

**ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER CÂMARA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Ana Luiza Novais Cabral

**A TEORIA HÍBRIDA DOS PODERES E A EFETIVAÇÃO DA
SUSTENTABILIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO: ATIVISMO JUDICIAL COMO
INSTRUMENTO DO ACESSO À JUSTIÇA**

Belo Horizonte

2017

Ana Luiza Novais Cabral

**A TEORIA HÍBRIDA DOS PODERES E A EFETIVAÇÃO DA
SUSTENTABILIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO: ATIVISMO JUDICIAL COMO
INSTRUMENTO DO ACESSO À JUSTIÇA**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável.

Orientador: Prof. Dr. Bruno Torquato de Oliveira Naves

Belo Horizonte

2017

C117t CABRAL, Ana Luiza Novais.
A teoria híbrida dos poderes e a efetivação da sustentabilidade pelo poder judiciário: ativismo judicial como instrumento de acesso à justiça / Ana Luiza Novais Cabral. – Belo Horizonte, 2017.
157 f.

Dissertação (Mestrado) – Escola Superior Dom Helder Câmara.
Orientador: Prof. Dr. Bruno Torquato de Oliveira Naves
Referências: f. 144 – 157

1. Sistemas de direito. 2. Acesso à justiça. 3. Divisão dos poderes.
I. Naves, Bruno Torquato de Oliveira. II. Título.

CDU 342.56(043.3)

ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER CÂMARA

Ana Luiza Novais Cabral

**A TEORIA HÍBRIDA DOS PODERES E A EFETIVAÇÃO DA
SUSTENTABILIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO: ATIVISMO JUDICIAL COMO
INSTRUMENTO DO ACESSO À JUSTIÇA**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável.

Orientador: Prof. Dr. Bruno Torquato de Oliveira Naves

Aprovado em: ____/____/____

Prof. Dr. Bruno Torquato de Oliveira Naves – Escola Superior Dom Helder Câmara (Orientador)

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – Escola Superior Dom Helder Câmara (Membro da Banca)

Profa. Dra. Wilba Lúcia Maia Bernardes – PUC Minas Gerais (Membro da Banca)

Belo Horizonte

2017

AGRADECIMENTOS

À minha família por toda base e apoio em todas as etapas deste trabalho.

Aos meus professores do mestrado, em especial ao meu querido orientador.

Por fim, aos amigos que cativei durante este período.

“De qualquer modo, quanto posso ver, mostra-se certo que mesmo uma realização imperfeita exigirá um judiciário forte, complexo e diferenciado, capaz de contribuir dinamicamente para a formação e evolução do direito” (CAPPELLETTI, 1999, p. 115).

RESUMO

As constantes mudanças que ocorrem no mundo, principalmente após a alta globalização, colaboram para o surgimento de influências recíprocas entre Estados. Os sistemas de direito, cujos representantes mais emblemáticos são as famílias *common law* e *civil law*, antes isolados conforme o contexto histórico no qual foram construídos, apresentam aproximações e progressivas hibridizações. Mesmo que a escolha de um sistema de direito represente uma sistematização social, moral, política e religiosa, atualmente, com a troca permanente entre os países, não se consegue obter um sistema completamente puro. Com o advento das teorias clássicas, a separação dos poderes se tornou um poderoso meio para a ruptura com a monarquia despótica e a definição categórica das atribuições de cada poder, mesmo que as teses não os definissem como harmônicos e independentes. Por meio do neoconstitucionalismo, a divisão das atribuições trouxe à baila o modelo contemporâneo atualmente utilizado com as atribuições definidas de forma que os poderes se apoiem reciprocamente. Destarte, como no Brasil os poderes políticos Legislativo e Executivo são apáticos e omissos, houve uma ascensão do Poder Judiciário, e mecanismos transportados do sistema *common law* permitiram um desempenho com grandiosa projeção. Dos institutos deslocados para esse ordenamento jurídico, os precedentes judiciais ganham propulsão entre os magistrados como um modo célere e simplificado ao exarar decisões, permitindo acesso igualitário à justiça. Da mesma forma, as súmulas vinculantes, com o seu poder similar ao da lei ordinária, representam o ato mais tipicamente ativista realizado pelo Poder Judiciário, o qual sai permanentemente da esfera de julgador para a de legislador positivo. A existência do ativismo judicial, em que pese seu caráter crítico e sem a ingerência de possíveis limites, traz benefícios para uma sociedade carente de representantes políticos que se omitem em prol de garantias partidárias. Com a alta judicialização e propositura de ações desmedidas, a incorporação de modelos que possam realizar o bom andamento da justiça se faz necessária. Decerto, atualmente, mesmo que o nascedouro do Direito brasileiro tenha cunho descritivo no sistema *civil law*, na sua atual estrutura encontra-se um sistema misto ou híbrido com fortes tendências do *common law*, no qual se dá uma quebra de paradigmas e se desenha uma nova realidade. O objetivo deste trabalho é demonstrar que o sistema atual misto ou híbrido, por meio do ativismo judicial, impacta diretamente no acesso à justiça, sendo este um dos pilares da sustentabilidade, haja vista que seus mecanismos do atual sistema propiciam maior celeridade e alargamento distributivo igualitário à obtenção completa dos direitos e garantias fundamentais. A metodologia utilizada para a solução do problema é a descritiva.

Palavras-chave: Sistemas de Direito; Acesso à Justiça; Divisão dos Poderes; Judicialização da Política; Ativismo Judicial.

ABSTRACT

The ongoing changes taking place in the world, especially after the high globalization, collaborate for the rise of reciprocal influences among the States. The Law systems, whose more emblematic representatives are the common law and civil law families, formerly isolated according to the historical context in which they were built, show approximations and progressive hybridizations. Even if the choice of a legal system represents a social, moral, political and religious systematization, it is currently not possible to obtain a fully pure system with the permanent exchange among countries. With the classical theories, the separation of powers became a powerful way to break up with the despotic monarchy and the categorical definition of each power's attributions, even if the thesis would not define them as harmonic and independent. By means of neoconstitutionalism, the attribution split brought up the contemporary model that is presently used with the defined attributions so that the powers can support each other. Thus, once in Brazil the Legislative and the Executive political powers are apathetic and silent, the Judiciary power grew up, and mechanisms transported from the common law system allowed performance with huge projection. From the institutes displaced to this legal order, the judicial precedents get important among judges as a quick and simple way to issue decisions allowing equal access to justice. Similarly, the Binding Precedents, with power that is similar to the one of the ordinary law, represent the most activist act that is carried out by the Judiciary Power, which permanently leaves the level of judge to the one of positive legislator. The existence of the judicial activism, regardless its criticism and any possible limits, brings benefits to a society that lacks political representatives who omit themselves in Exchange to party guarantees. With high judicialization and the high number of lawsuits, the incorporation of models that allow for the development of justice is necessary. Nowadays, even if the Brazilian Law was born in a descriptive way from the civil law system, there is a mixed or hybrid system in its current structure that has strong trends from common law, where there is a breach of paradigms and a new reality is drawn. The objective of this paper is to demonstrate that the current mixed and hybrid system, by means of judicial activism, directly impacts access to justice, one of the pillars of sustainability, once the mechanisms of the present system are faster and allow for a broader equalitarian distributive system to fully obtain the fundamental rights and guarantees. The methodology used to solve the problem is the descriptive one.

Keywords: Legal Systems; Access to Justice; Division of Powers; Judicialization of Politics; Judicial Activism.

LISTA DE SIGLAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CDC – Código de Defesa do Consumidor
CF – Constituição Federal
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
CPC – Código de Processo Civil
EC – Emenda Constitucional
LACP – Lei de Ação Civil Pública
MP – Medida Provisória
MS – Mandado de Segurança
PEC – Proposta de Emenda Constitucional
RE – Recurso Extraordinário
RESP – Recurso Especial
RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
RISTJ – Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
2 OS SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÂNEOS E SUAS DIFERENTES FACES	16
2.1 Sistema de direito socialista.....	19
2.2 O sistema <i>common law</i>	20
2.2.1 O período anglo-saxônico	22
2.2.2 O período de formação do <i>common law</i> (1066 a 1485)	23
2.2.3 O período de confronto com a <i>equity</i> (1485 a 1832).....	24
2.2.4 O período moderno.....	26
2.3 O sistema romano-germânico ou <i>civil law</i>	31
2.4 Contrapontos e aproximações dos sistemas <i>common law</i> e <i>civil law</i>	36
3 A TEORIA MODERNA DA DIVISÃO DOS PODERES: UMA TENDÊNCIA HARMÔNICA E FLEXÍVEL	42
3.1 Da divisão dos poderes no Brasil: elementos primordiais e conflitos contemporâneos .	47
3.1.1 O Poder Legislativo: características primordiais e atribuições típicas e atípicas.....	50
3.1.2 O Poder Executivo e suas atribuições típicas e atípicas.....	55
4 O PODER JUDICIÁRIO: PRIMEIRO PASSO RUMO À ANÁLISE DO ATIVISMO JUDICIAL	59
4.1 Do controle judicial de constitucionalidade e suas consequências no ordenamento jurídico brasileiro	65
4.2 O precedente judicial: apresentação, características e repercussões.....	69
4.3 Jurisprudência: conceito e atributos gerais	74
4.4 O Direito sumular e seus primeiros aspectos	79
4.4.1 Súmulas simples ou persuasivas	82
4.4.2 Súmulas vinculantes e seus efeitos processuais	85
5 DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA OU POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA	93
5.1 Ativismo judicial: uma realidade fática que se torna tendência no ordenamento jurídico do Brasil.....	99

5.1.1 Críticas ao ativismo judicial. Ruptura à democracia representativa?.....	106
5.1.2 Benefícios do ativismo judicial: uma possibilidade de reforma normativa	112
5.1.3 O ativismo judicial e o caso concreto em matéria ambiental. Polêmica e controvérsia na situação do amianto: uma inovação legislativa às avessas.	116
5.1.4 O ativismo judicial domina o mundo. Como o instituto é visto no sistema <i>common law</i> misto norte-americano	123
6 A TEORIA HÍBRIDA DOS PODERES E A EFETIVAÇÃO DA SUSTENTABILIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO: ATIVISMO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DO ACESSO À JUSTIÇA	128
6.1 Mecanismos do sistema híbrido ou misto que tornam mais eficiente o acesso à justiça: o real impacto do ativismo judicial sobre o sistema jurídico <i>civil law</i>	137
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	144
REFERÊNCIAS	147

1 INTRODUÇÃO

Hodiernamente muito se questiona a exaltação do Poder Judiciário em sobreposição aos poderes Legislativo e Executivo em detrimento de suas atribuições típicas. Nota-se que a exponencial condução do Estado não se encontra na esfera legítima e adequada conforme disposto na teoria moderna da separação dos poderes. Essa nova realidade jurídica vem transformando o cotidiano da população, tanto pela sua carência de representação política, quanto pelas suas convicções de que a salvaguarda de uma sociedade democrática está no Poder Judiciário.

A complexidade contemporânea e o modelo usual, que logra a distribuição dos poderes, colocam o Poder Judiciário numa situação hierárquica superior, haja vista que é disposto a ele decidir diversos conflitos que seriam da alçada dos poderes Legislativo e Executivo. Essa participação proativa do Poder Judiciário – que beira a falta de limite, imperando a alta judicialização de inúmeras e variáveis matérias – desloca as atribuições políticas a ele.

A expansão do Poder Judiciário a ponto de se sobrepor aos demais influi no criadouro da judicialização da política, em que esse Poder passa a julgar questões atribuídas aos órgãos legislativos e executivos, o que permite afirmar que a teoria clássica da divisão dos poderes encontra-se superada com a forte mudança no cenário federativo.

A tendência de transferência das atribuições legislativas ao Poder Judiciário forma o ativismo, movimento com origem estadunidense que foi trazido ao país, assim como vários outros mecanismos que o legislador entende como facilitadores do acesso à justiça, um meio de dar celeridade ao procedimento judicial e aliviar a alta carga de judicialização.

Não obstante haver críticas à utilização de institutos oriundos do sistema *common law*, a tendência é crescente e irreversível. Os sistemas de direito, antes isolados e dispostos de forma pura, atualmente encontram-se entrelaçados principalmente em função da alta globalização. Assim, os sistemas jurídicos de direito tendem à conglomeração com um emaranhado normativo que propicie celeridade e bom andamento processual.

Em face dessa nova perspectiva, o acesso à justiça é um dos pilares processuais que garantem aos cidadãos, de forma igualitária, os seus direitos fundamentais. No mesmo sentido, tal acepção torna possível a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e as futuras gerações por meio de mecanismos que permitem levar a demanda ao juízo. Assim, mesmo que o cidadão não seja o autor direto da demanda que pleiteie a reparação por danos ocasionados ao meio ambiente ou do pedido de proteção

deste, como se trata de um bem público e coletivo, todos serão afetados. Destarte, as legislações infraconstitucionais se estendem a fim de solucionar entraves jurídicos ambientais.

Todos os entes da federação possuem a competência na preservação do meio ambiente e, dessa forma, alargam-se as normas que abarcam esse intuito, facilitando o acesso à justiça. Nesses mesmos termos é a Agenda das Nações Unidas 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, que dispõe sobre metas e objetivos para que os Estados transformem a realidade atual a fim de assegurarem vida plena às gerações futuras.

Um dos objetivos do desenvolvimento sustentável é possibilitar a todos o acesso à justiça, como forma de construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas a todos os meios. Nesse intuito, o Poder Judiciário tem adotado medidas que visam a acelerar seus procedimentos e permitir que o bom andamento processual seja certificado.

Tarefa árdua perpassa esse Poder nos últimos tempos. Com a abertura do Poder Judiciário a todos por meio de mecanismos facilitadores a sua entrada, o engrandecimento da judicialização esbarra num sistema que se engessa e paralisa o funcionamento adequado. O sistema *common law*, por possuir características que tornam o procedimento mais ágil, torna-se um parâmetro de reprodução do sistema *civil law*, usado pelo país como sua forma principiológica germinal, mas não como sua atual estrutura, tendo em vista a proliferação de utilizações de institutos que tornam a família híbrida ou mista.

Ademais, a essa nova realidade é adicionada ao fato crasso do ativismo judicial enfrentado pelo Brasil. Tal fenômeno é um fato, e não somente uma mera suposição doutrinária. O Poder Judiciário, através do Supremo Tribunal Federal, tem atuado proativamente em detrimento dos outros poderes, inovando de forma criativa e ultrapassando sua esfera de julgador no papel de legislador positivo. Inúmeros são os casos concretos em que o órgão agiu de tal forma e o faz com o intuito de possibilitar que as normas acompanhem as súplicas sociais.

O ativismo judicial e sua inovação normativa restam diretamente relacionados com uma representatividade política apática e omissa. Como o Poder Judiciário não pode negar de julgar, matérias complexas de atribuições legislativas são levadas a ele na busca de solução. A representatividade ineficiente, no entanto, é um fator educacional, tendo em vista que os representantes do povo são eleitos por voto popular. Portanto, não obstante o ativismo judicial seja uma salvaguarda da população, ele só existe em razão de um poder político apático, que é influência direta da crise educacional, tendo em vista que os políticos foram eleitos pelo povo.

Por essa razão, objetiva-se saber qual o impacto do ativismo judicial sobre o sistema jurídico *civil law*, especialmente tendo em vista o acesso à justiça, que é um dos pilares do desenvolvimento sustentável.

Para tanto, no primeiro capítulo, descrevem-se os atuais sistemas de direito existentes. De forma sucinta, é descrito o sistema dos direitos socialista, não usado atualmente. Posteriormente adentra-se em pontos históricos dos sistemas *common law* e *civil law*, traçando suas características e fatores que os aproximam.

Em seguida, o foco é a distribuição das atribuições dos poderes, partindo-se do fator histórico até chegar à atual estrutura usada no Brasil. O Poder Executivo e o Legislativo são tratados sucintamente, ao passo que ao Poder Judiciário é reservada uma análise mais profunda, em razão do objeto de estudo ora traçado.

Na presente análise, é necessário trazer os mecanismos oriundos da influência do sistema *common law* ao sistema de direito brasileiro. Um a um, os institutos são analisados de forma a abordar fatores críticos da sua utilização sem o devido cuidado de adequação à realidade do ordenamento jurídico brasileiro, bem como as características positivas: celeridade processual, bom andamento do processo e aptidão dos magistrados ao exarar decisões embasadas em precedentes jurídicos pacificados, garantindo, assim, segurança jurídica.

Nesse ponto é analisado pormenorizadamente que os mecanismos traduzidos do sistema *common law* impactam diretamente na família *civil law* ou romano-germânica como o ativismo judicial, propiciando maior vantagem ao acesso à justiça por todos que dela necessitarem. Como os outros poderes são apáticos, o Poder Judiciário se engrandece e consegue suprir a carência legislativa através de atos ativistas. Assim, a construção do acesso à justiça está diretamente ligada aos institutos que dão ao Poder Judiciário maior celeridade para suprir a demanda, como as súmulas vinculantes, consideradas os atos ativistas mais visíveis do ordenamento jurídico.

Posteriormente, a complexidade aumenta na descrição da judicialização da política, na qual o Poder Judiciário se apossa de questões originalmente atribuídas aos poderes Executivo e Legislativo, fazendo com que haja uma politização da justiça, que nada mais é do que o efeito adquirido com tal postura. Nesse cenário, revela-se o ativismo judicial, espécie da judicialização da política, que será enfrentado aqui com a análise dos pontos positivos e negativos, sempre com o embasamento legal que a justifique.

Por fim, a razão da utilização de mecanismos e técnicas transportadas do sistema *common law* para o *civil law*, a fim de dar celeridade ao processo, acesso à justiça para todos

que dela necessitem e, principalmente, garantir que os direitos fundamentais sejam uma realidade efetiva, não somente uma descrição jurídica que encontra embasamento na Constituição da República.

Resta esclarecer que não é pretensão deste trabalho eliminar todas as questões que a complexidade da demanda oferece, mas antes oferecer respostas adequadas à nova realidade que perpassa o país, o qual vive uma quebra de paradigma na divisão clássica dos poderes, em que o Poder Judiciário se sobrepõe aos outros poderes. No entanto, não se deixam matérias questionadas à lume de outras que poderão ampliar a visão dissertativa apresentada.

O método utilizado neste trabalho de pesquisa dissertativo é o descritivo, tendo em vista que retrata fatos, teses e teorias acerca do ativismo judicial, instituto trazido da família *common law* e que influencia diretamente no acesso à justiça e a maior possibilidade de todos dela usufruírem. A técnica utilizada é a pesquisa bibliográfica, com citações doutrinárias e jurisprudenciais, a fim de garantir o melhor entendimento da questão indicada.

Este trabalho se presta à análise de que o fenômeno de deslocamento de mecanismos do sistema *common law* para o sistema brasileiro *civil law* possa indicar maior acesso à justiça, sendo este um dos pilares da sustentabilidade, e este impacto proporcione celeridade processual e igualdade de condições de direitos.

2 OS SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÂNEOS E SUAS DIFERENTES FACES

A capacidade de convivência em sociedade transformou a parcimônia comunitária em entraves de opiniões jurídicas tendo em vista as divergências de compreensões sobre determinados valores. Não havendo um direito maior que regulasse ou definisse o cotidiano de um determinado grupo, as discordâncias claramente apareciam com perguntas triviais do que poderia ser considerado correto ou errôneo em situações peculiares. Com esse propósito, nasce a acepção precípua do Direito como um sistema de regras impostas que regem e regulam um meio social, conduzindo a um senso comum.

A compreensão do Direito positivo advém das acepções modernas de fontes do Direito, sendo aquele compreendido como o conjunto de regras e princípios regulamentados numa determinada época. A intensa movimentação do homem em torno de sistemas de regras proporciona o nivelamento do direito em algo comum a todos daquele grupo determinado. Assim, retrai conflitos sociais e disparidades comportamentais face à penalidade imposta àquele que comete ato contrário a determinada norma na coletividade.

Faz-se necessária uma diferenciação entre o Direito natural e o Direito positivo, sendo certo afirmar que o primeiro é um comportamento estante da própria natureza humana valorizando como sua fonte a razão, no qual a mera normalidade funcional da vida traz como essência o direito, não necessitando de uma norma jurídica determinada imposta por meio de poder competente. Em outros termos, o Direito positivo possui como bem maior a justiça e a norma que rege a sociedade, e o Estado é um limitador do direito de todos por meio de seus regulamentos (MIRANDA, 2003, p. 15-18).

Desmembrando os dois conceitos, o Direito natural, em linhas gerais, significa as várias formas de direito estabelecidas pela razão humana por meio de sua natureza íntima, na qualidade do ser propriamente dito. Para o Direito natural, os seres humanos devem fazer parte de uma curvatura natural de fatores que lhes dá estabilidade e harmonia para viver em grupo.

Com o atributo dos sistemas jurídicos, nasce a relevante inspiração do Direito positivo, no qual se imprime ao peculiar órgão ou colegiado a incumbência de normatizar os padrões daquele grupo. Entende-se, assim, por Direito positivo “o conjunto de normas jurídicas formalmente aprovadas e efetivamente aplicadas para regular as relações econômicas numa certa sociedade” (LOSANO, 2007, p. 6).

A competência legislativa do órgão ou colegiado advém dos aspectos culturais e/ou sociais proeminentes de uma determinada sociedade. Assim, certa norma que não é mais

utilizada ou que perdeu sua eficácia entra em desuso e, posteriormente, o setor competente legiferante realiza nova norma apta a regular a realidade atual do grupo, havendo sempre a adequação social como diretriz.

A doutrina indica como fontes do Direito as leis, os costumes, as jurisprudências e a própria doutrina. São considerados fontes diretas (imediatas) a lei e os costumes, em razão de interferirem diretamente na própria formação do Direito; e como fontes indiretas (mediatas) a jurisprudência e a doutrina, ponderadas como fatores elucidativos do Direito.

Contudo, esses conceitos demonstram-se ultrapassados, razão por que outros institutos são cada vez mais adotados. O Direito é descrito como forma complexa, pois envolve não somente a norma em si, mas princípios e valores que elevam sua importância. Por conseguinte, “a Constituição altera (substancialmente) a teoria das fontes que sustentava o positivismo e os princípios vem a propiciar uma nova teoria da norma (atrás de cada regra, há, agora, um princípio que não a deixa se desvencilhar do mundo prático)” (STRECK, 2011, p. 66-67).

A multiplicidade dos sistemas de direitos leva em consideração as possíveis fontes em que determinadas regras foram postas naquele grupo delimitado. Tais acepções podem ser derivadas de princípios culturais, religiosos, costumes locais, direitos comparados e outros, sendo que as diversas formas de sistemas jurídicos existentes tomam um parâmetro que não necessariamente os tornam similares ou idênticos.

As diversas formas de se harmonizar uma coletividade traçam um modelo mais adequado e seguido por um grupo, sob pena de imposições negativas e correções sociais, o qual tem o intuito de uniformizar as atitudes dos membros que pertencem àquele sistema. Não necessariamente é a lei a fonte primária de um sistema jurídico, podendo as regras derivarem de outros parâmetros julgados mais aptos. Portanto, “os diferentes direitos comportam, cada um deles, conceitos à sombra dos quais exprimem as suas regras, categorias no interior dos quais eles as ordenam; a própria regra de direito é concebida por eles de um certo modo” (DAVID, 2002, p. 16).

Visualizar a importância dos vários sistemas jurídicos contemporâneos se torna matéria reflexiva para que a comparação não se torne árdua. O mundo atual é interligado em razão, principalmente, das relações comerciais e econômicas, fruto de articulações e comunicações constantes entre os vários países. Portanto, saber o sistema jurídico utilizado naquele território produz uma integração nos pontos jurídicos convergentes.

Considerando a posição de Guido Fernando Silva Soares, a comparação dos sistemas jurídicos contemporâneos é realizada sob os seguintes fundamentos: primeiramente, um

sistema jurídico é derivado de outro, ou seja, o Direito não está estagnado no tempo, sendo que a adoção de sistemas por determinada sociedade é originária de um sistema jurídico mais antigo, tomando este como referência. Em segundo plano, a comparação dos sistemas vigentes se faz importante em razão dos vários sistemas mundiais em concomitância (SOARES, 2000, p. 19).

A comparação dos sistemas jurídicos atuais tem como finalidade precípua a “importante tarefa de auxiliar o aplicador do Direito, a fazer valer, num sistema jurídico determinado, os efeitos de um instituto jurídico desconhecido neste e que necessitam ser reconhecidos, sob pena de denegação de justiça” (SOARES, 2000, p. 19-20).

As várias formas de sistemas jurídicos contemporâneos são uma realidade advinda de fatos históricos, políticos, econômicos, religiosos, culturais, geográficos, dos direitos comparados e outros que adentram a realidade daquele território. Existe clara influência de uma nação em relação à outra, sendo o Direito comparado a maneira mais utilizada na difusão de sistemas jurídico.

Cada Estado se apropria de um sistema que ajusta a adequação daquela sociedade contrapondo às regras impostas, visando desempenhar a integração do grupo. A diversificação dos sistemas jurídicos atuais não é válida sob a ótica de superioridade dos Estados, pois cada um deles detém a forma mais conveniente e oportuna de normatizar seus mandamentos, não se podendo opinar que um sistema jurídico seja maioral ou imponente perante outro.

Utilizando a premissa do Direito comparado, percebe-se que existem diversos sistemas jurídicos, no entanto a técnica usada num sistema determinado se amolda a vários outros e, assim, nenhum sistema jurídico é completamente isolado ou absoluto. Por conseguinte, “o agrupamento dos direitos em famílias é o meio próprio para facilitar, reduzindo-os a um número restrito de tipo, a apresentação e a compreensão dos diferentes direitos do mundo contemporâneo” (DAVID, 2002, p. 22).

As uniões dos sistemas jurídicos contemporâneos nos três principais grupos se amoldam somente para fins didáticos, facilitando a compreensão dos aspectos similares e distinguindo os contrapontos dos mais relevantes modelos existentes. Os aspectos históricos traduzem uma influência decisiva para utilização de um sistema jurídico determinado num conjunto de pessoas, no entanto os conceitos, regras e técnicas dos institutos contemporâneos são díspares, os quais se amoldam adequadamente à realidade daquela sociedade.

