreensão do sistema *Common Law*, embora tenha sido criado e seja um movimento de realidade fática estadunidense, é de imprescindível importância, porque, pelo que parece, é que, em pouco tempo, esta será a realidade do modelo jurídico brasileiro também.⁶⁵⁴

⁶⁵¹ GALIO, Morgana Henicka. **Overruling**: a superação do precedente no direito brasileiro. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 46.

⁶⁵² CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito**: Estados Unidos x Brasil. Florianópolis: IBRADD/CESUSC, 2001, p. 16.

⁶⁵³ SILVA, Andrey Gastaldi; HEIL, Danielle Mariel. Commonlização no processo jurídico brasileiro: o direito a partir da common law. **ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**. Curitiba PR - Brasil. Ano VIII, n. 15, jul/dez 2016, p. 98. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima15/artigo-7.-commonizacao-revista-anima.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017.

⁶⁵⁴ HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 50. Citação igualmente utilizada no artigo científico: HEIL, Danielle Mariel; STAACK, André Luiz. **O Realismo Jurídico norte-americano e sua influência argumentativa nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal**. Revista Raízes Jurídicas. v. 9. n. 1, 2017, p. 99. Disponível em: <<http://ojs.up.com.br/index.php/raizesjuridicas/article/view/453>>.

No entanto, a realidade evidencia que a Jurisprudência brasileira permanece sem qualquer uniformidade.

Observa-se atualmente no sistema judiciário brasileiro, uma crise instalada em função do excessivo número de demandas e recursos para os tribunais superiores, fator que reflete a inevitável sensação de insegurança jurídica, pois se está diante de uma loteria⁶⁵⁵, ou seja, a “sorte” dos jurisdicionados está relacionada com o juiz ou tribunal que irá julgar o caso”.⁶⁵⁶

A comparação entre as tradições jurídicas e uso dos Precedentes no Brasil, não passa de errônea comparação simplista, como afirma Streck⁶⁵⁷:

[...] em um dia, o STJ nega um recurso em um caso de furto de dois frangos, uma panela e outros objetos, todos avaliados em R\$ 88,50 (REsp 1.094.906); no outro, concede um Habeas Corpus para trancar a Ação Penal em um caso de sonegação fiscal no valor de R\$ 4.239,36 (HC 101.505), com fundamento na insignificância.⁶⁵⁸

É notório que não existe um Precedente no caso acima citado, com isso, oportuno a indagação: é o *Stare Decisis* a solução ideal para remediar o problema do grande número de litígios no Brasil?

A resposta pode ser encontrada na afirmação de Streck e Abboud⁶⁵⁹, os quais sustentam que a aposta na aplicação dos Precedentes para solução da insegurança jurídica, “[...] não reflete nenhum avanço, pois apenas se troca o mito da completude da lei pelas decisões dos tribunais superiores”.

A função constitucional do Supremo Tribunal Federal - STF e do Superior Tribunal de Justiça - STJ fica comprometida pela intensidade de divergência jurisprudencial *interna corporis* provocada por estes mesmos tribunais. Isso porque,

⁶⁵⁵ HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 53.

⁶⁵⁶ HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**, p. 19.

⁶⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz; ABBoud, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as Súmulas vinculantes. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 40.

⁶⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz; ABBoud, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as Súmulas vinculantes. p. 40.

⁶⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz; ABBoud, Georges. **O que é isto** – o sistema (sic) de precedentes no CPC? **Consultor jurídico**. 18 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

em vez de promoverem a uniformização de entendimento, referidos tribunais proporcionam justamente o resultado oposto, ou seja, completa sensação de insegurança jurídica.⁶⁶⁰

Para ilustrar a necessidade da observância do binômio - legislação e decisões judiciais, pertinente o registro de Marinoni⁶⁶¹:

Pouco adiantaria ter legislação estável e, ao mesmo tempo, frenética alternância de decisões judiciais. Para dizer o mínimo, as decisões judiciais devem ter estabilidade porque constituem atos de poder. Ora, os atos de poder geram responsabilidade àquele que os instituiu. Assim, as decisões não podem ser livremente desconsideradas pelo próprio Poder Judiciário.

Um exemplo de tal discrepância é o que ocorreu em 2005, quando o Supremo Tribunal Federal - STF proferiu decisão no sentido de que a norma que autorizava a penhora de bem de família de fiador em contrato de locação seria inconstitucional⁶⁶², mas que, no começo do ano de 2006, o próprio STF reviu seu posicionamento, manifestando-se em sentido contrário.⁶⁶³

Quanto mais complexa a estrutura do Judiciário, mais difícil garantir-se uniformidade, conforme expõe Streck⁶⁶⁴:

[...] esquece-se que o problema da efetividade das decisões judiciais e da assim denominada morosidade da justiça não serão resolvidos mediante um ataque à funcionalidade do ordenamento ou do sistema, mas, sim, a partir de uma profunda mudança na estrutura do Poder Judiciário e das demais instituições encarregadas de aplicar a justiça, além da superação do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, que pré-domina o imaginário dos juristas.

⁶⁶⁰ HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 21.

⁶⁶¹ MARINONI, Luís Guilherme. Eficácia vinculante: a ênfase à Ratio Decidendi e à força obrigatória dos precedentes. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 184, 2010, p. 33.

⁶⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário**. RE 352940/SP, j. 25.04.2005, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 09.05.2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=64647>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

⁶⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário**. RE 407.688/SP, Pleno, j. 08.02.2006, m.v., rel. Min. Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=66391>>. Acesso em: 19 jun. 2016.

⁶⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. O efeito vinculante das Súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, 2005, p. 102-103.

Com os novos aspectos da vida contemporânea e o recente destaque da Jurisprudência no cenário brasileiro, é preciso ressaltar que não só de críticas sobrevive o novo Código de Processo Civil - NCPC.

É importante salientar o aspecto positivo do NCPC, que direciona para um quadro jurisdicional menos discricionário, com a previsão de normas no sentido de coibir o Ativismo Judicial, conforme se evidenciará na abordagem que segue.

3.2 AS NOVIDADES LEGISLATIVAS E O ATIVISMO NO BRASIL

O NCPC estabelece em seu artigo 371 que “[...] o juiz apreciará a prova constante dos autos independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.⁶⁶⁵

É possível evidenciar, portanto, que no novo Código de Processo Civil - NCPC não há mais a expressão “livremente”, estabelecida no artigo 131 do Código de Processo Civil de 1973 (“o juiz deve apreciar livremente a prova, atendendo as circunstâncias e fatos presentes nos autos, ainda que estes fatos/circunstâncias não fossem alegados pela parte, devendo indicar, na sentença, os motivos que formaram o seu convencimento”), podendo se afirmar que no Direito processual civil contemporâneo o Princípio do livre convencimento motivado que fazia parte do estatuto anterior, foi extirpado.

Com isso, o objetivo do *Stare Decisis*, no *Common Law*, e igualmente do NCPC no Brasil, foi limitar a discricionariedade judicial, evitando-se incerteza e obscuridade na prestação jurisdicional, a fim de buscar maior segurança jurídica na aplicação do Direito.⁶⁶⁶

⁶⁶⁵ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016. No CPC de 1973, o artigo 131 possui a seguinte redação: “o juiz deve apreciar livremente a prova, atendendo as circunstâncias e fatos presentes nos autos, ainda que estes fatos/circunstâncias não fossem alegados pela parte, devendo indicar, na sentença, os motivos que formaram o seu convencimento”.

⁶⁶⁶ ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes judiciais**: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 85.

Nesse sentido, Ludmark apud Streck⁶⁶⁷ alerta:

[...] a *Ratio Decidendi* configura o enunciado jurídico a partir da qual é decidido o caso concreto. Em suma, ela é a regra jurídica utilizada pelo Judiciário para justificar a decisão do caso. Todavia, ela não é uma regra jurídica que pode ser considerada por si só, ou seja, se ela for encarada isoladamente, ela deixará de ser *Ratio Decidendi*, uma vez que a *Ratio Decidendi* deve, obrigatoriamente, ser analisada em correspondência com a questão fático-jurídica que ela solucionou.

Desse modo, “[...] a *Ratio Decidendi*, além de possuir a função de colocar-se com o fundamento jurídico a solucionar os casos no *common law*, possui a função de evitar arbitrariedades nas decisões judiciais”.⁶⁶⁸

Sobre esse ponto, Streck⁶⁶⁹, ressalta que é importante saber que a doutrina da *Ratio Decidendi* contribui efetivamente para prevenir resultados arbitrários, pois “[...] com a readequação da prática judiciária brasileira à luz de diretrizes norte-americanas, evidencia-se a tentativa de evitar a formação de um ‘super’ Judiciário”.

Há diferenças entre os juízes, seres humanos que são no que diz respeito a posições políticas e reflexões morais, o que resulta em um Judiciário que vem exercendo novas atribuições e competências, aumentando significativamente e em alguns casos, equivocadamente, seu espaço de atuação⁶⁷⁰.

Contudo, mesmo com as positivas inovações advindas do novo Código de Processo Civil - NCPC (por meio do legislador), no tocante a tentativa de evitar a discricionariedade judicial, no âmbito do poder Judiciário do Brasil, de alguns anos para cá, os juízes e especialmente o Supremo Tribunal Federal - STF passaram a ser mais ativos.

⁶⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as Súmulas vinculantes. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 47.

⁶⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as Súmulas vinculantes. p. 48.

⁶⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as Súmulas vinculantes, p. 48.

⁶⁷⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do Direito: Civil Law e Common Law. **Revista dos Tribunais online. Revista de Processo**. v. 172, p. 121, 2009. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/estabilidade_e_adaptabilidade_como_objetivos_d_o_direito_civil.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2017.

Trata-se da denominada prática do Ativismo Judicial.⁶⁷¹ Pretende-se nestas sucintas linhas estabelecer conexões entre o Ativismo Judicial, as sociedades contemporâneas e as lições do constitucionalismo brasileiro e norte-americano.

Considerando aproximações e distanciamentos entre Estados Unidos da América e Brasil, em termos jurídicos, dois temas são relevantes: o problema do Ativismo Judicial e a questão da vinculação a diferentes tradições jurídicas.⁶⁷²

Sobre a discussão do Ativismo Judicial⁶⁷³, vale ressaltar que “[...] muito do que se construiu no âmbito do constitucionalismo brasileiro sobre o modo como compreender a atividade jurisdicional foi incorporado da experiência norte-americana”.⁶⁷⁴

Ademais, a expressão “ativismo judicial” surgiu em discussões estadunidenses⁶⁷⁵.

No que tange ao núcleo central do Ativismo Judicial, importante registrar nos dizeres de Reverbel⁶⁷⁶ “[...] o ativismo ultrapassa o campo do Direito e ingressa na seara da política, e assim, resolve problemas políticos por critério jurídicos”⁶⁷⁷.

Retoma-se, novamente, o caso *Marbury v. Madison*, em que o juiz John Marshall inaugurou o Ativismo Judicial. Marshall afirma neste julgamento a

⁶⁷¹ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo Judicial e Estado de Direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. v. 4, n. 1. 2009. Disponível em: <http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/revistadireito/article/view/7028/4246#.UvbAZGJdX_E>. Acesso em: 08 fev. 2017.

⁶⁷² TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 70.

⁶⁷³ STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. **O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 51-61, p. 56.

⁶⁷⁴ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**, p. 90.

⁶⁷⁵ HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 51.

⁶⁷⁶ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo Judicial e Estado de Direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**.

⁶⁷⁷ HEIL, Danielle Mariel; HARTKE, Suzete Habitzreuter. **Controle de Constitucionalidade brasileiro à luz do ativismo judicial e do sistema common law**. Revista da UNIFEFE. Brusque, v. 1, n. 13, 2014, p. 11. Disponível em: <<http://periodicos.unifebe.edu.br/index.php/revistaeletronicadaunifebe/issue/view/14>>.

possibilidade de controle de constitucionalidade das leis, mesmo que não previsto no texto constitucional estadunidense⁶⁷⁸.

O Ativismo Judicial despertou interesse na doutrina constitucional brasileira, sendo que o debate sobre tal questão nos Estados Unidos é muito extenso⁶⁷⁹, “[...] até outubro de 2004, haviam sido publicados 3.815 artigos em jornais e revistas jurídicas sobre o tema”⁶⁸⁰.

Relevante anotar que o termo Ativismo Judicial tem significado dúplice. No plano nacional, a expressão é muitas vezes utilizada em acepção positiva, referindo-se às “[...] decisões judiciais que busquem efetivar direitos fundamentais; decisões judiciais orientadas à garantia da supremacia da Constituição e decisões judiciais fundamentadas em Princípios jurídicos, sobretudo em Princípios constitucionais”.⁶⁸¹

Para a doutrina estadunidense, contudo, o ativismo é apontado como um grande problema hermenêutico, relacionado com a invasão das preferências dos julgadores nas decisões judiciais.⁶⁸²

De igual forma crítica, Dworkin⁶⁸³ anota que “[...] o ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico”.

Referido posicionamento encontra semelhante entendimento por juristas brasileiros, dentre eles, Streck⁶⁸⁴, Tassinari⁶⁸⁵, Abboud⁶⁸⁶, Lunelli⁶⁸⁷, Ramos⁶⁸⁸ e Martins⁶⁸⁹.

⁶⁷⁸ HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 16.

⁶⁷⁹ HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**, p. 52. Citação utilizada no artigo científico: HEIL, Danielle Mariel; HARTKE, Suzete Habitzreuter. **Controle de Constitucionalidade brasileiro à luz do ativismo judicial e do sistema common law**. p. 12.

⁶⁸⁰ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. **Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade**. Salvador: Editora JusPodivm. p. 459. Disponível em: <<http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/ativismo%20soltas.pdf>>. Acesso em: 4 jan. 2017.

⁶⁸¹ ABOUD, George; LUNELLI, Guilherme. **Ativismo judicial e instrumentalidade do processo: diálogos entre discricionariedade e democracia**. Revista de Processo. v. 242. São Paulo: RT, 2016, p. 21.

⁶⁸² ABOUD, George; LUNELLI, Guilherme. **Ativismo judicial e instrumentalidade do processo**, p. 21.

⁶⁸³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 451.

Para Streck⁶⁹⁰, um juiz ou tribunal pratica ativismo quando “[...] decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados)”.⁶⁹¹

Portanto, para a aludida corrente de pensamento toda manifestação de Ativismo Judicial é duvidosa para o regime democrático, na medida em que consiste na deturpação da atividade interpretativa do Judiciário⁶⁹².

Ramos⁶⁹³ designa de ativismo: “[...] o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo ordenamento, é dizer, invadindo a esfera de deliberações públicas antes reservadas ao Legislativo e o Executivo”.

Para o referido autor, é possível identificar que o problema do ativismo envolve, pelo menos, três questões⁶⁹⁴: “[...] o exercício do controle de constitucionalidade, a existência de omissões legislativas e o caráter de vagueza e ambiguidade do Direito”.⁶⁹⁵

⁶⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 598.

⁶⁸⁵ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 34.

⁶⁸⁶ ABOUD, George; LUNELLI, Guilherme. **Ativismo judicial e instrumentalidade do processo**: diálogos entre discricionariedade e democracia. Revista de Processo. v. 242. São Paulo: RT, 2016, p. 29.

⁶⁸⁷ ABOUD, George; LUNELLI, Guilherme. **Ativismo judicial e instrumentalidade do processo**, p. 29.

⁶⁸⁸ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

⁶⁸⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. O ativismo judicial e a ordem constitucional. Revista **Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC n. 18 – jul./dez. 2011, p. 27. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-023-Artigo_Ives_Gandra_da_Silva_Martins_\(O_Ativismo_Judicial_e_a_Ordem_Constitucional\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-023-Artigo_Ives_Gandra_da_Silva_Martins_(O_Ativismo_Judicial_e_a_Ordem_Constitucional).pdf)>. Acesso em: 25 jun. 2017.

⁶⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**, p. 598.

⁶⁹¹ HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 54.

⁶⁹² ABOUD, George; LUNELLI, Guilherme. **Ativismo judicial e instrumentalidade do processo**, p. 29.

⁶⁹³ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**, p. 129.

⁶⁹⁴ HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 52.

⁶⁹⁵ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

O atual sistema misto e híbrido de controle de constitucionalidade no Brasil favorece o Ativismo Judicial⁶⁹⁶, pois de acordo com Reverbel⁶⁹⁷ “[...] se em todo o sistema Europeu a competência para declarar a inconstitucionalidade de uma lei é restrita a uma única Corte Suprema, no Brasil, todos os juízes e tribunais são capazes de declarar a inconstitucionalidade de uma lei”.

Sobre a problemática oriunda do Ativismo Judicial, cabe destacar que “[...] o ativismo na busca de uma solução mágica, na extração de um Princípio que fundamente a decisão, acaba por afrontar à separação de poderes e, faz do juiz um verdadeiro legislador [...]”.⁶⁹⁸

Para Tassinari⁶⁹⁹, o ativismo revela-se como um problema exclusivamente jurídico, e muitas vezes antidemocrático.⁷⁰⁰

Deste modo, observa-se que tanto a prática do ativismo, quanto o controle de constitucionalidade, são questões que estão vinculadas⁷⁰¹, uma vez que “[...] colocar o Ativismo Judicial em questão também significa colocar o exercício da jurisdição à prova”.⁷⁰²

Streck⁷⁰³ pontua sobre a prática do Ativismo Judicial e a distinção existente em relação ao fenômeno da judicialização da política⁷⁰⁴:

⁶⁹⁶ HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**, p. 53.

⁶⁹⁷ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo Judicial e Estado de Direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 4, n. 1, 2009, p. 09. Disponível em: <http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/revistadireito/article/view/7028/4246#UvbAZGJdX_E>. Acesso em: 08 fev. 2017.

⁶⁹⁸ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**, p. 83. Citação utilizada na obra: HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 53.

⁶⁹⁹ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 56.

⁷⁰⁰ HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**, p. 19.

⁷⁰¹ HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**, p. 53.

⁷⁰² TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 34.

⁷⁰³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 589.

⁷⁰⁴ “[...] enquanto o ativismo denota uma aplicação direta do texto constitucional pelo magistrado ou pelo tribunal em suas decisões mediante uso de critérios menos rígidos de interpretação; a judicialização da política permite a atuação do poder judiciário nas decisões referentes às políticas públicas face a omissão do legislativo e do próprio executivo que deixa de privilegiar determinador

O ativismo judicial ocorre quando um juiz ou tribunal decide a partir de argumentos de moral, vontade, política, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções e desejos individuais de cada magistrado, já a judicialização é um fenômeno que surge a partir da relação entre os poderes do Estado.⁷⁰⁵

Para Barroso⁷⁰⁶ “O ativismo se mostra mais uma atitude e a judicialização uma circunstância factual”.

Nota-se, assim, a já mencionada impureza do Sistema Jurídico do *Civil Law*⁷⁰⁷, pois, “[...] os sistemas jurídicos latino-americanos são híbridos, refletem múltiplas modernidades e tradições”.⁷⁰⁸

Com relação à recepção de diretrizes do constitucionalismo norte-americano pelo sistema *Civil Law*, vale mencionar que a Constituição estadunidense possui sete artigos e vinte e sete emendas.⁷⁰⁹ Já a brasileira é composta por 250 artigos e até dezembro de 2016 – 95 emendas constitucionais.⁷¹⁰

Sob o aspecto do Ativismo Judicial, as oscilações de aproximação e afastamento, entre a cultura jurídica do Brasil e dos Estados Unidos⁷¹¹, não seria

direitos no momento da implementação de uma política”. ÁVILA, André Cambuy. **O ativismo judicial e a separação dos poderes em Montesquieu**: uma releitura necessária no Brasil. Caderno Virtual, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, v.1, n.1. 2012. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/701/479>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

⁷⁰⁵ HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 54.

⁷⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em 23 nov. 2016.

⁷⁰⁷ HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**, p. 54.

⁷⁰⁸ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito**: Estados Unidos x Brasil. Florianópolis: IBRADD. CESUSC, 2001, p. 109.

⁷⁰⁹ HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 55.

⁷¹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 mar. 2017.

⁷¹¹ HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**, p. 56.

demasiado concordar com o pensamento de Tassinari⁷¹²“[...] o atual contexto é marcado por um Ativismo Judicial à brasileira [...]”.⁷¹³

Da consulta jurisprudencial, dos votos dos ministros da mais alta corte do país inclusive, verifica-se como a compreensão do Ativismo Judicial ainda se mantém vinculada a uma concepção de atuação positiva do Judiciário⁷¹⁴, isto é, como consequência natural e benéfica da intervenção do Judiciário para além de suas atribuições e competências.⁷¹⁵

O poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal - STF, tem desempenhado, nos últimos tempos, um papel ativo na construção de decisões judiciais, dimensionando um novo espaço de atuação. Com isso, a Suprema Corte brasileira tem exibido em determinadas circunstâncias uma posição nitidamente ativista.

Assim, o poder Judiciário, destacando-se entre os demais, exerce cada vez mais o Ativismo Judicial.⁷¹⁶

Uma das razões das críticas que a prática do Ativismo Judicial sofre diz respeito a sensação de instabilidade das regras jurídicas pelos jurisdicionados.⁷¹⁷

Conclui Martins:⁷¹⁸

⁷¹² TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 108.

⁷¹³ HEIL, Danielle Mariel; HARTKE, Suzete Habitzreuter. Controle de Constitucionalidade brasileiro à luz do ativismo judicial e do sistema common law. **Revista da UNIFEBE**. Fundação Educacional de Brusque, Brusque, v. 1, n. 13, p. 14, 2014. Disponível em: <periódicos.unifebe.edu.br>. Acesso em 11 set. 2017.

⁷¹⁴ HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**, p. 57.

⁷¹⁵ HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**, p. 57

⁷¹⁶ MANEIRA, Eduardo. Matéria tributária não permite ativismo judicial. **Consultor Jurídico Conjur**. Ano 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-17/eduardo-maneira-nao-espaco-ativismo-judicial-materia-tributaria>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

⁷¹⁷ MANEIRA, Eduardo. Matéria tributária não permite ativismo judicial. **Consultor Jurídico Conjur**.

⁷¹⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva. O ativismo judicial e a ordem constitucional. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC n. 18 – jul./dez. 2011, p. 27. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-023-Artigo_Ives_Gandra_da_Silva_Martins_\(O_Ativismo_Judicial_e_a_Ordem_Constitucional\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-023-Artigo_Ives_Gandra_da_Silva_Martins_(O_Ativismo_Judicial_e_a_Ordem_Constitucional).pdf)>. Acesso em: 25 jun. 2017.

Nada obstante o imenso respeito e inquestionável admiração que tenho por todos os Ministros do Supremo Tribunal Federal, tem ele se transformado em constituinte derivado, em legislador positivo e invadindo a esfera de competência do Congresso Nacional.

No Supremo Tribunal Federal - STF, através do voto do ministro Gilmar Mendes, a questão do ativismo apresenta-se igualmente como uma postura positiva no suprimento da atuação dos demais poderes. Com isso, o STF demonstrou uma nítida postura pragmática, pois realizou a expansão da interpretação das normas constitucionais, conferindo legitimidade às relações entre pessoas do mesmo sexo⁷¹⁹.

Em outras palavras “[...] parece que tenemos una notable mezcla de las funciones judicial y legislativa que parece ser profundamente antidemocrática”.

Em que pese os tribunais superiores brasileiros estarem decidindo como se constituintes fossem, para Tassinari⁷²⁰: “[...] o Supremo Tribunal Federal não está

⁷¹⁹ Reconhecimento das uniões homoafetivas. “No voto do Ministro Gilmar Mendes, a questão do ativismo judicial começa a ser discutida em diálogo com o texto de Lenio Streck, Vicente Barretto e Rafael Tomaz de Oliveira. Como resultado da análise do posicionamento destes autores, o ministro manifesta entendimento contrário, afirmando que o Judiciário deve ter um papel ativo, na espera que o Legislativo venha a atuar; que o Supremo Tribunal Federal deve apresentar uma resposta de caráter positivo; que se o Poder Judiciário é chamado, de alguma forma, a substituir o próprio sistema político, a resposta do Supremo Tribunal Federal só pode ser de caráter positivo (p. 160-162). Já o pronunciamento do ministro Celso de Mello sobre o ativismo, em um primeiro momento, ocorre de um modo diferenciado, pois afirma: ‘nem se alegue, finalmente, no caso ora em exame, a ocorrência de eventual ativismo judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada, como na espécie, por pura e simples omissão dos poderes públicos’; e, ainda práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, torna-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam excessivamente o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade (p. 261)”. BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. (2011). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Tribunal Pleno. Relator: Ayres Britto. Acórdão publicado em: 14 out. 2011. DJe-198 Ement. Vol. 02607-01. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo625.htm>>. Acesso em: 24 fev. 2016. A decisão proferida pelo STF no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 477.554/MG, reconheceu, sem que tenha havido qualquer emenda constitucional, o direito ao casamento de pessoas do mesmo sexo. Citação utilizada na obra: **A hiperintegração do Direito**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 57.

⁷²⁰ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 133.

autorizado a usurpar de prerrogativas do Legislativo, tal como a competência para reconhecimento e regularização dos direitos e garantias das uniões homoafetivas”.

A ampliação dos poderes do Supremo Tribunal Federal - STF, seja por iniciativa do próprio sistema, seja por meio de sua prática constitucional, precisa ser acompanhada do devido debate democrático, como forma de assegurar o equilíbrio entre os poderes do Estado.⁷²¹

Em entrevista a Vasconcellos⁷²², Nery Junior afirmou que o valor da Jurisprudência dos tribunais e do STF, tem sido a sua maior preocupação:

O Judiciário tem privilegiado demais a jurisprudência, com a criação de Súmulas, forçando que juízes decidam de determinada maneira, quando deveriam utilizar, por vontade própria, decisões anteriores como base para julgamentos atuais. Precedente obrigatório não é precedente.⁷²³

Prossegue-se na entrevista abordando o caso da regulamentação da união entre pessoas do mesmo sexo e a garantia aos mesmos direitos dos companheiros heterossexuais pela via judicial⁷²⁴, colocando em cheque o disposto no artigo 1.723 do Código Civil, bem como a previsão da Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB/88, uma vez que tanto o texto constitucional como o Código Civil referem-se a homem e mulher.⁷²⁵

⁷²¹ RAMOS, Henrique Carlos. **Mutação constitucional**: constituição e identidade constitucional evolutiva. Curitiba: Juruá, 2013. p. 93.