De forma simplificada e com base num estudo do Direito comparado, os principais modelos de sistemas de Direito modernos são agrupados em: sistema romano-germânico ou *civil law*, sistema *common law* e sistema de direito socialista. A compilação dos vários grupos

existentes no Direito contemporâneo em famílias é uma forma de limitar a compreensão de modelos efetivos. No entanto, “não há concordância sobre o modo de efetuar este agrupamento, e sobre quais famílias de direitos se deve, por conseguinte, reconhecer” (DAVID, 2002, p. 22).

Assim, os modelos jurídicos contemporâneos foram definidos nos três sistemas descritos, podendo-se afirmar que essas famílias não refletem somente a realidade do mundo atual, mas a congregação das importâncias que estes representam efetivamente em razão da sua vigência em comparação com outros sistemas.

- 1º) o sistema romano-germânico, que os autores do sistema da *Common Law* denominam *Civil Law*, no qual se encontra o Direito Brasileiro;
- 2º) o sistema da *Common Law*, que conforme será esclarecido mais adiante, não deve ser confundido com “sistema inglês” (porque se aplica a vários países, embora nascido na Inglaterra), nem com “britânico” (adjetivo relativo a Grã-Bretanha, entidade política que inclui a Escócia, que pertence ao sistema da família romano-germânica), nem com anglo-saxão (porque esse adjetivo designa o sistema dos direitos que regiam as tribos, antes da conquista normanda da Inglaterra, portanto, anterior à criação da *Common Law* naquele país);
- 3º) o sistema dos direitos socialistas, que compunham a denominada Europa do Leste, capitaneados pela URSS, até a Queda do Muro de Berlim e o esfacelamento daquela (SOARES, 2000, p. 25).

Dessa forma, os modelos jurídicos acima descritos não representam a totalidade dos sistemas efetivos atualmente, no entanto eles refletem os mais relevantes. Este trabalho se aterá aos três sistemas mencionados, porém o sistema de direito socialista será abordado de maneira sucinta em virtude da pouca importância para o objeto de estudo em questão.

2.1 Sistema de direito socialista

Surgindo pós-Revolução de 1917 na antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), o sistema de direito socialista constitui um aspecto peculiar ao sistema romano-germânico (*civil law*) em razão de estar sua técnica amparada em compilação de leis. Antes da construção desse sistema, todos os estados socialistas pertenciam ao dito sistema *civil law*, mas advindo de tendências revolucionárias.

O sistema de direito socialista não conseguiu se desprender de forma absoluta do sistema *civil law* em razão da profunda dependência da codificação de normas, porém conferidas de acordo com os preceitos políticos comunistas característicos daquele modelo.

Mesmo com semelhanças com o sistema *civil law*, “a fonte exclusiva das regras do direito socialista, tal como ele subsiste atualmente, encontra-se por esta razão na obra do

legislador, que exprime uma vontade popular estreitamente guiada pelo partido comunista” (DAVID, 2002, p. 27).

O sistema ora tratado foi diretamente influenciado por teorias marxistas-leninistas, regendo o Direito e a Economia com atitudes primordialmente totalitárias. Tal doutrina era a única admitida na União Soviética e nos Estados com posições comunistas, enunciando, dentre outros: a transferência do capitalismo para o comunismo; a revolução do proletariado buscando igualdade de classes; um monopólio político arraigado nas teorias marxistas-leninistas; e o Direito e o Estado intrínsecos desempenhando funções análogas (GILISSEN, 2013, p. 23).

O sistema socialista englobou grande parte de repúblicas populares europeias e asiáticas surgidas após 1945, porém com características típicas. Enfim, este modelo é um gênero que fora adotado por várias dessas repúblicas, no qual cada uma delas, partindo de premissas básicas desse sistema, concentra a sua realidade fática e jurídica sem perder os alicerces principiológicos específicos.

Com a dissolução da União Soviética, ocorreu o esfacelamento econômico e político do sistema de direito socialista. Vários países adotantes do modelo retornam ao sistema romano-germânico em razão do fracasso e falência imposto por um governo totalitário.

O sistema de direito socialista foi brevemente abordado nesta presente obra por não constituir o elemento primordial do estudo; dar-se-á ênfase à correlação entre esse sistema e o *civil law* e o *common law*, os quais serão descritos a seguir.

2.2 O sistema *common law*

O sistema jurídico do *common law* foi criado na Inglaterra no século XII e persiste até os dias atuais em vários países de colonização inglesa, constituindo um sistema ou família de direitos que se contrapõe ao sistema romano-germânico – *civil law*.

O estudo do sistema *common law* está intimamente ligado ao Direito inglês, cujas bases muitos países replicaram, enquanto outros mantiveram os aspectos primordiais desse sistema, acumulando-os com a realidade social, cultural e dogmática de outros sistemas. No entanto, mesmo havendo a difusão do sistema *common law* no mundo, o Direito inglês continua sendo o mais tradicional e puro retrato do modelo.

O jurista inglês – que subestima a continuidade dos direitos continentais, convencido de que a codificação provocou uma ruptura com a tradição destes direitos – gosta de valorizar a continuidade histórica do seu direito; este surge-lhe como sendo produto

de uma longa evolução que não foi perturbada por nenhuma revolução; orgulha-se dessa circunstância, da qual deduz, não sem razão, a prova da grande sabedoria da *common law*, das suas faculdades de adaptação, do seu permanente valor, e de qualidades correspondentes nos juristas e no povo inglês (DAVID, 2002, p. 355).

O sistema em questão advém de precedentes judiciais (casos reais concretos), nos quais a autoridade competente é provocada em determinada questão para a qual não há uma norma escrita, possuindo como principal fonte do Direito os costumes. Diferentemente de países nos quais a lei é a base de sustentação de soluções de lides (sistema *civil law*), no sistema *common law* há o aparecimento de adversidades para, posteriormente, ocorrer a elucidação do objeto discutido e, assim, por meio de precedentes, firmar-se um entendimento concreto.

O objetivo desse modelo é buscar resultados num determinado conflito, firmando um preceito específico de conduta para os casos posteriores. O dito sistema acontece quando o caso concreto está formado e pede uma solução, diferentemente dos modelos baseados em lei (sistema *civil law*), nos quais a conduta está previamente descrita na norma e, posteriormente, será utilizada para aquele determinado caso concreto. Assim, o *common law* se trata “de uma forma de Direito escrito, que não leis, códigos, decretos etc., e que, portanto, não advém da autoridade de um corpo legislativo ou mesmo Executivo” (SOUZA, 2007, p. 39).

O modelo *common law* se amolda ao direito consuetudinário que surge de relações sociais, fazendo com que os precedentes se tornem a fonte do direito principal desse sistema. Enquanto os países em que a lei impera (*civil law*) são regrados por antecedentes normativos, o *common law* se organiza em compilações de precedentes utilizando os princípios fundamentais como a base sistemática da atividade jurídica para resolução de lides.

De fato, como os conquistadores, por sua tradição, não eram dados a legislar, tanto é que a própria Magna Carta só surge num momento bem posterior, os tribunais exerceram um papel fundamental na criação e desenvolvimento do *common law*. Com o passar do tempo, as decisões dos juízes e tribunais criaram um verdadeiro Direito Jurisprudencial. Aquilo que foi dito pelos tribunais era tido por *Direito*. Evolui-se do costume, incerto e de difícil aplicabilidade, para o precedente judicial, como revelações do Direito e sua fonte por excelência (SOUZA, 2007, p. 37).

Antes de reconhecer todas as características do modelo em questão, há a necessidade de apresentação de sua evolução histórica, a qual será dividida didaticamente em quatro períodos: o primeiro período refere-se ao direito anglo-saxônico anterior à conquista da Normanda, que se deu em 1066; o segundo período compreende de 1066 a 1485, no qual há a formação específica do *common law* como um modelo novo substituindo os costumes sociais

daquele grupo; o terceiro período compreende 1485 a 1832, quando ocorre o desenvolvimento do modelo que, por vezes, necessita atender questões relacionadas à equidade; e o quarto e último período, de 1832 até os dias atuais, ratificando a primazia dos precedentes em detrimento de regras normativas (DAVID, 2002, p. 356).

2.2.1 O período anglo-saxônico

Historicamente no Direito inglês, o período anglo-saxônico que precede a conquista normanda da Inglaterra em 1066 é compreendido nos séculos X e XI, época marcada por grandes lutas, invasões de territórios e conquista de países. O principal marco se dá com o fim do domínio romano na Inglaterra, em que diversos grupos (dinamarqueses, saxões e anglos) dividiram o território, ocorrendo assim uma descentralização política e a utilização do Direito como um instrumento de governo.

No cenário exposto, as funções legislativas encontravam-se um tanto deficitárias, assim “as leis são redigidas logo após a conversão ao cristianismo, como na Europa continental; sua originalidade está em que, ao contrário das outras leis bárbaras que são redigidas em latim, estas são redigidas em língua anglo-saxônica” (DAVID, 2002, p. 357).

No entanto, as leis bárbaras descritas estabeleciam somente alguns aspectos das relações sociais dos povos, dando espaço à ingerência do Direito canônico impondo a religiosidade aos costumes e regras locais. A igreja católica detém um importante papel histórico na seara inglesa, pois foi responsável pela unificação de determinados costumes, tornando-os normas.

Cada tribo detinha uma série de variados costumes, e é difícil elucidar qual delas seria a dominante em relação à outra. Além disso, no contexto ora exposto, descreve-se que “na época seriam as ideias morais e instintos da própria humanidade que poderiam vir a convergir, mas não um direito em si, não sendo possível se falar em um direito propriamente dito nesta fase da história inglesa, destacando, ainda, a falta de uniformidade” (ALMALEH, 2014, p. 2).

Os primeiros a produzirem registros de língua escrita foram os anglo-saxões, fato diretamente relacionado à entrada do cristianismo na Inglaterra, em razão de o clero deter capacidade literária por meio da qual realizou a produção de códigos escritos e registros do governo real. Relata-se a forte influência histórica da igreja (religião) como forma de restrição e punição social.

Por meio do cristianismo, foram normatizadas regras gerais direcionadoras dos costumes existentes no Direito canônico, com uma tendência relacionada à exaltação de divindades como uma forma de reprimir e amedrontar. Nesse período, não existiam leis promulgadas pelo monarca tendo em vista as várias leis locais existentes baseadas na fonte consuetudinária das tribos.

2.2.2 O período de formação do common law (1066 a 1485)

Com o início da organização política do território repartido, a centralização da jurisdição e a solidificação da monarquia implementando um sistema de governo, o sistema *common law* começa o seu desenvolvimento na Inglaterra. A formação histórica do *common law* se dá no período de 1066 a 1485 e tem como ponto de partida a conquista da normanda pela Inglaterra, havendo a queda do Império Romano e o nascimento do feudalismo.

Aos poucos, após a repartição do território conquistado, os soberanos sentem a necessidade da existência de um direito único para garantir a defesa de suas propriedades. Despontou-se, assim, um direito comum (*comune ley* ou *common law*) a toda a Inglaterra, que se opunha aos vários e discrepantes costumes locais. A atribuição era exclusiva dos Tribunais Reais de Justiça, denominados vulgarmente de Tribunais de Westminster, que se estabeleceram a partir do século XIII. Por meio da criação dos Tribunais Reais de Justiça, a Inglaterra centraliza suas decisões judiciais, dando partida ao nascedouro do sistema *common law*.

Contudo, o que efetivamente assegurou a aplicação e unificação da jurisdição régia e sua expansão em detrimento aos tribunais locais foi o surgimento do sistema dos *brevia writs*. O sistema jurídico-processual inglês, baseado nos writs, pode ser considerado uma construção original do *common law* que, verdadeiramente, o individualiza em relação aos demais sistemas (ABBOUD *et al*, 2015, p. 267).

Historicamente, a concessão de *writs* refere-se a uma ordem escrita do rei aos Tribunais Reais de Justiça, compostos por juízes itinerantes incumbidos da resolução dos casos a eles apresentados em nome do monarca, movendo todo o processamento jurisdicional por meio de uma análise formal e adequando a questão discutida à forma processual conveniente. A monarquia possuía a liberdade de configurar o *writ* da forma mais oportuna, sendo que, para uma ação ser proposta, o *writ* deveria ter uma correspondência com o pedido. Geralmente, o *writ* era concedido pelo rei de acordo com suas pretensões (discricionariedade).

Não havendo agrupamento de leis em códigos, as regras começaram a surgir de resoluções em demandas provocadas aos Tribunais, surgindo as *Law Reports*, descritas como a compilação das decisões proferidas, que se tornam os precedentes judiciais utilizados como fundamentação em questões subsequentes àquela proferida.

O aspecto do sistema *common law* fora atribuído às experiências com os diversos processos de soluções levados aos Tribunais, pois foi por meio da complexidade dos litígios que surgiram os precedentes judiciais, critério adotado nesse modelo. A prática processual trouxe resoluções naturais baseadas em costumes sólidos e fundamentadas em princípios. Assim, os julgadores, caso a caso, construíram um padrão de sustentação que cria regras à sociedade.

Os fundamentos primordiais estão exemplificados em princípios que foram construídos historicamente e que, enfim, são utilizados no caso concreto da lide. Tal modelo utiliza a prática para impor os regramentos sociais. Nesse quadro, “a *common law* não se apresenta como um sistema que visa realizar a justiça; é mais um conglomerado de processos próprios para assegurar, em casos cada vez mais numerosos, a solução de litígios” (DAVID, 2002, p. 365).

No entanto, cada caso concreto formava um processo distinto com aspectos excessivamente formais em razão dos trâmites processuais para resolução individual da matéria, havendo um desprendimento exacerbado de tempo pelos julgadores. As ações eram conduzidas de formas variadas de acordo com cada matéria, correspondendo a uma sequência de atos que seriam realizados. Por conseguinte, “o desenvolvimento do direito inglês deveu-se, em grande parte, pela atuação dos Tribunais Reais de *Westminster*, onde o processo tinha seu curso marcado pela forma como a demanda era conduzida” (PORTO [s.d.], p. 3).

Fica, nesses moldes, historicamente consagrado o termo “*remedies precede rights*”, que significa “em primeiro lugar o processo”. Vislumbrando a clara presença de um demasiado formalismo, o sistema *common law* sofreu uma ruptura em seu prestígio, defrontando-se, posteriormente, com a *equity* (surgimento da jurisdição de equidade), no período datado de 1485 a 1832.

2.2.3 O período de confronto com a equity (1485 a 1832)

O terceiro período do sistema *common law* refere-se ao surgimento da *equity* inglesa, caracterizado “por ser um recurso voltado à autoridade real diante da injustiça de flagrantes

casos concretos, que eram despachadas pelo chanceler (*Keeper of the King's Conscience*), encarregado de orientar e guiar o rei em sua decisão” (ABBOUD *et al.*, 2015, p. 268).

Durante o processo de formação do *common law*, outra jurisdição confrontava o sistema dos Tribunais Reais de Justiça. Assim, os casos não solucionados ou demasiadamente demorados naquele Tribunal eram levados a cabo da figura real, a qual delegava ao Lorde Chanceler a competência para a resolução do conflito da forma como lhe era conveniente.

A *equity law* desenvolveu doutrinas equitativas em decisões jurídicas cada vez mais sistemáticas, fundadas na teoria de “equidade do caso particular”, que muito se assemelha à lógica do direito romano, que consistia em extrair a regra do caso concreto para aplicá-la aos casos análogos seguintes (GALIO [s.d.], p. 9).

Dessa forma, o excesso de formalismos processuais no sistema *common law* descritos no período anterior trouxe o engessamento das inúmeras ações dispostas ao julgamento dos Tribunais Reais de Justiça. Devido à insatisfação dos indivíduos em decisões desfavoráveis dos Tribunais ou de obstáculo ao acesso à justiça, a figura do rei passou a ser uma peça primordial nos anseios do provimento do pedido. Os recursos eram requeridos ao monarca, o qual delegava a função de julgador para o Lorde Chanceler. Desse modo, a procura real, antes uma opção excepcional, transformou-se em atitude corriqueira, intensificando-se.

Os recursos apresentados ao Rei primeiramente passavam pelo Chanceler, que analisava os casos e verificava a possibilidade de provimento. Com o passar do tempo, começou a se desenvolver um sistema com regras próprias, que quando aplicadas se opunham à *common law* propriamente dita. Ademais, o Chanceler aos poucos foi se tornando uma espécie de juiz autônomo, agindo em nome do Rei que lhe atribuiu tal autoridade (GALIO [s.d.], p. 3).

Desde a dominação dos normandos a Inglaterra (1066) existia a possibilidade de recurso ao rei em grau de apelação em detrimento das decisões tomadas pelos Tribunais Reais de Justiça. O responsável pela decisão recursal cabia ao Lorde Chanceler, sendo que as questões levantadas geralmente pendiam aos aspectos morais da sociedade, e não propriamente às matérias jurídicas.

A possibilidade de recurso ao rei e decidido pelo Chanceler criou uma nova jurisdição durante o século XV, em razão de aquele julgar pela equidade, não se valendo dos aspectos utilizados pelo *common law* e de suas regras processuais, havendo assim o desprestígio do sistema. O Chanceler atribuía suas próprias prerrogativas morais nas resoluções dos casos concretos, transformando-se num desconforto social quanto à

insegurança em razão das variadas decisões baseadas em Direito canônico e no Direito romano do continente.

Decisões diversas para casos similares representaram um aparente conflito entre o sistema *common law* e a *equity*. As resoluções tomadas pelo Lorde Chanceler em grau de recurso se apresentavam mais flexíveis do que as decisões dos Tribunais Reais de Justiça. Tal tolerância se dá em razão da conveniência do mérito em razão de serem conflitos morais da sociedade. Assim, o Lorde Chanceler, de acordo com sua conveniência e oportunidade, tomava a decisão que mais lhe aprouvesse, gerando incertezas e desequilíbrio nos princípios que deviam ser seguidos pela população.

O Chanceler, no século XV, torna-se cada vez mais um juiz autônomo, estatuidando em nome do rei e do Conselho, que a ele delegam sua autoridade. Por outro lado, a sua intervenção é cada vez mais frequentemente solicitada, devido aos obstáculos que o processo e a rotina dos juízes opõem a um desenvolvimento desejável da *common law*. As suas decisões, tomadas inicialmente em consideração pela “equidade do caso particular”, tornam-se cada vez sistemáticas, fazendo a aplicação de doutrinas “equitativas”, que constituem adjunções ou corretivos aos princípios “jurídicos” aplicados pelos Tribunais Reais (DAVID, 2002, p. 371-372).

Dessa forma, caracteriza-se um importante fato do século XV ao ser estabelecida a “criação de um ‘sistema’ jurídico paralelo para corrigir as imperfeições do *common law*, a *equity*, na qual as decisões, por sua natureza, devem ser mais maleáveis e levar em conta as circunstâncias do caso concreto” (SOUZA, 2007, p. 38).

A discordância entre o sistema *common law* e a *equity* foi resolvido na matéria *Earl of Oxford Case* em 1616, no qual fora decidido que, havendo conflito entre os dois sistemas normativos, deveria ser adotada a *equity*, o que foi posteriormente ratificado pelo *Judicature Act* de 1873, estabelecendo a prioridade da *equity* sobre as decisões do *common law*. Todavia, as decisões passaram a ser resolvidas pelos mesmos Tribunais. Com a fusão, os dois sistemas passaram a se complementar após o *common law* englobar as regras de *equity*, dando início ao quarto período.

2.2.4 O período moderno

Inaugura-se o período moderno da família *common law* com a *Judicature Act* de 1873 (primeira lei de organização judiciária), a qual dispõe que todas as jurisdições na Inglaterra passam a ter competência para utilizar as regras do *common law* e da *equity* após a fusão desses dois modelos. As transformações ocorridas durante o século XIX foram

traduzidas em reformas processuais, sendo que foi entre 1873 e 1907 que o modelo configurou o utilizado nos dias atuais.

No modelo inglês, a legislação como fonte do Direito ocupou papel meramente secundário, uma vez que utilizada somente para corrigir questões dos princípios existentes, dando azo aos valores de precedentes judiciais, ou seja, decisões tomadas pelos Tribunais, após sua provocação, e num determinado caso concreto, em que se tornam parâmetros para as próximas decisões.

O precedente judicial constitui a principal fonte do Direito do sistema *common law*, usando-se leis somente de forma restrita (secundária), limitando sua utilização. O estudo dos juízes ingleses, portanto, não se dá em compilações de normas em códigos, mas sim em julgamentos anteriormente realizados que se tornam base para posteriores julgamentos.

Com o formato utilizado pelo Direito inglês, surge a expressão “*stare decisis*” com a tradução “manter o que foi decidido”, refletindo o conceito de precedentes no qual “as decisões dos tribunais em casos anteriores vinculavam a aplicação do direito lá constituído, a fim de manter a análise já realizada pelo Judiciário como precedente para futuras decisões” (GALIO [s.d.], p. 10).

Deve-se esclarecer que não pode haver confusão entre o sistema *common law* e o *stare decisis*, pois este é apenas um aspecto presente naquele modelo. A família *common law* é o modo de sistema inglês que possui como fonte principal o costume através de precedentes; já o *stare decisis* é a maneira de se operacionalizar o sistema *common law* através dos precedentes jurisdicionais, mantendo como parâmetro as decisões anteriormente realizadas.

O caráter vinculante das decisões se deu no século XIX após vários casos complexos serem debatidos pela Corte inglesa, tornando-os referências para os julgados consequentes. O reconhecimento da vinculação foi pautado após decisão do caso *Beamish v. Beamish*, em 1861. Logo, havendo identidade entre as demandas dispostas, a aplicação deve ser do precedente a ele similar, concluindo pela vinculação dos julgados anteriores utilizados na garantia da igualdade e justiça.

O caráter vinculante dos precedentes no sistema *common law* não retrata apenas julgamentos levados aos Tribunais, mas suas decisões formam parâmetros do modo social. Dito isso, o caráter vinculante não é imposto somente às partes daquela demanda, mas também aos próprios Tribunais que proferem a decisão, os quais articulam os novos julgamentos com base no que o anterior considera como similar (fala-se em similar, pois não existem casos totalmente idênticos).

Os julgadores decidem utilizando demandas antecedentes na fundamentação da sentença, tornando as numerosas deliberações como regras que guiam o sistema. No tipo descrito “*stare decisis* a decisão de adotar o precedente, como já registrado, cabe ao juiz posterior, ou seja, aquele que está no momento julgando e não se constitui numa imposição do juízo anterior como no caso da edição de súmula, máxime quando e se de caráter vinculante” (PORTO [s.d.], p. 11).

Por conseguinte, os precedentes judiciais não devem ser usados de forma automática pelos Tribunais. Deverá haver um estudo prévio e minucioso no qual irá se constatar que aquela demanda apresenta realmente similaridade de fato e de direito com o caso anterior posto em comparação. Caso encontre semelhança entre as ações, as regras e os princípios usados no caso anterior servirão como base de fundamentação da sentença para resolução do caso concreto posterior. Assim sendo, o *stare decisis* deve ser considerado um ponto de partida na busca de uma regra que solucione a demanda que se encontra em aparência.

[...] Na *common law* é crucial a noção de que o sentido de um precedente não se esgota com o sentido que lhe imprimiu o julgador que o decidiu. Aquele juiz, afinal, só pretendia resolver um caso concreto, não uma infinidade de outros. A própria noção de precedentes resulta da possibilidade de novos juízes darem novos sentidos ao mesmo texto, e daí derivam todas as potencialidades de distinguir (*to distinguish*), ampliar (*to widen*) ou restringir (*to narrow*) o precedente, de acordo com as exigências do caso. Assim, muito embora o texto julgado que serve como precedente seja necessariamente preexistente, fica autoevidente que o seu sentido o *intérprete dará* quando lhe der outra *normação* (e é por isso que o sistema também é conhecido como *judge-made law*). E, como o precedente é necessariamente contextualizado e datado, é eventualmente possível ao julgador negar a sua aplicação, caso entenda que o caso presente não se identifica suficientemente com o precedente, ou quando o contexto jurídico que autorizou a sua produção encontra-se alterado (*precedente overruling*). Tudo isso, é claro, pressupõe um esforço de fundamentação que vai muito além da mera citação do texto (RAMIRES, 2010, p. 73).

A utilização da *stare decisis* ou precedentes vinculantes no caso em análise posto ao julgador não deve total obediência à demanda anterior com aparência similar, dando azo ao juiz à discricionariedade no que for considerado desarrazoado. A vinculação não se comporta como obrigação.

Seguindo o conceito disposto, os precedentes deverão ser utilizados quando houver “identidade de fato; quando já tenha sido adotado em Corte da mesma jurisdição; quando não tenha o precedente sido modificado ou revisto, isto é, não tenha sido superado por entendimento mais atual e quando a matéria jurídica se apresenta idêntica” (PORTO [s.d.], p. 14).

A difusão do sistema *common law* no mundo ocorreu principalmente por meio da colonização inglesa. Ao longo do tempo, cada país conquistado pela dominação britânica compassadamente foi alterando em termos gradativos para o modelo descrito de acordo com a necessidade de um grupo. Assim, o sistema *common law* puro não continua vigente em grande parte dos territórios de influência inglesa, tomando como contraposto uma tendência precípua do sistema romano-germânico ou *civil law*, adquirindo uma mescla entre os dois modelos.

As famílias *common law* e *civil law* se confluem em razão da globalização e da informação. Os países se interagem constantemente, principalmente para fins comerciais; assim, as influências e demandas de um grupo evoluem, se adequando aos novos padrões do povo. Um modelo jurídico, nos termos atuais, não se isola dos outros sistemas mundiais. Os agrupamentos cada vez mais fortes dos sistemas regem-se por meio do Direito comparado, trazendo alternativas aperfeiçoadas para solução de conflitos.

O sistema *common law* continua até os dias atuais seu movimento de modernização, destacando como o último período do modelo uma tendência do sistema complementar oriundo do direito administrativo francês. A lei continua possuindo papel secundário no Direito inglês, seguindo como fonte primordial os precedentes em face da sua habitualidade e tradição.