⁷²² CRISTO, Alessandro; VASCONCELLOS, Marcos de. Ativismo judicial é uma imbecilidade que inventaram. 04 de agosto de 2013. **Revista Consultor Jurídico ConJur**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-04/entrevista-nelson-nerj-junior-professor-advogado-parecerista>>. Acesso em 24 fev. 2017.

⁷²³ HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 58-59. Citação utilizada no artigo científico: HEIL, Danielle Mariel; HARTKE, Suzete Habitzreuter. **Controle de Constitucionalidade brasileiro à luz do ativismo judicial e do sistema common law**. Revista da UNIFEDE. Brusque, v. 1, n. 13, 2014, p. 16. Disponível em: <periodicos.unifebe.edu.br>.

⁷²⁴ HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**, p. 59.

⁷²⁵ CRISTO, Alessandro; VASCONCELLOS, Marcos de. Ativismo judicial é uma imbecilidade que inventaram. 04 de agosto de 2013. **Revista Consultor Jurídico ConJur**. 04 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-04/entrevista-nelson-nerj-junior-professor-advogado-parecerista>>. Acesso em 24 fev. 2017.

No tocante ao reconhecimento dos direitos homossexuais⁷²⁶ é evidente que não pode ficar sem o devido amparo jurídico e merece sem dúvida alcançar *status* jurídico, porém de forma viável e com amparo constitucional, uma vez que “[...] não cabe a um tribunal, através de um ato investido de autoridade (e vontade), decidir de modo a contrariar o arcabouço jurídico existente no país”⁷²⁷.

Nas palavras de Ramos⁷²⁸, ainda que o Ativismo Judicial seja desejável em certas situações, o fato é que o Supremo Tribunal Federal não pode ser elevado à categoria de poder constituinte permanente, pois os juízes impõem suas próprias concepções morais sobre o significado e importância dos Direitos.⁷²⁹

Deste modo, conclui-se que a atuação do Supremo ao ampliar sua atuação, como no caso do casamento entre pessoas do mesmo sexo, contraria a CRFB/88.⁷³⁰

De forma sintetizada, questiona Waluchow⁷³¹: “[...] Quem deve ser o defensor da Constituição?

A resposta se dá nas palavras de Cristo e Vasconcellos⁷³²: “O Supremo não pode mudar a Constituição. Ele não foi feito para isso”.

⁷²⁶ HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 57-58.

⁷²⁷ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 133. Citação utilizada no artigo científico: HEIL, Danielle Mariel; HARTKE, Suzete Habitzreuter. **Controle de Constitucionalidade brasileiro à luz do ativismo judicial e do sistema common law**. p. 16-17. Revista da UNIFEDE. Brusque, v. 1, n. 13, 2014, p. 16. Disponível em: <periodicos.unifebe.edu.br>.

⁷²⁸ RAMOS, Henrique Carlos. **Mutação constitucional**: constituição e identidade constitucional evolutiva. Curitiba: Juruá, 2013. p. 93-94.

⁷²⁹ Tradução livre. “[...] los jueces imponen sus propias concepciones morales sobre el significado e importancia de los derechos.” WALUCHOW, Wilfrid J. **Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el Common Law**. Título original: A Common Law Theory of Judicial Review. The Living Tree. Traducción de Pablo de Lora. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales: Madri, 2009, p. 51.

⁷³⁰ HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**, 59. Citação utilizada no artigo científico: HEIL, Danielle Mariel; HARTKE, Suzete Habitzreuter. **Controle de Constitucionalidade brasileiro à luz do ativismo judicial e do sistema common law**. p. 17.

⁷³¹ Tradução livre. ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? WALUCHOW, Wilfrid J. **Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el Common Law**. Título original: A Common Law Theory of Judicial Review. The Living Tree. Traducción de Pablo de Lora. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales: Madri, 2009, p. 51.

Para complementar esse cenário de intensa atividade jurisdicional implica compreender, como afirma Cattoni⁷³³, “[...] a Constituição não é do Supremo Tribunal Federal, não é do Presidente da República, não é do Congresso Nacional”.⁷³⁴

Assim, em um sistema que tem por base a lei, a percepção do Ativismo Judicial se apresenta como elemento que pode afrontar o Estado Democrático de Direito.⁷³⁵

Contudo, tal Ativismo Judicial, ao menos no Brasil, “[...] possui raízes mais profundas, como o desprestígio da lei, a ineficiência do executivo, a desestruturação do sistema, a irracionalidade das instituições, a ausência de uma boa política”.⁷³⁶

Buscando resolver a problemática, sustenta Martins⁷³⁷:

Todas as invasões de competência por parte do Poder Judiciário poderiam ser sustadas, uma vez que o Poder Legislativo pode anular a eficácia das decisões invasivas da Suprema Corte, e em caso de não ser acatada a anulação, caberia até mesmo a intervenção das Forças Armadas para

⁷³² CRISTO, Alessandro; VASCONCELLOS, Marcos de. Ativismo judicial é uma imbecilidade que inventaram.04 de agosto de 2013. **Revista Consultor Jurídico ConJur**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-ago-04/entrevista-nelson-nery-junior-professor-advogado-parecerista>. Acesso em 24 fev. 2017.

⁷³³ CATTONI, Marcelo Andrade de Oliveira. **Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 75.

⁷³⁴ HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 60. Citação utilizada no artigo científico: HEIL, Danielle Mariel; HARTKE, Suzete Habitzreuter. **Controle de Constitucionalidade brasileiro à luz do ativismo judicial e do sistema common law**. p. 17.

⁷³⁵ HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**, p. 61.

⁷³⁶ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo Judicial e Estado de Direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 4, n. 1, 2009, p. 06. Disponível em: http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/revistadireito/article/view/7028/4246#.UvbAZGJdX_E. Acesso em: 08 fev. 2015. Citação utilizada no artigo científico: HEIL, Danielle Mariel; HARTKE, Suzete Habitzreuter. **Controle de Constitucionalidade brasileiro à luz do ativismo judicial e do sistema common law**. Revista da UNIFEDE. Brusque, v. 1, n. 13, 2014, p. 17. Disponível em: periodicos.unifebe.edu.br.

⁷³⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva. O ativismo judicial e a ordem constitucional. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 18, jul./dez. 2011. p. 34. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-023-artigo_Ives_Gandra_da_Silva_Martins_\(O_Ativismo_Judicial_e_a_Ordem_Constitucional\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-023-artigo_Ives_Gandra_da_Silva_Martins_(O_Ativismo_Judicial_e_a_Ordem_Constitucional).pdf). Acesso em: 25 jun. 2017. Citação utilizada na obra: **A hiperintegração do Direito**. p. 61.

restabelecer a lei e a ordem turbadas pela quebra da harmonia entre os poderes da República⁷³⁸.

No intuito de conter os eventuais males do Ativismo Judicial, Streck⁷³⁹ sustenta: “Combater a discricionariedade, o ativismo, o positivismo fático etc. – que, como se sabe, são algumas das várias faces do subjetivismo – quer dizer compromisso com a Constituição e com a legislação democraticamente construída [...]”.

Segundo Casalini⁷⁴⁰, a utilização da terminologia *judge-made-law* para caracterizar a fase ativista da suprema corte norte-americana, está vinculada à questão da vontade e até mesmo da discricionariedade, considerando a manifestação das preferências e crenças do juiz, prática essa que se assemelha a atual postura ativista do Judiciário em solo brasileiro.

O Ativismo Judicial está baseado em um ato não condicionado por pressupostos jurídicos, mas sim pela vontade do magistrado, como assinala Tassinari⁷⁴¹ “[...] apresentando-se, portanto, como um forte problema, podendo acarretar inclusive na perda de autonomia do Direito”.

Vivencia-se uma situação em que o Direito, através de seus códigos positivados, não foi capaz de acompanhar as profundas mudanças sociais, econômicas e ambientais, não apenas em solo brasileiro, mas em escala global, pois como afirma Zagrebelsky⁷⁴²: “A lei, em suma, já não é mais garantia absoluta e

⁷³⁸ Art. 142 da CRFB/88: “As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem”.

⁷³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 110.

⁷⁴⁰ CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria e crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 284.

⁷⁴¹ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 141. Citação utilizada na obra: HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 60.

⁷⁴² Tradução livre. “La ley, en suma, ya no es garantía absoluta y última de estabilidad, sino que ella misma se convierte en instrumento y causa de inestabilidad.” ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil – ley, derechos, justicia**. Tradução de Marina Gascón. Trotta, Madrid, 1995, p. 39.

última de estabilidade, senão que ela mesma se converte em instrumento e causa de instabilidade”.

A Jurisprudência pátria já se manifestou no sentido de afirmar que as cortes supremas e constitucionais devem realizar a conexão entre o Direito e a Sociedade, isto é, cumpre-lhes fazer o que se qualifica em solo estadunidense como *bridging the gap between law and society*.⁷⁴³

O problema centra-se no estabelecimento de limites para a atuação de juízes e tribunais, mais especificamente na forma de se interpretar, compreender e aplicar a Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB/88.⁷⁴⁴

No entanto, por outro lado, urge frisar, que a postura ativista do Judiciário pode ser meio hábil a se obter decisões legítimas e justas:

[...] é possível racionalizar o debate acerca da criatividade judicial: ao invés de ser um defeito, o poder criativo do magistrado constitui-se em uma característica do Direito, que deve ser exercido sob determinadas balizas, sempre fundado em raciocínio jurídico. A criatividade de juízes e Tribunais devem dar ensejo a decisões argumentativamente legítimas e fundadas em racionalidade jurídica⁷⁴⁵.

Desse modo, é necessário que se faça uma análise acerca do crescente movimento de fortalecimento do Judiciário, que juntamente com o Ativismo Judicial precisa ser utilizado de forma cautelosa e moderada⁷⁴⁶, para não se tornar uma acentuada e discricionária atuação do poder Judiciário.

⁷⁴³ Tradução livre. “[...] fazer a ponte entre o mundo do Direito e da Sociedade”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. N. 132. Relator Ministro Joaquim Barbosa. DJ de 14 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

⁷⁴⁴ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos Cebrap**, 2000, n. 58, p. 191-192. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>>. Acesso em: 11 fev. 2017.

⁷⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. N. 132.

⁷⁴⁶ HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 61.

Para tanto, é imprescindível reanalisar a função e atuação de tal poder, para não burlar Princípios básicos, como o da separação de poderes.⁷⁴⁷ Desse modo, a ocupação irregular do Judiciário de espaços deixados pelos demais poderes, revela a insegurança jurídica vivenciada hoje no Brasil.

Contudo, sob o enfoque da concretização dos Direitos Fundamentais, será abordado no capítulo seguinte sobre determinados aspectos positivos de um Judiciário ativista.

3.3 OS DIREITOS DIFUSOS NA SEARA AMBIENTAL

Superada a análise acerca das transformações ocorridas em solo brasileiro e a exigência de um redimensionamento na atuação do poder Judiciário, resta analisar a sua aplicação em matéria ambiental e, portanto, indispensável conceituar Meio Ambiente, e tecer considerações sobre o seu caráter difuso e demais características, tudo de forma a justificar a necessidade de sua proteção.

Adota-se nesta pesquisa a definição de Meio Ambiente como “[...] o conjunto de fatores de ordem física, química e biológica, material e imaterial que abriga e rege a vida em todas as suas formas”, conforme o contido no artigo 3º, da Lei n. 6.938/81: “Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: [...] I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas [...]”.

Partindo dos regramentos que tratam do Meio Ambiente, infere-se que se trata de um conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que proporcionam um desenvolvimento harmônico da vida.⁷⁴⁸

⁷⁴⁷ HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 61.

⁷⁴⁸ Tradução livre. “[...] Medio ambiente infiérase como un conjunto de elementos naturales, artificiales y culturales que proporcionan un desarrollo armónico de la vida”. BASSO, Ana Paula; BRANDÃO Fernanda Holanda de Vasconcelos. **Una contribución al desarrollo sostenible: la fiscalidad como instrumento económico de protección ambiental**. 2016, p. 361. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2016/03/Vol.-12-Madrid.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2017.

Nesse contexto, López Ramón⁷⁴⁹ traça seus argumentos partindo da ideia que o Meio Ambiente é um conjunto de circunstâncias físicas que rodeiam os seres vivos.

Tal referência igualmente se extrai do critério do Tribunal Constitucional da Espanha, o qual através da Sentença – STC 102/1995, de 26 de junho, delimitar o Meio Ambiente como o conjunto de circunstâncias físicas, culturais, econômicas e sociais que rodeiam as pessoas oferecendo-lhes um conjunto de possibilidades para promover sua vida⁷⁵⁰.

Para Martín Mateo⁷⁵¹, a proteção ambiental é o que o autor denomina como “[...] sistema básico ou essencial, que é imprescindível e primordial para o Meio Ambiente em sua totalidade e o equilíbrio ambiental planetário”.

Deste modo, no ordenamento constitucional espanhol, o bem jurídico “meio ambiente” engloba a totalidade de recursos naturais capazes de preservar a qualidade de vida do homem e demais espécies do planeta. Conforme assevera Cutanda⁷⁵²: “Se trata, pois de um conceito que compreende os diversos elementos ou recursos naturais, como as águas, o ar, o solo, a fauna e a flora, assim como suas interações recíprocas.”

⁷⁴⁹ Tradução livre. “[...] el medio ambiente es, el conjunto de circunstancias físicas que rodean a los seres vivos.” LÓPEZ RAMÓN, Fernando. **El Derecho ambiental como derecho de la función pública de protección de los recursos naturales**. Revista de Derecho Ambiental n. 13, 1994, p. 38.

⁷⁵⁰ Tradução livre. “Coincidiendo con lo dicho, el criterio del Tribunal Constitucional de España en - Sentencia- STC 102/1995, de 26 de junio, delimita el medio ambiente como el conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas y sociales que rodean a las personas ofreciéndoles un conjunto de posibilidades para hacer su vida.” BASSO, Ana Paula; BRANDÃO Fernanda Holanda de Vasconcelos. **Una contribución al desarrollo sostenible: la fiscalidad como instrumento económico de protección ambiental**. 2016, p. 361. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2016/03/Vol.-12-Madrid.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2017

⁷⁵¹ Tradução livre. “[...] sistemas básicos o esenciales resulta imprescindible y primordial para la protección del medio em su práctica totalidad y del equilibrio ambiental planetario.” MARTÍN MATEO, Ramón. **Tratado de Derecho Ambiental**, vol. I. Civitas. Madri, 1991, p. 83.

⁷⁵² Tradução livre. “Se trata pues de un concepto que comprende los diversos elementos o recursos naturales, como las aguas, el aire, el suelo, la fauna y la flora, así como sus interacciones recíprocas.” CUTANDA, Blanca Lozano. **Derecho ambiental administrativo**. 11 ed. Madri: La Ley, 2010, p. 117.

Antes de iniciar a abordagem sobre o Direito do Meio Ambiente, convém ressaltar, nos dizeres de Martín Mateo⁷⁵³: “[...] por imperativos metodológicos elementares, que o *ambiente* é objeto de preocupação do Direito”.

Os dispositivos legais brasileiros que tratam da defesa do Meio Ambiente são internacionalmente considerados como estando entre os mais avançados⁷⁵⁴.

Por outro lado, é evidente que a degradação ambiental tem atingido níveis alarmantes no Brasil e no mundo⁷⁵⁵, o que pode ser atribuído a diversos fatores, como a falta de estrutura dos órgãos administrativos ambientais, a falta de educação ambiental dos cidadãos e principalmente a ausência de efetiva determinação política no sentido de considerar a qualidade do Meio Ambiente como uma das prioridades de governo.⁷⁵⁶

Importante registrar o contido no artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88, que assegura a existência de um bem que não é público, nem particular, mas sim de uso comum de toda a população:

Artigo 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida,

⁷⁵³ Itálico no original. Tradução livre. “[...] por imperativos metodológicos elementares que es este *ambiente* objeto de la preocupación del Derecho”. MARTÍN MATEO, Ramón. **Manual de Derecho Ambiental**. 3. ed. rev., ampl. Navarra: Editorial Aranzandi, 2003, p. 21.

⁷⁵⁴ MOREIRA, Nayara De Lima; SCHEFFLER, Stéfano Guimaraes. **Políticas públicas na defesa do meio ambiente**: o descortinamento da teatralidade estatal. Direitos sociais e políticas públicas. Organização CONPEDI/UFGM/ FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: Antonio Gomes de Vasconcelos, Sebastião Sérgio Da Silveira, Julia Maurmann Ximenes. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 525. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/z3071234/5es4ta00/BWP3840MI0hbT71q.pdf>>. Acesso em: 22 mai. 2017.

⁷⁵⁵ “Los problemas ambientales se presentan hoy con una intensidad no parangonable con la escala del pasado y son fruto del industrialismo que multiplica con apoyo en la tecnología emergente la capacidad de incidencia del hombre en el entorno, lo que indubitablemente podría y debería evitarse y no necesariamente a costa de la mejora de la calidad de vida, como se mantiene desde las propuestas que más adelante precisaremos, del desarrollo sostenible.” MARTÍN MATEO, Ramón. **Manual de Derecho Ambiental**. p. 26.

⁷⁵⁶ MOREIRA, Nayara De Lima; SCHEFFLER, Stéfano Guimaraes. **Políticas públicas na defesa do meio ambiente**: o descortinamento da teatralidade estatal. Direitos sociais e políticas públicas. Organização CONPEDI/UFGM/ FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: Antonio Gomes de Vasconcelos, Sebastião Sérgio Da Silveira, Julia Maurmann Ximenes. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 527. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/z3071234/5es4ta00/BWP3840MI0hbT71q.pdf>>. Acesso em: 22 mai. 2017.

impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Há, portanto, um dever do Estado e dos cidadãos, solidariamente, para a garantia da proteção ambiental.

A CRFB/88 reconheceu o Meio Ambiente como sendo um interesse difuso, ou seja, interesse que pertence a todos os homens, “[...] prova disso é o local de inserção das normas atinentes ao meio ambiente na Constituição da República: Título VIII – Da Ordem Social (artigos 193 a 232). Ora. Se importa à ordem social, é coletivo”.⁷⁵⁷

A expressão “bem de uso comum” demonstra o caráter difuso da proteção ambiental, dado que, ao mesmo tempo em que não pertence a ninguém, igualmente é de titularidade de todos.

Os interesses e Direitos Difusos⁷⁵⁸ caracterizam-se quando não há uma determinação absoluta dos titulares, que estão ligados a circunstâncias de fato, e por isso são considerados indivisíveis.

O Meio Ambiente, como macrobem, é bem público, conforme salienta Benjamin⁷⁵⁹: “[...] não porque pertença ao Estado, mas porque se apresenta no ordenamento constitucional e infraconstitucional, como direito de todos”.

Por isso e desde esse ponto de vista, é necessário começar a reivindicar a legitimidade dos sistemas democráticos e considerar os interesses de todos, difusa e coletivamente⁷⁶⁰.

Posteriormente, com a publicação da Lei federal n. 8.078, de 1990, houve a definição legal dos direitos metaindividuais (Direitos Difusos, coletivos e individuais homogêneos)⁷⁶¹.

⁷⁵⁷ MORAES, Luís Carlos Silva de. **Curso de Direito Ambiental**. São Paulo. Ed. Atlas. 2001, p. 15.

⁷⁵⁸ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 99.

⁷⁵⁹ BENJAMIN, Antonio Herman. **Função Ambiental. Dano Ambiental**: Prevenção, reparação e repressão, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 66.

⁷⁶⁰ Tradução livre. OLLER SALA, M. Dolors. **Un futuro para la democracia**: una democracia para la gobernabilidad mundial. Barcelona: Cristianisme i justícia, 2002, p. 31.

Conforme afirma Dinamarco⁷⁶², a Lei n. 6.938/81, denominada de Política Nacional do Meio Ambiente, inovou e modificou a estrutura judicial de resolver conflitos ao identificar a lesão ambiental como transindividual.

Para Ferrer⁷⁶³, o Direito Ambiental não tem sentido se não na sua acepção mundial, tendo em vista a sua classificação como Direito Difuso.

Além disso, é importante acrescentar a constatação científica de que o crescimento do consumo de bens e serviços poderia conduzir a um colapso ambiental.⁷⁶⁴

O Meio Ambiente equilibrado evidencia um bem jurídico com todas as características de um interesse difuso, quais sejam “[...] indeterminação dos sujeitos, indivisibilidade do objeto, intensa litigiosidade interna e por sua tendência à transição ou mutação no tempo e no espaço”⁷⁶⁵.

Para melhor elucidação dos Direitos Difusos da ordem ambiental, faz-se necessário analisar o Direito ao Meio Ambiente como Direito Fundamental, e, portanto, realizar-se-á um breve histórico da evolução das dimensões dos Direitos Fundamentais, da primeira à quarta dimensão.

Anote-se que, na presente pesquisa, optou-se por tratar estas distintas fases dos Direitos Fundamentais pela designação dimensão de Direitos Fundamentais, como preferem: Sarlet⁷⁶⁶, Mazzuoli⁷⁶⁷, Fensterseifer⁷⁶⁸, Oliveira⁷⁶⁹ e

⁷⁶¹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 11. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 53.

⁷⁶² DINAMARCO, R. Cândido. "O Poder Judiciário e o Meio Ambiente". In **Revista dos Tribunais** n. 631, ano 77, p. 24-28, São Paulo: Revista dos Tribunais, maio, 1988, pp. 25-26.

⁷⁶³ Tradução livre. FERRER, Gabriel Real. La construcción del Derecho Ambiental. **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental** (Pamplona, Espanã), n. 1, 2002, p. 347-368. p. 354. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5128/2688>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

⁷⁶⁴ Tradução livre. FERRER, Gabriel Real. La construcción del Derecho Ambiental. **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental**, p. 354.

⁷⁶⁵ MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPELLI, Sílvia. **Direito ambiental**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004, p. 23/24.

⁷⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 53.

⁷⁶⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos, Constituição e tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 211.

Cançado Trintade⁷⁷⁰, sem prejuízo da expressão geração, utilizada por Bobbio⁷⁷¹, Marchesan, Steigleder e Cappelli⁷⁷², para tratar do mesmo objeto.

A terminologia – dimensões de direitos, surge como a mais adequada, em razão dos Direitos Fundamentais representarem a ideia de acumulação dos direitos no decorrer do tempo, conforme sustenta Oliveira.⁷⁷³

O Supremo Tribunal Federal igualmente acolheu a mudança de nomenclatura da classificação dos Direitos Fundamentais. Portanto, a utilização da expressão dimensão já é assunto superado no Direito pátrio⁷⁷⁴.

Sobre as diferentes dimensões dos Direitos Fundamentais, importante registrar que o seu conteúdo e origem podem ser observados a partir de problemas ou condições de determinado momento histórico em que foram concebidos⁷⁷⁵.

Advindas das mudanças decorrentes do processo de industrialização, dentre outras alterações provocadas pela evolução do Estado Democrático de Direito, as dimensões dos Direitos Fundamentais restaram profetizadas na

⁷⁶⁸ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 144.

⁷⁶⁹ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Discurso de aplicação e direito fundamentais: autonomia pública e autonomia privada no Estado Democrático de Direito. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freira; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). **Direito Civil: Atualidade III**. Princípios Jurídicos no Direito Privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 631.

⁷⁷⁰ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. Vol. 1. p 390.

⁷⁷¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 6.

⁷⁷² MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPELLI, Sílvia. **Direito ambiental**, p. 20-21.

⁷⁷³ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Discurso de aplicação e direito fundamentais: autonomia pública e autonomia privada no Estado Democrático de Direito**, p. 631.

⁷⁷⁴ “MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225)-PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - NECESSIDADE DE IMPEDIR QUE A TRANSGRESSÃO A ESSE DIREITO FAÇA IRROMPER, NO SEIO DA COLETIVIDADE, CONFLITOS INTERGERACIONAIS - ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS (CF, ART. 225, § 1º, III)”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 3.540-DF. Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello. Brasília: Diário da Justiça, 1º set. 2005. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/763322/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-3540-df>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

⁷⁷⁵ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2006, p. 157.

expressão de Bonavides⁷⁷⁶, com o lema da Revolução Francesa de 1789: Liberdade, Igualdade e Fraternidade.

Já foram identificados cinco direitos de fraternidade, ou seja, de terceira dimensão “[...] o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação”.⁷⁷⁷

Nas palavras de Prediger⁷⁷⁸, no que tange aos Direitos Fundamentais de terceira dimensão:

A principal característica que os define, ao mesmo tempo em que os diferencia dos direitos das demais dimensões, é a questão de sua titularidade, que passa do indivíduo à coletividade. Essa coletividade, que muitas vezes pode mesmo ser indefinida ou indefinível, constitui-se em grupos humanos como uma determinada classe de pessoas, a família, o povo ou a nação. São os chamados direitos de fraternidade ou solidariedade.

Nessa ideia de diferenciação, Fensterseifer⁷⁷⁹ sustenta que os direitos de terceira dimensão apresentam um conteúdo de universalidade, tais como os direitos de solidariedade, vinculados ao desenvolvimento, à paz internacional, e ao Meio Ambiente saudável.

A titularidade coletiva do bem ambiental e os aspectos transfronteiriços e transgeracionais dos danos e dos riscos de danos ambientais dão ensejo à cooperação e solidariedade de todos os atores da comunidade internacional.⁷⁸⁰

Ademais, a solidariedade e a Sustentabilidade, como “[...] modo de ser e de viver que exige alinhar as práticas humanas às potencialidades limitadas de cada

⁷⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 562.

⁷⁷⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, p. 564.

⁷⁷⁸ PREDIGER, André Eduardo Schröder. **Da concretização do direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado**. 2007. 130 f. Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul. Disponível em: <http://www.unisc.br/cursos/pos_graduacao/mestrado/direito/corpo_discente/2007_dissertacoes/andreprediger.pdf>. Acesso: 10 ago. 2016, p. 21.

⁷⁷⁹ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 146.