No sistema *common law* existem regras de aplicação dos precedentes conceituados como: *overruling* e *distinguishing*. No *overruling*, a “técnica permite a atualização do precedente, pois o precedente que se mostrar ultrapassado com os fatos da sociedade ou equivocado pode ser substituído (*overruling*) por um novo precedente” (OLIVEIRA, 2014, p. 51). No *distinguishing* o “juiz deve aproximar elementos objetivos dos casos que serviram como precedentes potencialmente e o caso em que pretende utilizá-los. Tal técnica permite ao juiz averiguar se o dado precedente pode ser utilizado no caso concreto a ser analisado” (OLIVEIRA, 2014, p. 51).

Desta forma, no sistema *common law*, os precedentes judiciais, mesmo que dotados de grande eficácia em embasamento de decisões, não são considerados absolutos, pois o juiz pode se utilizar das regras do *distinguishing* e do *overruling* a fim de não se vincular aos precedentes anteriormente exarados.

Permanece, portanto, verdadeiro que naquele ordenamento o precedente é dotado de uma força considerável, vez que se espera que, em linha de princípio, o juiz sucessivo o siga – como de fato geralmente acontece –, mas esta força é sempre reversível, revogável, anulável, *defeasible*, porque o segundo juiz pode desatender o

precedente, quando considerar oportuno fazê-lo, a fim de formular uma solução mais justa para o caso que deve decidir (TARUFFO, 2014, p. 8).

Os países com tradições do sistema *common law* possuem o traço característico da dominação jurisprudencial, sendo certo que em alguns deles houve a desvinculação dos precedentes rígidos cumulados com o aproveitamento de leis escritas (como no caso do americano), descrevendo assim um modelo misto. O modelo puro do *common law* não é vislumbrado em demasia no cenário atual. Cada país com derivação do sistema em destaque traça suas peculiaridades de acordo com sua demanda.

Certo afirmar a força no mundo desse modelo descrito. Diferentemente do sistema *common law*, em que se prestigia o precedente, no modelo romano-germânico ou *civil law* ocorre o imperativo da lei em sentido formal (direito codificado). Portanto, a diferença essencial entre as duas famílias se encontra na fonte primária do Direito utilizada pelos Tribunais para resolução de lides.

Como dito anteriormente, a globalização e os aspectos econômicos através de acordos comerciais trazem a aproximação dos modelos. No Brasil, o modelo *common law* vem se prestigiando com as constantes e cada vez mais importantes decisões judiciais vinculando partes que não participaram do processo, mas que têm associação com o litígio e, assim, traz nova realidade fática e jurídica à população.

Um exemplo crasso da influência do sistema *common law* no Direito brasileiro está em súmulas vinculantes em que “questões de direito que tenham sido julgadas diversas vezes da mesma forma sejam obedecidas pelas jurisdições inferiores, vinculando os magistrados aos precedentes jurisprudenciais superiores” (PORTO [s.d.], p. 20). Continuando a vertente posta, “este movimento representa, ainda que de maneira criticável, uma verdadeira pitada de *commonlawlização* no direito nacional, pois institui algo similar ao propósito do *stare decisis*” (PORTO [s.d.], p. 20).

Cabe, no presente momento fazer uma diferenciação peculiar que é constantemente utilizada de forma sinonímica no Direito brasileiro. O precedente judicial, como já conceituado anteriormente, é uma decisão isolada que serve como parâmetro de uma decisão posterior. Assim, uma decisão proferida que for tomada de exemplo em outra decisão é considerada um precedente, tendo em vista que, caso uma decisão nunca se baseie em outra, será somente uma decisão, não sendo considerada um precedente.

Caso outro, a jurisprudência é um aglomerado de decisões proferidas sobre uma mesma matéria. Assim, a jurisprudência são entendimentos dominantes reiterados sobre uma

questão jurídica ou um texto legal controvertido. Embora a jurisprudência, em regra, não tenha caráter vinculante, o seu entendimento é persuasivo, levando a outras decisões similares.

[...] A jurisprudência, consistente em uma sucessão de decisões judiciais – seja de um juiz singular, de primeiro grau de jurisdição, por meio de suas sentenças, ou os acórdãos de um Tribunal, em sua atuação em sede de competência originária ou recursal – com a mesma orientação, firmando certa tese jurídica (SOUZA; COL, 2011, p. 77).

É inegável a tendência atual na interferência do sistema *common law* no Direito brasileiro, no qual vem sofrendo transformações aparentes em seu sistema romano-germânico, aproximando-se cada vez mais da primeira família. No entanto, antes de apresentar a associação e disparidades entre os sistemas *common law* e *civil law*, passa-se à historicidade e descrições desse último modelo.

2.3 O sistema romano-germânico ou *civil law*

A família romano-germânica ou sistema *civil law* tem como fonte primária do Direito a lei escrita que advém de base jurídica da antiga Roma. Historicamente esse sistema foi criado visando regular a relação dentro do grupo baseado em regras de condutas atreladas à moral e à justiça.

Antes de sua criação propriamente dita, a religião trazia forte aspecto no regramento da sociedade. A expansão do cristianismo elevou a possibilidade de os pontífices normatizarem as condutas morais de um povo. O peso da religião nos regramentos do território era percebido principalmente pelas imposições e pelo medo. Assim, o povo, com receio de punições divinas, não questionava o que lhe era dado como o correto.

O monopólio jurídico dos pontífices foi quebrado com a era republicana e imperial. A atividade judiciária foi transferida para os leigos e passou a abranger novas matérias. O elemento característico dessa expansão é o empirismo: caso a caso, os juristas adaptavam os costumes herdados (*mores*) aos novos problemas e as decisões dos tribunais tornavam-se, assim, outra grande fonte do direito. Com a estratificação de costumes e desusos o direito romano vai se gerando por si só, com uma mínima intervenção estatal representada pelas *leges*, que em geral se limitam a assimilar o direito já existente. É típica a legislação penal romana, em que o Estado – assumida a função de pacificador – estabelece as regras de procedimento. A concretude do jurista romano gera assim um direito que poderíamos chamar modular ou aberto: o direito pode desenvolver-se em qualquer direção para se adaptar a novas situações (LOSANO, 2007, p. 33).

O nascedouro do sistema romano-germânico tem suas origens nos séculos XII e XIII na Europa Ocidental no período descrito como Renascentista em razão do empenho de universidades, ganhando destaque o estudo do Direito, especialmente à época do *Corpus Juris Civilis* de Justiniano. Antes desse período, o Direito era considerado essencialmente consuetudinário, passando, posteriormente, à dominação de esparsas e poucas leis bárbaras que perduraram até o século XII.

Justiniano, grande imperador bizantino, em 528 d.C. ordenou que as disposições por ele herdadas fossem organizadas formalmente. Assim, compilando as regras da época, surgia a possibilidade de unificação em um texto legislativo que resumisse a realidade daquele território, o que ganhou o nome de *Digesto*, formado por 50 livros com os principais fragmentos normativos.

A codificação da era de Justiniano se mostrou superada por entraves religiosos e linguísticos. As modificações das obras de Justiniano ocorreram principalmente no Império Bizantino (843-1025), culminando na compilação dos “livros régios” de Leão VI. O declínio de Bizâncio se deu por volta de 1050 com a iminência da difusão islâmica, o que demandou forte apoio da igreja no combate da expansão do novo modelo. Assim, iniciaram-se a era das Cruzadas, a queda do Império Bizantino e o renascimento medieval do Direito romano.

A civilização romano-bizantina entrega à alta Idade Média da Europa Ocidental um direito romano consolidado pela compilação justiniana numa forma sistemática que se apresenta como definitiva. Essa passagem de costume vivido a livro estudado condicionou a existência do direito romano até o século XX, porque tornou possível aplicar a ele o conjunto de técnicas interpretativas que a teologia cristã aplicava ao livro por excelência, a Bíblia (LOSANO, 2007, p. 49).

O sistema *civil law*, ao contrário do modelo *common law*, se desenvolveu independentemente de qualquer intenção política, por meio da revolução de novos pensamentos filosóficos e culturais angariados com o conhecimento social dos vários povos dominados.

Após sua expansão, o Direito romano teve uma evolução através das universidades, sendo que cada uma delas trazia métodos respectivos de acordo com a demanda de uma região. Os romanos foram os pioneiros na organização de suas leis em códigos (compilações de normas), retirando a regra jurídica a ser aplicada no caso concreto discutido e, em seguida, aplicando-a às novas lides surgidas. Essas escolas humanistas deram “uma contribuição sem precedentes para a ampliação e o aprofundamento do conhecimento do direito e do mundo antigos” (CAENEGEM, 2000, p. 81).

O estudo do Direito pelas universidades consiste em aplicar um método apto a exaltar as formas mais justas conforme a moral e os costumes de uma sociedade. Assim, os ensinamentos utilizados nas universidades dispõem que os parâmetros destes a serem seguidos devem estar de acordo com a forma mais justa de se chegar à solução adequada. Nesse período, o Direito e a moral se complementam, a ponto de serem confundidos.

A sustentação do Direito nas universidades é um conjunto do Direito canônico e do Direito romano, ficando em evidência a forte influência que a religião exercia à época. Assim, “a partir do século XIII, a lei tende a suplantar o costume, por natureza conservadora; é por via legislativa (leis dos reis, dos grandes senhores, das cidades) que as novas regras são, senão introduzidas, pelo menos confirmadas e generalizadas” (GILISSEN, 2013, p. 205).

Para se elevar as pequenas e restritas leis locais, formam-se concepções da necessidade de unificar o Direito de forma comum a todos daquele território, rechaçando aos poucos os costumes pontuais daquela zona. O Direito romano ocupou lugar de destaque nos estudos das universidades. Assim, “deste método de análise textual exegético nasceu a primeira literatura jurídica em forma de anotações explicativas ao texto romano, denominadas glosas, atribuindo aos juristas o nome de glosadores” (GALIO [s.d.], p. 3).

O Direito romano foi fundamental para a história jurídica de vários povos, pois foi com base nele que o sistema utilizado atualmente surgiu. É considerado ainda o marco divisório entre os modelos *common law* e o *civil law*. Assim como ocorrido no sistema *common law*, o sistema *civil law* foi disperso no mundo em razão da dominação e colonização dos povos, arraigando-se suas características, sendo que a expansão desse sistema foi utilizada para fazer referência às universidades dos países germânicos e latinos.

O desenvolvimento compassado do Direito romano-germânico faz surgir a concepção de *ius commune*, ou seja, “um monumento, edificado por uma ciência europeia, que visa, ao fornecer aos juristas modelos, um vocabulário e métodos, orientá-los na procura de soluções de justiça” (DAVID, 2002, p. 45).

Conforme disposto, o conceito de *ius commune* tornou-se uma forma de unificação do Direito advindo a junção do Direito romano medieval com o Direito canônico fortemente difundido à época, criando-se o Direito erudito (conhecido como *ius commune*). Assim, o sistema romano-germânico se traduziu como forma de aproximar os povos da Europa, distinguindo de cada qual suas peculiaridades e relacionando seus costumes similares em geral.

A romanização significava, portanto, modernização. O direito romano parecia ser um sistema moderno, progressista, orientado para o futuro, enquanto o direito consuetudinário era tradicional, antiquado e ligado a um estágio de desenvolvimento que se tornava cada vez mais obsoleto. O direito romano tinha também a vantagem de ser ensinado e estudado nas universidades, as quais eram na baixa Idade Média centros por excelência do pensamento erudito (CAENEGEM, 2000, p. 101).

No momento em que as universidades propõem um novo modelo do Direito é que surge o divisor aparente entre o sistema *common law* e o sistema romano-germânico. A Inglaterra permaneceu ancorada em seus costumes e bases jurisprudenciais. Nos países continentais, a família romano-germânica prevalece forte por meio de seu método codicístico.

A difusão romano-germânica pela Europa e outros continentes se deu cabalmente através desse processo de codificação ao qual vários países se adaptaram rapidamente. O modelo de codificação pressupõe o que vinha sendo estudado juridicamente pelas universidades. A compilação dos estudos em leis, a partir do século XIII, tornou a expansão do sistema romano-germânico adequada a outros povos.

Historicamente, algumas civilizações preocupavam-se com a necessidade de normatizar as regras da tribo para minimizar a distinção entre os interesses particulares e os princípios públicos aplicados a toda aquela coletividade que a eles (as regras) se submetem.

O verdadeiro fantasma a ser evitado era, e de certa forma continua sendo, o casuísmo na lei. A certeza da existência e do conteúdo da norma que o direito escrito apresentava, bem como a busca das generalidades racionais que o conjunto normativo (códigos) representava, fizeram com que a “glosa judiciária” (jurisprudência casuística) fosse afastada, em favor da “glosa erudita” (a doutrina), e que tanto o costume geral como o assim dito “costume judiciário” (a jurisprudência) fossem desprezados, em benefício da lei escrita (e, sempre que possível, reunida em conjuntos harmônicos e racionais: os códigos) (SOARES, 2000, p. 28).

A rápida recepção desse modelo se dá através da técnica legítima de compilações de leis (processo de codificação), a qual dá à população uma sensação de segurança jurídica, antevendo os possíveis regramentos daquele grupo dispostos em escrituras. Antes da interferência desse sistema nos países conquistados pelos Romanos, os próprios grupos já dispunham de suas regras de condutas, de modo que essa recepção se tornou fácil e natural.

A codificação se dispõe como um movimento natural do sistema romano-germânico em razão do Direito que vinha sendo estudado e concretizado pelas universidades. O percurso da codificação de maneira uniforme e compassada levou aos países de colonização e dominação romana uma segurança em compilar tudo aquilo que fora importante nas relações sociais e morais daquele povo, transformando-se em norma.

O direito romano começou a afetar de modo crescente a vida e a prática jurídicas da Europa em geral. O grau de romanização variava muito de país a país, mas nenhum escapou completamente a sua influência. Portanto, o direito romano das universidades medievais modelou e orientou o desenvolvimento do direito por toda a Europa (CAENEGEM, 2000, p. 95).

O modelo de codificação utilizado pelo sistema romano-germânico constitui a principal causa de sua ampla expansão pela Europa e outros países. Seu fácil acesso e recepção fez com que o modelo fosse acolhido de forma mais pacífica entre os povos. No entanto, nem tudo ocorreu perfeitamente harmônico no modelo de codificação relatado. Em alguns casos, a ideia das universidades fora deixada de lado, transferindo o fim principal da codificação, que era o direito à justiça, em simplesmente aparecimento de novas normas por meio dos textos.

Como dito, a rígida compilação em códigos trouxe aspectos positivos (segurança jurídica) e negativos (demasiado legalismo). Ademais, “a codificação exerce função de controle e vinculação ao poder político, inclusive para o direito privado caracterizado pela liberalidade das partes, pois traz de maneira declarada a estatalidade do direito” (GALIO [s.d.], p. 6).

Deparando-se com as posições afirmativas das codificações, pode-se ver uma modernização em detrimento daqueles povos não estruturados numa norma posta. As vantagens das compilações apresentadas por meio do direito escrito traz uma segurança jurídica maior do que as regras somente consuetudinárias; o direito é comum a todos, reconhecendo que as normas são iguais para todos daquele povo; o direito escrito é mais completo que os direitos locais anteriormente utilizados, baseados nos costumes naquela área que regiam seu modo de viver; é mais evoluído, em razão de ter sido elaborado de acordo com os aspectos sociais da época (GILISSEN, 2013, p. 203).

A Revolução Francesa, ocorrida no século XIX, traz um declínio da monarquia e a ascensão burguesa, demonstrando um importante marco histórico encarregado de realizar um novo modelo jurídico. Como o poder passou da realeza aos burgueses, houve uma quebra no antigo modelo, necessitando que novas ideias fossem dispostas à satisfação da nova classe dominante. Assim, a lei retrata o principal refúgio das garantias do povo, ocorrendo grandes mudanças no judiciário em face da necessidade de o julgador basear suas fundamentações na norma posta.

Naquele período, os cargos do judiciário eram comprados ou herdados e, portanto, havia uma determinada proteção à monarquia. Após a revolução, teorias como a de Montesquieu e Rousseau ganham forças ao criticar a posição dos julgadores que detinham a

concentração dos poderes, entendendo a lei escrita como a vontade popular sob a qual deveriam ser guiadas as decisões, sendo o “juiz a boca da lei”.

O retrato da revolução traduz-se numa transição das decisões discricionárias dos julgadores para resoluções vinculantes às leis determinadas pelos legisladores. Nesses termos, “esta nova ciência intencionava garantir a igualdade, uma vez que a lei era igual para todos e era também a vontade da nação, por isso os magistrados ao aplicar tão somente a letra da lei, não teriam como proteger seus interesses” (GALIO [s.d.], p. 5).

Nesses termos se enquadra o Brasil, colonizado por Portugal, que recebeu as concepções jurídicas do sistema romano-germânico, em que, a rigor, a fonte de direito primordial é a lei (Direito positivado ou codificado).

Assim fica claro que, aparentemente, o modelo adotado no Brasil é o romano-germânico ou *civil law*. No entanto, este estudo demonstra aspectos peculiares do sistema adotado atualmente no país, quebrando o paradigma principiológico utilizado por décadas.

2.4 Contrapontos e aproximações dos sistemas *common law* e *civil law*

Do histórico dos sistemas *common law* e *civil law*, percebe-se que os dois modelos jurídicos não se encontram totalmente confrontantes, podendo-se, em muitas vezes, visualizar interferências recíprocas e peculiaridades. Conforme fora descrito, o sistema *common law* é fruto de uma evolução histórica alheia às vias legislativas, possuindo como precedentes os fatos sociais, morais e costumeiros da época. O sistema *civil law*, amparado numa lei com fator pouco flexível, destaca sua ligação através das vias legislativas como razão argumentativa, antecedendo o aparecimento do problema, em que uma norma descreve aquele caso concreto na qual o juiz deverá fundamentar sua decisão.

Todavia, nos primórdios, não havia a distinção entre eles, sobrevivendo dos mesmos aspectos principiológicos, havendo uma divisão e diferenciação somente em época histórica posterior de acordo com sua dominação territorial e pragmática.

Assim é possível afirmar que nunca existiu uma barreira indevassável e intransponível entre as duas tradições jurídicas, bem como permite esclarecer que possível relação entre os dois sistemas existiu desde sempre, não se tratando de fenômeno recente apto a justificar modismos como uma espécie de *commonlização* de nosso direito ou a instituição do sistema de precedentes em nosso ordenamento (ABBOUD *et al*, 2015, p. 270).

O *common law* se diferenciou do *civil law* nos séculos XIII e XIV, baseando-se, o primeiro, na oralidade (regras não escritas), e o segundo em procedimentos escritos (compilações de leis). Assim, no modelo *common law* a resolução de lides era destinada aos juristas por meio de precedentes, quando no modelo *civil law*, aos juízes, solucionando por meio da lei (norma) o problema imposto.

O modelo *common law* não se resume a um sistema livre de codificação, pois ela existe como uma forma secundária numa base principiológica, mas se usam nas decisões dos litígios os precedentes judiciais. Já no modelo *civil law* com tradições no Direito romano, a lei detém posição privilegiada em detrimento das outras fontes do Direito existentes. Nesse último, “os juristas, ao interpretarem a lei, recorrem à história legislativa, artifício que não é utilizado na mesma medida pelos juristas da *common law*, justamente porque a legislação não é considerada a principal forma de manifestação e desenvolvimento do próprio direito” (ABBOUD *et al*, 2015, p. 272).

A aplicação de lei ou precedentes decorre simplesmente de fatos e tradições históricas, e não propriamente de uma melhor ou pior fonte do Direito aplicável ao caso concreto. Extrai-se do que foi descrito que não há hierarquia entre as fontes modernas do Direito, mas somente um melhor desempenho de acordo com o sistema utilizado e escolhido como o adaptável àquela realidade.

Entrementes, as constantes transformações surgidas na sociedade trouxeram correlações entre os sistemas. Estes, nos tempos remotos eram taxativamente discrepantes, atualmente em alguns países encontram-se relacionados em diversos aspectos, ampliando, ainda mais, a atuação dos juízes nos casos concretos.

Hoje vai se formando consenso em torno da ideia de que a clássica dicotomia entre as duas famílias jurídicas está sendo gradualmente substituída ou superada por outro ambiente, no qual o que conta é o critério que, em modo prevalecente (portanto: nem absoluto nem excludente), orienta a resolução das pendências judiciais, a saber: (i) a norma legal ou, então, (ii) o precedente judiciário (MANCUSO, 2014, p. 52).

A constante e intensa integração globalizada dos países compartilha necessidades, tendências sociais e morais, interesses e costumes, o que faz com que o distanciamento entre os dois modelos se torne cada vez menor através de uma gradativa aproximação, crescendo a possibilidade de operar o sistema *common law* com legislações, e o aumento de fruição de precedentes no sistema *civil law*.

A progressiva aproximação dos modelos está cada vez mais aparente nos sistemas jurídicos mundiais, que são conceituados como mistos, híbridos ou de meio-termo. Tendo em

vista a globalização e as informações compartilhadas, os regimes passam progressivamente a apresentar dogmas parecidos e, até certo ponto, confluentes, afrouxando seus parâmetros rígidos e concretos. “As influências mútuas demonstram que o momento é de desconstrução de paradigmas” (MORETO, 2012, p. 17).

No sistema *common law*, a aproximação progressiva é verificada em razão da importância que determinadas leis vêm tomando. O Direito inglês continua sendo fruto de precedentes judiciais, no entanto não se pode afirmar a exclusão total de legislação. Muito pelo contrário, existe a necessidade de normatizar determinados padrões que trouxeram a importante utilidade da lei.

Essa relativização da polarização entre *civil law* e *common law* se deve, dentre outros fatores, ao contemporâneo fenômeno da globalização das economias e massificação das sociedades, que vai convertendo o planeta numa sorte de aldeia global, fenômeno que, naturalmente, repercute nas culturas e nos Direitos dos diversos países. Isso tem dificultado, senão já inviabilizado, o preciso enquadramento de um dado ordenamento numa ou noutra daquelas famílias jurídicas; corolariamente, análoga dificuldade enfrenta quem se proponha a diagnosticar se um dado país conta ou não com um vero sistema de precedentes (MANCUSO, 2014, p. 342-343).

Nesses termos, em 1999 foi instituído na Inglaterra o Código de Processo Civil, transparecendo a quebra de paradigmas no qual havia a afirmação de ser um Direito somente jurisprudencial. Assim, os ainda muito utilizados precedentes são baseados na legislação escrita codificada, tendo em si a base na qual se extraem seus princípios básicos.

Com as constantes modificações dos modelos, a associação entre ambos está desfazendo algumas de suas tradicionais características, transferindo influências orais ao sistema *civil law*, e legislativas ao sistema *common law*. Sendo assim, ocorre uma mistura das famosas famílias com tendência na aplicação de um Direito comparado.

Nesse sentido, ocorre uma confluência entre as duas famílias do Direito, demonstrada também no Brasil, no qual a cada dia a jurisprudência vem tomando maior relevância na fundamentação de sentenças pelos magistrados, além de dar a esses uma importante discricionariedade na utilização das decisões judiciais. Portanto, a jurisprudência no Direito brasileiro caminha como uma tendência progressiva na utilização como uma forte fonte do Direito.

A intensa codificação no sistema *civil law* vem perdendo prestígio em contraposto às novas demandas sociais. “Este fator associado a uma produção legislativa cada vez mais densa, porém com menos qualidade, dá margem a interpretações, divergências e incertezas jurídicas” (GALIO [s.d.], p. 14).

A codificação exacerbada vista no sistema *civil law*, mais especificamente no Direito brasileiro, traz a problematização interpretativa das normas. Em muitos casos, as normas são descritas como “cláusulas abertas” para englobar a maior quantidade de casos possíveis numa mesma regra. No entanto, essa premissa dá azo a compreensões diversas entre os julgadores, sendo muitas vezes incoerentes com o respectivo Tribunal ou incongruentes com outras normas infraconstitucionais, ou até mesmo com a própria Constituição Federal.

Ainda não conseguimos acautelar-nos contra o fetiche da lei. Acreditamos que a lei resolva tudo. Bastaria, contudo, uma consistente reflexão para saber que não é assim. Os romanos já afirmavam, com inegável razão: "*Summum ius, summa injuria*" - ou seja, o excesso de direito conduz à mais profunda injustiça. E um escritor francês, Jean Cruet, chegou a escrever um livro, *A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis*, com epígrafe eloquente: "Sempre se viu a sociedade modificar a lei; nunca se viu a lei modificar a sociedade" (NALINI, 2014 [s.p.]).

Como a legislação não acompanha as mudanças sociais, várias normas são cláusulas abertas que dão azo ao juiz à realização de eventuais interpretações. Resta claro que inúmeras quantidades de leis não são capazes de suprir a demanda diante dos casos concretos. Assim, existe uma evolução constante de pensamentos jurídicos aptos a resolver a lide por meio de jurisprudências. Essas cláusulas com conceitos vagos e indeterminados faz depender do órgão julgador a compreensão aparente daquela norma para aplicação no fato, operando, conseqüentemente, em divergências de entendimentos.

O Brasil vem se intensificando com modernas técnicas, aproximando, em alguns aspectos, do sistema *common law* na constante uniformização do entendimento jurisprudencial. No entanto, quanto a sua formação, existem diferenças entre os precedentes advindos do sistema *common law* e a utilização dele no modelo *civil law*:

Enquanto no direito inglês, tipicamente consuetudinário, as normas positivas que determinam a vinculação a um precedente decorrem do próprio sistema da *common law*, pois são os próprios precedentes que determinam sua vinculação. No direito brasileiro, país originário do sistema romano-germânico, só se admitiu a existência de súmulas vinculantes após a positivação desse instituto em normas escritas, como na Constituição e em leis federais. Assim, a adoção de um sistema de precedentes no direito brasileiro não decorre da cultura existente no país, mas apenas de uma importação de um instituto bem-sucedido em um direito estrangeiro (OLIVEIRA, 2014, p. 20).

A utilização do Direito comparado para uma reforma processual traz à sociedade padrões de agilidade e segurança jurídica, contrapondo a um procedimento rígido, pouco flexível, demasiadamente prolixo e com celeridade processual desarrazoada. Uma quantidade

significativa de legislações, nos dias atuais, não dá à população o sentimento de certeza de que seu direito será atendido, mas de entraves na busca da justiça.