⁷⁸⁰ HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 167.

bioma e às necessidades das presentes e das futuras gerações”⁷⁸¹, não se operam de forma isolada no sistema normativo, mas juntamente com demais valores e Princípios, como é o caso dos direitos ecológicos.⁷⁸²

Dessa forma, observa-se claramente a distinção entre os Direitos Fundamentais das diferentes dimensões de direitos, sendo o diferencial dos direitos de terceira dimensão, o fato de tais direitos possuírem natureza transindividual e difusa, como é o caso do Direito ao ambiente, e por tal razão também são denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade⁷⁸³.

Verifica-se, com isso, que o Direito ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado é autêntico representante da terceira fase dos Direitos Fundamentais, baseado nos ideais de fraternidade, cooperação e solidariedade.

A afirmação do Direito Fundamental ao Meio Ambiente na CRFB/88, como inserido na terceira dimensão, merece ser destacado através da decisão do Supremo Tribunal Federal - STF, relatada pelo ministro Celso de Mello:

Trata-se [...] de um típico direito de terceira geração, que assiste de modo subjetivamente indeterminado a todo o gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação – que incumbe ao Estado e à própria coletividade – defendê-lo e preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações⁷⁸⁴.

Ainda, no seu voto, o eminente ministro assevera que “[...] os direitos de terceira dimensão, com base no Princípio da solidariedade, constituem [...] direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, abrangendo [...] a própria coletividade social”.⁷⁸⁵

⁷⁸¹ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é – o que não é. 4. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2015, p. 16.

⁷⁸² FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 115.

⁷⁸³ MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPELLI, Sílvia. **Direito ambiental**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004, p. 20/21.

⁷⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança** nº 22.164-0/SP. Antônio de Andrada Ribeiro Junqueira versus Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário da Justiça da União, Acórdão Publicado em: 17 nov. 1995. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/745049/mandado-de-seguranca-ms-22164-sp>>. Acesso em: 28 jul. 2016.

⁷⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança** nº 22.164-0/SP.

3.4 O ATIVISMO JUDICIAL E A PROTEÇÃO DOS INTERESSES DIFUSOS AMBIENTAIS

Nas últimas décadas, a globalização resultou na aproximação de culturas e Estados, influenciando na ciência, política, Meio Ambiente, e, conseqüentemente, no Direito.⁷⁸⁶

Para Galio⁷⁸⁷: “[...] o direito como fenômeno social e cultural, não foge à regra da globalização, passando a ser compartilhado e integrado em diversas sociedades em todo o mundo.”

Desse modo, é preciso partir do pressuposto que a preservação do Meio Ambiente deve ser uma atuação global e de esforços múltiplos⁷⁸⁸.

Porto⁷⁸⁹ destaca que em razão da crescente globalização, nota-se um diálogo e influência recíproca mais intensa entre as famílias da *Civil Law* e da *Common Law*.

Trata-se da possibilidade de interações entre diversos modelos jurídicos, sem que isso suponha, necessariamente, subordinação de uns frente a outros, como aponta Del Cabo⁷⁹⁰.

A globalização é apontada por Nogueira⁷⁹¹, como a principal causa da aproximação entre as referidas tradições jurídicas.

⁷⁸⁶ SILVA, Andrey G.; HEIL, Danielle Mariel. O Crescimento do Papel do Precedente Judicial no Sistema Jurídico Brasileiro – a busca pela uniformidade das decisões judiciais. **Revista Justiça do Direito**. Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, v. 30, série 1, p. 91-109, p. 93. 2016. Disponível em: <<http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/viewFile/5908/3691>>. Acesso em: 28 jul. 2016.

⁷⁸⁷ GALIO, Morgana Henicka. **Overruling**: a superação do precedente no direito brasileiro. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 85.

⁷⁸⁸ Tradução livre. “Partiendo de que preservación del medio ambiente debe ser una actuación global y de esfuerzos múltiples.” ORTEGA ÁLVAREZ, L. **Lecciones de Derecho del Medioambiente**. 3ª ed., Valladolid: Lex Nova, 2002, p. 44.

⁷⁸⁹ PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a common law, civil law e o precedente judicial**. Estudo em homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. Disponível em: <www.abdpc.org.br>. Acesso em 15 fev. 2017.

⁷⁹⁰ Tradução livre. DEL CABO, Antonio. **Constitucionalismo, mundialização e crise del concepto de soberanía**: algunos efectos en América Latina y Europa. Alicante: Publicaciones Universidad de Alicante, 2000, p.35.

Uma das consequências da evolução dos sistemas jurídicos e da aludida globalização⁷⁹² é o denominado como: “comércio entre juízes”.⁷⁹³

A necessidade de um espaço judicial que não dependa de um Sistema Jurídico puro e homogêneo, tem na chamada “mundialização das decisões judiciais”, uma forma de possibilitar a coexistência harmoniosa entre vários sistemas jurídicos, dentre eles o *Civil Law* e *Common Law*.⁷⁹⁴

Sobre o intercâmbio de decisões, sustentam Allard e Garapon⁷⁹⁵:

Até muito recentemente confinados ao território nacional, os juízes passam, de agora em diante, a estabelecer entre eles, e através das fronteiras, relações cada vez mais sólidas e confiantes. Estas relações podem tomar as formas mais diversas: [...] formações comuns, diálogo entre tribunais, [...] capitalizações informais de jurisprudências, etc.

Cruz⁷⁹⁶ igualmente preconiza que é possível que o movimento de globalização impulse novas formas de integração que permitam o início de uma caminhada em direção a um desenvolvimento comum solidário.

Nesse sentido, Martín Mateo⁷⁹⁷ explana sobre a importância do intercâmbio entre experiências de diferentes tradições jurídicas:

Curiosamente é muito recente a óbvia constatação da unicidade dos sistemas planetário e a necessidade de não enfraquecer os mecanismos que tornam possíveis a existência da vida na biosfera e mais especificadamente a manutenção de nossa espécie, muito mais frágil por sua maior complexidade.

⁷⁹¹ NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro**. Salvador: Juspodium, 2014, 51.

⁷⁹² “Correlato de la globalidad es la subsidiariedad que se corresponde con el otro extremo del aforismo “pensar globalmente, actuar localmente”. MARTÍN MATEO, Ramón. **Manual de Derecho Ambiental**. 3. ed. rev., ampl. Navarra: Editorial Arazandi, 2003, p. 43.

⁷⁹³ ALLARD, Julie e GARAPON, Antoine. **Os Juízes na Mundialização: a Nova Revolução do Direito**, Instituto Piaget, 2006, p. 96-100.

⁷⁹⁴ ALLARD, Julie e GARAPON, Antoine. **Os Juízes na Mundialização**, p. 96.

⁷⁹⁵ ALLARD, Julie e GARAPON, Antoine. **Os Juízes na Mundialização**, p. 58.

⁷⁹⁶ CRUZ, Paulo Márcio. **Da Soberania à Transnacionalidade**. Itajaí: UNIVALI Editora, 2011, p. 87.

⁷⁹⁷ Tradução livre. “Curiosamente es muy reciente la obvia constatación de la unicidad de los sistemas planetarios y la necesidad de no trastornar los mecanismos que hacen posible la existencia de la vida en la biosfera y más específicamente el mantenimiento de nuestra especie, mucho más frágil por su mayor complejidad.” MARTÍN MATEO, Ramón. **Manual de Derecho Ambiental**. 3. ed. rev., ampl. Navarra: Editorial Arazandi, 2003, p. 41.

Em termos gerais, é possível afirmar que a dinâmica sociedade global obterá, no intercâmbio entre juízes, sua proteção, pois “[...] a primeira dimensão deste comércio entre juízes é, portanto, funcionalista: é necessário acompanhar as evoluções do mundo e adotar um Direito mais móvel quando os objetos também o são”.⁷⁹⁸

Para Beck⁷⁹⁹, vive-se em uma “sociedade de risco”. O termo remete a ideia de autodestruição: “[...] pois os riscos e perigos de hoje de diferenciam essencialmente dos da Idade Média por sua globalidade na ameaça (seres humanos, animais plantas) e por suas causas modernas. São os riscos da modernização”.⁸⁰⁰

Para referido autor, “A sociedade de risco é uma sociedade catastrófica”.⁸⁰¹

São riscos que não atingem somente a saúde da natureza e do ser humano, mas se estendem com efeitos secundários.

Importa advertir que nos conflitos provocados pelos riscos ambientais, as decisões antes eram despolitizadas, mas agora se tornaram politizadas em função do que Beck⁸⁰² denomina de “percepção pública dos riscos”.

Diante da evidenciação dos riscos ambientais, segundo Beck⁸⁰³, emerge uma sociedade disposta a reações e intercâmbio de medidas em favor do Meio Ambiente, mesmo porque a questão ambiental tornou-se uma temática

⁷⁹⁸ ALLARD, Julie e GARAPON, Antoine. **Os Juízes na Mundialização**: a Nova Revolução do Direito, Instituto Piaget, 2006, p. 38.

⁷⁹⁹ Tradução livre. “[...] Así pues, los riesgos y peligros de hoy se diferencian esencialmente de los de la Edad Media por la globalidad de su amenaza (seres humanos, animales, plantas) y por sus causas modernas. Son riesgos de la modernización”. BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Tradução de José Navarro, Daniel Jiménez, Maria Rosa Borrás. Barcelona: Ed. Paidós Ibérica, 1998, p. 14 e 25. Disponível em: <<http://davidhuerta.typepad.com/files/beck-ulrich-la-sociedad-del-riesgo-hacia-una-nueva-modernidad.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

⁸⁰⁰ Tradução livre. BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**, p. 28.

⁸⁰¹ Tradução livre. “La sociedad del riesgo es una sociedad catastrófica”. BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**, p. 30.

⁸⁰² BECK, Ulrich. **O que é Globalização?** Equívocos do Globalismo. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 175-176.

⁸⁰³ BECK, Ulrich. **O que é Globalização?** p. 176.

interplanetária, pois “a Terra é uma, porém, o mundo não é apenas um. Todos dependemos de uma biosfera para nos mantermos com vida⁸⁰⁴.”

Por conseguinte, a sociedade de risco desenvolve uma tendência à unificação dos problemas em situações de ameaças globais.⁸⁰⁵

A ciência da ecologia, conforme destaca Martínez-Parets⁸⁰⁶ demonstrou que “[...] os ecossistemas, nas unidades fundamentais da natureza e entidades formadas de elementos biológicos em interação, possuem importância primordial na manutenção da água ou do ar, e sua destruição ou degradação pode desencadear efeitos que alteram de forma radical o equilíbrio ecológico global”.

Assim, os sistemas jurídicos de diferentes países “[...] dispõem os diferentes sujeitos para reclamar aos tribunais a imposição de cumprimento da normativa ambiental”.⁸⁰⁷

A importância conferida aos riscos que a intervenção humana pode causar no ambiente, reflete sobre a necessidade de mudança da postura da própria sociedade e, por conseguinte, repercute na atuação judiciária. Assim, a descrição da

⁸⁰⁴ Tradução livre. “La Tierra es una pero el mundo no lo es. Todos dependemos de una biosfera para mantenernos con vida”. Todos dependemos da biosfera para nos mantermos com vida”. MARTÍN MATEO, Ramón. **Manual de Derecho Ambiental**. 3. ed. rev., ampl. Navarra: Editorial Arazandi, 2003, p. 41.

⁸⁰⁵ “[...] la sociedad del riesgo despliega (a diferencia de la sociedad de clases) una tendencia a la unificación objetiva de los daños en las situaciones de amenaza global”. BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Traducción: de José Navarro, Daniel Jiménez, María Rosa Borrás. Barcelona: Ed. Paidós Ibérica, 1998, p. 53. BECK, Ulrich. **O que é Globalização?** Equívocos do Globalismo. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 53.

⁸⁰⁶ Tradução livre. “[...] la ciencia de la ecología nos há enseñado que los ecosistemas, en tanto unidades fundamentales de la Naturaleza y entidades formadas de elementos biológicos en interacción [...] tienen a veces una importancia capital parangonable con la del mantenimiento del agua o el aire, y su destrucción o degradación puede desencadenar efectos que alteren de manera radical el equilibrio ecológico global.” MARTÍNEZ-PARETS, Fernando de Rojas. **Los espacios naturales protegidos**. Editorial Thomson Arazandi: Navarra 2006, p. 25.

⁸⁰⁷ Tradução livre. “[...] disponen los distintos sujetos para reclamar de los tribunales la imposición del cumplimiento de la normativa ambiental”. MARTÍN MATEO, Ramón. **Manual de Derecho Ambiental**. 3. ed. rev., ampl. Navarra: Editorial Arazandi, 2003, p. 75.

sociedade contemporânea identificada com a percepção dos riscos é extremamente relevante para o Direito⁸⁰⁸.

Com as constantes evoluções na sociedade global, o cenário jurídico de diferentes tradições tem o dever de acompanhá-las.⁸⁰⁹

Para tanto, o presente capítulo enfatiza a necessidade de se alcançar maior eficácia na proteção ambiental tendo como base as experiências e métodos utilizados em outros sistemas jurídicos, como é o caso da prática do Ativismo Judicial que nasceu em solo estadunidense.

Não obstante as peculiaridades (temporal, territorial e cultural) que os sistemas do *Civil Law* e *Common Law* podem apresentar, os países do globo aproximam-se em função de um elemento compartilhado, qual seja: o Poder Judiciário.⁸¹⁰

Considerando a percepção da insuficiência do positivismo e da dogmática, o Sistema Jurídico brasileiro demanda a busca de novas respostas e decisões fora do âmbito restrito de aplicação da lei.

Trata-se da construção de uma concepção ética e solidarista⁸¹¹, que vem de encontro com as necessidades humanas e ambientais.

⁸⁰⁸ A superprodução industrial e o mundo globalizado esbarram nos limites dos recursos naturais, que são finitos, pondo em risco o que ainda resta do meio ambiente saudável.

⁸⁰⁹ SILVA, Andrey G.; HEIL, Danielle Mariel. O Crescimento do Papel do Precedente Judicial no Sistema Jurídico Brasileiro – a busca pela uniformidade das decisões judiciais. **Revista Justiça do Direito**. Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, v. 30, série 1, p. 91-109, p. 94. 2016. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/viewFile/5908/3691>. Acesso em: 10 set. 2017

⁸¹⁰ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 25. Citação utilizada no artigo científico: SILVA, Andrey Gastaldi; HEIL, Danielle Mariel. Commonlização no processo jurídico brasileiro: o direito a partir da common law. **ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**. Curitiba PR - Brasil. Ano VIII, n. 15, jul/dez. 2016, p. 98. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima15/artigo-7.-commonizacao-revista-anima.pdf>>.

⁸¹¹ POLI, Luciana Costa. O ativismo judicial como ferramenta de implementação do Princípio da Sustentabilidade. **Revista NEJ - Eletrônica**, Vol. 18 - n. 2 - p. 179-195 / mai-ago 2013, p. 190. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4673/2585>>. Acesso em: 27 jun. 2017.

Nesse mesmo contexto, defende Bodnar⁸¹² “[...] é um compromisso de todos e em especial do Poder Judiciário mudar esse paradigma individualista desenvolvendo uma nova ética, mais solidária, responsável e comprometida com o Meio Ambiente, patrimônio maior de toda a humanidade”.

Tais pensamentos indicam que para resolver um litígio de forma adequada, há que considerar-se não apenas a regra positiva.

O pensamento de integração entre os sistemas jurídicos traz uma nova visão da atividade judicial e por consequência um maior protagonismo do Judiciário, no sentido de mudanças de paradigmas e adaptação com as novas realidades que a sociedade moderna exige.⁸¹³

Ferrer⁸¹⁴ sustenta que nosso destino é comum e, dessa forma, não cabe uma Sustentabilidade apenas de algumas comunidades nacionais ou regionais, pois a questão ambiental pode ser resumida em uma só expressão: o Meio Ambiente não conhece fronteiras.⁸¹⁵

Portanto, os problemas ecológicos tratam de questões extraterritoriais, que necessitam de ações solidárias e transnacionais.⁸¹⁶

Conforme ressaltam Dominguez e Muñoz⁸¹⁷:

⁸¹² ZENILDO, Bodnar. O Poder Judiciário e a Tutela do Meio Ambiente. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 15, novembro de 2006. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao015/Zenildo_Bodnar.htm>. Acesso em: 20 jun. 2017.

⁸¹³ MILARÉ, Édís; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal ambiental**. São Paulo: Millennium, 2002, p. 250/251.

⁸¹⁴ Tradução livre. FERRER, Gabriel Real. La construcción del Derecho Ambiental. **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental** (Pamplona, Espanã), n. 1, 2002, p. 347-368. p. 351-353. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5128/2688>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

⁸¹⁵ COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. 2. ed. **Nosso Futuro Comum** –FGV: Rio de Janeiro, 1991, p. 390.

⁸¹⁶ Tradução livre. BARREIRO, Agustín Jorge. **Estudios sobre la Protección Penal Del medio ambiente em El ordenamiento jurídico español**. Granada: Editorial Comares, 2005, p. 10.

⁸¹⁷ Tradução livre. “En algunos casos, los problemas ambientales se resuelven mediante políticas y actuaciones locales y nacionales. Pero existen recursos compartidos, tales como la atmosfera y la hidrosfera, por lo que la vieja concepción basada en conceptos tales como la soberania estatal y la libertad de la alta mar deja de ser operativa en el momento em que se plantean la contaminación transfronteriza y la explotación sostenible de los recursos vivos”. DOMINGUEZ, Ortega Ramón;

Em alguns casos, os problemas ambientais se resolvem mediante políticas locais e nacionais. Mas existem recursos compartilhados, tais como a atmosfera e a hidrosfera, pelo que a velha concepção baseada em conceitos tais como o da soberania estatal e a liberdade do alto mar deixa de ser operacional no momento em que surge a contaminação transfronteiriça e a exploração sustentável dos recursos vivos.

A ideia de Sustentabilidade revela a expressão da crise social, econômica e espiritual que a humanidade atravessa, bem como a necessidade de uma maior participação dos sistemas jurídicos de modo a ampliar as medidas que promovam a proteção ambiental.

Capra⁸¹⁸ ressaltou sobre a profunda crise mundial. Uma crise, segundo o autor, que afeta todos os aspectos da vida humana – saúde, economia, tecnologia, Direito e política. Uma crise que, pela primeira vez na história, a humanidade se defronta com a real ameaça de sua extinção e de toda a vida no planeta.

Não por outros motivos que a crise ecológica⁸¹⁹, é um reflexo de uma outra crise: a crise humana.⁸²⁰

Nesse sentido, Cruz⁸²¹ alerta que a crise ambiental identifica-se como crise civilizacional da modernidade, como igualmente pontua Leff⁸²²:

MUÑOZ, Ignacio Rodríguez. Tratados Internacionales Del Medio Ambiente suscritos por España. **Revista de Derecho Ambiental**, n. 12, p. 119, Espanha, 1994.

⁸¹⁸ CAPRA, Fritjof. **O Ponto de mutação**: a ciência, a sociedade e a cultura emergente. 25. ed. São Paulo: Cultrix, 1982, p. 18.

⁸¹⁹ Canotilho utiliza a expressão: Estado Constitucional Ecológico, para tratar dos problemas ambientais contemporâneos. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado Constitucional Ecológico e democracia sustentada**. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato. Estado de Direito Ambiental: tendências. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 37.

⁸²⁰ Tradução livre. MALDONADO, Manuel Arias. **Sueño y Mentira del Ecologismo – Naturaleza, Sociedad, Democracia**. Madrid: Siglo XXI de España Editores S.A., 2008, p. 4.

⁸²¹ CRUZ, Paulo Márcio; GLASENAPP, Maikon Cristiano. Governança e Sustentabilidade. **Revista Direito e Liberdade**. RDL – ESMARN – v. 16, n. 2, p. 163-186, maio/ago. 2014, p. 164-165. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/viewFile/699/602>. Acesso em: 11 jul. 2017.

⁸²² Tradução livre. “La problemática ambiental emerge como una crisis de civilización: de la cultura occidental; de la racionalidad de la modernidad; de la economía del mundo globalizado. No es una catástrofe ecológica ni un simple desequilibrio de la economía. Es el desquiciamiento del mundo al que conduce la cosificación del ser y la sobreexplotación de la naturaleza; es la pérdida del sentido de la existencia que genera el pensamiento racional en su negación de la otredad”. LEFF, Enrique. **Racionalidad Ambiental**. La reapropiación social de la naturaleza. San Ángel, México DF: Siglo Veintiuno Editores, 2004, p. 9.

A problemática ambiental emerge como uma crise de civilização, da cultura ocidental, da racionalidade da modernidade, da economia do mundo globalizado. Não é uma catástrofe ecológica nem um simples desequilíbrio da economia. É a inquietação do mundo que o conduz para a coisificação do ser e a super exploração da natureza; é a perda do sentido da existência que gera o pensamento racional em sua negação da alteridade.

De fato, convive-se, hoje, com situações ambientais que podem colocar em risco a continuidade do ser humano no planeta. Dentre elas, pode se destacar o aquecimento global e as mudanças climáticas.

É notório que a Sustentabilidade encontra-se associada a um conteúdo ambiental, no entanto, na percepção de Poli⁸²³ “[...] essa é apenas uma concepção primária, pois o meio ambiente é apenas um de seus alicerces fundamentais”.

Sustentabilidade é um tema amplo e que não se encerra apenas com a visão ambiental, pelo contrário, permeia toda a atividade humana.⁸²⁴

Para Armada⁸²⁵: “A Sustentabilidade é, sem dúvida, o mote principal do novo modelo de Estado.

Portanto, a Sustentabilidade deve ser analisada sob o aspecto de elemento orientador das normas jurídicas e decisões judiciais:

Partindo da Constituição Federal e irradiando-se por todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, a Sustentabilidade como Princípio constitucional possui uma estruturação fundamentalmente interdisciplinar e transdisciplinar [...]. Compreender a Sustentabilidade como um Princípio constitucional não somente ambiental, mas também como Princípio constitucional interdisciplinar, social, empresarial, administrativo e econômico, constitui uma importante tarefa da dogmática jurídica contemporânea, em busca da efetividade das idéias que gravitam no entorno da solidariedade e da

⁸²³ POLI, Luciana Costa. **O ativismo judicial como ferramenta de implementação do Princípio da Sustentabilidade**. Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 18 - n. 2 - p. 179-195 / mai-ago 2013, p. 189. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4673/2585>>. Acesso em: 27 jun. 2017.

⁸²⁴ POLI, Luciana Costa. **O ativismo judicial como ferramenta de implementação do Princípio da Sustentabilidade**. Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 18 - n. 2 - p. 179-195 / mai-ago 2013, p. 186. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4673/2585>>. Acesso em: 27 jun. 2017.

⁸²⁵ ARMADA, Charles Alexandre Souza. O estado socioambiental de direito brasileiro e a concretização multidimensional da Sustentabilidade. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.1, edição especial de 2015. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: 10 jun. 2017.

dignidade como balizas do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, busca-se evidenciar a Sustentabilidade em seu caráter sistêmico-constitucional, o que implica uma compreensão interdisciplinar desse princípio basilar não somente no viés ambiental, mas também na perspectiva econômico-empresarial e social [...].⁸²⁶

Quando se aborda a questão da criação do Direito pelos juízes, seja na esfera ambiental, penal, tributária, ou processual, usualmente convoca-se a oposição entre os países de tradição romano-germânica e os países de *Common Law*. Nos primeiros, os magistrados se limitam ao papel de aplicadores da lei, ao passo que, nos segundos, os juízes possuem certa liberdade de modificá-lo, conforme estudado no primeiro capítulo desta pesquisa.⁸²⁷

O Sistema Jurídico contemporâneo busca um novo horizonte hermenêutico, que exige do juiz uma participação efetiva na construção de decisões comprometidas com o crescimento sustentável.⁸²⁸

Ao se compreender a Sustentabilidade como Princípio norteador da Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB/88, sua existência acaba por ensejar uma maior atuação do Poder Judiciário, a fim de dar efetividade ao texto constitucional.⁸²⁹

Para Bodnar⁸³⁰, “[...] essa nova realidade impõe desafios ao Poder Judiciário e exige de seus integrantes uma nova postura, a iniciar pela necessidade

⁸²⁶ PINTO COELHO, Saulo de Oliveira; ARAÚJO, André Fabiano Guimarães de. A Sustentabilidade como Princípio constitucional sistêmico e sua relevância na efetivação interdisciplinar da ordem constitucional econômica e social: para além do ambientalismo e do desenvolvimentismo. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia**, Uberlândia, v. 39, n. 1, 2011, p. 263. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18499>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

⁸²⁷ “O *civil law* restringe a possibilidade de atuação do magistrado com base na equidade, pois esta é uma função do Legislativo. No *common law*, ao contrário, o juiz tem poder para aplicar a equidade no julgamento dos casos.” GALIO, Morgana Henicka. **Overruling**: a superação do precedente no direito brasileiro. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 63.

⁸²⁸ POLI, Luciana Costa. **O ativismo judicial como ferramenta de implementação do Princípio da Sustentabilidade**. Revista NEJ - Eletrônica, v. 18, n. 2, p. 179-195, mai-ago 2013, p. 190. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4673/2585>>. Acesso em: 27 jun. 2017.

⁸²⁹ POLI, Luciana Costa. **O ativismo judicial como ferramenta de implementação do Princípio da Sustentabilidade**. p. 190.

⁸³⁰ ZENILDO, Bodnar. O Poder Judiciário e a Tutela do Meio Ambiente. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 15, novembro de 2006. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edica_o015/Zenildo_Bodnar.htm>. Acesso em: 20 jun. 2017.

de um repensar crítico acerca dos critérios clássicos de justiça e da teoria tradicional do Direito”.

Assim, não só em solo estadunidense, mas igualmente no ordenamento jurídico brasileiro, a participação do juiz é fundamental ao atribuir, a cada caso concreto, a possibilidade de efetivação dos ideais sustentáveis, como meio de assegurar o Estado Democrático de Direito.

Nas palavras de Bodnar⁸³¹, “[...] defende-se a necessidade de um novo critério racional de justiça para o meio ambiente”.

Importa recordar que o que se pretende nesta pesquisa científica é analisar decisões judiciais, de forma a investigar se há, ou não, por parte do sistema judiciário brasileiro, a efetiva proteção dos interesses difusos em matéria ambiental.

Ademais, defende-se neste estudo a importância de redimensionar a prestação jurisdicional para a proteção do Direito Fundamental ao Meio Ambiente sadio e equilibrado, cultura esta que reflita uma perspectiva mais sensível para as causas ambientais no âmbito judicial.⁸³²

Como salientado no decorrer deste trabalho, a aplicação do Ativismo Judicial impõe limites que devem ser necessariamente observados pelo magistrado, sob pena de tornar ilegítima sua conduta.

Em que pese a expansão e maior atuação do poder judicial desafiar inúmeras críticas, não se pode olvidar, a existência de entendimento contrário, qual seja, de que uma maior valorização do poder Judiciário é indispensável para

⁸³¹ ZENILDO, Bodnar. O Poder Judiciário e a Tutela do Meio Ambiente. **Revista de Doutrina da 4ª Região**.

⁸³² ZENILDO, Bodnar. O Poder Judiciário e a Tutela do Meio Ambiente. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre, n. 15, novembro de 2006. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao015/Zenildo_Bodnar.htm>. Acesso em: 20 jun. 2017.

assegurar os Direitos Fundamentais e promover a implementação de políticas públicas, no que tange a proteção do Meio Ambiente.⁸³³

É o que Silva⁸³⁴ chama de “despertar da consciência ecológica”, pois o ambiente ainda vem sendo degradado constantemente e de forma aleatória, sem a devida preocupação e fiscalização pelo poder público.

A tutela do Meio Ambiente, dessa forma, se faz imperiosa, pois proteger a qualidade de Meio Ambiente é proteger as condições essenciais para a própria existência da vida.

Na visão de Bodnar⁸³⁵: “[...] o Poder Judiciário desempenha um papel cada vez mais relevante na concretização do direito fundamental em busca de um meio ambiente saudável e equilibrado, papel este que deve ser realizado com idealismo, criatividade e responsabilidade social”.

O Ativismo Judicial no controle judicial de políticas públicas tem apresentado diversas situações que vêm se repetindo, já existindo vários julgamentos pelos tribunais superiores, decidindo pela efetivação de atividades essenciais pelo poder público.

Assim, ao contrário do modelo liberal clássico, onde a figura do juiz era não ativista, “[...] o modelo do bem-estar social estatal inicia a postura do Ativismo Judicial.⁸³⁶

No que diz respeito ao sistema constitucional com amplo e misto controle de constitucionalidade, como é o caso do brasileiro, “[...] deve ser aceito que os juízes têm legitimidade para interferir em questões legislativas e governamentais”.⁸³⁷

⁸³³ ZENILDO, Bodnar. O Poder Judiciário e a Tutela do Meio Ambiente. **Revista de Doutrina da 4ª Região**.

⁸³⁴ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 33.

⁸³⁵ ZENILDO, Bodnar. O Poder Judiciário e a Tutela do Meio Ambiente. **Revista de Doutrina da 4ª Região**.

⁸³⁶ ZENETI JR., Hermes. A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de Governo e Funções de Garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo (coords). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 39.

O próprio Supremo Tribunal Federal – STF consolidou o entendimento de que o poder Judiciário é legítimo para adotar posturas ativistas em casos excepcionais, conforme se infere da transcrição de trecho da decisão proferida pelo ministro Celso de Mello na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 45-9 do Distrito Federal:

Se o Estado deixa de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional [...] ⁸³⁸

Quando há uma crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Poder Legislativo, o povo se afasta cada vez mais do processo político, posto que a vontade do representante não corresponde mais à vontade do representado, problemática inequivocamente vivenciada em solo brasileiro.

Desse modo, tem-se denominado a prática do Ativismo Judicial como uma forma de: “[...] participação mais abrangente e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, mais especialmente de metas ambientais e de Sustentabilidade” . ⁸³⁹

Assim, surge uma maior atuação e interferência do Poder Judiciário na concretização dos valores constitucionais:

[...] Dever-se, ainda, que, em se tratando de questão ambiental, dominada por interesse difuso e planetário, como no caso em exame, há de mitigar-se o Princípio da congruência, privilegiando-se o do ativismo judicial, de forma que o órgão julgador possa adequar a sua decisão, na melhor forma possível, com a visão intertemporal, sempre voltada para a defesa e a

⁸³⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **O Judiciário e as políticas públicas**: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 596.

⁸³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 45-9. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 15 dez. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

⁸³⁹ POLI, Luciana Costa. O ativismo judicial como ferramenta de implementação do Princípio da Sustentabilidade. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 210-230, julho/dezembro de 2013, p. 212. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4673/2585>>. Acesso em: 27 jun. 2017.

preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, no interesse das presentes e futuras gerações.⁸⁴⁰

O Estado Socioambiental Democrático de Direito⁸⁴¹ é que exige e autoriza a atuação ativista do poder Judiciário, em razão da necessidade da efetivação de Direitos Fundamentais, pela inércia do poder Executivo, conforme ensinamentos de Capella⁸⁴²: “O Estado de Direito Ambiental é definido como a forma de Estado que se propõe a aplicar o Princípio da solidariedade econômica e social para alcançar um desenvolvimento sustentável.”

Para Freitas⁸⁴³, o juiz tem um relevante papel em matéria ambiental, pois é o intérprete das normas ambientais.

A corte suprema do país coaduna com o entendimento de permitir o Ativismo Judicial, enquanto instrumento implementador de políticas públicas como medida assecuratória dos Direitos Fundamentais na dimensão ambiental:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Ação civil pública. Defesa do meio ambiente. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do Princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. Esta Corte já firmou a orientação de que é dever do Poder Público e da sociedade a defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para a presente e as futuras gerações, sendo esse um direito transindividual garantido pela Constituição Federal, a qual comete ao Ministério Público a sua proteção. 2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote

⁸⁴⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal 1ª Região. **Ação Civil Pública** n. 2000.39.02.000141-0/PA, 6ª T., j. 14.04.2008, Relator Des. Fed. Souza Prudente. Disponível em: <<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=2000.39.02.000141-0&secao=TRF1&pg=1&enviar=Pesquisar>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

⁸⁴¹ “É possível destacar o surgimento de um *constitucionalismo socioambiental* ou *ecológico*, assim como outrora se fez (e, em grande medida, ainda se faz!) presente a necessidade de um *constitucionalismo social* para corrigir o quadro de desigualdade e degradação humana em termos de acesso aos direitos sociais [...] é possível decretar a superação do modelo de Estado Social de Direito por um modelo de *Estado Socioambiental de Direito*”. FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: livreria do advogado Editora, 2008, p. 26.

⁸⁴² Tradução livre. CAPELLA, Vicente Bellver. *Ecología: de las razones a los derechos*. Granada: Ecorama, 1994, p. 248. In: FARIAS, Talden, COUTINHO, Francisco Seráfico da Nóbrega Coutinho (coords). **Direito Ambiental- O meio Ambiente E Os Desafios Da Contemporaneidade**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 119.

⁸⁴³ ZENILDO, Bodnar. O Poder Judiciário e a Tutela do Meio Ambiente. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 15, novembro de 2006. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edica015/Zenildo_Bodnar.htm>. Acesso em: 20 jun. 2017.

medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do Princípio da separação de poderes. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 417.408 /RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 20.03.2012.844.

A dimensão ambiental é aquela que garante a proteção do sistema planetário, proporcionando todas as condições que possibilitam a manutenção da vida na Terra. De acordo com Ferrer⁸⁴⁵, é necessário desenvolver normas globais, para que essa dimensão seja eficaz.

Do exposto, evidencia-se a importância jurídico-social que assume, em nosso ordenamento positivo, o Direito ao Meio Ambiente sadio.

Essa prerrogativa se vale especialmente do caráter de metaindividualidade e transgeracionalidade, consistente no reconhecimento de que todos, inclusive as futuras gerações, têm Direito ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado.

Afinal, a importância do Meio Ambiente para a vida humana é inquestionável, e tal constatação, por si justifica um tratamento diferenciado para as questões de cunho ambiental, pois, como demonstrado, a proteção ambiental é dever tanto do Poder Público quanto da própria sociedade, a qual poderá se valer da via judicial como mecanismo de garantia do seu Direito de cuidar do Meio Ambiente.⁸⁴⁶

⁸⁴⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário** n. 417.408 /RJ, Primeira Turma, Relator Min. Dias Toffoli, j. 20.03.2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1941850>>. Acesso em: 09 set. 2016.

⁸⁴⁵ Tradução livre. FERRER, Gabriel Real. **Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía**. Construimos juntos el futuro? Revista NEJ- Eletrônica, Vol. 17 - n. 3, set-dez 2012, p. 321. Disponível em: <www.univali.br/periodicos>. Acesso em 19 de out. de 2017.

⁸⁴⁶ TOLEDO, André de Paiva; GIOSTRI, Graziella Ferreira. **Direito, Sustentabilidade e direitos humanos** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: João Batista Moreira Pinto, Wilson Antônio Steinmetz, Maria Luiza Pereira De Alencar Mayer Feitosa – Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 320. Estado Socioambiental Democrático: uma análise do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental e humano judiciável. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/lsid56cz/ux0rMC3TRUz24WV8.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

Reiterando esse entendimento da excepcionalidade de atuação positiva do poder Judiciário, principalmente na seara ambiental, o Supremo Tribunal Federal se manifestou novamente:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Direito à moradia e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ocupação irregular de margens de rodovia estadual. Comprovação de omissão de fiscalização por parte da municipalidade. Necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula 279 do STF. Alegada ofensa ao Princípio da separação dos poderes. Improcedência. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 834.937/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 29.04.2014847.

A relevância das questões ambientais nos dias atuais é de ordem tal que o Direito não pode ignorar às suas necessidades e peculiaridades, momento em que a Sustentabilidade surge como uma das metas dos Estados Democráticos de Direito”.⁸⁴⁸

A Sustentabilidade como um imperativo ético deve ser constituída em solidariedade com a geração atual e igualmente com as futuras gerações, e em sintonia com natureza, ou seja, em benefício de toda a comunidade de vida e dos elementos abióticos que lhe dão sustentação⁸⁴⁹.

Em razão do Direito ao ambiente sadio e equilibrado ser um Direito humano fundamental, difuso, metaindividual, transgeracional e com caráter transfronteiriço, os sistemas jurídicos merecem priorizar as demandas pela proteção ambiental.

⁸⁴⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento** n. 834.937/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 29.04.2014. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 07.09.2016.

⁸⁴⁸ POLI, Luciana Costa. **O ativismo judicial como ferramenta de implementação do Princípio da Sustentabilidade**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 210-230, julho/dezembro de 2013, p. 218. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4673/2585>. Acesso em: 27 jun. 2017.

⁸⁴⁹ Tradução livre. FERRER, Gabriel Real; GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. **Sustentabilidade: Um novo paradigma para o Direito**. Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 19 - n. 4 - Edição Especial 2014, p. 1.459.

Como assinala Santos⁸⁵⁰ “[...] os tribunais podem reforçar a regulação da vida social e econômica realizada pelos mercados e regida pelo setor privado, também podem contribuir para uma concepção forte de democracia e, portanto, a gerar maior poder aos cidadãos e conseguir a justiça social”.

Importa acrescentar que no Brasil, a execução deficiente ou inexistente de muitas políticas sociais e ambientais, transforma-se em um motivo para acionar e expandir a ação do Judiciário.

Assim, quando a sociedade se socorre do poder Judiciário para alcançar a implementação de políticas públicas na área ambiental, está, na verdade, valendo-se do seu Direito constitucional de zelar pelo Meio Ambiente assegurando uma sadia qualidade de vida para toda a humanidade.

Os problemas do Direito ambiental são altamente complexos, conforme preconiza Bodnar⁸⁵¹ “[...] as fórmulas generalistas estabelecidas pelo Estado para o Mnem sempre são adequadas para a solução da infinita quantidade de casos e situações existentes e do conceito aberto e relativo do próprio meio ambiente”.

Além do mais, insta registrar que “[...] a deficiência do direito do ambiente não está apenas na omissão do Estado na edição de normas, mas também no grande número de leis que são total ou parcialmente inexecutáveis [...]”.⁸⁵²

Dentro desse contexto, o papel do poder Judiciário é ainda mais importante na concretização do Direito Fundamental de todos ao Meio Ambiente

⁸⁵⁰ Tradução livre. “[...] los tribunales pueden reforzar la regulación de la vida social y económica efectuada por los mercados y regida por el sector privado, también pueden contribuir a una concepción fuerte de la democracia y por tanto, a dar mayor poder a los ciudadanos y conseguir la justicia social”. SANTOS, Boaventura de Sousa. Sociología jurídica crítica: para um nuevo sentido común en el derecho. **Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales**. Año I, n. 2, 2009, p. 188. Disponível em: <<http://www.derecho.uaslp.mx/Documents/Revista%20REDHES/N%C3%BAmero%202/Redhes2-10.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

⁸⁵¹ ZENILDO, Bodnar. O Poder Judiciário e a Tutela do Meio Ambiente. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 15, novembro de 2006. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao015/Zenildo_Bodnar.htm>. Acesso em: 20 jun. 2017.

⁸⁵² ZENILDO, Bodnar. O Poder Judiciário e a Tutela do Meio Ambiente. **Revista de Doutrina da 4ª Região**.

saudável e na construção do Estado Democrático de Direito, conforme enfatiza Zagrebelsky⁸⁵³ “[...] a jurisprudência, nesse momento, deverá ser colocada a serviço dos senhores: a lei e a realidade. Só através da tensão entre essas duas vertentes da atividade judicial se poderá respeitar a concepção prática do direito”.

Portanto, verifica-se a importância da formação de uma nova cultura na prestação jurisdicional, especialmente na proteção dos Direitos Difusos, como é o caso do Meio Ambiente.

Faz-se necessário recordar, que o que se repudia, conforme apresentado neste trabalho, é o decisionismo⁸⁵⁴, ou seja, a atuação voluntarista dos julgadores, os quais elaboram decisões que antecedem a própria norma jurídica, por intermédio de suas vontades e preferências pessoais.⁸⁵⁵

Da mesma forma que a atuação do poder Executivo e do poder Legislativo deve ser sempre limitada, o poder Judiciário, igualmente não pode agir isento de limites.

Contudo, a questão é relevante e distinta quando se enfrenta a temática ambiental. A multiplicidade de riscos e os conflitos não são passíveis de soluções simples, resultantes de mero processo de Subsunção.

⁸⁵³ Tradução livre. “[...] la jurisprudência, en ese momento, deberá ponerse al servicio de los señores: la ley y la realidad. Sólo a través de la tensión entre estas dos vertientes de la actividad judicial se podrá respetar la concepción práctica del derecho.” ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil – ley, derechos, justicia**. Tradução de Marina Gascón. Trotta, Madri, 1995, p. 132.

⁸⁵⁴ “No decisionismo, a Constituição é uma decisão política para salvaguardar a unidade de um povo. É imperioso salientar que essa teoria foi elaborada quando a Europa atravessava uma crise liberal e um pós-guerra [...] a teoria constitucionalista do decisionismo centra-se no conceito absolutista de soberania, em que a política antecede a ordem jurídica.” SILVA, Frederico Silveira e. O decisionismo de Carl Schmitt e sua relação com a discricionariedade e a medida provisória. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XI, n. 39, p. 36-43, out./dez. 2007, p. 37-40. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/945/1118>>. Acesso em: 24 ago. 2017.

⁸⁵⁵ VIANA, Iasna Chaves; VIANA, Emilio de Medeiros. Do ativismo ao protagonismo judicial: por uma atuação transformada na seara ambiental. **Revista de Direito e Sustentabilidade**. Curitiba, v. 2, n. 2, p. 54-75, p. 62. Jul/Dez. 2016. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/revistards/article/view/1252/1684>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

Assim, insiste-se acerca da construção das decisões judiciais, à luz dos elementos do caso concreto⁸⁵⁶, através de uma solução criativa do intérprete:

[...] são situações em que a solução não estará pronta em uma prateleira jurídica, e, portanto, exigirá uma atuação criativa do intérprete, que deverá, argumentativamente, justificar seu itinerário lógico e suas escolhas. Se a solução não está integralmente na norma, o juiz terá de recorrer a elementos externos ao direito posto, em busca do justo, do bem, do legítimo. Ou seja, sua atuação terá de se valer da filosofia moral e da filosofia política.⁸⁵⁷

Diante disso, evidencia-se uma nova conformação dos valores ecológicos, os quais passam a influenciar todos os ramos jurídicos.⁸⁵⁸

Nesse mesmo sentido, é o pensamento de Bodnar⁸⁵⁹ “[...] as novas demandas da sociedade, notadamente as que se referem aos direitos e interesses difusos, como é o caso do Meio Ambiente, estão a exigir um repensar crítico do Direito para se chegar a uma decisão justa socialmente útil”.

Adverte-se sobre a real compreensão da atuação jurisdicional, quando o caso assim exigir: “[...] não no sentido pejorativo do juiz criar o Direito, de decisão extralegal de ditadura do Poder Judiciário [...] mas no sentido do juiz vivificar no caso concreto, a norma abstrata e estática posta pela lei”.⁸⁶⁰

Conclui-se que a intervenção jurisdicional, em casos específicos, torna-se legítima, a fim de conferir significação real ao Direito ao Meio Ambiente.

⁸⁵⁶ “[...] o magistrado reconstruirá a Norma Jurídica pertinente para aquele caso específico, surgido na faticidade [...] em suma, a tarefa do juiz é aplicar o Direito mediante a reconstrução da Norma que fundamentou a decisão.” ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2. ed. Curitiba: Prismas, 2015. p. 152.

⁸⁵⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 424.

⁸⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: KRELL, Andreas J.; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 241.

⁸⁵⁹ ZENILDO, Bodnar. O Poder Judiciário e a Tutela do Meio Ambiente. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 15, novembro de 2006. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao015/Zenildo_Bodnar.htm>. Acesso em: 20 jun. 2017.

⁸⁶⁰ PODESTÁ, Fábio Henrique. A ideologia das decisões judiciais em matéria de contratos. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **A outra face do judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005, p. 168.

Incumbe realizar a última etapa do presente trabalho, qual seja, o estudo de alguns casos em que o Judiciário atuou na proteção do Meio Ambiente.

Em cada um dos casos examinados, cumpre indicar elementos que permitam afirmar se, o Judiciário: agiu de forma a dar efetividade às normas constitucionais, assegurando proteção ao Meio Ambiente, através de uma atuação ativista; agiu ultrapassando os limites das regras constitucionais, ou omitiu-se na proteção constitucionalmente imposta e, em decorrência, acabou por legitimar agressões ao Meio Ambiente.⁸⁶¹

Foram selecionados, para exame, julgamentos de diferentes tribunais, em que o ponto central da discussão diz respeito a proteção ambiental.

A partir do exame dos casos escolhidos, evidencia-se que os tribunais nacionais, especialmente o Supremo Tribunal Federal - STF, passaram a adotar, na temática ambiental, forte posição protagonista.⁸⁶²

O primeiro caso a ser analisado aborda a realização de aterramento em manguezal considerado como área de preservação permanente pela legislação pátria, destacando que o Ativismo Judicial é prática que decorre do próprio texto constitucional, cabendo, portanto, ao Judiciário promover a efetiva proteção ambiental ante às deficiências do poder público:

Responsabilidade civil pelo aterramento de um manguezal, sendo esta área considerada de preservação permanente pela Constituição e pela lei ambiental. O posicionamento do relator é no sentido de que não há que se falar em ativismo judicial ao defender que o manguezal é APP, mas ativismo da lei e da Constituição. Na ementa: No Brasil ao contrário de outros países, o juiz não cria obrigações de proteção do meio ambiente. Elas jorram da lei, após terem passado pelo crivo do Poder Legislativo. Daí não precisamos de juízes ativistas, pois o ativismo é da lei e do texto constitucional. Ao contrário de outros países, nosso Judiciário não é assombrado por um oceano de lacunas ou um festival de meias-palavras legislativas. Se lacuna existe, não é por falta de lei, nem mesmo por defeito na lei; é por ausência

⁸⁶¹ VIANA, Iasna Chaves; VIANA, Emilio de Medeiros. Do ativismo ao protagonismo judicial: por uma atuação transformada na seara ambiental. **Revista de Direito e Sustentabilidade**. Curitiba, v. 2, n. 2, p. 54-75, p. 67. Jul/Dez. 2016. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/revistards/article/view/1252/1684>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

⁸⁶² VIANA, Iasna Chaves; VIANA, Emilio de Medeiros. Do ativismo ao protagonismo judicial: por uma atuação transformada na seara ambiental. **Revista de Direito e Sustentabilidade**, p. 67.

ou deficiência de implementação administrativa e judicial dos inequívocos deveres ambientais estabelecidos pelo legislador⁸⁶³

Para ilustrar a problemática que se instaura por meio do Ativismo Judicial na seara ambiental, o segundo caso é oriundo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.856, a qual tratava de lei fluminense que permitia rinhas de galo.⁸⁶⁴

No referido julgamento, o Supremo Tribunal Federal analisou a alegação de incompatibilidade da Lei Estadual nº 2.895/98, do Rio de Janeiro que legitimava a realização de exposição e competições de aves de combate, com o previsto no texto constitucional⁸⁶⁵.

No voto do então ministro Celso de Mello, restou evidenciado que a promoção de brigas de galos, para além de caracterizar prática tipificada como crime, afronta à CRFB/88, que veda a submissão de animais a atos de crueldade. A referida lei foi reputada inconstitucional.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal nesse sentido advém desde o ano de 1997, em que restou decidido pela proibição da crueldade aos animais, sob o pretexto de manifestações culturais.⁸⁶⁶

⁸⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2007). **Recurso Especial**. Número Registro: 2003/0221786-0 REsp 650728 / SC. Números Origem: 199804010519005 8900026933. Recurso Especial 650728/SC. Segunda Turma. Relator: Herman Benjamin. Julgado em 23 out. 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Default.asp?registro=200302217860&dt_publicacao=02/12/2009>. Acesso em: 24 fev. 2017.

⁸⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade**. ADI n. 1856, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 26/05/2011, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=18054>>. Acesso em: 14 mai. 2017.

⁸⁶⁵ “A proteção jurídico-constitucional dispensada à fauna abrange tanto os animais silvestres quanto os domésticos ou domesticados, nesta classe incluídos os galos utilizados em rinhas, pois o texto da Lei Fundamental vedou, em cláusula genérica, qualquer forma de submissão de animais a atos de crueldade.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade**. ADI n. 1856, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 26/05/2011, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=18054>>. Acesso em: 14 mai. 2017.

⁸⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. **Recurso Extraordinário**. RE 153.531/SC. Relator Ministro Marco Aurélio. 3 jun. 1997, maioria. DJ 13 mar. 1998. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/742303/recurso-extraordinario-re-153531-sc>>. Acesso em: 12 mai. 2017.

Nesse contexto, é oportuno ressaltar as palavras de Silveira⁸⁶⁷, que defende a herança cultural, de forma que esta “[...] não deve postar em termos de restrição de direitos, mas de garantia de conservação ancestral dos indivíduos”.⁸⁶⁸

Ainda a respeito da crueldade, Milaré⁸⁶⁹ afirma que não há crueldade sem a imposição de sofrimento ao animal, de forma que todos os seres vivos merecem respeito contra molestações ou ameaças físicas.⁸⁷⁰

Sesma⁸⁷¹ conclui: “A nossa atitude para com os animais, traduz a forma de ser de cada humano, ou seja, o nosso comportamento com os mais frágeis demonstra nosso compromisso moral e os valores de cuidado, justiça e respeito”.

O terceiro caso, igualmente do Supremo Tribunal Federal trata da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.983, cujo objeto era a análise de lei n. 15.299/2013 do Estado do Ceará que regulamenta a vaquejada como prática esportiva e cultural.⁸⁷²

⁸⁶⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Aspectos do multiculturalismo e suas implicações no direito penal: o caso brasileiro. **Revista dos Tribunais**: São Paulo, v. 925, ano 101, p. 206-229, nov. 2012, p. 225.

⁸⁶⁸ HEIL, Danielle Mariel. O sacrifício de animais em cultos religiosos à luz da Constituição da República Federativa do Brasil e da Ética. In: Ana Selma Moreira (Org.) **Eu Sou Animal**. Joinville: Manuscritos Editora, 2017, p. 20.

⁸⁶⁹ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco – doutrina, jurisprudência e glossário. 6. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 177-178. . Citação utilizada em artigo científico apresentado à Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, e Universidade de Alicante (Máster en Derecho Ambiental – MADAS), quando da realização da Dupla Titulação do Mestrado em Alicante-ES, período de abril a junho de 2017, com o título: Um paralelismo entre o sacrifício de animais em cultos religiosos no Brasil e a corrida de touros na Espanha, à luz da Ética e do bem-estar animal.

⁸⁷⁰ Tradução livre. MONGUIÓ, José María Pérez; RODRÍGUEZ, Luis Ramón Ruiz; GONZÁLEZ, Maria Paz Sánchez. **Los animales como agentes y víctimas de daños**. Editorial Bosh, Barcelona, 2008, p. 285.

⁸⁷¹ Tradução livre. VELASCO SESMA, Angélica. **La ética animal – una cuestión feminista**. Ediciones Cátedra, Universitat de València, Madri, 2017, p. 100. Citação utilizada em artigo científico apresentado à Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, e Universidade de Alicante (Máster en Derecho Ambiental – MADAS), quando da realização da Dupla Titulação do Mestrado em Alicante-ES, período de abril a junho de 2017, com o título: Um paralelismo entre o sacrifício de animais em cultos religiosos no Brasil e a corrida de touros na Espanha, à luz da Ética e do bem-estar animal. “[...] mediante la irracionalidad del animal se demuestra la dignidad del hombre”. CASTELO, Carmen Velayos. **La dimensión moral del ambiente natural**: ¿necesitamos una nueva ética? Comares: Granada, 1996, p. 109.

⁸⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI n. 4.983. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326838>>. Acórdão DJE em 27

Colhe-se do aludido julgado: “[...] a jurisprudência do STF é clara: o conflito de normas constitucionais se resolve em favor da preservação do meio ambiente quando as práticas e os esportes condenam animais a situações degradantes, como é o caso”⁸⁷³.

A questão retratada acima envolvia conflito entre a preservação do Meio Ambiente e a proteção conferida às manifestações culturais. A ação foi julgada procedente, nos seguintes termos:

A lei estadual sob análise viola, ademais, o Princípio da vedação de retrocesso e a proibição de proteção insuficiente dos bens jurídicos, uma das dimensões do Princípio da proporcionalidade. Tal diploma legal não apenas consolida a histórica violação à fauna e à dignidade humana como, ainda pior, lhe dá ares de juridicidade.