O extremo tecnicismo não se porta capaz de atender às mudanças sociais ocorridas, tornando a legislação ultrapassada e pouco eficiente. Nesses termos, “finalmente, os juristas ‘caíram na real’, tomando pé da realidade, para acreditar que, de fato, a legislação não é perfeita, e que possui lacunas, diversas vezes insuperáveis” (PEREIRA, 2015, p. 11).

Nesse ínterim, surge o constante e cada vez mais utilizado precedente servindo como segurança jurídica em contrapartida de legislações incoerentes ou arcaicas. Entrementes, ao contrário do sistema *common law*, no modelo *civil law* “o precedente é formado por expressar a opinião pessoal do julgador e não por expressar qual foi a melhor solução para um caso concreto” (OLIVEIRA, 2014, p. 14).

No *civil law*, o precedente possui o caráter persuasivo apto a orientar os tribunais inferiores, não necessariamente obrigando-os a terem o mesmo entendimento. A jurisprudência, em regra, não surte efeitos vinculantes, mas apresenta caráter de guia para as compreensões sobre aquela determinada questão.

A exaltação do precedente no Direito nacional teve seu apogeu com a instituição de súmulas vinculantes através da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, que será posteriormente neste presente estudo trabalhada de forma considerável. É por meio dela que os tribunais tentam resolver os dissonantes entendimentos sobre um mesmo assunto.

Os precedentes no sistema *common law* são definidos para se usar a semelhança dos casos de igual maneira em outros fatos concretos. Nota-se que, quando se trata de precedente, é utilizada a expressão “semelhança”, pois um caso fático não será idêntico a outro. Quando há vinculação do entendimento jurisprudencial, os órgãos definem com retidão como se dará a decisão daquele julgamento, ocorrendo uma transparência de propósitos e uma segurança nos próprios Tribunais.

Aparentemente, no Direito brasileiro vem ocorrendo uma mutação do tradicional sistema jurídico existente, deslocando-se para um meio-termo entre as famílias *civil law* e *common law*, trazendo a jurisprudência a um patamar diferenciado nas fontes do Direito corriqueiras.

Hoje não se pode afirmar, peremptoriamente, que no *common law* o precedente judiciário reina absoluto, sem restrições ou condicionamentos, como também não se pode afirmar que no *civil law* a norma legal reina soberana, afastadas outras fontes jurídicas. Em verdade, em cada qual dessas famílias o parâmetro valorativo dos atos e condutas é tomado em termo de *predominância*, e não de exclusividade, sendo cada vez mais evidente o ambiente de aproximação e integração. Assim é que no

common law a norma legal (*Statute*) beneficia de prestígio crescente, ao passo que no *civil law* é o precedente judiciário que vai galgando espaços cada vez mais generosos e expressivos (MANCUSO, 2014, p. 68).

Conforme todo o exposto, a tendência de chegar ao Brasil um sistema híbrido ou misto se faz cada vez mais presente. Até porque não se pode inferir que um país em que se valoriza principalmente o precedente é necessariamente considerado um país residente no sistema *common law*. Na mesma esfera, que um país precipuamente legalista seja filiado ao *civil law*.

Poderá perceber que, alguns mecanismos usados no sistema *common law* foram primordiais para dar celeridade nos procedimentos judiciais da família *civil law*. Tais institutos, além de primar por agilidade, tendo em vista que o poder judiciário encontra-se abarrotado em detrimento a alta judicialização, caso outro também propiciou um acesso à justiça adequado e igualitário.

O que se espera simplesmente é uma convivência harmônica entre os dois modelos dentro do mesmo território, sendo esse um facilitador da justiça agregando correntes filosóficas que, mesmo podendo ser consideradas convergentes, sigam com coerência os parâmetros legais num fim comum, qual seja, o bem social.

3 A TEORIA MODERNA DA DIVISÃO DOS PODERES: UMA TENDÊNCIA HARMÔNICA E FLEXÍVEL

A teoria da divisão dos poderes demanda, primeiramente, uma visão histórica, a qual retrata sua compreensível repartição com os seus desdobramentos e implicações no modelo atual. A escolha de determinado sistema que determina a repartição dos poderes está intimamente ligada às tradições daquele Estado e à melhor forma de organizá-lo.

Seu nascimento se dá no século XVIII na Europa continental, principalmente na França depois de exacerbados abusos despóticos do poder monárquico. Com a ascensão da burguesia, as atitudes autoritárias do monarca passaram a ser questionadas e debatidas, em que, gradativamente, a figura real é tida como contraproducente num país passível de todo o desenvolvimento industrial (CARVALHO, 2009, p. 50-53).

Surge o embate entre o Estado Moderno e o Poder Moderador. O primeiro grupo gritava por independência política, e o segundo exaltava a figura irretocável e absoluta do rei. Nessa fase nascem dogmas e preceitos do Estado de Direito. O mercantilismo passa ao seu apogeu quando introduz no ocidente a sua nova ordem econômica e, por meio de seu recente poderio principalmente com a classe proletária, com eles se voltam contra o poder monárquico imoderado.

Assim, numa primeira fase da organização do Estado, o seu poder encontrava-se numa figura única, qual seja, o monarca, que resumia em si todas as funções dos poderes atualmente existentes, sendo este um órgão singular e absoluto. No entanto, a concentração total do poder num único órgão estava fadada ao fracasso porque algumas tarefas e atribuições eram delegadas a pessoas de confiança, modelo no qual as atividades eram divididas.

A figura do monarca e sua impertinência despótica trouxeram à baila uma insurgência da burguesia clamando por liberdade política, social e econômica. Tal concepção arraigada por revolucionários rechaçava a máxima monárquica que imperava na frase “L’etat c’est moi”, desembocada pelo Rei Luís XIV, a qual representava o absolutismo da hierarquia. Entretanto, aquela premissa cai em decadência com a mudança para o Estado Moderno no qual a figura do rei não representa o poder supremo.

O poder soberano do monarca se extraviara dos fins requeridos pelas necessidades sociais, políticas e econômicas correntes, com os quais perdera toda a identificação legitimativa. Mudaram aqueles fins por imperativo de necessidades novas e todavia a monarquia permanecera em seu caráter habitual de poder cerrado, poder pessoal,

poder absoluto da coroa governante. Como tal, vai esse poder pesar sobre os súditos. Invalidado historicamente, serve tão-somente aos abusos pessoais da autoridade monolítica do rei (BONAVIDES, 2014, p. 145-146).

Quando ocorreu a queda do absolutismo e a ascensão do liberalismo, as ideias revolucionárias de um Estado Moderno foram dispostas à sociedade da época. Como a nova classe burguesa clamava por novo modelo governamental que facilitasse o seu comércio sem os enormes encargos tributários confiscados pela coroa, a formação de grupos inconformados instigando revoluções fora facilitada e patrocinada para o surgimento de uma era moderna com propostas de novas reflexões políticas e sociais.

Com a derrocada da monarquia e o apogeu das ideias liberais, ocorreu o enaltecimento do Estado Moderno e as possíveis divisões das funções do poder contrabalanceadas em hierarquia, cada qual com suas atribuições e prerrogativas. Mesmo que várias doutrinas descrevam o ponto ora tratado como “poder”, este deve ser entendido no sentido de “função”, pois o que será dividido são as atribuições funcionais dos poderes executivo, legislativo e judiciário. Portanto, a terminologia que melhor se adapta ao contexto da separação ou divisão dos poderes é em razão de sua atividade funcional, pois o poder em si é único e indivisível.

Alguns autores se destacaram nesse período, como John Locke e Montesquieu. O propósito de suas doutrinas era o mesmo: “a salvaguarda da liberdade, o extermínio da tirania” (BONAVIDES, 2012, p. 269).

Aristóteles renunciou a teoria da separação dos poderes e suas funções em sua obra **Política**. No entanto, esse autor trata precipuamente de uma divisão sistemática das tarefas de cada poder e não um controle recíproco e harmônico preconizado pelos teóricos posteriores. Aristóteles defende a repartição das funções, mas com o poder sendo exercido pela mesma pessoa, qual seja, o soberano. Por fim, o autor esgota sua contribuição somente em descrever os três poderes como repartição das funções do governo, mas não se preocupou em ponderar sobre os limites do poder de cada ente. Assim, o monarca continuou com seu poder absoluto, governando ilimitadamente e exercendo as três funções identificadas pelo autor em questão.

Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provém as suas. O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado. O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição (ARISTÓTELES, 2005, p. 87).

John Locke, filósofo inglês, foi o primeiro a realizar críticas severas ao absolutismo e a propor naquele Estado uma separação dos poderes em executivo, legislativo, federativo ou das relações internacionais, e o discricionário ou prerrogativo. Locke acreditava na divisão de tarefas e atribuições como consequência da separação dos poderes, o que facilitaria o surgimento de uma dinâmica governamental mais fluente e em harmonia com as demandas da sociedade. Não obstante o dito autor defendesse a divisão dos poderes por meio de suas atribuições, alegava que o poder legislativo era superior aos demais por deter o poder típico legiferante. Assim, conforme expressa o autor:

O poder legislativo é simplesmente o poder do conjunto de todos os membros da sociedade, confiado à pessoa ou grupo de pessoas como legislador, e não poderá ser maior do que tais pessoas tinham no estado de natureza, antes de se construírem em sociedade e o outorgarem à comunidade (LOCKE, 2006, p. 99).

Posteriormente, com Montesquieu – filósofo, político e escritor francês –, ocorreu o ápice da revolução liberal e da plenitude científica sobre a divisão dos poderes como visto no modelo atual, transformando a doutrina anterior numa concretude para os Estados. O autor elaborou uma teoria completa na renomada obra **Do espírito e das Leis**, na qual dispõe sobre a separação dos poderes com inspirações liberais políticas modernas, difundida por toda a Europa. Sua doutrina influenciou a mudança de várias Constituições em países distintos, atraindo essa propulsão por alterações de um Estado arcaico para o liberalismo reformador. A separação dos poderes é entendida como ponto forte da doutrina e o centro do problema daquele sistema da época, o qual propunha uma organização do poder público por meio da técnica da divisão de competências, garantindo assim liberdade política (BONAVIDES, 2012, p. 291).

Em sua obra, Montesquieu corrobora o entendimento segundo o qual a liberdade é entendida como máxima na qual tudo pode ser feito no que for permitido pela lei. Assim, a organização política é necessária para que não ocorram intempéries advindas do comportamento dos detentores do poder conferido pelo Estado. Essa prerrogativa só é válida por intermédio de limites da própria divisão dos poderes, em que cada poder detém sua atribuição, e determinadas confluências, caso ocorram, são resolvidas por especificidade. Consequentemente, o autor “não julga o valor de um Estado segundo o critério exclusivo do caráter de seu soberano, mas de acordo com a estrutura das diversas instituições” (FLEINER-GERSTER, 2006, p. 478).

As principais reflexões de Montesquieu permitem inferir que somente a estrutura do Estado não garante a liberdade do povo, razão pela qual é necessário limitar o poder dos governantes para que as suas atribuições não ultrapassem as barreiras impostas pela lei. Assim, para a não ocorrência de abusos de poder, os limites estabelecidos pelo Estado e sua organização devem estar descritos na lei.

Mas para garantir a liberdade política primada pelo autor, a técnica da divisão dos poderes se faz necessária, dividindo-se as atribuições entre os entes competentes, alargando as possibilidades de democracia em razão de o poder não estar disposto num só ente ou órgão e afastando um teor tirânico presente no absolutismo monárquico.

Há em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo das coisas que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado produz as leis para um certo tempo ou para sempre e retifica ou ab-roga aquelas que são produzidas. Mediante o segundo, ele produz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadores, estabelece a segurança, previne as invasões. Mediante o terceiro, ele pune os crimes ou julga as diferenças dos indivíduos. Chamaremos este último de poder judiciário e o outro simplesmente de poder executivo do Estado (MONTESQUIEU, 2004, p. 189).

As ideias de Montesquieu não foram somente pontos isolados numa época de intensa transformação, mas sim postularam influências significantes principalmente nas constituições durante o século XVIII e na Revolução Francesa, a qual incorporou no artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão que “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não possui uma Constituição” (FLEINER-GERSTER, 2006, p. 479).

Assim, a ideia liberal de Montesquieu reside na distribuição dos poderes em entes distintos, pois unificar o poder singularmente numa só pessoa caracterizaria uma forma de opressão. A nova ordem moderna se preocupa com os mecanismos constitucionais de limitação do poder dado a cada órgão, pois, mesmo havendo a divisão das competências, resta limitar o poder de cada um para que não resulte em ilegalidade ou usurpação.

Surge, nesses termos, a técnica dos pesos e contrapesos – *checks and balances* –, formulada na Inglaterra do século XVIII por Bolingbroke, pela qual a rigidez da separação dos poderes não se faz adequada em razão da dependência mútua. Tal teoria entende que o poder legislativo, além de suas atribuições lógicas, também possui faces do executivo e do judiciário, não havendo, nesses termos, uma separação rígida e absoluta dos poderes, mas sim uma interpenetração, porém sempre de forma harmônica e com respeito às suas competências.

A divisão dos poderes não veio para desestabilizar um sistema que já estava em iminente declínio, mas sim trazer a adequação ao novo Estado. A distinção dos poderes não significa o isolamento de cada um deles, tendo em vista que estes devem se inter-relacionar de maneira sincrônica e harmônica, com dependência mútua, em face de não serem postos singularmente na administração. Nesse contexto, a divisão dos poderes se transformou “no cerne da estrutura organizatória do Estado, com caráter de verdade axiomática” (TAVARES, 2005, p. 164).

Enfim, quando se trata de divisões de poderes, a doutrina não se refere à separação rígida e ao isolamento absoluto destes, mas sim às competências dadas a cada ente para que eles convivam de forma harmônica de modo a não desarticular o sistema. Assim, o poder executivo exerce suas atribuições usuais e algumas do poder legislativo e do judiciário, e vice-versa, sem ocorrer a usurpação de competências. “O *Checks and Balances* dos poderes não é possível senão quando cada um deles tem parte nos outros e pode controlá-los e influenciá-los” (FLEINER-GERSTER, 2006, p. 480).

Por meio da técnica da separação dos poderes, diversas constituições de países no mundo adotaram o sistema, pouco importando se aquela era escrita ou não, restando importante a repartição das competências e atribuições entre o executivo, o legislativo e o judiciário. As constituições impõem limites ao poder de cada ente, dando a cada um as suas repartições na esfera governamental, pressupondo uma organização acentuada entre os poderes e uma forma coerente, harmônica e recíproca entre os órgãos.

Importantes à época as figuras dos filósofos-juristas que defenderam os ideais de liberdade abarcados nos princípios da divisão dos poderes. Até a derrocada dos déspotas e a elevação dos pensamentos arraigados nas garantias dos cidadãos, foram séculos de embates políticos. O sistema usualmente utilizado encontra-se como uma reforma social, econômica e política pela qual vários países precisaram passar para chegarem à democracia.

Certo é que, se nem todas as civilizações nem os Estados são eternos, efêmeras são as formas de que eles se revestem. Transformá-los, alterar-lhes a estrutura, não deve ser simples função de juristas ou obra de políticos, mas principalmente de ciência política, de psicologia coletiva, executada com extrema cautela, depois de verificadas todas as condições e circunstâncias favoráveis (AZAMBUJA, 2008, p. 213).

Diante do traçado, o Brasil aderiu às perspectivas da divisão dos poderes tão largamente utilizadas pela Europa. As competências e atribuições vêm explicitamente

descritas na Constituição Federal, dando conta de que doutrinas e reflexões do século XVIII foram difundidas de maneira equânime em toda parte e, neste contexto, também nesta pátria.

3.1 Da divisão dos poderes no Brasil: elementos primordiais e conflitos contemporâneos

Neste íterim, o Brasil aderiu ao princípio da separação dos poderes em várias de suas constituições. A Constituição de 1824, primeira do país, disciplinava que, à época, existiam quatro poderes, quais sejam: o Poder Executivo, o Legislativo, o Judiciário e o Moderador. Essa Constituição concentrava os poderes na figura do rei (Poder Moderador) em que a monarquia constituía o regime político. O Poder Moderador regulava e controlava os outros Poderes, ficando clara a hierarquia entre eles.

Após, com a Constituição republicana de 1891, até chegar à atual de 1988, os Poderes passaram a ser discriminados da forma como usualmente se conhece, salvo exceção da Constituição de 1937, que nada tratou sobre o assunto. Prescreve o artigo 2º da Constituição Federal de 1988 que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988).

A Constituição Federal transpõe os pontos principais na utilização do sistema da divisão dos poderes, pressupondo a atuação independente e harmônica entre os órgãos, sem a ocorrência de subordinação. A descrição está contida no título denominado “dos princípios fundamentais”, esclarecendo ser um preceito constitucional geral a todos.

Dessa forma, a Constituição Federal brasileira descreve que os poderes deverão ser harmônicos e independentes entre si, não dispondo especificamente sobre divisão de poderes. O que ocorre no país e em vários outros arraigados pela teoria do *checks and balances* é a separação das atribuições (tarefas) e competências entre os órgãos, inter-relacionando todos de forma coerente, mas cada qual mantendo sua autonomia em detrimento dos demais.

Ainda, de acordo com a soberania nacional amparada pela Constituição Federal, entre os poderes não há uma hierarquia em face de cada um ter atribuições específicas, com flexibilidade recíproca entre eles. Assim, como exemplo, o judiciário possui sua atribuição específica típica, mas também em determinados momentos exerce algumas atribuições atípicas legislativas e executivas, o mesmo acontecendo com os outros poderes, sem incorrer em supressão de competência em suas atribuições.

A rigidez não é absoluta e isso se faz em razão de ser o Estado fruto do produto composto de diversas funções. É certo dizer que o “poder político, uno, indivisível e indelegável, se desdobra e se compõe de várias funções, fato que permite falar em distinção

de funções, que fundamentalmente são três: a legislativa, a executiva e a jurisdicional” (ABREU, 2013, p. 67).

Certo então que um governo democrático assim se caracteriza quando – exaltando e colocando o cidadão no centro das garantias – as funções públicas são divididas a fim de que se tenha como corolário uma organização independente e cooperação entre os órgãos. A divisão dos poderes é, assim, um meio de auxílio recíproco funcional entre os órgãos públicos, visto serem harmônicos e colaborarem entre si para um bem comum.

As recíprocas interferências dos poderes do Estado, uns nos outros, desde que ocorrentes nas hipóteses constitucionalmente autorizadas, não provocam a ruptura do sistema. Esta ocorrerá, no entanto, sempre que qualquer dos Poderes – o Executivo, exemplificativamente, exercer, com expansão desordenada atribuições que lhe não são próprias, ou, então, afetar – quando virtualmente impedir – por atos que refogem à ortodoxia constitucional, o normal desempenho, pelos demais Poderes do Estado, de funções que lhes são inerentes, com a prática, em plenitude, do ofício jurisdicional por magistrados e Tribunais (STF. ADIn 975-MC/DF. Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 9/12/1993, DJ 20/6/1997).

De acordo com os preceitos da Constituição Federal do Brasil, a autonomia e a independência dos poderes vêm sendo corroboradas por aspectos processuais descritos nesta. Para garantir os institutos ora tratados, a norma destaca competências privativas de cada órgão, o qual não pode invadir ou suprimir competências dos outros. No entanto, a divisão dos poderes não se reflete de forma rígida e absoluta, estabelecendo a própria lei possibilidades de interferências mútuas, partilhas de competências e delegações de funções.

Contrariamente ao que sustenta a doutrina clássica tradicional¹, o sistema utilizado no Brasil é uma divisão de poderes, diga-se funções públicas, que se correlacionam com harmonia e independência. Os poderes não se encontram isolados entre si, mas em situações interligadas em que, vez ou outra, realizam funções atípicas de outros poderes que não o seu atribuído.

Realmente, em um primeiro momento, o princípio da separação de poderes teve como projeto a limitação do poder exercido pelo monarca, ligada à ideia de exercício da liberdade individual. Mais tarde, esse princípio esteve vinculado à noção de que assim o Estado se organiza melhor por aumentar a sua eficiência, uma vez que a distribuição de funções estatais possibilitaria uma dualidade eficaz em que a algum órgão caberia a tarefa de criar o direito, o Legislativo, e a outros a aplicação do direito, Executivo e Judiciário. Mas, a realidade, este esquema formalista nunca existira na prática, pois, se não ocorreria, no decorrer da História, a existência de

¹ O principal doutrinador da visão clássica conquanto separação dos poderes foi certamente Montesquieu, onde, em seus ensinamentos, os entes em possuíam divisões rígidas e inflexíveis de suas atribuições. Em que pese sua teoria clássica tenha influenciado vários sistemas de países distintos, a doutrina deste autor é mais precisamente política do que jurídica, pois não pode atualmente um poder se encontrar isolado e desassociado de outro.

interferência explícita entre os poderes, pelo menos houvera interpenetração segundo a qual as três esferas cometem funções atípicas, administrativas, legislativas e judiciárias (ABREU, 2013, p. 123).

A interferência de um poder no outro somente poderá ocorrer a fim de propiciar a inter-relação e a harmonia entre eles. Portanto, “a interferência jamais poderá, ainda que de modo disfarçado, ter por objetivo a dominação de um poder sobre o outro poder” (ABREU, 2013, p. 110).

Destarte, deve-se observar que o princípio da separação dos poderes, qual seja, a divisão funcional das atividades públicas, é reconhecido crassamente como uma cláusula pétrea brevemente descrita no artigo 60, § 4º, inciso III, da Constituição Federal, que dispõe: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a separação dos Poderes” (BRASIL, 1988).

Em que pese descrever o posicionamento da Constituição Federal garantindo a separação dos poderes como cláusula pétrea, perfaz o entendimento de que qualquer violação que atinja tal estrutura será considerada inconstitucional e contra a ordem do próprio Estado Democrático de Direito por constituir uma insurgência ao sistema. As cláusulas pétreas são limitações impostas pela própria Constituição a fim de que determinados princípios ou valores não sejam abolidos ou mitigados, mas poderão ter o condão de ser ampliados.

A consagração de ditas cláusulas integra aquilo que representa o núcleo essencial do Estado brasileiro, e, se não pode ser alterado por via de emenda à Constituição, retratando o ato de atualizar, revigorar, adaptar o texto constitucional às novas realidades, durante o tempo de normalidade jurídica e política, as gerações futuras não estarão impedidas de alterá-las por via do exercício do Poder Constituinte Originário, quando, então, podem rompê-las e inaugurar uma nova Lei Fundamental. Aqui é importante ponderar que as limitações ali registradas são, também, imunes a alterações e desrespeito, pois a hipótese de sua supressão autorizaria a sua remoção, o que acabaria por anular os pressupostos e balizas impostos ao exercício do poder de reforma à Constituição (FERRARI, 2011, p. 321-322).

Nos termos descritos, a Constituição compõe em sua normatização os valiosos pontos que não poderão ser suprimidos ou reformados. O legislador propõe inteligentemente explicitar quais fatores não poderão ser abolidos por meio de emenda constitucional e, assim, garantir a paz e a ordem.

Atualmente, algumas críticas são feitas à teoria clássica da separação dos poderes no modelo originalmente formulado. Primeiramente, deve-se enfatizar que não há condições de se praticar a divisão formal dos poderes, uma vez que eles não são rígidos e inflexíveis com mecânicas atribuições, conforme proposto no nascedouro da teoria. Os poderes se

interpenetram e interferem um no outro de maneira a tentar contribuir com a organização do governo em prol do bem comum.

A realidade do Direito brasileiro é prova cabal de que a divisão dos poderes severa da forma como originalmente proposta não existe. Os poderes, conforme já explanado, possuem funções típicas que não anulam as atípicas atribuições. Assim, não se pode delegar a um poder somente determinados ofícios, sendo que, necessariamente, outras obrigações atípicas também deverão ser de sua alçada.

Não se pode vislumbrar na contemporaneidade um poder isolado do outro com uma caracterização de funções estanques e rígidas destes. Existem influências entre eles e funções originais não exclusivas de cada um deles. Assim, a divisão dos poderes proposta pela teoria clássica deve ser revista de forma a trazer o cenário político, filosófico e jurídico atual.

Isso indica, inevitavelmente, que a doutrina clássica da separação de Poderes deve ser submetida a uma revisão teórica para melhor ajustá-la às novas tendências e exigências do sistema jurídico, sobretudo em razão de certas mudanças paradigmáticas de que os fenômenos jurídicos têm-se ressentido. A doutrina da separação de Poderes, concebida como uma divisão rígida entre as funções estatais, não se coaduna com o contemporâneo Estado Constitucional Social e Democrático de Direito. Assim, o princípio da separação de Poderes deve ser compreendido como um meio a proporcionar, tanto quanto possível, não uma separação rígida de funções, mas, sim, uma coordenação, colaboração ou um entrosamento entre as distintas funções estatais, numa relação de interdependência, de modo a permitir que cada Poder, ao lado de suas funções típicas ou principais, correspondentes à sua natureza, possa, em caráter secundário, colaborar com os demais, ou desempenhar funções que, teoricamente, não pertencem ao seu âmbito de competência, mas ao de outro Poder, desde que, para tanto, não seja sacrificado o seu núcleo essencial (CUNHA JÚNIOR, 2015).

Dispondo a divisão como hoje é usualmente conhecida, transparece um governo liberal em que há o respeito das garantias e princípios fundamentais dos cidadãos. A divisão dos poderes, com suas atribuições típicas, é um corolário normativo expresso na Constituição Federal no qual prepondera como funções o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. O presente trabalho dará enfoque ao Poder Judiciário em razão de ser o objeto do estudo, porém descreverá as particularidades e atribuições funcionais de todos os poderes.

3.1.1 O Poder Legislativo: características primordiais e atribuições típicas e atípicas

Ao consagrar o princípio da divisão dos poderes, a Constituição Federal de 1988 atribuiu funções a cada um dos três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), de modo a conferir a eles funções típicas e atípicas, mas não de maneira plena e única. Fica evidente

então que, ao atribuir funções típicas, mas permitindo o contraste de funções atípicas, o ordenamento jurídico atua sob o mecanismo de freios e contrapesos (*checks and balances*).