A participação de animais em espetáculos é um assunto polêmico e que deve ser inevitavelmente objeto de reflexão, pois nesse tipo de sacrifício há colisão entre bens juridicamente protegidos, como é a liberdade e o bem estar animal⁸⁷⁴.

Na Espanha, os crimes contra o meio ambiente estão previstos nos Capítulos III e IV do Título XVI do Código Penal Espanhol, artigos 325 a 337⁸⁷⁵.

Convém ressaltar o alerta de Pascual⁸⁷⁶ “[...] esse é um terreno sensível, em que chocam as convicções éticas de boa parte, cada vez maior, da população

de abril de 2017. Acesso em: 10 abr. 2017. Citação em: VIANA, Iasna Chaves; VIANA, Emilio de Medeiros. Do ativismo ao protagonismo judicial: por uma atuação transformada na seara ambiental. **Revista de Direito e Sustentabilidade**. Curitiba, v. 2, n. 2, p. 54-75, p. 56. Jul/Dez. 2016. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/revistards/article/view/1252/1684>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

⁸⁷³ “[...] obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI n. 4.983.

⁸⁷⁴ Tradução livre. “[...] en este tipo de sacrificio hacen colisionar bienes jurídicos protegidos, como son la libertad y el bienestar animal”. MONGUIÓ, José María Pérez; RODRÍGUEZ, Luis Ramón Ruiz; GONZÁLEZ, María Paz Sánchez. **Los animales como agentes y víctimas de daños**. Editorial Bosh, Barcelona, 2008, p. 311.

⁸⁷⁵ ESPANHA. **Ley Orgánica 10/1995**, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponível em: <<http://legislacion.derecho.com/ley-organica-10-1995-del-codigo-penal>>. Acesso em: 20 out. 2017.

⁸⁷⁶ Tradução livre. “[...] ése es un terreno sensible, donde chocan las convicciones éticas de una buena parte, cada vez mayor, de la población europea y las creencias de dos comunidades religiosas minoritarias en nuestro continente especialmente expuestas a discriminación”. PASCUAL, Doménech G. **Bienestar animal contra derechos fundamentales**, Ed. Atelier, Barcelona, 2004, p. 53.

européia, e a crença das comunidades religiosas minoritárias em nosso continente especialmente expostas pela discriminação.”

Sobre as normas espanholas que garantem proteção aos animais, tem-se que:

[...] procedem no Conselho da Europa através de cinco Convênios relativos a proteção dos animais no momento do sacrifício em 1979, a proteção de animais vertebrados utilizados na experimentação e outros fins científicos em 1986 e, por último, a proteção dos animais de companhia em 1987.⁸⁷⁷

Na Espanha, “[...] o artigo 632.2 do Código Penal, que contém a primeira previsão de proteção direta dos animais, mantém sua redação original desde a aprovação do texto penal em 1995.⁸⁷⁸

Insta destacar que o Parlamento Europeu recomendou aos Estados membros da União Européia, incluindo a Espanha, diversos princípios a serem cumpridos no que tange a proteção dos animais e a proibição de crueldade:

Por isso recomendou a todos os Estados Membros e a própria Comissão que as reformas e normas de nova criação se adaptem aos seguintes princípios que são resumidos e coletados da seguinte maneira: **deve ser proibido as crueldades públicas e privadas cometidas com animais sob o fundamento do hábito ou costume; deve se proibir todas as modalidades esportivas nas que se provoquem duelos sangrentos entre animais; o regramento taurino deve se modificar para substituir as corridas de touros em uma competição não sangrenta na qual o homem e o animal possam medir suas respectivas habilidades, de modo que mantenham, em uma forma moderna, as tradições em que as corridas se baseiam; devem suspender a utilização de picadores nas corridas de touros; as provas de habilidade em que a morte dos animais participantes, sem constituir o objeto das mesmas, entre, não obstante, nos cálculos de probabilidade devem se substituídas por modalidades não sangrentas; as crueldades desnecessárias cometidas**

⁸⁷⁷ Tradução livre. “[...] proceden del Consejo de Europa a través de los cinco Convenios relativos [...] a la protección de animales en el momento de sacrificio en 1979, a la protección de animales vertebrados empleados para experimentación y otros fines científicos en 1986, y, por último, a la protección de animales de compañía en 1987”. MONGUIÓ, José María Pérez; RODRÍGUEZ, Luis Ramón Ruiz; GONZÁLEZ, María Paz Sánchez. **Los animales como agentes y víctimas de daños**. p. 209.

⁸⁷⁸ Tradução livre. “[...] el artículo 632.2 del Código Penal, que supuso la primera previsión penal de protección directa a los animales, ha mantenido su redacción original desde la aprobación del texto penal en 19”. MONGUIÓ, José María Pérez; RODRÍGUEZ, Luis Ramón Ruiz; GONZÁLEZ, María Paz Sánchez. **Los animales como agentes y víctimas de daños**, p. 196.

com os animais no contexto de competições esportivas devem ser evitadas mediante as disposições pertinentes⁸⁷⁹.

Diante da pressão de grupos em prol dos animais, alguns espetáculos com o passar do tempo foram suspensos do calendário espanhol, e outros permanecem ocorrendo⁸⁸⁰, porém, sem a presença de animais vivos, como é o caso da cabra Manganeses “[...] a qual era jogada desde o campanário do povoado para que fosse capturada pelos jovens do povo com uma lona [...] no ano de 2000 se firmou um acordo entre a comunidade e a equipe do Governo Municipal para que seja jogada uma cabra previamente disecada.”⁸⁸¹

A questão não cinge apenas sobre um determinado espetáculo ou festa popular, nem se há sacrifício, mas o uso de um animal como instrumento de diversão, como se um objeto fosse⁸⁸².

⁸⁷⁹ Tradução livre. Grifo meu. “Por ello recomendaba a todos los Estados miembros y a la propia Comisión a que las reformas y normas de nueva creación se adaptasen a los siguientes principios que son resumidos y recogidos de la siguiente manera: [...] **deben prohibirse las crueldades públicas y privadas cometidas con animales al amparo del hábito o de la costumbre; deben prohibirse todas las modalidades deportivas en las que se provoquen duelos sangrientos entre animales; El reglamento taurino debe modificarse para convertir las corridas de toros en una competición no sangrienta en la que el hombre y el animal midan sus respectivas destrezas, de modo que se mantengan, en una forma moderna, las tradiciones en que las corridas se basan; debe suspenderse la utilización de picadores en las corridas de toros;** Las pruebas de habilidad en las que la muerte de los animales participantes, sin constituir el objeto de las mismas, entre, no obstante, en los cálculos de probabilidad deben sustituirse por modalidades no sangrientas; Las crueldades innecesarias cometidas con animales en el contexto de competiciones deportivas deben evitarse mediante las disposiciones pertinentes”. GIMERÁ, Higuera, J. F. **La protección penal de los animales en España**. Documentación Jurídica, num. 79, Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 1994, p. 34-35.

⁸⁸⁰ Tradução livre. Para exemplificar os costumes espanhóis na realização de espetáculos com a participação de touros, registram-se algumas modalidades de eventos: [...] el toro embolado de Villanueva de Vera o el Toro de San Juan (Cáceres), la matanza de Guijuelo, la suelta del gorrino en Meco, la fiesta del toro de Veja, los toros engosaos o las peleas de gallos en Canarias todo ello sin entrar en la fiesta nacional”. JAMES, Barbara. **Lo que tu debes saber sobre los derechos de los animales**. Ed. Lóñez Lector Joven, Salamanca, 1996, p. 131-132.

⁸⁸¹ Tradução livre. “[...] la cual era arrojada desde el campanario del pueblo para que fuera recogida por los mozos del pueblo con una lona [...] en el año 2000 se produjo un acuerdo entre pueblo y el equipo de Gobierno Municipal para que se arroje una cabra previamente disecada.” JAMES, Barbara. **Lo que tu debes saber sobre los derechos de los animales**. Ed. Lóñez Lector Joven, Salamanca, 1996, p. 131-132.

⁸⁸² Como é o caso das corridas de touro - “touradas”, evento tradicional em solo espanhol. O período de abril a junho em que estive realizando a dupla titulação do Mestrado na Universidade de Alicante -Espanha (convênio com a Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Máster en Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad) estive em Madri, Sevilla, Alicante, Valência, Murcia e Granada, locais estes que ofertavam espetáculos com touros nas denominadas “Plaza de Touros”. Quando estive em Barcelona, chamou minha atenção o fato da festas tradicionais não serem mais

Nesse contexto, é oportuno ressaltar o entendimento de Silveira⁸⁸³ que defende a herança cultural, de forma que esta não se deve postar em termos de restrição de Direitos.

Assim, a proibição da crueldade contra os animais está assegurada no ordenamento jurídico espanhol: “Os maus tratos estão contemplados como uma infração grave ou muito grave em todas as Comunidades Autônomas e as sanções podem variar de 150 a 6.000 euros para as primeiras e 2.000 a 30.000 euros para as segundas”⁸⁸⁴.

Desse modo, “[...] todas as Comunidades tipificaram os maus tratos com a exceção de Baleares, os animais geralmente em conjunto com as agressões físicas que não mais que uma modalidade de agressão”⁸⁸⁵ [...]

Portanto, é possível afirmar que a proteção normativa das tradições populares no Brasil e Espanha, não permite o sacrifício de animais em rituais e espetáculos, uma vez que não há amparo jurídico.

realizadas naquela localidade, sendo que inclusive a Plaza de Toros se tornou um shopping center.

⁸⁸³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Aspectos do multiculturalismo e suas implicações no direito penal: o caso brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 925, ano 101, p. 206-229, nov. 2012, p. 225. Citação utilizada no capítulo de minha autoria na obra “EU SOU ANIMAL – reflexões jurídicas sobre proteção e respeito aos animais”. Organização de Ana Selma Moreira. Manuscritos Editora: Joinville, 2017, p. 15-43.

⁸⁸⁴ Tradução livre. “El maltrato está contemplado como una infracción grave o muy grave en todas las Comunidades Autónomas y las sanciones pueden variar desde 150 a 6.000 euros para las primeras y de 2.000 a 30.000 euros para las segundas”. MONGUIÓ, José María Pérez; RODRÍGUEZ, Luis Ramón Ruiz; GONZÁLEZ, María Paz Sánchez. **Los animales como agentes y víctimas de daños**. Editorial Bosh, Barcelona, 2008, p. 248.

⁸⁸⁵ Tradução livre. “[...] todas las Comunidades han tipificado el maltrato con la excepción de Baleares, de los animales generalmente en conjunción con las agresiones físicas que no son más que una modalidad de agresión. Importante destacar: “El caso de Andalucía no contempla la infracción por agresión de animales, quedando subsumida en la correspondiente al maltrato, que exige para su perfección la invalidez o a la muerte en el caso de las infracciones muy graves o que se le cause dolor, sufrimiento o lesiones no invalidantes para las graves. [...] las infracciones de maltrato, salvo Baleares que no contempla esta infracción como tal, quedan reservadas para acciones que puedan provocar daños tanto físicos como psíquicos a los animales que no sean consecuencia de una agresión y que, sin embargo, sean susceptibles de producir sufrimiento, dolor, lesiones o incluso la muerte, pese a que la Ley Galicia 1/1993 prevé como infracción leve el maltrato a los animales que no les cause dolor o la Ley Cataluña que en mismo sentido califica como infracción leve el maltrato que nos les produzca resultados lesivos. En este sentido, estimamos que tanto una ley como otra se refieren a daños de naturaleza física que conlleven resultados lesivos o dolor.” MONGUIÓ, José María Pérez; RODRÍGUEZ, Luis Ramón Ruiz; GONZÁLEZ, María Paz Sánchez. **Los animales como agentes y víctimas de daños**, p. 254-255.

A liberdade de práticas culturais e tradicionais não pode ser reconhecida como um Direito absoluto, pois tal exercício não pode afrontar princípios e regras já impostos pelo legislador, como é o caso do previsto na legislação brasileira e espanhola⁸⁸⁶.

Houve, destarte, em todos os casos dos tribunais pátrios anteriormente analisados, atuação protagonista dos tribunais que, a fim de garantir máxima efetividade ao texto constitucional e o Direito dos cidadãos de usufruírem de um Meio Ambiente sadio, proferiram decisões de modo a assegurar a proteção ambiental.⁸⁸⁷

Da análise dos julgados, evidencia-se que uma nova tarefa emergiu para o poder Judiciário, qual seja, a de órgão legitimado a solucionar conflitos metaindividuais, com a promoção de políticas públicas inclusive, em plena observância ao previsto no texto constitucional.⁸⁸⁸

Ademais, restou verificado que as aludidas decisões asseguraram efetiva proteção ao Meio Ambiente, por meio de uma maior atuação do Judiciário, o qual agiu em respeito às regras constitucionais, o que demonstra que a incumbência de implementar políticas públicas fundadas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/88 poderá atribuir

Destaca-se o quarto caso analisado, o qual enfrenta a inércia do poder público do Estado do Rio de Janeiro em realizar estudos e projeto para promover a despoluição de rio:

⁸⁸⁶ Citação utilizada em artigo científico apresentado à Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, e Universidade de Alicante (Máster en Derecho Ambiental – MADAS), quando da realização da Dupla Titulação do Mestrado em Alicante-ES, período de abril a junho de 2017, com o título: Um paralelismo entre o sacrifício de animais em cultos religiosos no Brasil e a corrida de touros na Espanha, à luz da Ética e do bem-estar animal.

⁸⁸⁷ VIANA, Iasna Chaves; VIANA, Emilio de Medeiros. Do ativismo ao protagonismo judicial: por uma atuação transformada na seara ambiental. **Revista de Direito e Sustentabilidade**. Curitiba, v. 2, n. 2, p. 54-75, p. 71. Jul/Dez. 2016. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/revistards/article/view/1252/1684>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

⁸⁸⁸ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 4. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 41.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO AMBIENTAL. TODOS TÊM DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO. DIANTE DA INÉRCIA DO PODER PÚBLICO EM ATENDER O MANDAMENTO CONSTITUCIONAL, CABE AO PODER JUDICIÁRIO ASSEGURAR O SEU CUMPRIMENTO. - O Ministério Público Federal ajuizou a presente ação pública em face da COMPANHIA ESTADUAL DE ÁGUAS E ESGOTOS - CEDAE e do ESTADO DO RIO DE JANEIRO, visando impedir a poluição do rio Paraíba do Sul que ocorre pelo despejo de esgoto in natura, buscando providências no sentido de que sejam realizadas obras para que se restabeleça o equilíbrio ambiental e seja resguardada a saúde pública. - A Constituição Federal assegura, em seu artigo 225, que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. - Diante da inércia da Administração Pública, em relação ao disposto no texto constitucional é óbvio que cumpre a qualquer um da coletividade assegurar o cumprimento da norma, não existindo a ofensa ao Princípio do equilíbrio entre os poderes. - Recursos parcialmente providos para condenar a COMPANHIA ESTADUAL DE ÁGUAS E ESGOTOS DO RIO DE JANEIRO e o ESTADO DO RIO DE JANEIRO a realizar o detalhamento do Projeto de Estação de Tratamento para despoluição do Rio Paraíba do Sul, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Acórdão Origem: TRIBUNAL - SEGUNDA REGIÃO. Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL – 208164. Processo: 199902010386649 UF: RJ Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA. Data da decisão: 24/02/2003. Relator(a) JUIZA REGINA COELI M. C. PEIXOTO⁸⁸⁹.

A atuação proativa do Judiciário em decisões como as supracitadas caracterizam a prática de Ativismo Judicial, o qual está intimamente ligado com o *Judicial Review*.⁸⁹⁰ Ressalta-se, portanto, a já configurada influência norte-americana no Direito pátrio.

Em que pese a existência de previsão legal para a proteção ambiental, todos os dias são noticiadas omissões estatais que permitem, por exemplo, a invasão de áreas de preservação permanentes, loteamentos irregulares, lixões a céu

⁸⁸⁹ MOREIRA, Nayara De Lima; SCHEFFLER, Stéfano Guimaraes. **Políticas públicas na defesa do meio ambiente**: o descortinamento da teatralidade estatal. Direitos sociais e políticas públicas. In: CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: Antonio Gomes de Vasconcelos, Sebastião Sérgio Da Silveira, Julia Maurmann Ximenes – Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 120-129, p. 127. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/z3071234/5es4ta00/BWP3840MI0hbT71q.pdf>>. Acesso em: 22 mai. 2017.

⁸⁹⁰ Nos EUA, o *judicial review* é entendido, desde *Marbury v. Madison*, como a avaliação judicial de atos para assegurar a compatibilidade com a Constituição. “[...] a história do *judicial review* é marcada por uma transição no perfil do Judiciário norte-americano. De um poder com atribuições interpretativas os juízes e tribunais assumem uma postura com feições legislativas.” TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 99.

aberto, poluição de rios e mares, ausência de tratamento dos resíduos líquidos e sólidos das cidades etc.

É por intermédio de uma decisão judicial que se pode alterar a realidade socioambiental a nível municipal, estadual e federal, a qual, nos dias atuais, é marcada pela utilização predatória dos recursos naturais.

Em outras palavras, “Não se trata de desconsiderar o ordenamento positivo, nem de fazer às vezes do parlamento, mas sim de aplicar a realidade normativa de forma crítica e responsável, com os olhos voltados para a Constituição”.⁸⁹¹

Nesse sentido, quando ocorrem omissões do poder público na execução de políticas públicas relativas ao Meio Ambiente, a sociedade tem no poder Judiciário a sua salvaguarda.⁸⁹²

Assim, em caso de eventual omissão do Executivo, não é o Poder Judiciário que a supre, mas sim a própria sociedade organizada, que tem o direito de ver cumpridas as obrigações constitucionais para a preservação do meio ambiente”.⁸⁹³ Vale registrar, portanto, que o juiz não está aprisionado às leis e tampouco a Jurisprudência.

⁸⁹¹ ZENILDO, Bodnar. O Poder Judiciário e a Tutela do Meio Ambiente. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 15, novembro de 2006. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao015/Zenildo_Bodnar.htm>. Acesso em: 20 jun. 2017.

⁸⁹² MOREIRA, Nayara De Lima; SCHEFFLER, Stéfano Guimaraes. **Políticas públicas na defesa do meio ambiente: o descortinamento da teatralidade estatal**. Direitos sociais e políticas públicas I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: Antonio Gomes de Vasconcelos, Sebastião Sérgio Da Silveira, Julia Maurmann Ximenes – Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 514-529, p. 527. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/z3071234/5es4ta00/BWP3840MI0hbT71q.pdf>>. Acesso em: 22 mai. 2017.

⁸⁹³ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. O problema do controle judicial das omissões estatais lesivas ao meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, v. 30, Abr./Jun., 2003, p. 41. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26632-26634-1-PB.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2017.

Sobre a nova postura por parte dos juízes, destaca Bodnar⁸⁹⁴: “O juiz [...] deve buscar, no cotidiano de sua atuação, ampliar os mecanismos de acesso ao pleno desenvolvimento humano, dando especial proteção aos direitos fundamentais”.

Ao considerar que a atividade decisória é também uma atividade de criação⁸⁹⁵, admite-se excepcionalmente uma postura ativista para afastar a incidência de uma norma quando esta, de acordo com as particularidades do caso concreto, for manifestamente injusta⁸⁹⁶ especialmente para conferir maior proteção ao Meio Ambiente.

As decisões judiciais da seara ambiental, ou seja, aquelas que versem sobre os Direitos Difusos, exigem uma interpretação mais flexível.⁸⁹⁷

O magistrado precisa se adequar às transformações sociais, ambientais e mundiais, bem como é imprescindível a disseminação de uma ética ambiental entre todos os operadores do Direito.⁸⁹⁸

O ambiente sadio e equilibrado é requisito para o gozo pleno dos direitos humanos. É preciso compreender: “[...] a degradação ambiental constitui uma ameaça à dignidade humana, interferindo no desfrute dos direitos humanos, como os direitos à saúde e à vida”.⁸⁹⁹

⁸⁹⁴ ZENILDO, Bodnar. O Poder Judiciário e a Tutela do Meio Ambiente. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 15, novembro de 2006. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao015/Zenildo_Bodnar.htm>. Acesso em: 20 jun. 2017.

⁸⁹⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 283-285.

⁸⁹⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 56.

⁸⁹⁷ ZENILDO, Bodnar. O Poder Judiciário e a Tutela do Meio Ambiente. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre, n. 15, novembro de 2006. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao015/Zenildo_Bodnar.htm>. Acesso em: 20 jun. 2017.

⁸⁹⁸ ZENILDO, Bodnar. O Poder Judiciário e a Tutela do Meio Ambiente. **Revista de Doutrina da 4ª Região**.

⁸⁹⁹ CARVALHO, Édson Ferreira de. **Meio Ambiente & Direitos Humanos**. 1. ed., Curitiba: Juruá, 2006, p. 454.

Cabe ao judiciário deliberar sobre questões de ordem política, “[...] participando da esfera de deliberação pública e influenciando nos rumos da distribuição de recursos e no seu controle pela sociedade”.⁹⁰⁰

Essa expansão judicial é característica das sociedades democráticas, podendo ser observada em vários países, em especial os de origem anglo-saxônica “[...] De qualquer forma, mesmo nos países de sistema continental, os textos constitucionais, ao incorporar Princípios, viabilizam o espaço necessário para interpretações construtivas”.⁹⁰¹

No Brasil, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4 apresentou entendimento de que em muitos casos é essencial que o juiz, na defesa do Meio Ambiente, haja de forma proativa e criativa.⁹⁰²

A atuação ativista do Judiciário é apresentada como uma solução para diversos problemas socioambientais, conforme pensamento de Barroso⁹⁰³, “[...] o ativismo nada mais é do que uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes”.⁹⁰⁴

Para Toledo⁹⁰⁵: “O Estado Socioambiental Democrático tem a característica de ser um modelo de envolvimento ativista, compartilhado e

⁹⁰⁰ MORAES, Raimundo de Jesus Coelho de. Judicialização do licenciamento ambiental no Brasil: excesso ou garantia de participação. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 10, n. 38, Abr./Jun., 2005, p. 216. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/89938>>. Acesso em: 05 de jul. 2017.

⁹⁰¹ CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. **Revista ALCEU (Revista de Comunicação, Cultural e Política)**. Rio de Janeiro. v. 5, n.9, Jul./Dez, 2004, p. 105-113, p. 105. Disponível em: <http://publique.rdc.rio.br/revistaalceu/media/alceu_n9_cittadino.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2017.

⁹⁰² TESSLER, Marga Inge Barth. **O Juiz e a tutela jurisdicional do meio ambiente**. Novos Estudos Jurídicos, v. 8, n. 2, p. 355-369, p. 359. maio/ago. 2003. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/339>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

⁹⁰³ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 279-280.

⁹⁰⁴ HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 52.

⁹⁰⁵ TOLEDO, André de Paiva; GIOSTRI, Graziella Ferreira. **Direito, Sustentabilidade e direitos humanos** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: João Batista Moreira Pinto, Wilson Antônio Steinmetz, Maria Luiza Pereira De Alencar Mayer Feitosa – Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 318. Estado Socioambiental

coordenado na implementação de políticas públicas, principalmente as relacionadas a preservação do meio ambiente [...]”.

Diante da existência de leis abstratas e direitos muito vagos, mostra-se inevitável a prática de ativismo e criatividade do juiz chamado a interpretá-los”.⁹⁰⁶

São os juízes transformadores sociais, sendo impossível a previsão legal de todas as condutas humanas, mais ainda em uma sociedade cada vez mais dinâmica, como é o caso da brasileira.

Nalini⁹⁰⁷ aduz que os juízes modernos devem adotar uma postura mais flexível e menos dogmática.

Por sua vez, Martins⁹⁰⁸ entende que a magistratura atual não mais admite a visão estreita do positivismo: “[...] exige um intérprete humanista, universal, com ampla visão dos fenômenos sociais e de suas manifestações nas mais variadas ciências”.

A condição pessoal do juiz, como circunstância decisiva na solução da controvérsia ambiental, também é ressaltada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

A juvenilização e a feminilização da magistratura, bem como a apropriação dela por estratos superiores da classe média, têm não só trazido mais agilidade e desempenho social ativo, como convertido amplos setores da magistratura, de segmentos neutros e passivos em ativos nichos de discussão crítica e prática da legislação, marcadamente a de orientação ambientalista e protetiva dos recursos naturais. Ao lado da crescente defesa dos direitos humanos, retomada em todos os níveis pelas mais compreensíveis razões, mas particularmente porque são idealistas e resolutos os Juízes, desperta agora a magistratura também para a causa ecológica, o que se tem refletido mais e mais na jurisprudência revelando uma tendência de progressão tomara irresistível, repensando institutos e

Democrático: uma análise do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental e humano judiciável. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/lsid56cz/ux0rMC3TRUz24WV8.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

⁹⁰⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (trad.). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993, p. 60.

⁹⁰⁷ NALINI, José Renato. **O futuro das profissões jurídicas**. São Paulo: Oliveira Medes, 1998, p. 95.

⁹⁰⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A cultura do jurista**. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 2, 1993, p. 22.

levando o legislador a consolidar o que os pretórios têm construído à base de criatividade e meditação.⁹⁰⁹

Nesse raciocínio, a atuação jurisdicional é essencial para o fomento de ações sustentáveis, o que leva a ideia do Estado Constitucional Ambiental.⁹¹⁰

Canotilho⁹¹¹, com o mesmo sentido, utiliza a expressão: “Estado Constitucional Ecológico”, para designar uma nova ordem jurídica e social voltada para “[...] os problemas nucleares do desenvolvimento sustentado, justo e duradouro”.

O modelo estatal atual, qual seja: socioambiental constitucional democrático de Direito⁹¹², caracteriza-se por agregar elementos de participação popular nas questões públicas.⁹¹³

O entendimento apresentado por Wolkmer e Paulitsch⁹¹⁴ reforça a imprescindibilidade da proteção ao Meio Ambiente para as gerações vindouras:

Trata-se de um Estado em cuja ordem constitucional a proteção ambiental ocupa lugar e hierarquia fundamental, resultando que, na promoção dos direitos prestacionais, a preservação das condições ambientais passa a balizar as ações estatais e as políticas públicas, vez que permitirão a existência digna das gerações futuras.

⁹⁰⁹ ZENILDO, Bodnar. O Poder Judiciário e a Tutela do Meio Ambiente. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 15, novembro de 2006. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao015/Zenildo_Bodnar.htm>. Acesso em: 20 jun. 2017.

⁹¹⁰ MELO, Milena Petters. O patrimônio comum do constitucionalismo contemporâneo e a virada biocêntrica do “novo” constitucionalismo latino-americano. **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**. Vol. 18 - n. 1 - p. 74-84 / jan-abr 2013. p. 77-78. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/4485/2478>> . Acesso em: 06 ago. 2017.

⁹¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado Constitucional Ecológico e democracia sustentada. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato. **Estado de Direito Ambiental: tendências**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 37.

⁹¹² FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: livraria do advogado Editora, 2008, p. 26.

⁹¹³ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Princípios do Direito Processual Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 53.

⁹¹⁴ WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher; PAULITSCH, Nicole da Silva. O estado de direito socioambiental e a governança ambiental: ponderações acerca da judicialização das políticas públicas ambientais e da atuação do poder judiciário. **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**, Vol. 18 - n. 2 - p. 256-268 / mai-ago 2013. p. 259-260. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/4678/2590>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

De fato, o Direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado é há muito considerado pela doutrina e pela Jurisprudência como uma extensão do Direito à vida. Preservar o patrimônio ambiental é garantir vida sadia, e garantir vida com qualidade é promover a dignidade da pessoa humana, Princípio máximo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/88.

Nesse contexto, a Sustentabilidade, é compreendida como “[...] um Princípio a orientar as decisões judiciais e a legitimar a atuação criativa do juiz, principalmente se considerada a responsabilidade do homem com a coletividade e as gerações futuras”.⁹¹⁵

Uma das principais funções do poder Judiciário, na proteção ambiental, diz respeito à tarefa de interpretação, “[...] afinal são os juízes que dão vida aos comandos normativos abstratamente estabelecidos pelo legislador aos casos concretos postos para a sua apreciação”.⁹¹⁶

A sociedade contemporânea tem a marca da multiplicidade e complexidade, e o juiz tem um dever de defender o patrimônio ambiental, de forma autônoma e crítica.⁹¹⁷ Todavia, isso não pode ocorrer por meio de arbitrariedades.

No entendimento de Poli⁹¹⁸: “De um sistema fechado, no qual se identificava o dogma do Direito-Lei, passa-se a um sistema aberto, de auto-

⁹¹⁵ POLI, Luciana; HAZAN, Bruno. A atuação do Poder Judiciário Brasileiro e sua contribuição para a construção do Estado Ambiental através da aplicação do Princípio da Sustentabilidade. **Revista Gestão e Sustentabilidade Ambiental**. Florianópolis, v. 2, n.1, p.20-46, abr./set. 2013, p. 42. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/gestao_ambiental/issue/view/99>. Acesso em: 10 jun. 2017.

⁹¹⁶ ZENILDO, Bodnar. O Poder Judiciário e a Tutela do Meio Ambiente. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 15, novembro de 2006. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao015/Zenildo_Bodnar.htm>. Acesso em: 20 jun. 2017.

⁹¹⁷ TESSLER, Marga Inge Barth. O Juiz e a tutela jurisdicional do meio ambiente. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 8, n. 2, p. 355-369, p. 359. maio/ago. 2003. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/339>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

⁹¹⁸ POLI, Luciana Costa. O ativismo judicial como ferramenta de implementação do Princípio da Sustentabilidade. **Revista NEJ - Eletrônica**, Vol. 18 - n. 2 - p. 179-195 / mai-ago 2013, p. 182. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4673/2585>>. Acesso em: 27 jun. 2017.

referência relativa, que reclama novas soluções, uma nova hermenêutica e desafia o intérprete”.

Interessante notar que a aplicação de postura mais flexível e ativa pelo Judiciário revela uma evidente aproximação entre as tradições *Common Law* e *Civil Law*⁹¹⁹.

Sobre o papel ativista dos juízes e a atuação jurisdicional, insta destacar que tal postura é fundamental para o fomento de ações sustentáveis, conforme constata Bodnar⁹²⁰:

A interpretação coerente das normas ambientais não é tarefa fácil que possa ser operada apenas com os métodos tradicionais de interpretação. Os conflitos verdes apresentam alto grau de litigiosidade, tensões, lacunas, colisões e ambigüidades, circunstâncias estas que tornarão os métodos tradicionais totalmente anacrônicos.⁹²¹

Quanto a este tema, preleciona Posner⁹²² que a melhor solução, quando o magistrado se depara com *hard cases*, como é o caso das demandas ambientais, é no sentido de: “[...] acabar com a ideia de separar formulação de políticas públicas do trabalho judicial”, e para tanto, deve avaliar as consequências de suas ações para o futuro, para o Estado de Direito e para a sociedade.

Nos dizeres de Cambi⁹²³ “[...] a mudança de significado na concepção dos direitos fundamentais abriu um novo processo de diálogo e cooperação, entre os três poderes do governo, quanto à determinação do objetivo do texto constitucional”.

⁹¹⁹ “É mediante a utilização da doutrina do *stare decisis* a partir de uma ideia de direito como integridade que se garantirá a segurança jurídica não só nos casos fáceis ou repetitivos, mas também nos casos difíceis [...]” BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 246.

⁹²⁰ ZENILDO, Bodnar. O Poder Judiciário e a Tutela do Meio Ambiente. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 15, novembro de 2006. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao015/Zenildo_Bodnar.htm>. Acesso em: 20 jun. 2017.

⁹²¹ ZENILDO, Bodnar. O Poder Judiciário e a Tutela do Meio Ambiente. **Revista de Doutrina da 4ª Região**.

⁹²² POSNER, R. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Revisão técnica de Francisco Bilac. M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 58.

⁹²³ CAMBI, E. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 193.

Por isso, é importante analisar minuciosamente os resultados de uma atuação proativa do Judiciário, já que não é só de perdas sobrevive o Ativismo Judicial, como se infere da visão de Toledo “[...] o Judiciário pauta-se pelo Princípio da inafastabilidade da jurisdição, o que implica a necessidade de atuação diante de provocação”.⁹²⁴

Como Princípio jurídico, evidencia-se que a Sustentabilidade⁹²⁵ assumiu papel de destaque no sistema brasileiro:

[...] propicia uma interpretação ampla, móvel e evolutiva de seu conceito. Defende-se que sua promoção depende também da atuação do Poder Judiciário, que poderá conferir, sempre que possível, a cada caso concreto, uma decisão comprometida com a efetivação do Princípio da Sustentabilidade.⁹²⁶

O atual avanço do Ativismo Judicial depende da cooperação e harmonização entre os poderes do Estado, conforme entendimento de Grinover⁹²⁷ “[...] os poderes, além de independentes devem ser harmônicos entre si para que os objetivos fundamentais do Estado sejam alcançados.”

⁹²⁴ TOLEDO, André de Paiva; GIOSTRI, Graziella Ferreira. **Direito, Sustentabilidade e direitos humanos** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: João Batista Moreira Pinto, Wilson Antônio Steinmetz, Maria Luiza Pereira De Alencar Mayer Feitosa – Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 301. Estado Socioambiental Democrático: uma análise do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental e humano judiciável. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/lsid56cz/ux0rMC3TRUz24WV8.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

⁹²⁵ “A sustentabilidade vincula ética e juridicamente, em sentido forte, pois se trata de princípio constitucional implícito, incorporado por normal geral inclusiva (CF, art. 5, par. 2.) a requerer eficácia direta.” FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade** - Direito ao futuro. Belo Horizonte: editora, 2012, p. 51.

⁹²⁶ POLI, Luciana; HAZAN, Bruno. A atuação do Poder Judiciário Brasileiro e sua contribuição para a construção do Estado Ambiental através da aplicação do Princípio da Sustentabilidade. **Revista Gestão e Sustentabilidade Ambiental**. Florianópolis, v. 2, n.1, p.20-46, abr./set. 2013, p. 24. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/gestao_ambiental/issue/view/99>. Acesso em: 10 jun. 2017.

⁹²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**. São Paulo, v. 7, n. 7, 2010. p. 13. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/1964/1969>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

Uma especial regulação e que possibilita extrair a relação do Meio Ambiente com a Sustentabilidade na CRFB/88 está no artigo 225⁹²⁸.

Desse modo, a despeito da dimensão criativa da interpretação constitucional, salienta Cittadino⁹²⁹ “[...] dimensão esta que está contida em qualquer processo hermenêutico, e, por isso, não coloca em risco, o Princípio da separação dos poderes”.

No mesmo sentido, insta enfatizar que a intervenção do poder Judiciário, parece ser uma das formas mais imediatas e eficazes no sentido da proteção do meio ambiente”.⁹³⁰

Oportuna a lição de Bodnar⁹³¹: “Extrair da norma toda a sua potencialidade de proteção ao meio ambiente é o grande norte interpretativo para o magistrado com consciência ecológica”.

Portanto, o poder Judiciário deve adotar uma postura ativa para conferir uma proteção mais adequada ao Meio Ambiente, o que é percebido através da

⁹²⁸ Traudção livre. “Una especial regulación y que posibilita extraer una relación de medio ambiente con sostenibilidad en la Constitución de la República de Brasil está en el artículo 225”. BASSO, Ana Paula; BRANDÃO Fernanda Holanda de Vasconcelos. **Una contribución al desarrollo sostenible: la fiscalidad como instrumento económico de protección ambiental**. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2016/03/Vol.-12-Madrid.pdf>>. p. 360. Acesso em: 11 out. 2017.

⁹²⁹ CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. **Revista ALCEU (Revista de Comunicação, Cultural e Política)**. Rio de Janeiro. v. 5, n.9, Jul./Dez, 2004, p. 105-113, p. 109. Disponível em: <http://publique.rdc.rio.br/revistaalceu/media/alceu_n9_cittadino.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2017.

⁹³⁰ MOREIRA, Nayara De Lima; SCHEFFLER, Stéfano Guimaraes. **Políticas públicas na defesa do meio ambiente: o descortinamento da teatralidade estatal**. Direitos sociais e políticas públicas I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: Antonio Gomes de Vasconcelos, Sebastião Sérgio Da Silveira, Julia Maurmann Ximenes – Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 514-529, p. 529. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/z3071234/5es4ta00/BWP3840MI0hbT71q.pdf>>. Acesso em: 22 mai. 2017.

⁹³¹ ZENILDO, Bodnar. O Poder Judiciário e a Tutela do Meio Ambiente. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 15, novembro de 2006. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edica_o015/Zenildo_Bodnar.htm>. Acesso em: 20 jun. 2017.

recente expansão do poder judicial, especialmente em decorrência do Princípio da Sustentabilidade.⁹³²

Para a intervenção eficaz do Judiciário, é preciso mudanças de paradigmas, nos dizeres de Calhao⁹³³, “[...] com fundamento nos direitos humanos e na *new management administration* do direito anglo-saxão, adaptado ao nosso sistema de *civil law*.”

A Sustentabilidade não pode ser concebida como mera opção, mas sim, como forma de orientar e concentrar todas as esferas do Poder para a concretização de um objetivo comum: a existência de vida na terra.⁹³⁴

Conforme ressalta Bodnar⁹³⁵ “É com juízes idealistas e indignados com os ataques perpetrados contra a mãe natureza que será possível ao Poder Judiciário desempenhar o seu papel transformador da sociedade”.⁹³⁶

Muito embora a postura ativista do Poder Judiciário revele benefícios sob o enfoque da concretização de direitos, incluindo a garantia ao Meio Ambiente sadio, ainda é preciso o aperfeiçoamento.

Nesse contexto de dúvidas, Britto⁹³⁷ propõe um deslocamento da questão do Ativismo Judicial para o que ele chama de Ativismo Constitucional⁹³⁸, a partir da

⁹³² SANCHES, Sidney. O Poder Judiciário e a tutela do meio ambiente. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília n. 99, jul./set. 1988, p. 27. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181855/000438727.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

⁹³³ Itálico no original. CALHAO, Antonio Ernani Pedrosa. **Presteza jurisdicional como paradigma na administração judiciária**. Tese de Doutorado em Direito. Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 2009, p. 128-129. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:livro:2010;000891453>>. Acesso em: 23 jul. 2017.

⁹³⁴ POLI, Luciana Costa. O ativismo judicial como ferramenta de implementação do Princípio da Sustentabilidade. **Revista NEJ - Eletrônica**, Vol. 18 - n. 2 - p. 179-195 / mai-ago 2013, p. 180. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4673/2585>>. Acesso em: 27 jun. 2017.

⁹³⁵ ZENILDO, Bodnar. O Poder Judiciário e a Tutela do Meio Ambiente. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 15, novembro de 2006. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao015/Zenildo_Bodnar.htm>. Acesso em: 20 jun. 2017.

⁹³⁶ ZENILDO, Bodnar. O Poder Judiciário e a Tutela do Meio Ambiente. **Revista de Doutrina da 4ª Região**.

afirmação: “O ativismo no Brasil é da Constituição e, não, dos juízes”, o que conduz a ideia do Ativismo Constitucional.⁹³⁹

Para Peter⁹⁴⁰: “[...] o ativismo constitucional seria uma prática comprometida com a concretização dos Direitos Fundamentais [...]”. Ademais, tal ativismo propõe alternativas em substituição ao positivismo:

i) direito é norma, porém não mais apenas a norma fechada cuja aplicação ocorre na metodologia do tudo ou nada (teoria das regras), mas também a norma aberta, ou seja, aquela que admite metodologias de ponderação e escolhas (teoria dos Princípios); ii) direito é norma que se fundamenta na dignidade da pessoa humana [...] iii) direito é norma, mas tal norma não é somente aquela que provém do processo legislativo típico (de autoria exclusiva do legislador), mas normas que também são provenientes de outras decisões de poder, tais como do Judiciário e do Executivo.⁹⁴¹

Em resumo, “[...] o ativismo constitucional é uma postura do jurista comprometido com a teoria normativa dos Princípios, por ser a mais adequada para a concretização dos direitos fundamentais [...] para a máxima efetividade da Constituição e seus preceitos”.⁹⁴²

Desse modo, compreende-se o Ativismo Judicial, ou ainda, Ativismo Constitucional, como sendo um comportamento proativo desempenhado pelo

⁹³⁷ BRITTO, Carlos Ayres. **Separação dos poderes na Constituição brasileira**. Revista de Direito Público. Brasília, v. 14, n. 59-60, p. 115-127, p. 121-123. jul./dez. 1981.

⁹³⁸ PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 62-87, p. 77. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3094>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

⁹³⁹ PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 62-87, p. 77. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3094>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

⁹⁴⁰ PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, p. 78.

⁹⁴¹ PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, p. 78.

⁹⁴² PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, p. 82.

Judiciário, com a justificativa de suprir ou corrigir deficiências das funções estatais, tendo como objetivo assegurar as normas constitucionais.⁹⁴³

É preciso redefinir o Ativismo Judicial, bem como o papel exercido pelo Poder Judiciário.

A concepção de Ativismo Judicial ora defendida, não corresponde a uma atuação ilimitada do juiz, o qual não pode julgar e decidir de acordo com suas convicções pessoais, sem atender à lei e às demais fontes do Direito.⁹⁴⁴

Por isso, não se pode confundir intervenção jurisdicional e discricionariedade com a possibilidade de ‘decisionismos’ por parte dos juízes e tribunais.

Faz-se necessário compreender que uma atitude proativa em casos como os destacados nesta pesquisa, não significa que os julgadores podem decidir como quiserem.⁹⁴⁵

Deve-se suplantar a herança do positivismo, com o desenvolvimento de um novo método hermenêutico que supere a concepção exegética-subsumtiva, e igualmente não seja dominado pelo Realismo Jurídico.⁹⁴⁶ Trata-se, de missão árdua e que não se pretende exaurir nesta pesquisa.

⁹⁴³ GALVÃO, Ciro di Benatti. **Ativismo judicial**: o contexto de sua compreensão para a construção de decisões judiciais racionais. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 88-99, p. 90. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3094>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

⁹⁴⁴ ALKIMIN, Maria Aparecida; DUTRA Lincoln Zub. **O ativismo judicial como meio de transformação do Estado Democrático de Direito**. Direito & Paz. São Paulo, SP: Lorena. Ano XVIII. n. 34. p. 300-318. 1º Semestre, 2016, p. 310. Disponível em: <<http://www.revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/search/search>>. Acesso em: 04 ago. 2017.

⁹⁴⁵ “A atividade do magistrado deve ser cautelosa e responsável, sob pena de desencadear um governo dos juízes, ou implementar juízes legisladores”. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 15.

⁹⁴⁶ STRECK, Lenio. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**, vol. 15, n. 1, jan./abril 2010, p. 166. Disponível em: <<https://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/2308/1623>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

No entanto, o juiz brasileiro que apresente uma postura ativista com viés constitucionalista, diferencia-se do juiz positivista e formalista e se assemelha ao juiz pragmático norte-americano, ou seja, aquele que procura a decisão que melhor atenda às necessidades presentes e futuras.⁹⁴⁷

Afasta-se da abstração e da insuficiência, o método pragmático apresenta atitude, com ações voltadas ao concreto, assimilando as consequências de cada ato.

Ressalta-se assim, que pelo fato do Pragmatismo ser considerado “[...] um antídoto para o formalismo⁹⁴⁸, a aproximação e impregnação de teorias anglo-americanas, em especial a pragmática, no ordenamento jurídico brasileiro, vêm de encontro com a concepção de um Judiciário que busca uma contínua melhoria nas condições de existência humana no planeta.⁹⁴⁹

A atitude de tal doutrina é nitidamente ativista, uma vez que o pragmatista aposta no desenvolvimento jurídico-social, através de um [...] ativismo judicial propriamente dito que é uma visão das competências e responsabilidades dos tribunais perante os outros órgãos do Estado.⁹⁵⁰

Como salienta Macêdo: “[...] o fenômeno do Ativismo Judicial se ampara em boa parte dos conceitos trazidos pelo pragmatismo jurídico, por meio do qual a interpretação e a aplicação do direito não são reféns dos enunciados legais”.⁹⁵¹

Um juiz pragmático tem como objetivo examinar o desenvolvimento e bem-estar da sociedade.⁹⁵²

⁹⁴⁷ POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 417.

⁹⁴⁸ POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 421.

⁹⁴⁹ ZENILDO, Bodnar. O Poder Judiciário e a Tutela do Meio Ambiente. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 15, novembro de 2006. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao015/Zenildo_Bodnar.htm>. Acesso em: 20 jun. 2017.

⁹⁵⁰ “O pragmatista crê no progresso [...] o ativismo judicial propriamente dito é uma visão das competências e responsabilidades dos tribunais perante os outros órgãos do Estado.” POSNER, Richard A. **Para além do direito**, p. 5.

⁹⁵¹ MACÊDO, Juliana Maria D’. Pragmatismo jurídico no Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito e Humanidades**. n. 25, 2013, p. 04. Universidade São Caetano do Sul: São Paulo. Disponível em: <http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/viewFile/2362/1558>. Acesso em: 10 set. 2017.

Na visão de Cirillo⁹⁵³, “[...] o pragmático não preconiza nenhuma teoria a respeito da verdade, muito menos uma teoria relativista; sua aferição do valor da investigação humana é feita em bases éticas.”

Nesse contexto, é possível reconhecer que o Pragmatismo é uma doutrina filosófica em sintonia com um modelo de sociedade moderna e Sustentável.

A matéria ambiental suscitou uma transformação no comportamento do Poder Judiciário. Pode-se dizer que o poder Judiciário brasileiro tem, cada vez mais, incorporado em seus julgados os novos Princípios do Direito ambiental⁹⁵⁴, dentre eles a Sustentabilidade em suas diversas dimensões.⁹⁵⁵

Os julgadores, atentos às demandas no mundo contemporâneo, devem, ao julgar o caso, não apenas aplicar o comando da lei, mas avaliarem as repercussões sociais, políticas, econômicas e ambientais.

Nessa mesma linha, Ferrara⁹⁵⁶ assinala que “[...] o juiz não é uma máquina de decidir; é um homem dotado de inteligência e de capacidade de pensar [...] portanto, a atividade jurídica de julgamento implica a utilização de conhecimentos extrajurídicos.”

É por meio do desenvolvimento de um raciocínio jurídico baseado em um Ativismo Constitucional, sem que seja produto de preferências morais ou subjetivas

⁹⁵² MACÊDO, Juliana Maria D'. Pragmatismo jurídico no Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito e Humanidades**, p. 4.

⁹⁵³ CIRILLO, Luis Fernando. Richard Rorty e Carlos Maximiliano: uma leitura pragmatista da interpretação jurídica. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**. Escola Paulista da Magistratura. Ano 15, n. 2. São Paulo, 2015. P. 83.

⁹⁵⁴ MOREIRA, Nayara De Lima; SCHEFFLER, Stéfano Guimaraes. **Políticas públicas na defesa do meio ambiente: o descortinamento da teatralidade estatal**. Direitos sociais e políticas públicas In: CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: Antonio Gomes de Vasconcelos, Sebastião Sérgio Da Silveira, Julia Maurmann Ximenes – Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 514-529, p. 528. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/z3071234/5es4ta00/BWP3840MI0hbT71q.pdf>>. Acesso em: 22 mai. 2017.

⁹⁵⁵ “[...] a sustentabilidade merece ser vista, ao mesmo tempo, como valor e como princípio [...] a sustentabilidade apenas pode ser compreendida como processo contínuo, aberto e integrativo de, pelo menos, cinco dimensões do desenvolvimento.” FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade - Direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 17.

⁹⁵⁶ FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. Tradução de Manuel A. Domingues de Andrade. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1987. p. 186-187.

do julgador, que se obterá a tão desejada segurança jurídica no Brasil, e por consequência, um ambiente mais saudável.

Assim, para Leite⁹⁵⁷: “[...] fica bem caracterizada a necessidade de conscientização da magistratura brasileira de sua função protetiva-ecológica quando da construção das decisões judiciais nas lides ambientais”.

Desse modo, evidencia-se que é cada vez mais amplo o consenso sobre a necessidade de assegurar a proteção ambiental, através da atuação do Judiciário. Nesse sentido, a participação de tal poder é essencial para construir a solução justa para cada caso concreto, e dar efetividade ao propósito da Sustentabilidade.

De modo geral, esta pesquisa, em conformidade com o contido no Relatório Brundtland⁹⁵⁸, traz uma mensagem de esperança, no sentido de implementação de uma nova era de cooperação internacional baseada na premissa de que todo ser humano, os que já existem e os que ainda virão, tem Direito à vida digna.

Conclui-se que está nas mãos dos cidadãos⁹⁵⁹ e, especialmente, dos operadores do Direito, o mundo que se quer construir, independentemente de qual tradição jurídica se é adepto.

⁹⁵⁷ LEITE, Paulo. **Constituição e a proteção de novos Direitos**: direitos difusos, bioética e direitos dos sistemas informatizados. Brasília, 2014, p. 32. Disponível em: <<http://www.idp.edu.br/docman/ebooks/1071-constituicao-e-a-protecao-dos-novos-direitos-direitos-difusos-bioetica-e-direitos-dos-sistemas-informatizados/file>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

⁹⁵⁸ COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. 2. ed. **Nosso Futuro Comum** –FGV: Rio de Janeiro, 1991, p. 68.

⁹⁵⁹ SESMA, Angélica Velasco. **La ética animal** – uma cuestión feminista. Ediciones Cátedra, Universitat de València, Madri, 2017,p. 307-308.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em sede de Considerações Finais, apresentar-se-ão os pontos conclusivos destacados a partir dos capítulos desenvolvidos, os quais sintetizarão as contribuições sobre o fenômeno da *Commonlização* do Processo Civil Brasileiro e sua aplicação na defesa dos interesses difusos em matéria ambiental.

De maneira específica, demonstrou-se que, no Brasil, há certa confusão e incerteza sobre a utilização da doutrina dos Precedentes, notadamente diante da implantação das Súmulas vinculantes, bem como da força das orientações jurisprudenciais, uma vez que o método e a técnica de operacionalização destes institutos não envolvem um aprofundamento da razão de decidir do caso concreto.

Para isto, no primeiro capítulo, destacou-se que, surgido na Inglaterra e, denominado “Direito Comum”, o Sistema Jurídico da *Common Law*, de tradição histórica distinta da *Civil Law*, representa a criação do Direito com base na postura ativista do poder Judiciário (*judge made law*) e não na atividade de elaboração das normas pelo legislador (*statute law*), cujos elementos centrais concentram-se na teoria dos Precedentes e no instrumento de distinção, o *distinguishing*, e na técnica de superação, denominada de *overruling*.

O que torna a natureza jurídica da tradição anglo-saxônica diversa do modelo romano-germânico da *Civil Law*, adotado, por exemplo, pelo Brasil, é que a fonte de análise dos casos concretos não está fundamentada no texto de lei, mas sim, nos fatos judiciais já apreciados pelo Judiciário em nível de Jurisprudência, os quais, de forma casuística e consuetudinária, tornam-se referências para os julgamentos posteriores.

Assim, na tradição *Common Law*, além das leis escritas (*statutes*), existem as decisões judiciais sumuladas (*stare decisions*) que representam a sedimentação dos julgados dos tribunais a que já se aplicou a regra do Precedente (*precedent*). Por consequência, a metodologia de interpretação na *Common Law* representa raciocínio indutivo, pois, dos casos, se extrai a regra que constituirá o

Direito, ao passo que, na *Civil Law*, a abordagem é dedutiva, já que da regra retira-se uma solução ao caso em análise.

No que diz respeito à adoção do Sistema Jurídico baseado no Direito comum, embora seguindo a mesma tradição da Inglaterra, a magistratura norte americana, recepcionou, de modo diverso, o mencionado Sistema Jurídico, vinculando-se a partir de ideias como a da supremacia da constituição, a doutrina vinculante do Precedente judicial (*case law*) e o respeito aos Direitos humanos fundamentais. Ainda, assim, é possível perceber que o Precedente judicial ou *Stare Decisis*, é o instituto comum às tradições inglesa e americana. Significa, isto dizer que, em ambos os sistemas, as decisões judiciais são elaboradas e apreciadas em conformidade com a doutrina do *Stare Decisis*, ou seja, com a teoria da regra do Precedente.