Em cumprimento do que fora descrito na Constituição Federal, se faz precípuo exprimir que o Poder Legislativo possui primordialmente como função típica legislar e fiscalizar, ou seja, a criação de normas gerais e a fiscalização do Poder Executivo pelo Congresso Nacional.

A função legislativa está intimamente ligada ao conceito de lei, sendo esta a função primordial e típica atribuída àquele. Para que a lei seja vigente, necessita, sob o aspecto formal, ser emanada pelo poder competente e, sob o aspecto material, generalidade e imperatividade, ou seja, uniforme em todo o território nacional e com a mesma força legislativa, criando uma circunstância de direito a todos aqueles nele situados.

A lei é tida no Brasil como a fonte primordial do Direito. Conceitualmente, assim, “lei, no sentido técnico desta palavra, só existe quando a norma escrita é constitutiva de direito, ou, esclarecendo melhor, quando ela introduz algo de novo com caráter obrigatório no sistema jurídico em vigor, disciplinando comportamentos individuais ou atividades públicas” (REALE, 2011, p. 163).

Como função atípica ou excepcional, o Poder Legislativo administra e julga matérias que são reservadas tipicamente aos poderes Executivo e Judiciário, respectivamente. No entanto, o Poder Legislativo não detém o monopólio restrito na criação de legislações, porquanto o Poder Executivo e o Judiciário possuem tal atribuição excepcionalmente como função atípica.

O Poder Legislativo federal é composto por duas casas: a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, que juntos formam o Congresso Nacional (art. 44 da CF), em um sistema conhecido como teoria do bicameralismo federativo. O primordial dessa teoria é a participação dos entes federados com objetivo da formação da vontade do legislativo nacional, enquadrando-se como o centro ou o núcleo legiferante. Nesses termos, “o bicameralismo atende à forma de Estado federal positivada pelo constituinte” (TEMER, 2000, p. 125).

Encontra-se, dessa forma, a participação ativa de Estados e do Distrito Federal no bicameralismo federativo através dos candidatos eleitos para o Senado Federal (representantes dos Estados e do Distrito Federal) e para a Câmara dos Deputados (representantes do povo) – artigos 45, *caput*, e 46, *caput*, da Constituição Federal, respectivamente. Os municípios, no entanto, não possuem representantes eleitos diretamente no cenário legislativo federal.

Diferentemente do exposto no legislativo federal, o Poder Legislativo dos Estados, Distrito Federal e Municípios é unicameral, formado por uma única casa a qual representa o povo, respectivamente a assembleia legislativa, a câmara legislativa e a câmara municipal.

No legislativo federal, o Congresso Nacional, formado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, atua por meio da manifestação dessas duas casas separada ou conjuntamente. A atuação em separado é o que ocorre tipicamente e, somente em casos excepcionais, os trabalhos das duas casas serão reunidos em sessão conjunta. Existe ainda a possibilidade de sessão unicameral, momento em que ocorre a atuação de congressistas, e não de deputados e senadores separadamente. Tais situações descritas na Constituição Federal coadunam com a ideia de harmonia entre as funções públicas que, mesmo independentes, devem funcionar sem contrariar a ordem e a paz, garantidas como princípios primordiais concedidos aos cidadãos.

Tipicamente, o Poder Legislativo federal possui como atribuição primordial a criação de leis em sentido amplo que regem o ordenamento jurídico nacional. Assim, tem-se como “função legislativa o desenvolvimento de atividade da qual resulta a composição inaugural de comandos com efeitos de caráter geral” (TAVARES, 2005, p. 322).

Dessa forma, a lei ordinária, que é utilizada como diretriz das outras espécies normativas, deve possuir características solenes e vigentes em todo o território nacional, motivo pelo qual passa por um procedimento exigente descrito pela Constituição Federal, composto por fases primordiais em seu processo legiferante.

Tais fases do processo legislativo federal compreendem a iniciativa, discussão, votação, sanção ou veto, promulgação e publicação. A fase introdutória, como descreve a Constituição, é apresentada por “qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos” (BRASIL, 1988).

Destarte, a própria Constituição Federal descreve o processo legislativo do qual resultarão normas primárias, ou seja, advindas diretamente daquela. E, caso haja desrespeito ao procedimento aplicável, sucederá a inconstitucionalidade formal do ato, podendo ser reconhecida pelo Poder Judiciário através do controle abstrato ou concreto de constitucionalidade.

O processo legislativo, descrito no artigo 59 da Constituição Federal, “compreende a elaboração de emendas à Constituição; leis complementares; leis ordinárias; leis delegadas; medidas provisórias; decretos legislativos; resoluções” (BRASIL, 1988). Deve-se ressaltar

que nem todos os procedimentos legislativos serão iguais, podendo se distanciar em relação a algumas fases supradescritas.

Quando não fixado prazo de apresentação de projeto de lei pela própria Constituição Federal, não há período de tempo determinado pelo detentor da iniciativa. Nesses termos, no caso de omissão legislativa sobre algum assunto, o Poder Judiciário não pode obrigar o Poder Legislativo a propor iniciativa de lei por meio de um projeto em razão do princípio da divisão dos poderes.

A Constituição Federal depreende que, após a aprovação do projeto de lei por uma casa, será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação (art. 65 da CF). Assim, o projeto de lei iniciado na Câmara dos Deputados, o que é usualmente mais corriqueiro, será revisto pela casa do Senado Federal, o mesmo ocorrendo na situação inversa.

As regras elementares disciplinadas pela Constituição para o processo legislativo federal terão observância nos Estados, Distrito Federal e Municípios. Dessa forma, aquela estabelece as diretrizes gerais básicas do procedimento legislativo e, caso os outros entes federados adotem espécies legislativas idênticas, o processo será o mesmo, tendo em vista o traço normativo regulamentar já descrito.

Atipicamente, o Poder Legislativo tem a possibilidade de constituir Comissões Parlamentares de Inquérito, criadas pela Câmara dos Deputados, pelo Senado Federal ou pelo Congresso Federal, desde que contenham o requerimento de pelo menos um terço de seus membros, com condão precípua de investigar os atos do executivo por fato determinado e com prazo certo. Ao final do inquérito, caso seja necessário, suas conclusões serão remetidas ao Ministério Público para promoção de responsabilidades penais e civis dos transgressores (art. 58, § 3º, da CF).

O Poder Judiciário é responsável pela fiscalização das comissões parlamentares de inquérito e, sempre que os limites das atribuições das comissões forem ultrapassados ou suprimidos, o investigado poderá recorrer àquele a fim de garantir seus princípios constitucionais básicos de cidadão.

A ocorrência de desvios jurídico-constitucionais nos quais incida uma Comissão Parlamentar de Inquérito é justamente o que justifica o exercício, pelo Poder Judiciário, da atividade de controle jurisdicional sobre eventuais abusos legislativos, sem que esteja caracterizada situação de ilegítima interferência na esfera orgânica de outro Poder da República (STF. Mandado de Segurança nº 24.831-9. Rel. Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 22/6/2005, DJ 4/8/2006).

As competências legislativas constitucionais em matéria ambiental podem ser classificadas como privativas, exclusivas, comuns, concorrentes ou suplementares. A própria Constituição Federal traz nos artigos 22 a 24 a divisão das competências legislativas entre os entes federados e sua classificação. Essa repartição em matéria ambiental por vezes se torna complexa visto que os interesses dos entes interferem e implicam em discordâncias sobre quem irá legislar.

O constituinte, ao realizar a divisão das atribuições das competências na Constituição Federal, o fez de forma a descentralizar a proteção ambiental e a estendê-la a todos os entes, mesmo que de maneira não igualitária. Assim, em determinados pontos, mesmo que um interesse local possua mais condições de visualizar a situação mais de perto, a competência poderá estar fora de sua alçada. Desse modo, surgem entraves que por ora são discutidos quanto à constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei emanada.

O artigo 22 da Constituição Federal define a competência legislativa exclusiva da União sobre águas, energia, jazidas, minas e demais recursos minerais, indígenas e atividades nucleares (BRASIL, 1988). Foram listados somente os assuntos pertinentes e correlatos ao meio ambiente, matéria que interessa a este presente estudo. Dessa forma, caso outro ente legisle sobre os assuntos ora citados, haverá usurpação de competência e, posteriormente, declaração de inconstitucionalidade da lei exarada pelo ente incompetente.

Em seu artigo 23, a Constituição Federal descreve as competências legislativas comuns entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Destarte, todos os entes poderão legislar sobre proteção do meio ambiente, patrimônio público, histórico, artístico e cultural, paisagem natural, sítios arqueológicos, combate à poluição, preservação da fauna e da flora e outros (BRASIL, 1988).

Percebe-se que, por meio desse artigo, o legislador pretendeu garantir que a cooperação entre os entes torne possível legislar sobre fatores que privilegiarão um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Assim, caso a União seja inerte, o Estado possui a atribuição, da mesma forma acontecendo com os Municípios caso o Estado não seja proativo.

Por fim, o artigo 24 da Constituição Federal estabelece competência concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal para legislar sobre direito urbanístico, florestas, preservação da natureza, patrimônio paisagístico, responsabilidade por dano ao meio ambiente e outros (BRASIL, 1988). Nesse caso, a União irá legislar sobre as normas gerais, ficando a cargo dos Estados e do Distrito Federal estabelecerem as normas específicas.

Assim, se faz a distinção de competências legislativas entre os entes que compõem o federalismo brasileiro e suas atribuições em matérias ambientais. Certo ainda que existem

legislações esparsas as quais tratam de determinadas competências, porém a base encontra-se na Constituição Federal.

Após a disposição sobre o Poder Legislativo, a Constituição Federal traz as atribuições, peculiaridades, conceitos e competências do Poder Executivo. O presente texto abordará brevemente as particularidades desse Poder, em vista de o foco recair nas atribuições do Poder Judiciário.

3.1.2 O Poder Executivo e suas atribuições típicas e atípicas

Os atos do Poder Executivo federal estão descritos na Constituição de forma exemplificativa, deixando límpido que outros atos estão descritos em leis esparsas. Tipicamente, o Poder Executivo possui como atribuição a função administrativa e a execução das leis, mas a maioria dos atos que inovam o ordenamento jurídico brasileiro encontra-se nos atos atípicos realizados pelos órgãos executivos.

Como anteriormente explanado, os órgãos não se limitam a tratar unicamente de uma função, atribuições típicas, mas se utilizam das funções atípicas como complemento de seu ofício. Existe, portanto, dentro de cada poder, um limite entre o mínimo e o máximo nas atribuições das funções que permite não ultrapassar sua atuação, ocorrendo uma divisão dos poderes de forma imperfeita sem que haja usurpação de competências.

A divisão dos poderes entre funções típicas e atípicas, com um poder não se sobrepondo ao outro, confere a separação das atribuições dos órgãos dentro de seu limite. Dessa forma, o poder com função típica de administração da máquina pública e execução de leis não será tipicamente o órgão com atribuição de julgamento daquelas leis, e assim de forma recíproca entre todos os poderes.

As atribuições referentes ao Poder Executivo federal são matéria de extrema dificuldade, já que a própria Constituição Federal não lhe dá atribuição única: o Poder Executivo pode expedir regulamentos e decretos, ou seja, normas gerais e abstratas; iniciar processo legislativo; sancionar, promulgar e fazer publicar leis (art. 84 da CF), o que seria matéria de atuação do Poder Legislativo, identificando assim uma função atípica muito operante do ofício do Poder Executivo.

Também o Executivo. Ao reger a administração, por exemplo, pode perfeitamente baixar instruções (poder de legislar) ou mesmo quando, onde é possível, exercer o contencioso administrativo (julgar), tarefas estas que, mesmo realizadas na sua cepa,

não lhe subtraem o legado de ser o responsável, primordialmente, pela execução (BEÇAK, 2008, p. 329).

As características do Poder Executivo federal estão ligadas ao sistema de governo escolhido por determinado país; os principais sistemas de governo são o regime parlamentarista e o regime presidencialista. A Constituição Federal de 1988 dispôs, em seu artigo 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que “no dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País” (BRASIL, 1988). Por meio do Plebiscito, foi escolhido pela população o sistema de república presidencialista, o qual vigora atualmente.

Assim, o Poder Executivo federal é exercido pelo Presidente da República, o qual será auxiliado pelos Ministros de Estado (art. 76 da CF) e possui a competência de Chefe de Estado e Chefe de Governo concomitantemente. O Chefe de Estado tem como atributo a responsabilidade de representar o país de forma interna e externa no âmbito internacional. Como Chefe de Governo, o Presidente da República exerce a administração pública nacional.

O Chefe do Poder Executivo é eleito diretamente pela população por maioria absoluta de votos em escrutínio secreto, não computados os votos nulos e os votos em branco, para mandato de período determinado, qual seja, por 4 (quatro) anos, podendo haver reeleição por um único período subsequente. A eleição do Presidente da República importa necessariamente a eleição de seu Vice com aquele registrado (arts. 77 e 82 da CF). Para ser eleito Presidente da República e seu Vice, são necessários os seguintes requisitos descritos pela Constituição Federal: serem brasileiros natos; possuírem mais de 35 anos no ato da posse; não serem inelegíveis; estarem registrados em partido político e em pleno gozo de seus direitos políticos (art. 14, § 3º, da CF).

O Poder Executivo possui como principal característica a independência e autonomia administrativa tendo em vista que suas decisões não estão ligadas às do Poder Legislativo. Nesses termos, o Presidente da República exerce seu mandato sem qualquer dependência com a concepção ideológica do Poder Legislativo para se manter no poder. Entretanto, mesmo com a divisão dos poderes, o Chefe do Executivo necessita, em alguns casos, do apoio da maioria do Congresso Nacional para que determinadas ações se concretizem. Nesse contexto, nasce a expressão “presidencialismo de coalizão”, definida como “a forma de governo do Brasil consagrada pela Constituição de 1988, em que vários partidos compõem o governo e o

presidente precisa da cooperação de cada um para atingir a maioria necessária e obter a aprovação de cada projeto seu” (PEREIRA; JOUKOSKI, 2016).

As clássicas funções do Poder Executivo federal estão descritas no artigo 84 da Constituição Federal, apresentando matérias tipicamente administrativas ou de execuções, ao mesmo tempo em que trata sobre o poder regulamentar, como expedição de decretos e regulamentos, iniciativa de processo legislativo e rejeição de projetos de lei. Assim, as atribuições de competência privativa do Presidente da República são exercidas de maneira não exclusiva e estão descritas num rol meramente exemplificativo, estabelecendo que este poderá “exercer outras atribuições previstas nesta Constituição” (BRASIL, 1988).

Os crimes de responsabilidade do Presidente da República, descritos na Constituição Federal em seu artigo 85, serão admitidos primeiramente pela Câmara dos Deputados, por dois terços de seus membros, caso haja indícios de infrações; julgando aquela casa procedente a acusação realizada contra o Presidente da República, o processo será encaminhado ao Senado Federal, o qual realizará o julgamento. Em outro sentido, nos casos de crime comum praticado pelo Presidente da República, o Supremo Tribunal Federal terá competência para julgá-lo (art. 86 da CF).

Os Ministros de Estado são escolhidos pelo Presidente da República de forma discricionária dentre os brasileiros maiores de 21 (vinte e um) anos que estejam em pleno gozo dos direitos políticos. Eles auxiliam na estrutura governamental administrativa da União, podendo o Presidente, *ad nutum*, nomeá-los ou exonerá-los sem qualquer explicação, dependendo somente de sua conveniência e/ou estratégias políticas.

As atribuições de Chefe do Executivo estadual são exercidas pelo Governador do Estado; as do Chefe do Executivo municipal são exercidas pelo prefeito, com competências estabelecidas em legislação própria. O presente trabalho concentra-se nas atribuições do órgão em âmbito federal.

A matéria ambiental e as atribuições executivas estão de acordo com o que a legislação dispõe. Dessa forma, o órgão executivo responsável irá fiscalizar a aplicação da norma. Na esfera ambiental, assim como em outras, não será diferente. O artigo 21 da Constituição Federal estabelece a competência executiva exclusiva da União como: instituir um sistema nacional de recursos hídricos, estabelecer diretrizes para desenvolvimento urbano e saneamento básico, explorar os serviços e instalações nucleares e outros (BRASIL, 1988).

A Constituição Federal relatou a competência executiva exclusiva da União, não fazendo o mesmo para Estados, Distrito Federal e Municípios, deixando a estes uma

competência em matéria remanescente. No entanto, a alçada em relação à competência está diretamente relacionada com as atribuições legislativas.

A competência executiva em matéria ambiental encontra-se devidamente regulamentada pela Lei Complementar n. 140, de 2011, a qual estabelece as “ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora” (BRASIL, 2011).

O que não estiver delimitado na Constituição Federal na esfera executiva quanto às matérias ambientais estará descrito na Lei Complementar exarada com essa finalidade. E, caso não haja descrição alguma nos dois diplomas, segue-se a regra da competência legislativa, que será a mesma para executar e fiscalizar o que fora disposto.

Desta feita, resumindo os dois últimos tópicos, quais sejam, Poder Legislativo e Poder Executivo, percebe-se que, no Brasil, a divisão dos poderes se caracteriza em órgãos não políticos e políticos. O Poder Judiciário enquadra-se na definição de órgão não político. Na classificação de órgãos políticos, enquadram-se os Poderes Legislativo e Executivo, cujos integrantes são eleitos democraticamente pela vontade do povo.

É a Constituição que institui os Poderes do Estado, distribuindo-lhes competências diversas. Dois deles recebem atribuições essencialmente políticas: o Legislativo e o Executivo. Ao Legislativo toca, precipuamente, a criação do direito positivo. Já o Executivo, no sistema presidencialista brasileiro, concentra as funções de chefe de Estado e de chefe de governo, conduzindo com razoável proeminência a política interna e externa. Legislativo e Executivo são o espaço por excelência do processo político majoritário, feito de campanhas eleitorais, debate público e escolhas discricionárias. Um universo no qual o título principal de acesso é o voto: o que elege, reelege ou deixa de fora (BARROSO [s.d.], p 17-18).

Assim, após se traçar breves considerações sobre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, abordar-se-á o Poder Judiciário de modo mais minucioso e em capítulo próprio, tendo em vista que o contexto deste estudo se fixa nas características e funções do órgão julgador e guardião do ordenamento jurídico brasileiro.

4 O PODER JUDICIÁRIO: PRIMEIRO PASSO RUMO À ANÁLISE DO ATIVISMO JUDICIAL

Continuando a exposição dos três poderes (funções) repartidos na Constituição Federal brasileira, passa-se a desencadear os ensinamentos referentes ao Poder Judiciário e sua independência perante aos outros poderes e neste também existem as funções típicas e atípicas.

Caracteristicamente, o Poder Judiciário possui atribuição jurisdicional, ou seja, o julgamento de atos por meio de juízes competentes e, assim, oferecer equilíbrio à sociedade. Assim, o poder judiciário, através de seus órgãos, promove a atividade jurisdicional aplicando o Direito e solucionando os conflitos através de uma decisão com caráter obrigacional e definitiva.

Cada país possui o modelo de divisão funcional de acordo como o Estado fora constituído. Fatores como a colonização, econômicos, culturais e sociais dão a particularidade de como será a separação funcional dos poderes. Desta forma, João Paulo Pirôpo de Abreu descreve três modelos de magistratura, quais sejam, o empírico-primitivo, técnico-burocrático e democrático, indicando em qual modelo o Brasil atualmente se encontra:

O modelo empírico-primitivo baseia-se em uma cultura jurídica positivista-legalista, marcada pela ausência de confiança no Judiciário, enquanto que o modelo tecno-burocrático possui a característica de ser rígido, positivismo e legalista, não aceitando a jurisdição internacional. [...] Já o modelo democrático contemporâneo é marcado pelo respeito à estrita legalidade e à constitucionalidade, sendo importante ressaltar que os países latino-americanos, em geral, os Estados Unidos, Cuba, os países dos antigamente denominados socialismos reais, possuem um modelo empírico-primitivo. [...] No Brasil, conta-se, por ora, com um modelo acentuadamente técnico-burocrático, ou seja, juiz concursado, intensa preocupação com a carreira, hierarquização, verticalização, legalismo acentuado, etc. Mas como não se está num país com longa tradição democrática, por isso, fala-se em democracia emergente, tanto pode evoluir para uma magistratura democrática, como pode retroceder (ABREU, 2013, p. 165-166).

Historicamente, a figura do julgador sempre existiu em tribos ou grupos com a função de estabelecer a paz social naquela localidade ou simplesmente para incutir medo à população. Há um confronto entre o poder judiciário e justiça, tendo em vista que o primeiro julga a questão posta à sua resolução e, o segundo, a aplicação da matéria atribuindo a cada parte o que lhe for adequado (justo).

Esse conceito de justiça não se faz tão simples quanto à forma lhe trata, pois cada parte, ao entrar com uma ação, se acha no devido direito do justo. A lei nem sempre traz a

justiça ao caso concreto, mas somente lhe dá uma solução e, assim, cabe à discricionariedade do julgador e das provas apresentadas aos autos constituir a decisão mais adequada diante da questão imposta.

São garantidos aos magistrados a independência funcional e a autonomia, sendo certo que a primeira é relativa à submissão dos magistrados à Constituição, mas não aos tribunais, podendo dispor da lei da melhor forma de acordo com o caso concreto. Quanto à autonomia, o Poder Judiciário não está vinculado aos órgãos políticos, quais sejam, os poderes Executivo e Legislativo, sendo aquele organizado e administrado por ele mesmo em prol de suas necessidades.

Sendo órgão estatal, o Poder Judiciário trabalha em prol da sociedade, buscando garantir um equilíbrio entre a justiça ao caso concreto e a paz social. O Judiciário é o protetor da Constituição Federal e, conseqüentemente, do Estado Democrático de Direito, assegurando a efetividade dos princípios fundamentais.

Em um Estado Democrático de Direito, o Judiciário exerce a jurisdição constitucional, controla a legalidade e resguarda os direitos fundamentais dos cidadãos. Para tanto possui mais uma característica essencial, que é a definitividade de suas decisões, isto é, elas assumem a condição de coisa julgada e, a partir de seu trânsito em julgado, não poderão mais ser revistas ou modificadas (FERRARI, 2011, p. 354).

O Poder Judiciário, com o passar do tempo, começa a ser cada vez mais demandado em razão da expansão e da proeminente procura para discussão e solução das mais diversas matérias. Questões administrativas ou legislativas, que deveriam ser habitualmente questionadas nos seus órgãos típicos de controle, passam a ser levadas ao Judiciário a fim de receber conclusões eficazes e céleres. No entanto, aumentando a procura, eleva-se também a estagnação do órgão.

Desta forma, a crise organizacional do Estado, através de crescentes pendências de soluções de matérias postas à apreciação do Judiciário, traz a inefetividade de seu mecanismo. Por consequência, a “justiça” se torna um instrumento distante dos cidadãos e a desaceleração judicial dá sensação de abandono social, revelando imensuráveis dificuldades e conflitos.

Ademais, no que se refere à relação entre os Poderes, o que se verifica é um protagonismo alcançado pelo Poder Judiciário, especialmente pelos órgãos de cúpula. É fato notório nos dias atuais o papel de defesa das minorias desempenhado pela Suprema Corte contra decisões de eventual maioria, muitas vezes provocando tensões entre o Parlamento e o Judiciário (MEDEIROS, 2013, p. 190).

No Brasil, decisões com força definitiva cabem somente ao Poder Judiciário, não cabendo essa atribuição à Administração Pública. Assim, o Brasil não adota o “sistema francês”, “do contencioso administrativo” ou “da dualidade de jurisdição” em que a própria Administração Pública resolve os conflitos referentes à via administrativa em procedimento próprio com força definitiva sem a necessidade da apreciação pelo Poder Judiciário (ABREU, 2013, p. 169-170).

O sistema utilizado no Brasil é o “inglês” ou “de unicidade de jurisdição”, no qual somente Poder Judiciário possui a atribuição definitiva e obrigatória (ABREU, 2013, p. 170). Neste modelo, o requerente, optando em discutir sua lide em procedimento administrativo, caso a decisão não lhe seja favorável, ainda poderá levar ao Poder Judiciário o seu conflito para que nele seja apreciado. A única exceção constitucional no Brasil é a justiça desportiva, descrita em instância administrativa que “o Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei” (BRASIL, 1988).

Entrando propriamente no objeto de estudo deste trabalho, quanto ao Poder Judiciário e o Direito Ambiental, cabe ressaltar que este se encontra descrito como de interesse difuso, ou seja, aqueles “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (BRASIL, 1990). Desta forma, o Direito Ambiental ultrapassa a perspectiva de um só indivíduo, pois a sua proteção acarreta a garantia para toda uma coletividade (os cidadãos não determinados), tendo em vista que o meio ambiente é indivisível.

O interesse difuso representa um interesse público na medida em que se busca um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Havendo dano ao mesmo, o prejuízo alcança a qualidade de vida de um grande grupo, estando estes ou não envolvidos diretamente no fato. Em síntese, o que se inscreve é que “se está diante de um direito especial, de nítida feição pública e difusa, que a todos compete proteger. Esse é, sem dúvida, o fundamento que deve nortear as ações judiciais que buscam tutelar o bem ambiental” (MARIN; LUNELLI, 2010, p. 316).

Por ser o meio ambiente um bem público e coletivo a sua tutela é geralmente pleiteada através de ações coletivas como a ação civil pública e a ação popular. Assim, os efeitos dos julgamentos naquelas ações ambientais terão resultados peculiares aos dos processos referentes às ações individuais. Os efeitos da decisão podem contemplar não somente os envolvidos na relação processual, como também outros indivíduos alheios a esta, dando a esse fenômeno o nome de efeito *erga omnes* da coisa julgada.

A transindividualidade do direito material é circunstância relevantíssima para a prática jurídica nas questões processuais vinculadas ao meio ambiente. Vaja-se que, em decorrência de sua observação, despontam as eficácias objetivas e subjetivas daquilo estabelecido na decisão judicial, formando-se, a partir desses fatores, uma abrangência uniforme às pessoas que tenham direito em relação ao bem foco da ação, ainda que não façam parte do processo. A ordem de aplicação ao direito difuso não pode ser alterada, alcançando a todos (MACHADO, 2014, p. 97-98).

Desta feita, uma decisão abarca não somente os envolvidos diretamente na ação, mas os terceiros indetermináveis de uma coletividade que também foram prejudicados com o dano ambiental. Os efeitos então, caso a ação seja julgada procedente, beneficiarão a todos, o mesmo acontecendo se a dita ação for julgada improcedente, no qual todos serão afetados, salvo em caso insuficiência de provas, em que a ação poderá ser novamente proposta com as novas evidências probatórias (art. 103, inciso I do CDC).

E no mesmo sentido dispõe o artigo 16 da Lei 7.347 de 1985, comumente conhecida como Lei da Ação Civil Pública, o seguinte:

Art. 16 - A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova (BRASIL, 1985).

Percebe-se que o legislador dá características de efeitos *erga omnes* às ações coletivas em prol de zelar por um meio ambiente ecologicamente equilibrado como dispõe a Constituição Federal. Ampliar os interesses a toda coletividade, fazendo parte ou não da ação judicial proposta, evidencia o objetivo primordial que o meio ambiente é público e todos serão responsáveis por ele para que haja um equilíbrio entre o homem e a natureza, e uma qualidade de vida para que todos possam dele usufruir de forma a não interferir no desenvolvimento sustentável.

A busca do desenvolvimento sustentável obteve o seu ápice na Convenção de Estocolmo em 1972, da qual partiram do princípio que deve sempre haver a cooperação entre o homem e o meio ambiente. No entanto, o conceito de desenvolvimento sustentável veio tomar corpo com o Relatório de Brundtland publicado em 1987. Assim foi descrito que “o desenvolvimento sustentável é aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades” (COMISSÃO..., 1991, p. 46).

Desta forma, a percepção do conceito ora tratado leva em consideração que só será possível falar em desenvolvimento sustentável se as gerações presentes limitarem a utilização desenfreada do meio ambiente. As próximas gerações, segundo o aspecto conceitual, devem possuir um adequado meio para sua sobrevivência. Daí a importante ponderação dos que se utilizam atualmente do meio ambiente, pois estes são os responsáveis pela sua preservação.

Posteriormente, a Declaração do Rio sobre o meio ambiente e desenvolvimento de 1992, na qual reafirma a Convenção de Estocolmo de 1972, ratifica a proteção ao meio ambiente e a busca do desenvolvimento sustentável. Assim dispõe que “o direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e de meio ambiente das gerações presentes e futuras” (ONU, 1992). E a mesma declaração leciona: “para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste” (ONU, 1992).

As convenções realizadas pela Organização das Nações Unidas no que tange ao meio ambiente são importantes formas de demonstrar aos países as transformações que o mundo vem sofrendo com o tempo e, principalmente, com a intromissão do homem junto à natureza. O papel desempenhado por aquela organização implica em objetivos e metas aos países aderentes e que induzem à necessidade para que haja um desenvolvimento econômico sem divergir com o desenvolvimento sustentável.

Estes objetivos e metas transformaram-se nos “Objetivos do Milênio” de 2000 a 2015 e, posteriormente, nos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável de 2015 a 2030, também conhecido por Agenda 2030. Assim, o desenvolvimento e sustentabilidade são preocupações inseparáveis daquela organização que influencia não somente os Estados, mas os seus relatórios internacionais que são formas de conscientização do povo para um futuro melhor.

O que foi posto nos objetivos firmados nos dias 25 a 27 de setembro de 2015 possuem o condão de estimular importâncias primordiais à humanidade e ao planeta para os próximos 15 anos face um desenvolvimento sustentável. Assim, da mesma forma que o legislador ampliou as possibilidades de os cidadãos pleitearem perante o Poder Judiciário as garantias de preservação e resoluções de danos ambientais, a Organização das Nações Unidas – ONU o faz da mesma maneira ao dispor sobre metas e objetivos a serem alcançados até 2030, que irão privilegiar o acesso à justiça e ao desenvolvimento sustentável.

Ao transformar tais objetivos em critérios mensuráveis, circunstanciados anualmente em relatórios, as Nações Unidas proporcionam um debate importante, não apenas sobre determinados setores de interesse, mas abrangendo a complexa ramificação da árvore do desenvolvimento humano e ambiental (DE MARCO; MEZZARROBA, 2017, p. 343).

O objetivo 16 da Agenda 2030 afirma que se deve “promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis” (ONU, 2015). E continua recomendando que todos os países deverão “promover o Estado de Direito, em nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso à justiça para todos” (ONU, 2015).

O acesso à justiça, no direito brasileiro, é um direito fundamental descrito na Constituição Federal (art. 5º, XXXV), o qual garante não somente a admissão de todos ao Poder Judiciário, mas uma razoável duração do processo e uma prestação jurisdicional adequada. No entanto, para que o acesso à justiça ocorra, outros requisitos são necessários para que as oportunidades sejam igualitárias àqueles que recorrem ao Poder Judiciário.

Um dos maiores entraves ao acesso à justiça é a morosidade do sistema para proferir uma decisão e cumpri-la, além do alto custo despendido em alguns processos judiciais. Muito já se inovou com os juizados especiais, defensorias públicas e outros institutos que dão a possibilidade de todos garantirem seus direitos.

Vê-se, portanto, a importância global referente ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o devido acesso da população para pleitos ambientais e gerais. Passos largos no Brasil já foram dados como referido anteriormente através da ação civil pública, ação popular e mandado de segurança coletivo, bem como legislações esparsas que facilitam o acesso direto do povo ao Poder Judiciário. No entanto, percebe-se que o país ainda tem muito que caminhar rumo a uma ampla democracia igualitária.

Em suma, a divisão funcional dos poderes e suas atribuições encontram-se descritos na Constituição Federal, diretriz que traça os limites dos órgãos. A Constituição Federal é norma base e parâmetro para todas as espécies normativas do ordenamento jurídico brasileiro, com a qual deve haver compatibilidade e congruência e, ocorrendo desrespeito, haverá o controle de constitucionalidade.

4.1 Do controle judicial de constitucionalidade e suas consequências no ordenamento jurídico brasileiro

A Constituição Federal é norma suprema e hierarquicamente superior às demais, que organiza o Estado, impondo as características a cada Poder e órgãos. Todas as espécies normativas devem ser submissas à Constituição, não a contrariar material e formalmente, e, caso haja afronta, caberá o controle de constitucionalidade. Em resumo, “condiciona-se a validade das leis não só à forma de sua produção, mas também da compatibilidade de seus conteúdos aos princípios e regras constitucionais” (ABREU, 2013, p. 218).

No mesmo sentido, expõe Thamy Pogrebinschi, em livro intitulado **Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no Brasil**, em que realiza uma correlação entre o controle de constitucionalidade através de seus adequados mecanismos e a elevação da judicialização no atual contexto político existente.

O controle de constitucionalidade consiste precisamente na averiguação do status de conformidade de uma norma com a Constituição. A invalidação de uma norma legislada pelos representantes do povo só pode ocorrer se esta estiver em desacordo com os preceitos constitucionais, isto é, com os ditames da norma maior que se encontra no vértice do ordenamento jurídico (POGREBINSCHI, 2012, p. 107).

Em regra, todas as leis e atos normativos são considerados constitucionais em razão do princípio da presunção de legalidade, até que sejam declarados inconstitucionais por algum órgão que tenha a devida competência. Tal pressuposto traz como validade que aquela determinada norma foi editada respeitando os princípios constitucionais basilares, seus procedimentos específicos e através de uma autoridade competente.

Restritivamente, a inconstitucionalidade normativa é descrita como uma manifestação legal contrária à Constituição Federal e, nestes termos, afrontando a mesma, a norma será declarada inconstitucional. Caso outro acontece quando da vigência de uma Constituição, sendo que, se a lei anterior for contrária à mesma, ela não será recepcionada e, caso seja conforme, será recepcionada. Na hipótese de que a lei infraconstitucional seja superveniente à Constituição e com ela não compatível, será declarada inconstitucional por órgão competente para tal atribuição.

O controle de constitucionalidade pode ser político, jurídico ou misto (híbrido). O controle político é devidamente representado pelo Poder Executivo e Poder Legislativo e, via de regra, considerado preventivo, pois o controle se faz ainda no projeto de lei (proposta

anterior de constitucionalidade). Neste ponto, o controle preventivo é realizado na tramitação do projeto de lei, pela Comissão de Constituição e Justiça no caso do Poder Legislativo (art. 58 da CF), ou através do veto jurídico, feito pelo Poder Executivo (art. 66, § 1º c/c art. 84, inciso V da CF).

O controle jurídico é feito pelo Poder Judiciário através de seus magistrados sendo considerado, via de regra, um controle posterior (repressivo), o qual será considerado como difuso ou concentrado. O controle difuso retrata a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de leis ou atos normativos realizados por qualquer juiz ou tribunal.

O controle concentrado é descrito como a declaração da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei ou ato normativo através do Supremo Tribunal Federal. A Constituição Federal traz como ações características para tanto, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), descrevendo ainda o rol de legitimados para cada uma delas (art. 103 da CF).

Enfatiza-se que as ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade são consideradas dúplices ou de sinal trocado, tendo em vista que o artigo 24 da Lei 9.868 de 1999, que trata sobre o processo de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal das ações diretas de inconstitucionalidades e ações declaratórias de constitucionalidades, dispõe que “proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória” (BRASIL, 1999).

A Constituição Federal relata, no artigo 102, § 2º, que proferidas as decisões definitivas de mérito pelo Supremo Tribunal Federal as ações anteriormente descritas como diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade “produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” (BRASIL, 1988).

Desta forma, o efeito extensivo possui o condão de vincular apenas a administração direta e indireta, e os demais órgãos do Poder Judiciário, sendo certo que o Supremo Tribunal Federal poderá rever suas decisões quando considerar conveniente em detrimento de novos entendimentos políticos ou de padrões mutacionais da sociedade. O entendimento descrito se

faz para que a Constituição Federal ande lado a lado com a sociedade com o objetivo de suprir a demanda que lhe for solicitada e rejeitar uma estagnação legislativa.

Não havendo respeito à vinculação da decisão firmada pelo Supremo Tribunal Federal, as partes prejudicadas poderão propor a Reclamação, garantindo assim, a segurança jurídica e a uniformidade dos julgamentos com abrangência vinculante e eficácia *erga omnes* (para todos). Existindo violação nas decisões com efeito vinculante, caberá ao Supremo Tribunal Federal “processar e julgar, originariamente a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões” (BRASIL, 1988, art. 102, I, l).

O controle de constitucionalidade misto ou híbrido é típico instituto brasileiro, combinando as características do controle difuso com o controle concentrado, sendo que, por ora pode ser realizado politicamente (preventivo) pelos Poderes Legislativo e Executivo, ou juridicamente (repressivo) através do Poder Judiciário. Várias ações e órgãos competentes atualmente integram o acervo pelo qual a constitucionalidade é preservada perfazendo uma gama de opções para que os direitos fundamentais e princípios constitucionais primordiais não sejam pisoteados.

Se as influências do modelo difuso de origem norte-americana foram decisivas para a adoção inicial de um sistema de fiscalização judicial da constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral, o desenvolvimento das instituições democráticas acabou resultando num peculiar sistema de jurisdição constitucional, cujo desenho e organização reúnem, de forma híbrida, características marcantes de ambos os clássicos modelos de controle de constitucionalidade (MENDES [s.d.], p. 02).

A Constituição Federal brasileira, considerada ampla e tratando sobre inúmeros assuntos não surpreende com as enormes demandas que a ela são questionadas. Através do ápice no clamor ao Supremo Tribunal Federal de matérias constitucionais e seu surreal volume na solução de litígios, a Emenda Constitucional 45 de 2004 inovou legislativamente sobre questões controvertidas. Tal emenda pondera que questões de relevância jurídica avaliadas de acordo com critérios jurídicos, políticos, sociais ou econômicos possam ser levadas ao Supremo Tribunal Federal através de recursos extraordinários e que se dará às decisões a repercussão geral em que as instâncias inferiores deverão aplicar a decisão exarada em casos idênticos.

Será presumida a repercussão geral quando a questão já tiver sido reconhecida ou quando o recurso extraordinário impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante da Corte. Na medida em que tende a reduzir drasticamente o volume numérico de processos que chegam à Corte, assim como a limitar o objeto dos julgamentos a questões constitucionais de índole objetiva, a nova exigência da

repercussão geral no recurso extraordinário abre promissoras perspectivas para a jurisdição constitucional no Brasil, especialmente quanto à assunção pelo Supremo Tribunal Federal do típico papel de um verdadeiro Tribunal Constitucional (MENDES [s.d.], p. 12).

Os assuntos discutidos em sede de repercussão geral deverão demonstrar uma relevância que vai além do caso concreto discutido revestindo-se num interesse amplo. O Supremo Tribunal Feral realiza espécie de filtro seletivo de modo que as questões levadas a ele sejam de suma importância diminuindo o número de recursos e rechaçando questões irrelevantes. Nestes termos, “enfim, se espera que, com essa possibilidade de seleção de matérias realmente importantes, não só no âmbito de interesse das partes, se tenha jurisdição de melhor qualidade” (WAMBIER, 2009, p. 20).

O sentido do presente tópico exposto é que principalmente através das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), Ações Diretas de Constitucionalidade (ADC) e Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais (ADPF) são discutidas a constitucionalidade ou não das normas infralegais. Nestes termos, os debates realizados podem levar ao ativismo judicial, matéria que será posteriormente tratada. Ressalte-se que a razão da importância dos institutos descritos neste tópico é o encaminhamento ao ponto primordial do estudo, ou seja, o ativismo judicial.

O controle de constitucionalidade quanto aos assuntos de Direito Ambiental tem ganhado grande propulsão tendo em vista a grande quantidade de legislações infraconstitucionais existentes. Como a proteção ambiental é competência dos três entes da federação, incontáveis leis e principalmente resoluções são promulgadas. Nestes termos, caso sejam encontrados pontos divergentes com a Constituição Federal o controle de constitucionalidade será o meio responsável para sanar a adversidade.

Alguns exemplos emblemáticos de cunho ambiental foram levados ao Supremo Tribunal Federal para sua resolução através daqueles mecanismos. Um deles bastante controverso e recente é a ADI 4.983 que dispôs sobre a vaquejada. A ação proposta pela Procuradoria da República pleiteou à inconstitucionalidade da Lei 15.299/2013 do Estado do Ceará que tentava regulamentar a prática da vaquejada. Em julgamento, o órgão supremo considerou que a atividade (vaquejada) envolvia maus tratos contra os animais. Em decisão apertada este considerável tema foi bastante debatido por juristas e autoridades, seguindo a mesma linha de raciocínio quanto aos casos da “farra do boi” e da “briga de galo”.

Os precedentes apontam a óptica adotada pelo Tribunal considerado o conflito entre normas de direitos fundamentais – mesmo presente manifestação cultural, verificada

situação a implicar inequívoca crueldade contra animais, há de se interpretar, no âmbito da ponderação de direitos, normas e fatos de forma mais favorável à proteção ao meio ambiente, demonstrando-se preocupação maior com a manutenção, em prol dos cidadãos de hoje e de amanhã, das condições ecologicamente equilibradas para uma vida mais saudável e segura (STF. ADI 4.983/CE, Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 8/1/2013. DJ, 6/10/2016).

Desta forma, percebe-se como os temas de Direito Ambiental permeiam cada vez mais discussões não somente pelos envolvidos diretamente na ação, mas por toda a sociedade que progressivamente entende o valor da proteção ao meio ambiente e seus aspectos peculiares, como nesse caso, o direito dos animais.

Passa-se agora a tratar do precedente judicial, começando com os aspectos primordiais, suas distinções com o sistema *common law* e as características que o levam a ser cada vez mais influente no ordenamento jurídico brasileiro.

4.2 O precedente judicial: apresentação, características e repercussões

O precedente judicial está historicamente vinculado ao conceito do Direito propriamente dito. A falta de uma definição única de direito traz a criação de institutos que a ele complementam como no caso do precedente judicial. O direito está atrelado a fatores filosóficos, sociais, religiosos e culturais, sendo um conceito amplo e abstrato. O precedente judicial surgiu para influenciar no nascimento do direito de forma mais visível e tangível aos juristas.

Sabe-se que o instituto do precedente judicial é uma criação e tradição do sistema *common law* e aos poucos foi se incorporando e difundido no sistema romano-germânico (*civil law*) ao ponto de se tornar algo que afeta fortemente o ordenamento jurídico brasileiro. Faz-se importante a historicidade e primeiras conceituações do precedente judicial para posteriormente o definir no direito pátrio.

Todos os sistemas jurídicos produzem leis, precedentes ou ambos, de acordo com a família *civil law* ou *common law*, sendo que no primeiro o emprego de formas codicísticas possui mais influência, e no segundo, a predominância é dos precedentes. Os precedentes judiciais na primeira família não possuem a eficiência de criar uma norma jurídica, mas somente interpretam e orientam as normas que estão postas. Desta forma, o precedente judicial sempre ocorrerá onde houver a existência de uma decisão jurisdicional mudando somente o grau de eficiência de acordo com o sistema jurídico adotado.

A reconstrução de leis e precedentes não se dá por “mera repetição”, já que, no sistema do *common law*, tradicionalmente, se tem consciência de que o juiz, ao mesmo tempo em que aplica o direito, é também autor (porque acrescenta algo ao edifício jurídico) e crítico do (pois que interpreta o) passado (NUNES; BAHIA, 2013, p. 129).

Os precedentes judiciais vêm de decisões paradigmáticas proferidas por aqueles detentores de competência para tanto. Desde os tempos remotos, as decisões judiciais para serem consideradas válidas necessitavam de fundamentação, no entanto, sua obrigatoriedade se tornou taxativa apenas em 1748 com o rei Frederico II da Prússia que enunciava a imprescindibilidade da exposição dos motivos para o julgamento de certa questão (FOGAÇA; FOGAÇA, 2015, p. 511-513).

Na era do iluminismo e formação do Estado moderno as decisões passaram a exigir um vínculo com a lei positivada. Mas somente com o neoconstitucionalismo “que a motivação das decisões judiciais ganhou o seu status atual de verdadeira garantia democrática” (RAMIRES, 2010, p. 39).

O precedente judicial é considerado como aquele julgamento paradigma que seja utilizado fundamentando outra decisão posteriormente exarada. Desta forma, é uma decisão judicial sobre determinado caso concreto e que serve de base para outras ações similares mesmo que tal decisão seja destoante das demais. Mas para que a decisão seja considerada um precedente judicial é necessário que ele seja utilizado como embasamento em casos supervenientes. Portanto, nem toda sentença gera um precedente judicial.

Se se individua a principal característica do precedente na sua força, ou seja, na sua capacidade de determinar ou, pelo menos, de direcionar “o sentido conforme a decisão” nos casos sucessivos, então, parece oportuno excluir da noção de precedente aquelas decisões que, mesmo sendo objeto de referência no âmbito da argumentação jurídica, não são, todavia, dotadas desta eficácia. Pode-se dizer, na verdade, que essas decisões não representam verdadeiros e próprios precedentes, mas são simplesmente usados como exemplos. Sua função, portanto, não é a de indicar o critério de decisão que deve ser seguido no caso sucessivo, mas, simplesmente, de mostrar que a norma em questão foi aplicada de certa maneira em um determinado caso (TARUFFO, 2014, p. 11-12).

No Brasil, o precedente judicial vem ganhando relevância ímpar e abrangência nas soluções de litígios mesmo que sendo em caráter secundário, tendo em vista que de forma primária, o julgamento deve embasar-se na legislação em vigor. No entanto, com o alto índice demandado aos magistrados na proliferação de sentenças, a utilização de precedentes se tornou um caminho comum e frequente.

Continuando, o precedente judicial pode ser utilizado como embasamento pelo magistrado num caso concreto similar em função da identidade da causa ou ser utilizado em razão da analogia do caso anterior (precedente) com o caso posterior. É o julgador do caso posterior que verá a similitude entre as situações. “É, portanto, o juiz do caso posterior que determina se há ou não o precedente e, então, – por assim dizer – “cria” o precedente” (TARUFFO, 2014, p. 04).

Mesmo em sentido isolado uma decisão pode projetar suas características e efeitos em julgamentos posteriores e, assim, se tornar um precedente. Não são necessárias várias decisões no mesmo sentido para a criação de um precedente judicial, mas sim, uma resolução paradigma que o magistrado utilize como orientação em sentença subsequente. Desta forma, emblemáticas decisões, mesmo que de forma isolada, podem mudar julgados importantes e renovar entendimentos jurídicos que antes eram tidos como dominantes.

O precedente judicial representa uma questão de interpretação utilizada pelo magistrado no embasamento do mérito da questão em determinado julgamento. Neste sentido, o precedente dá uma base para a interpretação sobre o caso concreto utilizando uma situação anterior similar para dar suporte na argumentação da parte dispositiva. Assim, segundo esse entendimento, o precedente judicial “expressa a ideia de uma decisão, isto é, uma decisão que, independentemente de força vinculativa formal, tem potencial para influenciar na solução de casos futuros” (MANCUSO, 2014, p. 121).

Baseando o magistrado sua decisão de forma rápida a solucionar o litígio, procura num banco de dados precedentes anteriores que favoreçam uma determinada questão. Como existem inúmeras decisões, são grandes as possibilidades de precedentes em vários sentidos. Assim, só resta verificar algum que se encaixe no caso similar posto a julgamento, tornando o mecanismo corriqueiro aos juízes e um facilitador de tempo no momento de emanar decisões.

A importância prática do fenômeno que estamos considerando não necessita de longos comentários, uma vez que ela está diante dos olhos de todos: a pesquisa e o uso do precedente jurisprudencial tornaram-se, hoje, as ferramentas quotidianas do jurista prático, cuja utilização é tornada fácil – até excessivamente fácil – o que enfraquece o impacto da análise crítica – em decorrência dos meios informáticos e das bases de dados. Por outro lado, é a jurisprudência que constitui o conteúdo efetivo do chamado direito vivo, o qual representa, em muitos casos, o único direito do qual dispomos – por exemplo, quando os juízes criam direito para preencher lacunas – ou o verdadeiro direito do qual dispomos – quando os juízes criam direito interpretando cláusulas gerais ou qualquer outro tipo de norma. (TARUFFO, 2014, p. 02-03).

Além da celeridade processual, um fator importante diante do reflexo da atual e desenfreada judicialização, os precedentes constituem relevância ímpar em prol da harmonia processual e isonomia em casos similares, favorecendo, entre outros aspectos, a segurança jurídica.

A preocupação com as decisões conflitantes dos tribunais superiores e, por conseguinte, dos demais órgãos do Judiciário, extrapolou a academia e se tornou preocupante para o operador do direito por três razões: a) o fenômeno passou a ser excessivamente frequente, somado a muitas bruscas mudanças de “opinião” dos Tribunais; b) muitas dessas decisões conflitantes são proferidas para resolver controvérsias que envolvem questões de massa. Neste caso, a ofensa à isonomia é mais gritante e, portanto, intolerável; c) passou a ser escancaradamente visível o fato de que o princípio da legalidade, da isonomia, ficam inteiramente comprometidos e a necessidade de que haja segurança jurídica e certa dose saudável de previsibilidade tornam-se irrealizáveis no plano empírico, nesse contexto (WAMBIER, 2016, p. 483-484).

Em que pese o precedente judicial no sistema de tradição *civil law* ou romano-germânico, mais propriamente no caso brasileiro, serem considerados, via de regra facultativos, tendo em vista que os magistrados não precisam recorrer a julgamentos anteriores para embasar os posteriores, existem ocasiões em que o instituto terá seguimento obrigatório.

Assim, os precedentes judiciais no ordenamento brasileiro poderão ser persuasivos ou obrigatórios, o qual se dá nesse último caso com a criação das súmulas vinculantes. Apesar possuírem pontos discrepantes ao precedente judicial obrigatório no sistema *common law*, o modelo utilizado no Brasil, via de regra, possui força persuasiva.

Portanto, ainda que cada caso seja um caso, incumbe ao Poder Judiciário aplicar de modo uniforme os seus próprios precedentes, estendendo para os casos futuros o mesmo tratamento dado aos passados, quando entre estes existirem as mesmas circunstâncias relevantes de fato. Isso não significa que o Poder Judiciário não possa afastar-se dos seus precedentes. Significa, tão só, que, tendo sido adotada uma linha decisória, ele só possa dela se afastar quando houver razões justificativas suficientes para tanto. Referida autovinculação aos próprios precedentes funciona como fator de calculabilidade do Direito pelo ganho em previsibilidade da atuação do Poder Judiciário (SANTOS [s.d.]).

Quanto aos precedentes em matéria ambiental, assim como nos outros ramos do direito, são de suma importância principalmente para orientar e justificar o dispositivo exarado pelo magistrado. Percebe-se atualmente uma enorme gama legislativa de cunho ambiental, tendo em vista que a Constituição Federal ampliou o leque quanto à competência

entre os entes legislativos e assim, a dificuldade do magistrado em encaixar a norma ao fato concreto se torna ainda maior.

O Direito Ambiental, por ter importância tardia no constitucionalismo brasileiro e ainda pouco estudado entre os juristas, possui certa complexidade no julgamento do caso concreto. Em várias situações o magistrado não possui capacidade técnica adequada para formar uma convicção por se tratar de assunto que exige estudos multidisciplinares. Neste caso, peritos e assistentes apresentam pareceres para facilitar a compreensão sobre a situação. O parecer, portanto, se torna ímpar face o despreparo e falta de tecnicidade de grande parte dos magistrados e juristas diante de uma ação ambiental.

Alguns precedentes emblemáticos e ainda pendentes de posicionamentos pelo Supremo Tribunal Federal que os torne vinculantes são matérias de grandes debates entre os estudiosos do assunto. Exemplo claro é quanto a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais. Tal discussão perdurou por vários anos com posicionamentos contrários entre tribunais e suas turmas, até o órgão de cúpula do poder judiciário decidir quanto à possibilidade de responsabilizar criminalmente a pessoa jurídica nas práticas de crimes ambientais independentemente da responsabilização concomitante da pessoa física que agia em nome daquela (STF, 2014).