O Precedente, especificamente, representa uma prática de julgamento com base nas decisões tomadas em situações similares por meio de mecanismos que identifiquem a experiência comum ou as questões semelhantes entre os casos. Desta forma, a decisão judicial com potencialidade para se firmar como paradigma, tomada à luz de um caso concreto, serve como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos. O Precedente, portanto, soluciona o conflito objeto do caso concreto e, ainda, extrai uma regra ou um Princípio que seja aplicável, no futuro, em casos semelhantes.

A decisão, em si e, em sua origem, não se configura como regra abstrata ou Precedente. O que lhe confere esta característica é o fundamento da decisão (*Ratio Decidendi*) feito pelos magistrados nos casos futuros que, instados a se manifestarem sobre as decisões passadas, invocam tais decisões como modelos que os precedem. As razões fáticas que levaram à decisão da tese jurídica, que não se confunde com a fundamentação jurídica, são o verdadeiro significado de um Precedente.

No Precedente, as questões de Direito, notadamente o *holding* (aquilo que foi discutido e efetivamente decidido no caso anterior) e o *dictum* (aquilo que se

afirma na decisão), são resolvidas pelas Cortes e, de modo ordinário, seguidas por instâncias inferiores naqueles casos fáticos idênticos e futuros, proporcionando estabilidade e segurança jurídica aos jurisdicionados.

Além disso, o Precedente contém, em si, um Princípio, e este é o que forma a parte impositiva da decisão, denominada de razão de decidir (*Ratio Decidendi*), a qual deve indicar os fatos relevantes (*statement of material facts*), o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*) e o juízo decisório (*judgement*).

Nesse contexto, se a razão de decidir se apresenta como o fundamento determinante de uma decisão judicial, em que as teses jurídicas são pontos vinculantes aplicados nos casos futuros, a construção da decisão judicial demanda não somente a aplicação da lei, mas, ainda, a extração e aplicação do Precedente. E, a partir disto, o Direito passa a se tornar aquilo que o juiz diz que é, uma vez que, nesse sistema de Precedente, a função do magistrado passa a ser a de construir a tese jurídica e criar o Direito no caso concreto.

A mencionada função criativa dos juízes foi expandida, nos Estados Unidos, nas décadas de 1920 e 1930, por meio do movimento denominado Realismo Jurídico, cuja corrente de pensamento estava moderadamente conectado à noção de Pragmatismo Jurídico, como tendência filosófica para investigar a esfera cognitiva e psicológica de como os juízes decidem.

Ao seguir uma doutrina de Precedentes, o Sistema Jurídico mantém-se ligado à visão pragmática do Direito e às ideias de segurança jurídica e estabilidade ao vincular as decisões atuais com as razões de decidir elaboradas em casos semelhantes no passado. Nesse sentido, agindo pragmaticamente, o magistrado, na cultura jurídica norte americana, adequa os fatos presentes à realidade prática, de forma comprometida com as consequências sociais das decisões judiciais.

Em contrapartida, no segundo capítulo, examinou-se que a tradição do Sistema Jurídico da *Civil Law*, encontra sua fonte primária no texto legal e concentra a função do magistrado na aplicação desta norma legislativa genérica, cujo silogismo

lógico, deduz, por consequência dedutiva da técnica da Subsunção do fato à norma, a decisão no caso concreto.

Esta noção formalista do Direito conduziu a aplicação da lei à metodologia do silogismo, no qual a norma seria a premissa maior; a enunciação do fato, a premissa menor; e a decisão da sentença, a conclusão, firmando-se, assim, o Sistema Jurídico como modelo fechado e possivelmente alheio a realidade social circundante.

A partir de um sistema fechado e formalista, a norma – interpretação ou significado que surge diante da problematização do caso concreto - passou a ser confundida com o texto legal – sinal linguístico e, que, geraram, mais tarde, no Brasil, reflexos e confusões entre os institutos do Precedente judicial e as Súmulas vinculantes e, também, a necessidade das decisões judiciais se reportarem não apenas aos artigos de lei, Súmulas e ementas de julgamento, mas também as exposições dos elementos fáticos e jurídicos pelos quais o magistrado restou convencido.

No entanto, novos Direitos foram assegurados pelo Estado aos cidadãos, passando a base formal de Hermenêutica jurídica a sofrer significativas mudanças, dentre as quais se destacam a inserção do controle difuso de constitucionalidade e a argumentação principiológica, que ampliaram, sobremaneira, o poder de atuação dos juízes e tribunais. Daí porque, ao lado da técnica tradicional de Subsunção do fato à norma, como base da teoria clássica da decisão judicial, acrescentaram-se propostas pós-positivistas de superação do formalismo jurídico e de argumentação por meio dos casos difíceis (*hard cases*). Como exemplo de casos difíceis, a dissertação concentrou-se nas demandas envolvendo os conflitos de natureza ambiental, pois mencionadas controvérsias exigem do intérprete um afastamento da técnica clássica de julgamento – Subsunção – para aplicação da forma de Ponderação (ecológica).

A questão discutida é que a técnica da Ponderação para solucionar os casos difíceis implica na utilização, por parte dos juízes, de argumentos de

conotações morais ou políticas, deixando, por consequência, de aplicar a norma para criar o Direito. Assim, a técnica da Ponderação, se comparada a teoria dos Precedentes, aproxima as tradições jurídicas *Common Law* e *Civil Law*, na medida em que torna como uma das possíveis premissas para julgamento a construção argumentativa, e não apenas a aplicação mecânica da lei, desde que haja fundamentação e não existam arbitrariedades.

Entretanto, cada vez mais, a tradição continental brasileira constrói suas decisões jurídicas a partir do uso de instrumentos do sistema norte-americano. O Brasil, que é filiado ao sistema *Civil Law*, em razão da insuficiência da lei para expressar todas as possíveis conjecturas sociais, vem sofrendo com o excesso de divergência jurisprudencial e observando uma mutação no seu sistema de Hermenêutica, ou seja, está vivenciando os influxos do fenômeno de *commonlização*.

O sistema de Precedente “à brasileira” ou “*brazilian law*”, isto é, um sistema que não seja puramente de tradição *Civil Law*, e tampouco apresente as características essenciais do modelo *Common Law*, encontra-se positivado no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Novo Código de Processo Civil e, na seara ambiental, pode ser visto com a Jurisprudência sobre a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, em alusão a nomenclatura do Direito Anglo-Saxão; *disregard doctrine*. Conforme descrito na pesquisa, há Jurisprudência brasileira no sentido de aplicação da técnica do *distinguishing* indicando que determinado caso não poder ser utilizado com a mesma *Ratio Decidendi* dos anteriores e, por consequência, ocorreu o afastamento do Precedente.

Disto resulta, conforme ainda discutido no segundo capítulo, a falsa percepção de que as Jurisprudências e as Súmulas vinculantes representam a teoria dos Precedentes em solo brasileiro. Contudo, há uma diferença quantitativa entre os institutos, pois: para que se forme a Jurisprudência é indispensável um conjunto de decisões reiteradas, enquanto que, para que haja um Precedente, é suficiente apenas uma decisão de um tribunal superior. Além disto, as Súmulas vinculantes

diferem-se dos Precedentes porque são reconhecidas como função normativa, enquanto estes se enquadram como função jurisdicional do poder Judiciário.

Estabelecidas as premissas teóricas – entre os sistemas jurídicos *Common Law* e *Civil Law* - suas semelhanças e diferenças, o terceiro capítulo discutiu acerca do movimento da *Commonlização* do sistema processual cível brasileiro e a possibilidade da sua aplicação na seara ambiental, através de práticas originadas em solo estadunidense, como é o caso do Ativismo Judicial.

É no terceiro capítulo que é apresentada a abordagem do Ativismo Judicial, decorrente de uma visão que enseja do Judiciário um comportamento proativo de interpretação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/88. É neste momento que é realizado um paralelo entre o Ativismo Judicial, o Pragmatismo e o Direito Difuso ambiental.

Estabeleceu-se, a partir do artigo 3º da Lei n. 6.938/1981, o conceito de Meio Ambiente como macro bem e os interesses e Direitos difusos que se caracterizam pela indeterminação absoluta dos titulares, que estão ligados às circunstâncias de fato, e, por isso, são considerados indivisíveis.

Ademais, foi concluído que a existência de uma sociedade de risco impõe, por consequência, a necessidade de mudança na postura da atuação judiciária em âmbito nacional e internacional. Assim, a eficácia na proteção ambiental deve ser perquirida por meio de argumentação ativista, que alcance metas de Sustentabilidade.

Nesse sentido, a aproximação da tradição *Common Law* destaca outra fonte Hermenêutica e de criação do Direito, pautada no Pragmatismo Jurídico, corrente de pensamento que está inserida como ponto de equilíbrio entre o realismo e o formalismo jurídico, e que pode solucionar adequadamente as demandas judiciais, de modo a exigir dos juízes e tribunais uma participação efetiva na construção de decisões comprometidas com o Princípio da Sustentabilidade e em sintonia com as necessidades das presentes e futuras gerações.

Com o exame dos julgamentos acostados nesta dissertação, cujo ponto central diz respeito à proteção ambiental, evidenciou-se que os tribunais superiores, especialmente o Supremo Tribunal Federal, adotam, quando se trata de proteção ambiental, uma forte posição ativista, distinta da técnica da Subsunção do fato à norma, mas voltada para os interesses ambientais e a realidade do caso concreto, sem recair em arbitrariedades.

De igual modo, diante da análise dos julgamentos de tribunais pátrios, evidenciou-se que o Sistema Jurídico brasileiro vem apresentando uma postura ativista nas demandas ambientais, se aproximando do pensamento norte-americano pragmático de construção da decisão judicial, resultado derivado do fenômeno da *Commonlização* em solo brasileiro, restando, portanto, confirmada a hipótese inicialmente proposta nesta pesquisa.

No tocante a atuação criativa dos juízes e tribunais, sem usurpação das competências legislativas, através desta pesquisa, foi possível concluir acerca da efetiva possibilidade de aplicação do Ativismo Judicial em outro contexto, qual seja: a promoção de prática ativista denominada de Ativismo Judicial constitucional, a qual visa concretizar normas e Direitos ambientais constitucionais.

Por último, restou evidenciado a força com que a Jurisprudência vem se infiltrando no ordenamento pátrio, de forma mais intensificada com o advento do Novo Código de Processo Civil, em nítida alusão à tradição *Common Law*, sendo, portanto, o Direito chamado a refletir sobre um novo modelo hermenêutico de prestação jurisdicional, o qual exige do juiz uma postura ativa, responsável e comprometida com a Sustentabilidade e os reais anseios da sociedade contemporânea.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABBOUD, Georges. Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante – A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues. Precedentes e evolução do direito. **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ABBOUD, George; LUNELLI, Guilherme. **Ativismo judicial e instrumentalidade do processo**. diálogos entre discricionariedade e democracia. Revista de Processo. v. 242. São Paulo: RT, 2016.

ABBOUD, Georges. STRECK, Lenio Luiz; **O que é isto** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. **O que é isto**: o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo e superação do positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri. DUARTE, Écio Oto. **Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico**. São Paulo: Método, 2008.

ALKIMIN, Maria Aparecida; DUTRA Lincoln Zub. **O ativismo judicial como meio de transformação do Estado Democrático de Direito**. Direito & Paz. São Paulo, SP: Lorena. Ano XVIII. n. 34. p. 300-318. 1º Semestre, 2016, p. 310. Disponível em: <<http://www.revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/search/search>>. Acesso em: 04 ago. 2017.

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 86-87. In: LEITE, Paulo. **Constituição e a proteção de novos Direitos**: direitos difusos, bioética e direitos dos sistemas informatizados. Brasília, 2014, p. 32. Disponível em: <<http://www.idp.edu.br/docman/ebooks/1071-constituicao-e-a-protecao-dos-novos-direitos-direitos-difusos-bioetica-e-direitos-dos-sistemas-informatizados/file>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

ALLARD, Julie e GARAPON, Antoine. **Os Juízes na Mundialização**: a Nova Revolução do Direito, Instituto Piaget, 2006.

ALMEIDA, Vitor Luís. **A fundamentação das decisões judiciais no sistema do livre convencimento motivado**. Ano 1 (2012), n. 5, 2497-2536, p. 2498. Disponível em: <<http://www.idb-fdul.com/>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ANDRADE, Régis Willyan da Silva. A interpretação da decisão jurídica como uma questão essencial do Direito: De Kelsen a Dworkin até as Súmulas Vinculantes introduzidas na Constituição da República de 1988 por meio da Emenda

Constitucional 45/2004. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 75, p.89-98, jun. 2011.

ARMADA, Charles Alexandre Souza. O estado socioambiental de direito brasileiro e a concretização multidimensional da sustentabilidade. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.1, edição especial de 2015. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: 10 jun. 2017.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: Os Precedentes dos Tribunais Superiores e sua Eficácia Temporal. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. **O precedente vinculante e sua eficácia temporal no sistema processual brasileiro**. 2011. 274 f. p. 34. Dissertação (Mestre em Direito) – Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas, Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Recife, 2011. Disponível em: <http://www.unicap.br/tede//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=566>. Acesso em: 20 mar. 2017.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. Formação e aplicação do direito jurisprudencial: alguns dilemas. **Revista TST**, Brasília, v. 79, n. 2, abr/jun 2013, p. 120. Disponível em: <http://www.repositorio.ufop.br/bitstream/123456789/4765/1/ARTIGO_Forma%C3%A7%C3%A3oAplica%C3%A7%C3%A3oDireito.pdf>. Acesso em: 10 set. 2017.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. A função dos tribunais superiores. **Gênesis**: revista de direito processual civil, Curitiba, v. 9, n. 13, p.485-498, 1999.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica**: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de Common Law e Civil Law na sociedade contemporânea. Tese de doutorado. Curitiba, 2011, p. 169. Disponível em: <<http://pct.capes.gov.br/teses/2011/40003019006P4/TES.PDF>>. Acesso em: 14 mai. 2016.

_____. Um introdução à doutrina dos precedentes vinculantes e obrigatórios. **Revista Teoria Jurídica Contemporânea UFRJ**. Rio de Janeiro, abril, 2017, p. 152. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/download/8714/8530>>. Acesso em: 14 out. 2016.

_____. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARREIRO, Agustín Jorge. **Estudios sobre la Protección Penal Del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español**. Granada: Editorial Comares, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo** – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo – São Paulo: Saraiva, 2009.

BASSO, Ana Paula; BRANDÃO Fernanda Holanda de Vasconcelos. **Una contribución al desarrollo sostenible**: la fiscalidad como instrumento económico de protección ambiental. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2016/03/Vol.-12-Madrid.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2017.

BEARD, Charles A. **A Suprema Corte e a Constituição**. Tradução de Paulo Moreira da Silva. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

BECK, Ulrich. **O que é Globalização?** Equívocos do Globalismo. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Tradução de José Navarro, Daniel Jiménez, Maria Rosa Borrás. Barcelona: Ed. Paidós Ibérica, 1998, p. 14 e 25. Disponível em: <<http://davidhuerta.typepad.com/files/beck-ulrich-la-sociedad-del-riesgo-hacia-una-nueva-modernidad.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

BENJAMIN, Antonio Herman. Função Ambiental. **Dano Ambiental**: Prevenção, reparação e repressão, São Paulo: Revista dos Tribunais.

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BERMAN, Harold J. **Law and Revolution II**: the impact of the Protestant Reformation on the Western Legal Tradition. London: Harvard University Press, 1983.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. Título original: Teoria dell'ordinamento giuridico. São Paulo: EDIPRO, 2011.

_____. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Marcos Pugliese et al. São Paulo: Cone, 1995.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é – o que não é. 4. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros. 2004.

BRITTO, Carlos Ayres. **Separação dos poderes na Constituição brasileira**. Revista de Direito Público. Brasília, v. 14, n. 59-60, p. 115-127, p. 121-123. jul./dez. 1981.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13.105/2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 10 de nov. 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1998.

BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. **Legislação de direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Glossário Jurídico**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=S&id=382>. Acesso em: 3 Nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial**. Agravo em Recurso Especial n. 633879. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 14 de abril de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **Recurso Especial** da 2ª Turma n. 302906 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília 26 de agosto de 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. SEXTA CÂMARA CÍVEL. **Apelação Cível**. n. 0078647-26.2008.8.19.0001. Apelante Estado do Rio de Janeiro. Apelante José Rodrigues Lima e Apelados os mesmos. Relator Desembargador Nagib Slaibi. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/195180847/apelacao-apl-786472620088190001-rj-0078647-2620088190001/inteiro-teor-195180864>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial**. n. 1.111.743. Relator Luis Fux. 25 de fevereiro de 2010. Segunda Turma. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1379103&b=ACOR&p=true&l=10&i=7>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental**. Agravo Regimental na Reclamação n. 10.707. 28 de maio de 2014. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342420/agreg-na-reclamacao-rcl-10707-df-stf/inteiro-teor-159437885?ref=juris-tabs>>. Acesso em 12 nov. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** n. 1163267 (2009). Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200902060970>. Acesso em: 24 fev. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário**. RE n. 352940/SP, j. 25.04.2005, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 09.05.2005. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=64647>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário**. RE n. 407.688/SP, Pleno, j. 08.02.2006, m.v., rel. Min. Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=66391>>. Acesso em: 19 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** n. 132. Relator Ministro Joaquim Barbosa. DJ de 14 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança** nº 22.164-0/SP. Antônio de Andrada Ribeiro Junqueira versus Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário da Justiça da União, Acórdão Publicado em: 17 nov. 1995. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/745049/mandado-de-seguranca-ms-22164-sp>>. Acesso em: 28 jul. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 45-9 - **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 15 dez. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

_____. Tribunal Regional Federal 1ª Região. **Ação Civil Pública** n. 2000.39.02.000141-0/PA, 6ª T., j. 14.04.2008, rel. Des. Fed. Souza Prudente. Disponível em: <<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=2000.39.02.000141-0&secao=TRF1&pg=1&enviar=Pesquisar>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário** n. 417.408 /RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 20.03.2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1941850>>. Acesso em: 09 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento** n. 834.937 /MG, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 29.04.2014. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 07.09.2016.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. (2007) Número Registro: 2003/0221786-0 REsp 650728 / SC. Números Origem: 199804010519005 8900026933. Recurso Especial 650728/SC. Segunda Turma. Relator: Herman Benjamin. Julgado em 23 out. 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Default.aspxregistro=200302217860&dt_publicacao=02/12/2009>. Acesso em: 24 fev. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. ADI 1856, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 26/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-02 PP-00275 RTJ VOL-00220-01 PP-00018 RT v. 101, n. 915, 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. 2a Turma. **Recurso Extraordinário**. RE n. 153.531/SC. Relator para acórdão: Min. Marco Aurélio. 3 jun. 1997, maioria. DJ 13 mar. 1998. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/742303/recurso-extraordinario-re-153531-sc>. Acesso em: 12 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento**. AI n. 759543, Relator Ministro CELSO DE MELLO. 28 de outubro de 2013, publicado em DJe-222. Publicado em 11/11/2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000188631&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 09 jul. 2017.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Argumentação contra legem**: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CALHAO, Antonio Ernani Pedroso. **Presteza jurisdicional como paradigma na administração judiciária**. Tese de Doutorado em Direito. Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 2009, p. 128-129. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:livro:2010;000891453>. Acesso em: 23 jul. 2017.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

CAMBI, E. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Coimbra. Almedina, 1993. p. 168. In: LEITE, Paulo. **Constituição e a proteção de novos Direitos**: direitos difusos, bioética e direitos dos sistemas informatizados. Brasília, 2014, p. 32. Disponível em: <http://www.idp.edu.br/docman/ebooks/1071-constituicao-e-a-protecao-dos-novos-direitos-direitos-difusos-bioetica-e-direitos-dos-sistemas-informatizados/file>. Acesso em: 16 jul. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado Constitucional Ecológico e democracia sustentada. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato. **Estado de Direito Ambiental: tendências**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

CAPELLA, Vicente Bellver. Ecología: de las razones a los derechos. Granada: Ecorama, 1994, p. 248. In: FARIAS, Talden, COUTINHO, Francisco Seráfico da

Nóbrega Coutinho (coords). **Direito Ambiental- O meio Ambiente E Os Desafios Da Contemporaneidade**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

CAPRA, Fritjof. **O Ponto de mutação**: a ciência, a sociedade e a cultura emergente. 25. ed. São Paulo: Cultrix, 1982.

CARNIO, Henrique Garbellini; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, Édson Ferreira de. **Meio Ambiente & Direitos Humanos**. 1. ed., Curitiba: Juruá, 2006.

CARVALHO, Mayara de; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. **A insuficiência da compreensão de Direito a partir da regulação**: o exemplo do realismo jurídico estadunidense. In: CONPEDI - A HUMANIZAÇÃO DO DIREITO E A HORIZONTALIZAÇÃO DA JUSTIÇA NO SÉCULO XXI, 23, 2014, João Pessoa: UFPB, 2014.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. In: Revista de Direito Comparado, Belo Horizonte: Mandamentos, n. 3, 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria e crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito**: Estados Unidos x Brasil. Florianópolis: IBRADD/CESUSC, 2001.

CATTONI, Marcelo Andrade de Oliveira. **Direito, política e filosofia**: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CIRILLO, Luis Fernando. Richard Rorty e Carlos Maximiliano: uma leitura pragmatista da interpretação jurídica. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**. Escola Paulista da Magistratura. Ano 15, n. 2. São Paulo, 2015.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. **Revista ALCEU (Revista de Comunicação, Cultural e Política)**. Rio de Janeiro. v. 5, n.9, Jul./Dez, 2004, p. 105-113, p. 105. Disponível em: <http://publique.rdc.rio.br/revistaalceu/media/alceu_n9_cittadino.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2017.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial. 14. ed. Saraiva. São Paulo. 2003.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. 2. ed. **Nosso Futuro Comum** –FGV: Rio de Janeiro, 1991.

COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e método**: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

COSTA, Eder Dion de Paula. **Considerações sobre o sistema jurídico**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 37, 2002.

COSTA, Rafael de Oliveira; BUZETTI, Bruno Starke; SILVA da, Lanaira. Raciocínio moral (moral reasoning) e raciocínio jurídico (legal reasoning) no exercício da jurisdição constitucional. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. n. 49 p. 142 a 195 jul/dez 2016. p. 143. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Direito%2049_artigo%205,2.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2017.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da; MILARÉ, Édis. **Direito penal ambiental**. São Paulo: Millennium, 2002.

CRISTO, Alessandro; VASCONCELLOS, Marcos de. Ativismo judicial é uma imbecilidade que inventaram.04 de agosto de 2013. **Revista Consultor Jurídico ConJur**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-ago-04/entrevista-nelson-nery-junior-professor-advogado-parecerista>. Acesso em: 24 fev. 2017.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**. 4. ed. New York: Oxford University Press, 2004.

CRUZ, Paulo Márcio; GLASENAPP, Maikon Cristiano. Governança e Sustentabilidade. **Revista Direito e Liberdade**. RDL – ESMARN – v. 16, n. 2, p. 163-186, maio/ago. 2014, p. 164-165. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/viewFile/699/602>. Acesso em: 11 jul. 2017.

CRUZ, Paulo Márcio. **Da Soberania à Transnacionalidade**. Itajaí: UNIVALI Editora, 2011.

_____. **Fundamentos do direito constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2006.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Variações sobre precedentes judiciais vinculantes e persuasivos**. Revista Magister de direito civil e processual civil, Porto Alegre, v. 1, n. 5, mar./abr. 2005.

_____. **Precedente judicial como fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CUNHA, Leonardo José Carneiro. As causas repetitivas e a necessidade de um regime que lhe seja próprio. **Revista Faculdade de Direito do Sul de Minas**. Pouso Alegre, v. 25, 2009.

CUTANDA, Blanca Lozano. **Derecho ambiental administrativo**. 11 ed. Madri: La Ley, 2010.

DEL CABO, Antonio. **Constitucionalismo, mundialização e crise del concepto de soberania**: algunos efectos em América Latina y e Europa. Alicante: Publicaciones Universidad de Alicante, 2000.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil, Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. v. 1. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

DIMOULIS, Dimitri. **Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução ao estudo do direito**. 6. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1994.

DONIZETTI, Elpídio. **A força dos Precedentes no Novo Código de Processo Civil**. Revista Unifacs, 2015, p. 18. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3446/2472>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. **Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade**. Salvador: Editora JusPodivm. Disponível em: <<http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/ativismo%20soltas.pdf>>. Acesso em: 4 jan. 2017.

DIMOULIS, Dimitri. **O caso dos denunciante injejosos**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DINAMARCO, R. Cândido. "O Poder Judiciário e o Meio Ambiente". **Revista dos Tribunais** n. 631, ano 77, p. 24-28, São Paulo: Revista dos Tribunais, maio, 1988.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução ao estudo do direito**. 6. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1994.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. New York: Cambridge University Press, 2008.

_____. **The authority of precedent**: two problems. Legal Theory Workshop Series. Faculty of Law. University of Toronto. 2005.

DWORKIN, Ronald. Los Derechos em serio. Barcelona: Ariel, 1989. p. 146. In: LEITE, Paulo. **Constituição e a proteção de novos Direitos**: direitos difusos, bioética e direitos dos sistemas informatizados. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.idp.edu.br/docman/ebooks/1071-constituicao-e-a-protecao-dos-novos-direitos-direitos-difusos-bioetica-e-direitos-dos-sistemas-informatizados/file>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

EISENBERG, José. Pragmatismo jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paula (Org). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006.

ESPANHA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponível em: <<http://legislacion.derecho.com/ley-organica-10-1995-del-codigo-penal>>. Acesso em: 20 out. 2017.

FARIA, Guiomar T. Estrella. **Interpretação econômica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2008.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. **Do positivismo ao pós-positivismo jurídico**: O atual paradigma jusfilosófico constitucional. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 20 mai. 2016.

FERNANDEZ, Atahualpa. **Argumentação jurídica e hermenêutica**. São Paulo: Imprensa Jurídica, 2009.

FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. Tradução de Manuel A. Domingues de Andrade. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1987.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERRER, Gabriel Real. La construcción del Derecho Ambiental. **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental** (Pamplona, Espanha), n. 1, 2002, p. 347-368. p. 354. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5128/2688>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

FERRER, Gabriel Real. **Calidad de vida, médio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía**. Construimos juntos el futuro? Revista NEJ- Eletrônica, Vol. 17 - n. 3, set-dez 2012. Disponível em: www.univali.br/periodicos. Acesso em 19 de out. de 2017.

FERRER, Gabriel Real; GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. **Sustentabilidade**: Um novo paradigma para o Direito. Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 19 - n. 4 - Edição Especial 2014.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 11. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Princípios do Direito Processual Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2010.

FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade. Coord. Da tradução Carlos Alberto Salles; tradução Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade** - Direito ao futuro. Belo Horizonte: editora, 2012.

FREITAS, Lorena de Melo. **O realismo jurídico como pragmatismo**: a retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito. 2009. 168 f. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas), Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009, p. 32. Disponível em: <<http://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/3681>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

GABRICH, Frederico de Andrade. **O Caráter Normativo dos Princípios**. Revista Forense: Rio de Janeiro, v. 393, p. 105-124, set-out de 2007. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/776>>. Acesso em: 11 fev. 2017.

GALIO, Morgana Henicka. **Overruling**: a superação do precedente no direito brasileiro. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

GALIO, Morgana Henicka. **Vinculação aos Precedentes**: crítica e reflexão acerca da segurança jurídica e eficácia do Judiciário. In: IOCOHAMA, Celso Hiroshi; ORSINI, Adriana Goulart de Sena. (Coord.) Processo e Jurisdição I: XXIII Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 19. Disponível em:

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=68ff9c82826dcda9>>. Acesso em: 06 ago. 2017.

GALVÃO, Ciro di Benatti. **Ativismo judicial**: o contexto de sua compreensão para a construção de decisões judiciais racionais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 88-99, p. 90. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3094>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

GIMERÁ, Higuera, J. F. **La protección penal de los animales en España**. Documentación Jurídica, num. 79, Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 1994.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano**. 1. ed. Brasília: edição do autor, 2013.

GONÇALVES, Oksandro. **Desconsideração da personalidade jurídica**. Curitiba: Juruá, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. rev.amp. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**. São Paulo, v. 7, n. 7, 2010. p. 13. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/1964/1969>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

HANSFORD; Thomas G.; SPRIGGS II, James F. **The Politics of precedent on the U.S. Supreme Court**. Princeton: Princeton University Press, 2008.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 5. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

HEIL, Danielle Mariel. **A hiperintegração do Direito**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

_____. O sacrifício de animais em cultos religiosos à luz da Constituição da República Federativa do Brasil e da Ética. In: Ana Selma Moreira (Org.) **Eu Sou Animal**. Joinville: Manuscritos Editora, 2017.

HEIL, Danielle Mariel; STAACK, André Luiz. O Realismo Jurídico norte-americano e sua influência argumentativa nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista da Graduação e especialização em Direito. Raízes Jurídicas**. Curitiba, v. 9, n. 1, jan/jun. 2017, p. 84-85. Disponível em: <http://ojs.up.com.br/index.php/raizesjuridicas/article/view/453/pdf_32>. Acesso em: 8 set. 2017.

HEIL, Danielle Mariel; SOUZA NETO, Mauro Granemann. Jurisprudência não se tem. Cria-se! **Empório do Direito**. Junho 2016. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 10 set. 2017.

HEIL, Danielle Mariel; HARTKE, Suzete Habitzreuter. Controle de Constitucionalidade brasileiro à luz do ativismo judicial e do sistema common law. **Revista da UNIFEBE**. Brusque, v. 1, n. 13, 2014.

HOLMES Jr., The common law. In: GIACOMUZZI, José Guilherme. As Raízes do Realismo Americano: breve esboço acerca de dicotomias, ideologia, e pureza no Direito dos USA. **Direito & Justiça** v. 31, n. 2, ano XXVII, 2005, p. 155-190, p. 167. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1273861039.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2016.

HORTA, André Frederico; NUNES, Dierle. Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/15: uma breve introdução. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodium, 2015.

HUGHES, Graham. Common Law Systems. In: MORRISON, Alan. **Fundamentals of American Law**. Nova York: Oxford University Press, 1996.

IVO, Gabriel. **Norma jurídica**: produção e controle. São Paulo: Noeses, 2007.

JAMES, William. **Pragmatismo e outros textos**. 2 ed. Tradução de Jorge Caetano da Silva e Pablo Rubén Mariconda. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

JAMES, Barbara. **Lo que tu debes saber sobre los derechos de los animales**. Ed. Lóquez Lector Joven, Salamanca, 1996, p. 131-132.

JUNIOR, Walter Guandalini. Da subsunção à argumentação: perspectivas do raciocínio jurídico moderno. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, n. 54, 2011, p. 149. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/30734/19847>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **A importância dos direitos fundamentais para o sistema de Precedentes**. Dissertação (Mestrado). Florianópolis, 2015, p. 303. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/135144/334392.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 12 abr. 2016.

KRISHAN, Kumar. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna**: novas teorias sobre o mundo contemporâneo. Tradução Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2. ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LAKATOS, E. M; MARCONI, M. de A. **Fundamentos da metodologia científica**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 1991.

LEFF, Enrique. **Racionalidad Ambiental**. La reapropiación social de la naturaleza. San Ángel, México DF: Siglo Veintiuno Editores, 2004.

LEITE, Paulo. **Constituição e a proteção de novos Direitos**: direitos difusos, bioética e direitos dos sistemas informatizados. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.idp.edu.br/docman/ebooks/1071-constituicao-e-a-protecao-dos-novos-direitos-direitos-difusos-bioetica-e-direitos-dos-sistemas-informatizados/file>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

LÓPES MEDINA, Diego Eduardo. **Teoría impura del derecho**: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana. Bogotá: Legis, 2004.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando. **El Derecho ambiental como derecho de la función pública de protección de los recursos naturales**. Revista de Derecho Ambiental n. 13, 1994.

LORENZZETTI, Ricardo. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LOSANO, Mario. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LOURENÇO, Haroldo. Precedente Judicial como Fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. In: **Revista Temas Atuais de Processo Civil**, v. 1, n. 6, dez. 2011, p. 18. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011->>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

LUCHETE, Felipe; MORAES, Claudia. **RevistaConsultor Jurídico**, 8 de janeiro de 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-08/entrevista-ricardo-dip-presidente-direito-publico-tj-sp>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. **Rhetoric and the Rule of law**: A theory of Legal Reasoning. New York: Oxford University Press, 2009.

_____. **Retórica e o Estado de Direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo). Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACÊDO, Lucas Buril de. Contributo para a definição de ratio decidendi na teoria brasileira dos precedentes judiciais. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.) **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015.

MACÊDO, Juliana Maria D'. Pragmatismo jurídico no Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito e Humanidades**. n. 25, 2013, p. 02. Universidade São Caetano do Sul: São Paulo. Disponível em: <http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/viewFile/2362/1558>. Acesso em: 8 set. 2017.

MACHADO, Edgar da Mata. **Teoria Geral do Direito**; Introdução ao Direito. 4. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MALDONADO, Manuel Arias. **Sueño y Mentira del Ecologismo – Naturaleza, Sociedad, Democracia**. Madrid: Siglo XXI de España Editores S.A., 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**. São Paulo: revista dos Tribunais, 2014.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPELLI, Sílvia. **Direito ambiental**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**. Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Eficácia vinculante**: a ênfase à ratio decidendi e à força obrigatória dos precedentes. Revista de Processo, São Paulo, v. 184, 2010.

_____. Aproximação crítica entre as jurisdições de Civil Law e de Common Law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n.49, p.11-58, 2009, p. 14. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/17031/11238>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTÍN MATEO, Ramón. **Tratado de Derecho Ambiental**. v. 1. 1. ed. Madrid: Civitas, 1991.

MARTÍN MATEO, Ramón. **Manual de Derecho Ambiental**. 3. ed. rev., ampl. Navarra: Editorial Arazandi, 2003.

MARTÍNEZ-PARETS, Fernando de Rojas. **Los espacios naturales protegidos**. Editorial Thomson Arazandi: Navarra 2006.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O ativismo judicial e a ordem constitucional. Revista **Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC n. 18 – jul./dez. 2011, p. 27. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-023-Artigo_Ives_Gandra_da_Silva_Martins_\(O_Ativismo_Judicial_e_a_Ordem_Constitucional\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-023-Artigo_Ives_Gandra_da_Silva_Martins_(O_Ativismo_Judicial_e_a_Ordem_Constitucional).pdf)>. Acesso em: 25 jun. 2017.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A cultura do jurista**. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 2, 1993.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos Cebrap**, 2000, n. 58, p. 191-192. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>>. Acesso em: 11 fev. 2017.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos, Constituição e tratados internacionais**: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MEDINA, J. M.G. CPC Código de Processo Civil Comentado. **Com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELO, Milena Petters. O patrimônio comum do constitucionalismo contemporâneo e a virada biocêntrica do “novo” constitucionalismo latino-americano. **Revista Novos Estudos Jurídicos** – Eletrônica. Vol. 18 - n. 1 - p. 74-84 / jan-abr 2013. p. 77-78. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/4485/2478>> . Acesso em: 06 ago. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The civil law tradition**: na introduction to the legal systems os Europe and Latin America. 3. ed. Califórnia: Stanford University Press, 2007.

MCCALLUM, Margaret; SCHMEDEMANN, Deborah A.; KUNZ, Christina L. **Synthesis**: legal reading reasoning and writing in Canada. 2. ed. Toronto: CCH Canadian, 2008.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco – doutrina, jurisprudência e glossário. 6. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

_____. O problema do controle judicial das omissões estatais lesivas ao meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, v. 30, Abr./Jun., 2003, p. 41. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26632-26634-1-PB.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2017.

MONGUIÓ, José María Pérez; RODRÍGUEZ, Luis Ramón Ruiz; GONZÁLEZ, Maria Paz Sánchez. **Los animales como agentes y víctimas de daños**. Editorial Bosh, Barcelona, 2008.

MOSTAFA, Solange Puntel. O pragmatismo clássico americano e a filosofia da diferença: questões para a educação. **Revista Contrapontos**. Itajaí, SC., v. 13, n. 2, p. 120-129, ago. 2013. p. 120. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rc/article/view/4217/2621>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Luís Carlos Silva de. **Curso de Direito Ambiental**. São Paulo. Ed. Atlas. 2001.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; MAIA, Maurílio Casas. **Julgado não é sinônimo de Precedente**: distinção que você deveria saber para evitar confusões na fundamentação dos julgados. 20 jul. 2015. Disponível em: <<http://emporiadodireito.com.br/julgado-nao-e-sinonimo-de-precedente-distincao-que-voce-deveria-saber-para-evitar-confusoes-na-fundamentacao-dos-julgados-kahneman-e-os-sistemas-s1-e-s2-por-alexandre-morais-da-rosa-e-maurilio-c/>>. Acesso em: 17 abr. 2016.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

MORAES, Raimundo de Jesus Coelho de. Judicialização do licenciamento ambiental no Brasil: excesso ou garantia de participação. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 10, n. 38, Abr./Jun., 2005, p. 216. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/89938>>. Acesso em: 05 de jul. 2017.

MOREIRA, Nayara De Lima; SCHEFFLER, Stéfano Guimaraes. **Políticas públicas na defesa do meio ambiente**: o descortinamento da teatralidade estatal. Direitos sociais e políticas públicas. Organização CONPEDI/UFGM/ FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: Antonio Gomes de Vasconcelos, Sebastião Sérgio Da Silveira, Julia Maurmann Ximenes. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 525. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/z307l234/5es4ta00/BWP3840MI0hbT71q.pdf>>. Acesso em: 22 mai. 2017.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Função das súmulas e critérios para aferir sua validade, vigência e aplicabilidade. Interpretação e estado de direito. In: BARRETO, Aires Fernando; et al. (coord.). **Interpretação e estado de direito**. São Paulo: Noeses, 2006.

_____. **Fontes do direito tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

NALINI, José Renato. **O futuro das profissões jurídicas**. São Paulo: Oliveira Medes, 1998.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro**. Salvador: Juspodium, 2014.

NUNES, Dierle. **Novo CPC**: Fundamentar decisões judiciais com amplitude e profundidade é cada vez mais necessário. 2014. Disponível em: <<http://justificando.com/2014/10/23/fundamentar-decisoes-judiciais-com-amplitude-e-profundidade-e-cada-vez-mais-necessario/>>. Acesso em 01 ago. 2016.

_____. Comparticipação e policentrismo. **Horizontes para a democratização processual civil**. 2008. 217f. Tese (Doutorado) em Direito Processual. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2008.

OLLER, SALA, M. Dolors. **Un futuro para la democracia**: una democracia para la gobernabilidad mundial. Barcelona: Cristianisme i justícia, 2002.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Discurso de aplicação e direito fundamentais: autonomia pública e autonomia privada no Estado Democrático de Direito. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freira; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). **Direito Civil**: Atualidade III. Princípios Jurídicos no Direito Privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

ORTEGA ÁLVAREZ, L. **Lecciones de Derecho del Medioambiente**. 3ª ed., Valladolid: Lex Nova, 2002.

PASCUAL, Doménech G. **Bienestar animal contra derechos fundamentales**, Ed. Atelier, Barcelona, 2004.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PETER, Christine Oliveira. **Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015.

PINTO, Pedro Duarte. **Revista Eletrônica de Direito Processual REDP**. v. XII, ano 7, 2013. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, p. 606. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/8693/6565>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

PINTO COELHO, Saulo de Oliveira; ARAÚJO, André Fabiano Guimarães de. A sustentabilidade como princípio constitucional sistêmico e sua relevância na efetivação interdisciplinar da ordem constitucional econômica e social: para além do ambientalismo e do desenvolvimentismo. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia**, Uberlândia, v. 39, n. 1, 2011, p. 263. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18499>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

PODESTÁ, Fábio Henrique. A ideologia das decisões judiciais em matéria de contratos. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **A outra face do judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005.

POLI, Luciana Costa. O ativismo judicial como ferramenta de implementação do princípio da sustentabilidade. **Revista NEJ - Eletrônica**, v. 18, n. 2, p. 179-195. mai-ago. 2013, p. 190. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4673/2585>>. Acesso em: 27 jun. 2017.

POLI, Luciana; HAZAN, Bruno. A atuação do Poder Judiciário Brasileiro e sua contribuição para a construção do Estado Ambiental através da aplicação do princípio da sustentabilidade. **Revista Gestão e Sustentabilidade Ambiental**. Florianópolis, v. 2, n.1, p.20-46, abr./set. 2013, p. 24. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/gestao_ambiental/issue/view/99>. Acesso em: 10 jun. 2017.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a Common Law, Civil Law e o Precedente judicial**. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. 10 de maio de 2010, p. 10. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/sergio%20porto-formatado.pdf>>. Acesso em: 8 set. 2017.

POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **Para além do direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

PREDIGER, André Eduardo Schröder. **Da concretização do direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado**. 2007. 130 f. Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul. Disponível em: <http://www.unisc.br/cursos/pos_graduacao/mestrado/direito/corpo_discente/2007_dissertacoes/andreprediger.pdf>. Acesso: 10 ago. 2016.

RADBRUCH, Gustav. **O espírito do Direito inglês e a jurisprudência anglo-americana**. Tradução de Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes. **Direito, literatura e a construção do saber jurídico**: Paulo Leminski e a crítica do formalismo jurídico. Brasília, a. 49 n. 196, out./dez. 2012. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496629/000967071.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 14 fev. 2016.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Henrique Carlos. **Mutação constitucional**: constituição e identidade constitucional evolutiva. Curitiba: Juruá, 2013.

RAMOS, Vinícius Estefaneli. Teoria dos Precedentes judiciais e sua eficácia no sistema brasileiro atual. **Jus Navigandi**, n. 3621. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24569>>. Acesso em: 4 mai. 2016.

RE, Edward D. Stare Decisis. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. **Revista Forense**, v. 327, 1990.

REALE, Miguel. **A teoria tridimensional do Direito**. Lisboa: Imprensa Nacional: Casa da Moeda, 2003.

_____. **Lições Preliminares do Direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva. 2001.

REDONDO, Bruno Garcia. **Aspectos essenciais da teoria geral do precedente judicial**: identificação, interpretação, aplicação, afastamento e superação. Revista de Processo. Ano 38, vol. 217, mar. 2013.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e Estado de Direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 4, n. 1, 2009. Disponível em: <<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs->

2.2.2/index.php/revistadireito/article/view/7028#.VsHc4bQrLIU>. Acesso em: 10 mar. 2016.

RIBEIRO, Fabio Túlio Correia; CAVALCANTE, Henrique Costa. O realismo jurídico. **Revista da Esmese - Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe, Aracaju**, n. 7, p. 301-322. p. 305. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/22385/realismo_juridico.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2016.

ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes judiciais**: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000.

SANCHES, Sidney. O Poder Judiciário e a tutela do meio ambiente. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília n. 99, jul./set. 1988, p. 27. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181855/000438727.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Sociología jurídica crítica: para um nuevo sentido común en el derecho. **Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales**. Año I, n. 2, 2009. Disponível em: <<http://www.derecho.uaslp.mx/Documents/Revista%20REDHES/N%C3%BAmero%202/Redhes2-10.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

SANTOS, Ramon Alberto dos; ARAÚJO, Renê José Cilião de. **Common Law e Civil Law**: uma análise dos sistemas jurídicos brasileiro e norte-americano e suas influências mútuas. VII EPCC-Encontro Internacional de Produção Científica CESUMAR. 25 a 28 de outubro de 2011. Paraná, 2011, p. 3. Disponível em: <http://www.cesumar.br/prppge/pesquisa/epcc2011/anais/ramon_alberto_dos_santos.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Sociología jurídica crítica: para um nuevo sentido común en el derecho. **Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales**. Ano I, n. 2, 2009, p. 188. Disponível em: <<http://www.derecho.uaslp.mx/Documents/Revista%20REDHES/N%C3%BAmero%202/Redhes2-10.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: KRELL, Andreas J.; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. SARLET, Ingo Wolfgang. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: alguns aspectos controversos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 19, jul/ago/set. 2009.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SELLERS, Mortimer Newlin Stead. The Doctrine of Precedent in the United States of America (September 3, 2008), p. 1. **American Journal of Comparative Law**, v. 54, n. 1, 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1262933>>. Acesso em 10 dez. 2016.

SESMA, Angélica Velasco. **La ética animal – una cuestión feminista**. Ediciones Cátedra, Universitat de València, Madri, 2017, p. 100.; CASTELO, Carmen Velayos. **La dimensión moral del ambiente natural: ¿necesitamos una nueva ética?** Comares: Granada, 1996.

SESMA, Victoria Iturralde. **El Precedente en el Common Law**. Madrid: Civitas, 1995.

SÉROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano**. São Paulo: Landy, 2001.

SILVA, Andrey G.; HEIL, Danielle Mariel. Commonlização no processo jurídico brasileiro: o direito a partir da common law. **ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**, n. 15. Ano VIII, p. 98, Curitiba: jul/dez 2016. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima15/artigo-7.-commonlizacao-revista-anima.pdf>>. Acesso em: 8 set. 2017.

_____. O Direito Jurisprudencial Ambiental brasileiro à luz da *Common Law*. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL, 4., 2016, São Paulo. **Anais do IV Congresso Internacional de Direito Ambiental Internacional. Governança Ambiental Global**. São Paulo: Editora Universitária Leopoldianum, 2016, p. 229-250, p. 239. Disponível em: <<http://www.unisantos.br/wp-content/uploads/2016/10/DAI-2016.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

SILVA, Emanuel Maciel da. O problema da tendência uniformizadora das decisões judiciais diante da força descentralizadora do federalismo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, ano 19, v. 75, p. 359-378, 2011.

SILVA, Frederico Silveira e. **O decisionismo de Carl Schmitt e sua relação com a discricionariedade e a medida provisória**. Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 39, p. 36-43, out./dez. 2007, p. 37-40. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/945/1118>>. Acesso em: 24 ago. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Maria Coeli Nobre da; LEITE; Maria Oderlânia Torquato. **O Microsistema dos precedentes judiciais vinculantes em contexto de uma reforma judiciária**

inconclusa. p. 478. In: CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – CONPEDI, 2015, Florianópolis, Anais eletrônicos. Florianópolis, 2015. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/5mojv6ev/C52T8x5OmFP2n6Z3.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O Judiciário e as políticas públicas**: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Aspectos do multiculturalismo e suas implicações no direito penal: o caso brasileiro. **Revista dos Tribunais**: São Paulo, v. 925, ano 101, p. 206-229, nov. 2012.

SOARES, Guido Fernandes Silva. **Common Law**: introdução ao direito dos EUA. São Paulo: Saraiva, 1999.

SOARES, Marcos José. **A ratio decidendi dos precedentes judiciais**. Revista de Direito Processual. Editora Fórum, – RDBPro, Belo Horizonte, v. 22, n. 85, jan./mar. 2014, p. 07. Disponível em: <http://www.academia.edu/27350310/A_ratio_decidendi_dos_precedentes_judiciais>. Acesso em: 14 abr. 2016.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 2011, p.175- 176; ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais**: Racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC! **Consultor Jurídico**, 21 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

_____. A crítica hermenêutica do Direito e a questão da discricionariedade judicial. **Revista Direito e Liberdade** – RDL – ESMARN – v. 18, n. 1, p. 221-245, jan./abr. 2016, p. 239. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/viewFile/1181/684> Acesso em: 12 ago. 2017.

_____. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

_____. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. **Revista Direito e Práxis**. v. 4, n. 7, 2013.

_____. A metafísica jurídica, o mineirinho e o caso concreto. Publicado em: 20 de jun. 2013. **Consultor Jurídico** - CONJUR. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-20/senso-incomum-metafisica-juridica-mineirinho-concreto>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

_____. **Novo CPC decreta a morte da lei. Viva a Common Law!** Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>>. Acesso em: 17 abr. 2016.

_____. **Verdade e consenso:** constituição hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. Saraiva: São Paulo, 2011.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise.** Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 10 ed. 2011.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009.

_____. **Hermenêutica, Constituição e Processo, ou “como a discricionariedade não combina com a democracia in Constituição e Processo:** a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Coordenação: Marcello Andrade Cattoni de Oliveira e Felipe Daniel Amorim Machado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. O (Pós-)Positivismo e os Propalados Modelos de Juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – Dois Decálogos Necessários. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 7, p. 15-45, jan./jun. 2010.

_____. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**, vol. 15, n. 1, jan./abril 2010, p. 166. Disponível em: <<https://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/2308/1623>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

_____. **O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade:** uma crítica hermenêutica. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, 2005.

_____. **Súmulas no direito brasileiro:** eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, 2015.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 108, n. 415, p. 277-290, jan./jun. 2012.

_____. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. **Revista de Processo:** RePro, São Paulo, n. 110, v. 28, abr/jun 2003. p. 141-158, p. 141. Disponível em: < <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/102053>>. Acesso em 11 jun. 2017.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial:** limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TEIXEIRA, Ricardo Augusto de Araújo. Colhendo frutos da árvore venenosa: formação e uso dos precedentes no Brasil e nos EUA. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, v. 18, n. 72, p. 189-213, out./dez.

TESSLER, Marga Inge Barth. **O Juiz e a tutela jurisdicional do meio ambiente**. Novos Estudos Jurídicos, v. 8, n. 2, p. 355-369, p. 359. maio/ago. 2003. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/339>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. **Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro** – Análise da convergência entre civil Law e o common Law e dos problemas de padronização decisória. In: Revista de Processo n. 189. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2010.

TOLEDO, André de Paiva; GIOSTRI, Graziella Ferreira. **Direito, sustentabilidade e direitos humanos** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: João Batista Moreira Pinto, Wilson Antônio Steinmetz, Maria Luiza Pereira De Alencar Mayer Feitosa – Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 320. Estado Socioambiental Democrático: uma análise do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental e humano judiciável. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/lsid56cz/ux0rMC3TRUz24WV8.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. v.1. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito**. São Paulo: RT, 2004.

_____. **Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Direito Jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_25172422_PARAMETROS_DE_EFICACIA_E_CRITERIOS_DE_INTERPRETACAO_DO_PRECEDENTE_JUDICIAL.aspx>. Acesso em: 11 mar. 2016.

VIANA, Iasna Chaves; VIANA, Emilio de Medeiros. Do ativismo ao protagonismo judicial: por uma atuação transformada na seara ambiental. **Revista de Direito e Sustentabilidade**. Curitiba, v. 2, n. 2, p. 54-75, p. 56. Jul/Dez. 2016. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/revistards/article/view/1252/1684>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

VIEIRA, Andréia Costa. **Civil law e common law**: os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007.

WALUCHOW, Wilfrid J. **Una teoria del control judicial de constitucionalidad basada en el Common Law**. Título original: A Common Law Theory of Judicial Review. The Living Tree. Tradução de Pablo de Lora. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales: Madri, 2009.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Precedentes e evolução do direito.Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Interpretação da lei e de precedentes**: civil law e common law. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 99, v. 893, mar. 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do Direito:Civil Law e Common Law. Revista dos Tribunais online. **Revista de Processo**. v. 172. p. 121, 2009. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/estabilidade_e_adaptabilidade_com_o_objetivos_do_direito_civil.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2017.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil**. São Paulo: Acadêmica, 1989.

WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher; PAULITSCH, Nicole da Silva. O estado de direito socioambiental e a governança ambiental: ponderações acerca da judicialização das políticas públicas ambientais e da atuação do poder judiciário. **Revista Novos Estudos Jurídicos** - Eletrônica, v. 18 - n. 2 - p. 256-268 / mai-ago 2013. p. 259-260. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/4678/2590>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil – ley, derechos, justicia**. Tradução de Marina Gascón. Trotta, Madri, 1995.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. 2. ed. rev. ampl. Curitiba: Editora Prismas, 2015.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2. ed. rev. ampl. e alt. São Paulo: Atlas, 2014.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZENETI JR., Hermes. A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de Governo e Funções de Garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo (coords). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

ZENILDO, Bodnar. O Poder Judiciário e a Tutela do Meio Ambiente. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 15, novembro de 2006. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao015/Zenildo_Bodnar.htm>. Acesso em: 20 jun. 2017.