Retomando ao cerne da questão, em que pese os institutos precedentes e jurisprudências possuam proximidades e em várias doutrinas os utilizarem como sinônimos, ambos possuem características que os distinguem. É necessária a conceituação dos dois mecanismos e suas discrepâncias quanto à amplitude e uniformização. Assim, toda jurisprudência é um precedente, mas nem todo precedente se torna uma jurisprudência.

O linguajar jurídico nacional vem solapando o conceito de jurisprudência, que é a interpretação consistente dos tribunais a respeito das lides, igualando-a pela de precedente, que é cada julgamento individual. Um julgado não é jurisprudência, mas um precedente, que interagirá com outros julgados idênticos ou análogos, no sentido da formação, ou não, de jurisprudência (BENETI, 2007, p. 318).

Após conceituação de forma minuciosa do precedente judicial importante agora à distinção com a jurisprudência e suas primordiais características.

4.3 Jurisprudência: conceito e atributos gerais

A jurisprudência no ordenamento jurídico brasileiro é considerada uma das fontes de Direito, sendo um conjunto de decisões judiciais com interpretação legal no mesmo sentido, podendo, a depender de sua reiteração, ser considerada dominante ou pacífica pelos tribunais.

Neste sentido, se diferencia claramente do precedente judicial tendo em vista que esse se completa com uma decisão judicial somente. Mesmo que comumente se utilize os dois como sinônimos, importante fazer a diferença de ambos, começando com o conceito de jurisprudência:

[...] no Brasil, a jurisprudência, consistente em uma sucessão de decisões judiciais – seja de um juiz singular, de primeiro grau de jurisdição, por meio de suas sentenças, ou os acórdãos de um Tribunal, em sua atuação em sede de competência originária ou recursal – com a mesma orientação, firmando certa tese jurídica (SOUZA; COL, 2011, p. 77).

A jurisprudência pressupõe um fator quantitativo sendo formada através de um conjunto de várias decisões com uniformidade. Essa reiteração constitui o nascimento de uma compilação de precedentes com interpretação no mesmo sentido, ao qual se dará o nome de jurisprudência.

Nem sempre a jurisprudência possuiu o sentido como agora descrito, sendo que sua roupagem foi adquirida com o tempo e com a demanda do judiciário em detrimento da legislação. “A função criadora da jurisprudência é uma conquista dos tempos modernos e um postulado indestrutível do progresso jurídico” (GARCEZ NETO, 2002, p. 46).

Em sua origem, a jurisprudência veio como meio de assistir ao Poder Judiciário na interpretação legal. A norma por si só dá azo a vários entendimentos em razão de sua amplitude e as inúmeras formas de se lidar com um mesmo assunto. Assim, a jurisprudência se traduz como um conjunto de decisões (entendimentos) sobre a matéria ficando o magistrado mais apto a utilizar uma percepção que outros juízes já tiveram.

Dito isto, a jurisprudência vem se tornando uma tendência e aparato nos julgamentos pelos tribunais devido a sua eficiência e maior celeridade, tanto que o novo Código de Processo Civil, ou seja, a Lei 13.105 de 2015, em seu artigo 926, *caput*, assim relatou que, “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (BRASIL, 2015).

Da mesma forma, quando o juiz é provocado e existe uma lacuna legal, ele não pode se eximir de julgar, complementando a lei com outros mecanismos de integração que o

ordenamento jurídico oferece. Neste caso, segundo o artigo 4º do Decreto-Lei 4.657 que trata da Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com a nova redação dada pela Lei 12.376 de 2010, relata que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (BRASIL, 1942).

Nota-se que expressamente o legislador não descreve a jurisprudência como um dos meios de integração na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. No entanto, mesmo que ela não esteja *expressis verbis*, constitui-se como integradora no ordenamento jurídico em razão de sua relevância e aplicação constante em reiteradas elucidações sobre determinada questão.

A jurisprudência pode ser mutável e alterada de acordo com a demanda social para se adaptar à realidade da população. Assim, o fator importante é a adequação da jurisprudência ao tempo e à necessidade social com objetivo de atingir um bem comum.

É o que dispõe o artigo 103 do RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, no qual, “qualquer dos Ministros pode propor a revisão da jurisprudência assentada em matéria constitucional e da compendiada na Súmula, procedendo-se ao sobrestamento do feito, se necessário” (RISTF, p. 69).

Resumidamente, constata-se que as duas funções primordiais da jurisprudência são: “a primeira é interpretar a lei, delimitando o alcance do texto legal; a segunda é de adequar a lei no tempo, de acordo com as necessidades da realidade social presentes no momento de aplicação da lei” (MORETO, 2012, p. 25).

Quanto à questão quantitativa, a jurisprudência se diferencia do precedente judicial porque naquela são necessárias várias decisões similares para orientar o julgamento posterior do magistrado, podendo ser um entendimento majoritário ou não. Desta forma, a jurisprudência é um conjunto de diversos precedentes similares sobre múltiplos casos concretos e que são utilizados em decisões posteriores. Não há necessidade de citar todos os precedentes, mas somente alguns para a verificação de que existem vários entendimentos idênticos sobre determinada questão.

Enfatizando sobre a questão, descreve como conceito que “a jurisprudência é formada por um conjunto de sentenças, ou melhor, por um conjunto de subconjuntos ou grupos de sentenças, cada um dos quais pode incluir uma elevada quantidade de decisões”. (TARUFFO, 2014, p. 05). Neste mesmo sentido, continuando com o especial conceito de jurisprudência, relata que “fora de qualquer dúvida razoável, a atrela a uma coleção harmônica de acórdãos sobre um mesmo tema, no âmbito de um dado Tribunal ou de uma certa Justiça” (MANCUSO, 2014, p. 422).

A jurisprudência e o seu papel cada vez mais influente no ordenamento jurídico faz com que atualmente os magistrados, advogados e estudiosos precisem conhecer a legislação e, ao mesmo tempo, a jurisprudência utilizada por um tribunal específico. Desta forma, mesmo que a legislação ainda seja o parâmetro orientador na solução de litígios, havendo lacunas, interpretações convergentes (situação corriqueira) e entendimentos conflitantes, a jurisprudência é uma salvaguarda no embasamento do litígio posto em xeque.

A importância da jurisprudência no Brasil tem sido incrementada, em primeiro lugar, pela percepção de que a interpretação jurídica não é uma atividade mecânica, de mera revelação de conteúdos que já estariam integralmente contidos nos textos legais. Especialmente quando os textos legais se valem – como ocorre com frequência cada vez maior – de expressões vagas, princípios e conceitos indeterminados. O intérprete desempenha, muitas vezes, um papel de co-criador do Direito, desenvolvendo o sentido de atos normativos de textura aberta e fazendo escolhas fundamentadas à luz dos diferentes valores tutelados pela ordem jurídica e das circunstâncias de fato do caso concreto. A doutrina enfatiza que o texto legislado, ou o enunciado normativo, não se confunde com a norma, que é o produto final da interpretação levada a cabo pelo Judiciário (BARROSO; BARCELLOS, 2011, p. 458).

Como existem muitas jurisprudências e controvérsias sobre cada questão, a dificuldade é saber qual o entendimento dominante e o mais adequado a ser utilizado. Esta demasia de jurisprudências ocasiona consequências em sua aplicação como “no seu manuseio inconsequente e automático pelos magistrados (e, acrescentamos nós, pelos advogados), sem a realização da devida análise crítica” (MORETO, 2012, p. 24).

Os magistrados sofrendo toda pressão em alcançar metas e suprir o número de sentenças determinadas pelos tribunais acabam indo pelo caminho mais fácil e se utilizam de jurisprudências, e em sua grande parte somente as ementas para fundamentar a decisão sobre a questão tendo em vista que a mesma contém uma ampla informação e possui uma facilidade de pesquisa pelo julgador.

Portanto, para ajudar advogados, juízes, estudantes e demais profissionais da área jurídica, a elaboração da ementa deve ser sucinta e com informações estratégicas para propiciar uma rápida e eficaz pesquisa. Em alguns casos se verificam abusos, utilização errônea de jurisprudências ou, simplesmente, fundamentação rasa.

Naturalmente, não considero aqui as várias formas de “abuso de citação” da jurisprudência, que vão desde a citação de longas listas de decisões selecionadas aleatoriamente com o simples fim de impressionar o leitor, até a omissão de decisões contrárias, a citação de decisões não relevantes para o caso em espécie, até a citação de sentenças inexistentes. Esses abusos não são incomuns e se baseiam na esperança de que o juiz e a outra parte não realizem as verificações pertinentes (TARUFFO, 2014, p. 09).

Desta compreensão surge o que os processualistas Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes e Alexandre Bahia, denominam como “padronização decisória” e os seus riscos em que os tribunais passam a decidir sobre as teses e não os casos concretos propriamente ditos. Neste sentido, o magistrado identifica um julgamento modelo e o usa em várias decisões sem analisar os aspectos específicos daquela matéria discutida no processo (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2010, p. 24-30).

Nos ditos *hard cases* a dificuldade é encontrar um consenso de compreensão sobre determinada matéria e, em regra, as decisões exaradas são destoantes. A jurisprudência pode se legitimar através do consenso pacificando uma orientação no qual o julgador irá seguir necessariamente a maioria em situações semelhantes.

O fim primordial da prestação da tutela requerida pela parte é dar àquela a segurança jurídica, sendo que o Estado é o maior interessado na eliminação da insegurança das decisões prolatadas. Assim, uma mesma situação pode ser julgada de várias formas diferentes a depender do julgador do caso concreto. Isto posto, a segurança jurídica é bastante criticável ao se descrever as jurisprudências.

Não é crível que, apesar da lei ser igual para todos, para um mesmo conflito jurídico uns possam obter tutela jurisdicional e outros não, a depender da sorte (ou do azar) da parte na distribuição dos respectivos processos. Trata-se praticamente de uma piada de mau gosto. Toda essa incerteza gera desconfiança em relação ao Poder Judiciário e à administração da justiça em geral, culminando em séria perda de autoridade (MORETO, 2012, p. 40).

Em que pese a jurisprudência possua pontos negativos como os anteriormente narrados, há de se notar que sua influência e a possibilidade de interpretação legislativa apontam pontos positivos e cada vez mais fortes no Brasil. A jurisprudência possui sua utilidade primordial na interpretação do direito e a indicação de qual melhor decisão a ser tomada naquele caso concreto, empregando-se situações anteriores como orientação.

Outro aspecto importante é a economia processual, pois sabendo que determinado tribunal se utiliza daquela jurisprudência dominante ou pacífica, desestimula a propositura de ações contrárias daquele entendimento, desafogando os tribunais e sua excessiva demanda.

Sobre esta última questão, evidencia-se a notória crise do poder judiciário com a alta judicialização de matérias. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, em 2014 tramitavam aproximadamente 95 milhões de processos no Poder Judiciário. A judicialização naquele ano “aumentou em 1,8% na carga de trabalho dos magistrados, que tiveram, em

média, 6.041 processos para julgamento cada” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 79).

Naturalmente o tema é exaustivamente discutido na esperança de encontrar soluções plausíveis quanto ao sobrecarregamento do Poder Judiciário. A situação é cada vez mais alarmante tendo em vista a cultura da judicialização das mais inusitadas questões que poderiam ser resolvidas administrativamente. O número de ações é sempre crescente sendo que a quantidade de servidores públicos não consegue suprir a demanda. Nasce assim o abarrotamento do Poder Judiciário e a morosidade na solução dos litígios.

Basta, apenas, recordar que a valorização da jurisprudência, no sentido *lato* gera: a) possibilidade de se criarem institutos que levam à aceleração do procedimento; b) a que haja mais credibilidade em relação ao Poder Judiciário; c) a uma progressiva diminuição da carga de trabalho do Judiciário, já que a desuniformidade da jurisprudência e a possibilidade, que existe sempre, de que haja uma “virada” estimula não só o ato de recorrer, como também a própria propositura de novas ações (WAMBIER, 2016, p. 484).

O tempo de tramitação de uma ação judicial está muito aquém do ideal desejado. Ações desnecessárias, quantidade insuficiente de servidores e, principalmente, o custo de cada demanda leva o Poder Judiciário a uma falência de prestígio perante a sociedade. Compreende-se a dificuldade em empregar o descrito no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, qual seja, “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1988).

Mesmo sentido, dispondo sobre o emblemático obstáculo de dar às partes uma satisfação processual num período plausível, o artigo 4º do novo Código de Processo Civil assim relata que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa” (BRASIL, 2015).

Quando há várias decisões no mesmo sentido sobre determinada matéria a jurisprudência poderá ser uniformizada. A reiteração de jurisprudências faz surgir súmulas simples ou persuasivas e súmulas vinculantes, com a possibilidade de pacificar o embasamento judicial sobre uma questão, dando assim uma possível segurança jurídica, diminuição de ações sobre determinado tema e redução de recursos repetitivos.

Percebe-se que, principalmente o novo CPC trouxe vários aspectos que possibilitam uma segurança jurídica através de julgamentos isonômicos. Esta importante perspectiva trazida pelo legislador surgiu da desordem nas orientações e de decisões destoantes que

abalam todo o país. A utilização de meios que garantam uma base de julgamentos à população dá maior prestígio ao Poder Judiciário e às resoluções das lides.

Desta forma, a repetição de jurisprudência pode levar ao caminho de forma incidental de uniformização, o que dá azo ao direito sumular. É o que dispõe o artigo 102 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), descrevendo que, “a jurisprudência assentada pelo Tribunal será compendiada na Súmula do Supremo Tribunal Federal” (RISTF, p. 68).

As jurisprudências em matéria ambiental são cada vez mais constantes e importantes na forma de orientação em julgados. No mais, fatos relevantes desta matéria têm se tornando consideráveis para que o contexto jurídico firme um entendimento sobre caso concreto ambiental. Em que pese ser tardia, a legislação ambiental brasileira é considerada umas das mais avançadas, com pilares constitucionais fortes, e com uma gama extensa de legislações infraconstitucionais. No entanto, é com as jurisprudências firmadas que os tribunais possuem o suporte necessário nos julgamentos.

Um caso concreto interessante e bem recente foi o REsp 1401500/PR proferido pela 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no qual consolidou a jurisprudência de que, a responsabilidade administrativa é subjetiva em se tratando de situações ambientais. Deve-se esclarecer que as jurisprudências divergiam e a tese mais adotada antes deste julgamento era contrária a que foi proferida, ou seja, de que a responsabilidade civil seria independente da comprovação da culpa (STJ, 2017).

Percebe-se atualmente a existência de jurisprudências que se contradizem, não somente de cunho ambiental, mas de todas as matérias. Levá-las aos Tribunais Superiores para consolidação de uma tese é uma tendência à uniformização na busca de garantir-se a segurança jurídica nos julgamentos.

Dada a importância cada vez mais crescente e adequada das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, passa-se a analisar os aspectos primordiais do direito sumular, suas características e discrepâncias com os fenômenos estudados anteriormente, especialmente em vista de uma tendência à uniformização de julgamentos e similaridade com o sistema *common law*.

4.4 O Direito sumular e seus primeiros aspectos

O direito sumular nasce de uma prática realizada pelos tribunais no qual consolida um entendimento jurídico sobre um dado tema ganhando *status* de súmula com uma

numeração própria que lhe identificará. O direito sumular, ao contrário das leis que são emanadas pelo Poder Legislativo, advém do Poder Judiciário com intuito de acelerar julgamentos e firmar orientação em determinada questão, propiciando isonomia entre aqueles que procuram o Poder Judiciário para a resolução de lides.

O termo denominado súmula vem de terminação do latim *summula*, no qual é definido como “sumário, restrito, é o resumo de casos semelhantes decididos da mesma forma” (SOUZA; COL, 2011, p. 7).

Desta forma, o direito sumular nada mais é do que a interpretação da norma transformada em jurisprudências, ou seja, uma orientação dominante sobre determinado assunto embasado na lei. A legislação possui lacunas, e assim precisa interagir com institutos integradores do direito. O direito sumular é uma das fontes indiretas do Direito que almejam auxiliar os julgadores em suas decisões amparados em entendimentos dominantes dos tribunais.

A palavra súmula deriva do latim *summula*, que significa pequena quantidade ou resumo de uma *summa*, que por sua vez corresponde ao todo de uma soma. Trazendo este conceito para o âmbito jurídico, pode se dizer que a súmula é o enunciado, isto é, o resumo que expressa a interpretação predominante de um tribunal a respeito de determinada matéria, a partir do julgamento de reiterados precedentes análogos, visando à uniformização de seus julgados (CNJ, 2015, p. 32).

Em que pese à importância do direito legislado no sistema *civil law* ou romano-germânico, exista uma certa equiparação com o direito sumulado, tendo em vista que os tribunais utilizam as súmulas como se lei fosse, dada sua notável orientação e celeridade diante de seu acompanhamento com os anseios da sociedade.

O nascimento do direito sumular, assim como outros meios de uniformização de jurisprudência, se dá através de uma situação padrão ou decisão paradigma do qual se extrai um ponto comum que serve como referencial nos julgados posteriores. Desta feita, as decisões reiteradas dos tribunais são padrões para a criação de súmulas guiando os julgamentos posteriores para que sigam a mesma orientação sumular. Resumidamente, o direito sumular é uma padronização de jurisprudências pacíficas entre os tribunais.

No mesmo contexto, “a jurisprudência – esse produto otimizado da atividade jurisdicional – quando suficientemente iterativa e estabilizada, enseja a emissão das súmulas, as quais, vistas em conjunto, compõem o chamado Direito Sumular” (MANCUSO, 2013, p. 341).

O direito sumulado vem de demandas anteriormente discutidas e possuem maior agilidade naquele momento de súplica da população em detrimento das normas que passam pelos trâmites processuais legislativos. “Em suma: a jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores, e suas súmulas em particular, passaram a desempenhar um papel central na definição do Direito vigente hoje no Brasil” (BARROSO; BARCELLOS, 2011, p. 460).

O direito sumular no Brasil representa uma quebra do paradigma do sistema romano-germânico ou *civil law* com sua característica primordial baseada em códigos e no direito legislada. No entanto, ao contrário do sistema *common law* onde seu precedente é obrigatório, o instituto do direito sumular utilizado no Brasil é diferente e possui menor amplitude, sendo o fruto de uniformização de várias decisões reiteradas com a orientação no mesmo sentido.

A tudo isso, junta-se uma característica que ganha contornos especiais num ordenamento jurídico como o nosso, filiado à tradição romano-germânica, que gira em torno da norma legislada: o fato da validade da súmula estar sempre condicionada ao amparo que ela tem na norma legislada. É verdade que temos diversos tipos de súmulas: a) meramente declaratória, que diz apenas o óbvio, ou seja, basicamente, repete o texto da lei; b) *intra legem*, que existindo lei sobre o tema, faz a devida interpretação dela dentro de limites já estabelecidos no ordenamento jurídico; c) *extra legem*, que preenche espaços vazios deixados pela lei ou expande os limites por ela estabelecidos, sem ferir os princípios vetores do sistema. Mas todas “partem” de normas legisladas ou que deveriam ter sido legisladas (nesse caso, exatamente porque não foram, tem-se a súmula), meramente “repetindo” os seus textos, verdadeiramente interpretando-as, ocupando os lugares por elas deixados ou, ainda, expandido os limites por elas (normas legais) previamente estabelecidos (SOUZA, 2007, p. 256).

Historicamente no direito brasileiro, o direito sumular veio da transformação do “artigo prejudgado” descrito no Decreto n.º 16.273 de 1923, no qual seria recomendável a utilização de uma norma nos casos posteriores. No entanto, tal instituto não foi recepcionado pelo Código de Processo Civil de 1939. Sua clara introdução se deu na década de 1960 com a alteração de regimento do Supremo Tribunal Federal criando as “súmulas de jurisprudências dominantes”, que versavam sobre matérias já anteriormente pacificadas pelos tribunais e, com o passar do tempo, se aperfeiçoou nas súmulas usualmente conhecidas (ELIAS, 2013, p. 26).

No Brasil, a descrição de súmula no sentido genérico está expressamente definida no artigo 102, *caput* do RISTF, no qual dispõe ser a súmula um agrupamento de suas jurisprudências. Extraíndo o artigo disposto, “a jurisprudência assentada pelo Tribunal será compendiada na Súmula do Supremo Tribunal Federal” (RISTF, p. 68).

Desta forma a edição de súmulas persuasivas ou vinculantes possui competência específica e a distinção de ambas estará no quórum de aprovação. A consequência lógica do

direito sumular é a segurança jurídica fazendo com que a solução dos litígios possua harmonia e tratamento uniforme entre os jurisdicionados.

Assim como no código anterior, o novo CPC traz expressamente o incidente de uniformização de jurisprudência que busca uma celeridade processual e diminuição dos recursos repetitivos que atravancam o Poder Judiciário. Nesse passo, descreve o artigo 926, *caput* da citada lei, que para as questões similares, os tribunais ficarão vinculados com um entendimento originando assim as súmulas.

A importância do direito sumular é visível com o considerável número já aprovadas. Até a data de escrita deste trabalho (25 de outubro de 2017), o Supremo Tribunal Federal emitiu 736 súmulas, o Superior Tribunal de Justiça 586 súmulas e, 56 súmulas vinculantes emanadas pelo Supremo Tribunal Federal. A tendência é a proliferação deste instituto com intuito de uniformizar os julgamentos, dar tratamento isonômico entre as partes e garantir a segurança jurídica.

Conforme aludido anteriormente, o direito sumular no ordenamento jurídico brasileiro pode ser decomposto em persuasivo ou simples e vinculante. Desta forma é necessária a definição de ambas com suas características e aspectos destoantes. É o que se passa a definir no próximo tópico.

4.4.1 Súmulas simples ou persuasivas

O instituto que passa a descrever é um meio primordial de celeridade e isonomia nas decisões proferidas. Além dos princípios básicos a serem seguidos num procedimento normal promovido pelo Poder Judiciário, ele deve garantir às partes sua total imparcialidade face ação proposta dando azo à decisão mais “justa” possível.

No entanto, mesmo diante de casos similares o magistrado poderá ter soluções diversas para uma dada matéria. O direito sumular nasce como um orientador sobre uma questão de entendimento dominante e consolidado pelos tribunais. Desta forma, “as súmulas são uma espécie de resumos da essência da tese aplicada pelo Tribunal reiteradamente para resolver casos semelhantes” (WAMBIER, 2016, p. 486).

Ponto importante é a separação dos poderes em relação às súmulas. O Poder Judiciário, como os outros Poderes Legislativo e Executivo, possuem suas funções típicas. A atribuição típica legiferante compete claramente ao Poder Legislativo, cabendo ao Poder Judiciário a interpretação e aplicação da norma. No entanto, o Poder Judiciário pode promover institutos de comandos gerais que servirão positivamente no andamento processual.

Desta forma é que se origina o direito sumular e especificamente a súmula persuasiva, que é “aquela que traz interpretação sugestiva da matéria abordada, indicando apenas o posicionamento pacificado do tribunal, não gerando qualquer obrigatoriedade de aplicação pelos magistrados nos casos concretos decididos posteriormente à edição do verbete” (SILVA, 2013, p. 116).

As súmulas persuasivas ou simples influenciam na convicção do magistrado orientando-o e induzindo-o a utilizar o entendimento dominante assentado pelos tribunais. Tal utilização acarreta uma celeridade e economia processual tendo em vista que, caso a súmula sobre determinada questão não seja aplicada, o órgão *ad quem* naturalmente reformará a decisão exarada.

Em que pese existam diferenças entre jurisprudência e súmulas, com o passar o tempo as duas expressões se aproximaram e exibiram aspectos bastante similares, tendo em vista que a organização das jurisprudências pode se chegar à emissão de súmulas simples não vinculantes. No entanto, mesmo que as súmulas simples não sejam consideradas compulsórias como as súmulas vinculantes, ambas possuem o objetivo de orientar um caminho isonômico para os tribunais, garantindo assim, uma possível segurança jurídica.

A (in)segurança jurídica, com a consolidação da aplicação sumular do direito, produz como efeito colateral negativo a retirada da flexibilidade do direito, e com ela, sua potencialidade de adaptar-se às diferentes situações e fazer-se amoldável às peculiaridades que a situação concreta exige para a solução justa dos conflitos humanos. A segurança jurídica, conquistada pela previsibilidade descortinada com as súmulas, traz sob suas vestes a insegurança jurídica, que chama a atenção pelo alto risco da generalização da interpretação de súmula revelar a incapacidade do direito em dar respostas justas aos casos concretos e reproduzir, agora numa outra perspectiva, a desigualdade na aplicação do direito (ELIAS, 2013, p. 29).

Aliás, motivo de sistematizar jurisprudências criando súmulas orientadoras é porque os tribunais não são obrigados a utilizá-las. Por conseguinte, vê-se a nítida diferença entre aquelas e súmulas vinculantes. Se aos Tribunais fosse imposto aplicar o primeiro instituto, não seria necessária a criação deste último. Desta forma, mesmo não obrigatórias, as súmulas simples ou persuasivas são emanadas com objetivo de orientar o magistrado a tomar uma decisão aplicando aquele entendimento.

As súmulas poderão ser de dois tipos, as vinculantes e as persuasivas (não vinculantes), e ambas terão quóruns diferentes de aprovação, o que prevê o RISTF no artigo 102, § 1º que “a inclusão de enunciados na Súmula, bem como a sua alteração ou cancelamento, serão deliberados em Plenário, por maioria absoluta” (RISTF, p. 68).

A missão primordial das súmulas é diminuir os recursos repetitivos que tornam o Poder Judiciário lento e desprestigiado perante a população. Trata-se de um facilitador e um modo de orientar os tribunais a utilizar um entendimento, diminuindo julgamentos destoantes, número de insatisfações através de recursos e economia processual.

Haverá evidente desestímulo ao ato de recorrer se as partes estiverem convencidas de que o entendimento sumulado representa, efetivamente, algo consolidado, e que não será facilmente modificado, a não ser que haja, por exemplo, alteração da própria norma jurídica a respeito da qual a súmula foi editada. A súmula representa ou deve representar aquilo que, normalmente, a jurisprudência pacífica ou majoritária do tribunal tem decidido. Diante disso, sendo uma questão submetida ao órgão criador de determinada súmula, espera-se uma decisão harmônica, em seu conteúdo, com aquele entendimento sumulado. As súmulas editadas pelos tribunais superiores, assim, revelam, ou deveriam revelar, em princípio, como deve ser interpretada uma norma jurídica, já que a função do STF e do STJ é, pelo menos em tese, a de manter a unidade de entendimento acerca do direito constitucional ou federal. (WAMBIER, 2009, p. 13-14).

Sua importância reflete cada dia mais no ordenamento jurídico com definições expressas na legislação. É o que dispõe o artigo 332, inciso I do novo CPC, relatando que “nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça” (BRASIL, 2015).

Da mesma forma, enunciou o novo CPC em seu artigo 926, § 1º e § 2º, sobre a tendência de criação das súmulas, qual seja, “na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante”. E prossegue “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação” (BRASIL, 2015).

Importante o argumento da mutabilidade das súmulas e enunciados tendo em vista que, como a sociedade muda, as decisões proferidas deverão acompanhar a demanda social. Neste aspecto o legislador inovou em alguns artigos do novo CPC incluindo a possibilidade da população de debater sobre determinado assunto que antes era dominante nas decisões do Poder Judiciário.

Foi neste condão que o artigo 927, § 2º da Lei 13.105 de 2015, de forma clara dispôs que “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” (BRASIL, 2015).

Interessante à preocupação casuística do legislador em incluir alguns seguimentos da sociedade nas discussões e debates de novos entendimentos surgidos com o passar do tempo. Esse novo paradigma que vem sendo ampliado no ordenamento jurídico faz com que a população não somente tenha acesso ao poder judiciário, mas participe nas orientações de suas decisões.

Assim, o espaço dado às discussões de novas teses ou entendimentos jurídicos à população possibilita que os julgadores possam ter acesso a fatores que, em muitos casos, fogem de seu entendimento e, desta maneira, a chance de uma decisão mais justa de acordo com o caso concreto é maior com argumentos de outros setores sociais que fogem ao tecnicismo somente jurídico.

As súmulas persuasivas ou simples em matéria ambiental vieram para dar suporte na orientação dos julgados, facilitando o pedido formulado em petição inicial e o posicionamento dos juízes na decisão. Sem dúvida uma das súmulas simples mais utilizadas no direito ambiental é a n.º. 467 do STJ, a qual preleciona que: “prescreve em cinco anos, contados do término do processo administrativo, a pretensão da Administração Pública de promover a execução da multa por infração ambiental” (STJ, 2010).

Após muitas divergências e vários recursos repetitivos, a súmula é uma forma de acesso à justiça que pacifica o entendimento sobre o tema tratado, facilitando a entrada de quem for de direito e recusando o que for contrário ao disposto na súmula.

Desta forma, descrevendo as principais características da súmula persuasiva ou simples, passam-se à inovadora criação da Emenda Constitucional 45 de 2004, qual seja, a súmula vinculante, com seu histórico, aspectos primordiais, sua definição nas normas gerais e, principalmente, as modificações trazidas pelo novo Código de Processo Civil.

4.4.2 Súmulas vinculantes e seus efeitos processuais

Continuando o estudo do direito sumular, especificamente agora sobre a súmula vinculante, percebe-se sua evolução diretamente ligada com a preocupação atual do legislador em aprimorar institutos que contribuam para diminuir a exacerbada judicialização e os recursos repetitivos desnecessários que engessam e estagnam o Poder Judiciário.

O advento das súmulas vinculantes é um passo cada vez mais próximo do sistema *common law*, razão que aquela se origina do *stare decisis* norte-americano que concede efeito vinculante aos precedentes judiciais. A influência da família *common law* no sistema romano-

germânico ou *civil law* é cada vez maior ao ponto de usualmente verificar institutos daquele sistema adentrando no ordenamento jurídico brasileiro.

Considerando-se que a súmula vinculante do STF, por sua carga eficaz expansiva, se identifica mais como uma expressão de poder do que como um singelo precedente – o qual opera no plano da influência, tal como se dá com as súmulas simples ou persuasivas – é sustentável a ideia de que nosso país hoje ocupa posição eclética, a meio-caminho entre as famílias *civil law*, dos direitos codicísticos, e *common law*, cuja tradição na *equity*, ambiente no qual sobrelevam os precedentes, lembrando sempre que a citada dicotomia não guarda a rigidez de outrora, registrando-se uma nítida rota de aproximação entre os dois grupos (MANCUSO, 2014, p. 515-516).

A partir da inovação da súmula vinculante no Brasil, o preceito descrito no sistema *civil law* ou romano-germânico onde toda sua força está concentrada na lei e nos códigos, passa a uma mudança de paradigma tendo em vista que o direito sumular vinculante trará os mesmos mecanismos de obrigatoriedade que a norma posta. Assim, jocosamente o artigo 5º, inciso II da Constituição Federal ganha novo sentido, ou seja, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei e de enunciado de súmula vinculante” (ELIAS, 2013, p. 31).

Com a criação da súmula com efeito vinculante há uma supervalorização das orientações do STF, órgão de cúpula do Poder Judiciário, saindo de sua esfera típica de julgador e guardião da Constituição Federal, para a esfera atípica de legislador positivo, vista que a eficácia das súmulas vinculantes, através de sua obrigatoriedade, possui similaridades com a norma posta.

A súmula com efeito vinculante no Brasil foi primeiramente vista com a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 29 de 2000, no entanto sua aprovação foi somente através da Emenda Constitucional 45 de 30 de dezembro de 2004, com intuito de combater a morosidade que assola o Poder Judiciário frente a crescente judicialização e a multiplicação de ações repetitivas. Em 19 de dezembro de 2006 foi promulgada a Lei 11.417, que disciplina sobre edição, revisão e cancelamento das súmulas vinculantes através do STF.

A Emenda Constitucional sobre a reforma do Judiciário engloba propostas em prol de dar celeridade ao andamento processual, diminuição de ações e recursos repetitivos que engessam o órgão e outros mecanismos que garantam maior credibilidade do Poder Judiciário junto à população. Desta forma surge a súmula vinculante e o objetivo de promover as características dispostas.

Art. 103-A - O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (BRASIL, 1988).

Para se aprovar uma súmula vinculante é necessário um amplo debate sobre o tema divergente e se chegar à padronização de entendimento. Somente após exaustivos debates e com a questão já amadurecida pelo STF é que se dará a segurança para edição da súmula vinculante.

Outro requisito constituído pelo instituto em estudo encontra-se no artigo 345-F do RISTF que dispõe: “o teor da proposta de Súmula aprovada, que deve constar do acórdão, conterá cópia dos debates que lhe deram origem, integrando-o, e constarão das publicações dos julgamentos no Diário da Justiça Eletrônico” (RISTF, p. 151).

A vinculação da súmula ao Poder Judiciário e os órgãos da administração pública direta ou indireta na esfera federal, estadual, distrital e municipal, somente terá eficácia a partir da publicação em imprensa oficial, na qual dará publicidade, sendo este princípio expresso na Constituição Federal. Acentua-se que, deixando omissos pelo STF o momento de sua aplicação, sua eficácia será imediata.

Sobre a possibilidade de manifestação de terceiros no procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, a Lei 11.417 de 2006 prevê a figura do *amicus curiae* em seu artigo 3º, § 2º, no qual o relator poderá admitir aquele por decisão irrecorrível nos termos do RISTF (BRASIL, 2006).

A capacidade em permitir a figura de terceiros na edição, revisão ou cancelamento de súmulas vinculantes é demasiadamente positiva tendo em vista que sobre determinados assuntos os ministros do Supremo Tribunal Federal não possuem a capacidade técnica (multidisciplinar). Desta forma, chamar ao processo pessoas habilitadas com o condão de dar novas perspectivas ao assunto se transforma numa forma de decidir tecnicamente sobre o que fora proposto e assim dar maior possibilidade de uma decisão justa.

No entanto, resta esclarecer que quanto à questão do *amicus curiae* no procedimento de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante, a lei deixou explícita que o relator “poderá” admitir este terceiro. Assim, à figura descrita resta a discricionariedade do relator podendo utilizar a intervenção do *amicus curiae* ou não. Por fim, vale lembrar que cabe ao relator “convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante” (art. 21, XVII do RISTF).

Caso haja o descumprimento da súmula vinculante pelos tribunais ou órgãos da administração pública direta ou indireta nas esferas federal, estadual, distrital e municipal na decisão de determinada matéria, o prejudicado poderá propor reclamação perante o STF, que julgará a questão. Caso entenda pela procedência, o ato será anulado ou a decisão cassada, obrigando outro julgamento com ou sem a aplicação da súmula vinculante.

No mesmo assunto descrito, a Lei 11.417 de 2006 previu em seu artigo 7º claramente que “da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação” (BRASIL, 2006).

Fica clara a orientação do legislador em possibilitar decisões idênticas em situações similares, garantindo a harmonia e segurança jurídica através de julgamentos isonômicos. A decisão dependerá da interpretação do magistrado quanto ao caso concreto e, por esse motivo, aquela é editada de forma a orientar num caso amplo e de situação padrão que poderá ser tido como direcionamento nas decisões posteriores.

Paradoxalmente, apesar da vinculatividade da súmula, a uniformização da “jurisprudência” e a otimização da prestação jurisdicional somente serão alcançadas se houver conscientização da importância do instituto súmula e o cumprimento voluntário dos seus enunciados; caso contrário, haverá um sem-número de reclamações, o que tornará o processamento delas moroso e a aplicação do efeito vinculante, por conseguinte, praticamente inviável (SOUZA, 2007, p. 276-277).

A edição de súmula vinculante vem da tendência de superar divergências de entendimento nas legislações. Uma norma geral que possui várias interpretações dá azo a diferentes desfechos processuais. Assim, se sobre uma determinada situação são proferidas diversas decisões destoantes, as mesmas causam impacto social, tendo por fim uma insegurança jurídica.

Dessa forma, a súmula vinculante se enquadra como importante mecanismo de igualdade material entre os jurisdicionados e de celeridade processual, porquanto, estando os juízes obrigados a decidir a lide nos moldes do enunciado do STF, se evitam recursos meramente procrastinatórios, conferindo aos litigantes o bem da vida em menor lapso temporal.

[...]

Conclui-se que a súmula vinculante é um instituto criado para suprir as lacunas legislativas, pois não é razoável exigir que o legislador preveja todas as situações e interpretações jurídicas em normas positivadas, de modo que a jurisprudência deve cumprir seu papel na criação do Direito, disciplinando situações concretas a ela submetidas (SILVA, 2013, p. 136).

O Supremo Tribunal Federal ao editar uma súmula vinculante deverá o fazer de forma genérica e abstrata a fim de que o instituto possa ser usado no maior número de casos possíveis que se adequarem à questão. Desta forma, o Pretório Excelso acaba inovando no ordenamento jurídico dando a interpretações legislativas ao se proferir uma decisão.

A despeito do assunto, os magistrados devem utilizar as súmulas vinculantes para dar a eficácia de definitividade sobre matéria. A existência explícita da súmula vinculante é desafogar o poder judiciário de ações e recursos repetitivos desestimulando a solução do litígio através deste órgão. A súmula vinculante não possui o condão de imutabilidade porque caso o entendimento mude, o STF, através de seu quórum de votação, poderá cancelar, revisar ou modificar a orientação.

O raciocínio é o de que muitas ações deixarão de ser propostas e muitos recursos deixarão de ser interpostos, porque a parte, ou o seu advogado, entenderá que é inútil fazer uma tentativa de obter decisão sobre matéria que já esteja consagrada em alguma das chamadas Súmulas Vinculantes, em sentido contrário àquilo que nela se encontra estabelecido. É um efeito dissuasório que se pretende obter. A consequência que se quer alcançar é a de que as pessoas se abstenham de propor ações, ou se abstenham de interpor recursos quando verificarem que a tese da ação, ou a tese do recuso, colide com algumas das proposições às quais o Supremo Tribunal Federal houver atribuído efeito vinculante (MOREIRA, 2005, p. 42).

A lei e a súmula vinculante são diferentes, mas após sua prolação, a eficácia impositiva de ambas são similares. O tribunal máximo ao emitir a súmula vinculante necessita realizar uma redação mais enxuta e clara possível para que possa ajudar a orientação nas matérias controversas. O objetivo é promover uma melhoria no Poder Judiciário e não realizar mais óbices que atualmente existem.

A crescente valorização do direito sumular chegou para dar resultados diretamente na agonia sofrida pelo Poder Judiciário com sua acerbada carga de judicialização. No entanto, é inútil criar mecanismos como as súmulas persuasivas e vinculantes se não há conscientização

e educação da população dos gastos, mão de obra e tempo no andamento de um único processo.

É incontestável que a Justiça está sofrendo grave crise, sobretudo em face do volumoso número de processos decorrentes dos problemas sociais, políticos e econômicos do país. Consta-se, ainda, um insuficiente número de juízes para atender uma população geometricamente crescente e, cada vez mais, carente de "resguardo de direitos lesados na órbita da sociedade e Estado", a par do excessivo formalismo das regras processuais (MELO FILHO, 1998, p. 27).

Deve-se incorrer que a súmula vinculante, com seu caráter obrigatório e por ser uma atividade exclusiva do STF ganha um aspecto de ativismo em vista que o magistrado atua introduzindo determinada orientação sobre uma questão. Certo que a súmula vinculante não possui características das normas abstratas e gerais devendo se valer somente da interpretação dominante de uma lei, no entanto, fazendo isso, acaba determinando um entendimento e vinculando os jurisdicionados naquela orientação.

Daí sua progressiva aproximação com o sistema *common law* baseado em precedentes obrigatórios. A súmula vinculante não vem de um processo legislativo com seus trâmites normais, no qual o seu fim será uma norma válida em todo território nacional. Ao contrário disso, o instituto nasce do Poder Judiciário, órgão não responsável por criar legislações, e num procedimento de aprovação completamente diverso daquele descrito de uma lei. No entanto, a força obrigacional é a mesma, e havendo desrespeito à súmula vinculante ou à lei, a parte poderá interpor a reclamação.

De tal sorte, verifica-se a influência e tendência na força dos precedentes vinculantes no Brasil deixando de lado um sistema *civil law* ou romano-germânico puro para a introdução de movimentos de outros sistemas.

Parece-nos que a filiação jurídica do Brasil tornou-se híbrida ou eclética, a meio caminho entre o *common law* (o *binding precedent*, sistema do *stare decisis*) e o *civil law* (direito codicísticos), ou seja, a fonte de direitos e obrigações dentre nós deixou de ser apenas a norma, para também incluir a súmula vinculante (MANCUSO, 2013, p. 432).

A doutrina em geral apresenta pontos positivos e negativos da súmula vinculante. A maior oposição em relação ao instituto é quanto à intromissão à separação dos poderes, sendo que a edição de uma súmula vinculante possui o mesmo cunho obrigacional das leis. Deste modo, as três maiores críticas quanto à súmula vinculante são: “engessamento da

jurisprudência; quebra da independência e da liberdade hermenêutica dos juízes; e pouco valor prático no desafogamento dos tribunais superiores” (MORETO, 2012, p. 129).

Neste sentido, expondo alguns argumentos contrários à edição da súmula vinculante, mencionam-se os assuntos mais acalorados quanto ao instituto e, mesmo havendo divergências quanto seu benefício ou malefício, o mesmo veio como um salvador do Poder Judiciário e sua constante judicialização desnecessária.

Por um lado, os argumentos contrários às súmulas vinculantes, por exemplo, sustentam que elas provocam o engessamento da interpretação jurídica, uma vez que todos estão atrelados ao posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, assim como violam o princípio da separação dos poderes. Ademais, sustentam também que a súmula dificulta a percepção das peculiaridades de cada caso concreto e facilita uma massificação acrítica do judiciário. Por outro lado, paladinos das súmulas declaram que elas não são estáticas, uma vez que existem mecanismos para sua modificação, além de serem elas um elemento de racionalização da atividade jurídica. Afirmam, ainda, que não há usurpação de competências do Poder Legislativo, porque seu objeto é tão somente dar publicidade e conhecimento do posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito de uma lei (CNJ, 2015, p. 33).

Mesmo com tantos destoantes debates sobre o tema, o objetivo na edição do instituto é a celeridade processual das incontáveis ações de correm no Poder Judiciário atualmente e por decisões isonômicas nos casos semelhantes.

Em que pese alguns dispositivos sejam bem recentes trazidos pelo novo CPC, o Conselho Nacional de Justiça realizou uma pesquisa em 2015 (dois mil e quinze) intitulada “A força normativa do direito judicial: Uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário” (CNJ, 2015), na qual realiza algumas constatações sobre as súmulas persuasivas e vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro. Dentre as conclusões sobre as súmulas vinculantes, arremata o entendimento do Conselho Nacional de Justiça que:

Ainda que esse procedimento se justifique para proteger o acesso à justiça, como se deu no caso deste enunciado sumular, vale questionar: até que ponto o requisito de “reiteradas decisões” pode ser relativizado? Além do mais, em que sentido deve ser entendida a expressão “reiteradas decisões”, quando o Tribunal tem utilizado um, dois ou três precedentes como fundamento de criação da súmula? Não há, nos debates, a indicação da justificação para a utilização de apenas de um precedente para a instituição da Súmula Vinculante. A preocupação do legislador, ao estabelecer esse critério como necessário para a edição das súmulas vinculantes, decorre justamente da força normativo vinculante que elas possuem. Ao olvidar-se deste ponto corre se o risco de o Judiciário adotar um raciocínio típico do Poder Legislativo, indo além da mera “aplicação do direito” e correndo o risco de desrespeitar o princípio da separação dos poderes (CNJ, 2015, p. 40-41).

Um ponto que merece a atenção é que as súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal possuem efeitos obrigatórios em detrimento dos outros tribunais, administração pública direta e indireta, possuindo um *status* de lei ordinária. Poderia uma lei ordinária possuir efeito vinculante nas decisões dos Tribunais Superiores? Muito se discute sobre a constitucionalidade ou não das súmulas vinculantes, no entanto até o presente momento a mesma é utilizada da forma como descrita na Emenda Constitucional 45/2004 e pelo novo CPC.

Até a data de fechamento desta dissertação (25 de outubro de 2017), o STF não proferiu nenhuma súmula vinculante especificamente sobre matéria ambiental. No entanto, como o Direito Ambiental passou a ter uma relevância somente após a Constituição Federal de 1988 e seus temas necessitarem de tecnicidade em outras esferas (matérias multidisciplinares), pacificar um entendimento sólido e torná-lo vinculante é tarefa de maior complexidade.

Existe uma necessidade de visualizar o caso concreto de forma isolada, razão que determinados parâmetros são peculiares de cada situação, como a área, a abrangência, o tamanho do dano ambiental e outros. Em que pese o STF ainda não tem editado nenhuma súmula vinculante em matéria ambiental, os tribunais já pacificaram vários entendimentos e, mesmo que não tenha um caráter de obrigatoriedade, a orientação é um facilitador para que a decisão seja revista.

Os grandes debates sobre a eficiência ou não das súmulas vinculantes continuam entre os doutrinadores, ora relatando o instituto com alta carga de celeridade processual, ora como prejudicial e contra o princípio da livre convicção do juiz. Em tempo, outra questão de grande proeminência desponta no cenário processual atual: o ativismo judicial, dando ênfase à introdução do Poder Judiciário em atribuições do Poder Legislativo e o elevado alcance dos juízes com a possibilidade de legislar positivamente. Assunto este que renderá grande demanda e terá no tópico seguinte os seus aspectos principais e as características que traz ao ordenamento jurídico brasileiro.

5 DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA OU POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA

Em tópico sobre a separação dos poderes foram analisados historicamente os períodos percorridos até se chegar ao tão sonhado Estado Democrático de Direito. A partir do século XXI um novo paradigma se alastra através de uma Constituição cidadã mais palpável pela sociedade, além do novo entendimento na divisão dos poderes políticos não dissociados um do outro, mas cooperando-se. Esse período é descrito como neoconstitucionalismo ou pós-positivismo.

A judicialização foi identificada primordialmente em 1803 após a introdução do sistema *judicial review* no famoso caso *Marbury versus Madison* proferido pela Suprema Corte norte-americana configurando um marco incipiente na atuação ativa do Judiciário nos controles dos atos do Poder Legislativo. Foi o primeiro caso amplamente noticiado em que o magistrado afasta a aplicação de uma lei promulgada pelo congresso incompatível com a Constituição daquele país, e se utiliza de um precedente judicial para solução do litígio (BINENBOJM, 2004, p. 121-137).

No Brasil, o parâmetro de um novo constitucionalismo é marcado com a Constituição Federal no centro de todo o ordenamento jurídico. O modelo de garantias primordiais e de direitos estendidos ao povo fica ainda mais claro com o artigo 3º que descreve os objetivos fundamentais do país. Alavancados por esses objetivos os Estados precisaram se articular a fim de garantir o que fora descrito pela Constituição Federal. Desta forma, com a abstenção na concessão do mínimo existencial à população, o emprego da judicialização se tornou matéria certa como salvaguarda do povo. No entanto, a questão deve ser mais profundamente discutida tendo em vista a elevada demanda e a exacerbada utilização do instituto de forma errônea.

Descrevendo sobre o assunto, José Ribas Vieira relata que a judicialização da política “consiste em uma nova atribuição de papéis à prestação jurisdicional, com o escopo de resolver conflitos sociais em meio a uma sociedade repleta de novas formas de proteção jurídica” (VIEIRA, 2009, p. 45). E neste ínterim, continua verbalizando sobre o tema que, nesse “contexto de uma presença mais efetiva do direito cria, como consequência lógica, um processo de judicialização de demandas sociais, preocupadas com a concretização do amplo elenco de Direitos Fundamentais” (VIEIRA, 2009, p. 45).

Em outros termos, descrevendo as lições exaradas por Luís Roberto Barroso, a judicialização propriamente dita é o ato de trazer ao Poder Judiciário matérias de cunho decisório dos Poderes Executivo e Legislativo podendo se tratar de relevantes aspectos

morais, sociais ou políticos. As matérias que são conduzidas à judicialização não se referem somente às de cunho político, mas a todas aquelas que não têm como competência típica a do Judiciário e, mesmo assim, são judicializáveis (BARROSO [s.d.], p. 06).

Portanto, a judicialização da política se dá quando os aspectos de proeminência dos outros Poderes são judicializáveis. O dito fenômeno vem ganhando amplitudes universais tendo em vista a necessidade da população em se recorrer ao Poder Judiciário para que garantias lhe sejam entregues com eficácia e eficiência.

De acordo com Ernani Rodrigues de Carvalho, a judicialização da política gira em torno de dois pontos básicos: o fator normativo, em que “aborda a chamada supremacia da Constituição sobre as decisões parlamentares majoritárias”, e o fator analítico, “que se preocupa com o ambiente político e institucional, com as “polias e engrenagens” do processo político em questão” (CARVALHO, 2004, p. 116).

Em artigo intitulado **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**, Luís Roberto Barroso enumera três causas da judicialização da política, quais sejam: a) a constatação de um poder judiciário forte a fim de concretizar a democracia; b) uma crise de representatividade em que os cidadãos passam a desacreditar no setor político em geral; c) uma estratégia política, no qual, por interesse, os parlamentares acabam levando ao poder judiciário matérias que lhe trarão impasses com a sociedade (BARROSO [s.d.], p. 06).

Todos os fatores ora descritos se enquadram no atual cenário do ordenamento jurídico brasileiro, umas características com maiores intensidades e outras com menos, porém, todas aparentemente dispostas na conjuntura jurídica e política do país. Em conclusão, Luís Roberto Barroso anota as mais importantes causas da judicialização no Brasil, que assim dispõe:

No Brasil, como assinalado, a judicialização decorre, sobretudo, de dois fatores: o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, que combina a matriz americana – em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e a matriz europeia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional (BARROSO [s.d.], p. 8).

O Poder Judiciário se torna o protagonista do novo modelo se colocando num ponto bastante estratégico em detrimento dos outros Poderes. Como a Constituição Federal brasileira é ampla, o magistrado necessita adequar aquela aos novos parâmetros da sociedade.

Essa tendência natural de se judicializar matérias políticas não é um fenômeno somente do Brasil, ele se caracteriza em diversas partes do mundo. Quando se descreve a judicialização, a preocupação aparente se encontra nas questões que estão sendo levadas ao julgamento do Poder Judiciário, sendo tipicamente políticas e assim, deveriam ser movimentadas pelos Poderes Executivos e Legislativos.

Com o passar do tempo, a população passa a utilizar o Poder Judiciário de forma mais constante. Os ideais democráticos advindos com suas garantidas fundamentais e as inovações dos direitos sociais e coletivos dão um acesso maior ao órgão em busca de direitos, sendo essa abertura facilitada através da Defensoria Pública, Ministério Público, Juizados Especiais e outros.

Ainda que a judicialização da política tenha alçado dimensões globais nas democracias ocidentais pela constatação dos fatores políticos acima apontados, ela apenas se tornou prática recorrente em países cujo comportamento judicial pró-ativo tenha ocorrido de forma proporcional ao grau de discordância das Cortes Constitucionais em relação às decisões das instituições majoritárias (SOUZA; GOMES, 2015, p. 40).

A nova Constituição democrática brasileira trouxe à população uma esperança na busca de reivindicar os direitos nela descritos. Como sua entrada passou a ter maior acessibilidade àqueles que antes não tinham condições de se utilizar do Poder Judiciário para resolução de lides, esse órgão se eleva como o garantidor dos direitos das classes menos abastadas. Os cidadãos que antes eram invisíveis aos olhos governamentais passam a ter voz e força na busca de um ideal de justiça.

Embora estejam previstas pequenas diferenças, a maioria dos doutrinadores utilizam as expressões “judicialização da política” e “politização do Judiciário” como sinônimas. No entanto, importante se faz trazer os conceitos apresentados na perspectiva dos autores Débora Alves Maciel e Andrei Koerner em artigo intitulado **Sentidos da judicialização da política: duas análises**, no qual fazem a análise do projeto de C. N. Tate e T. Vallinder de 1996, comparando diversos ordenamentos jurídicos de vários países.

“Judicialização da política” e “politização da justiça” seriam expressões correlatas, que indicariam os efeitos da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas. Judicializar a política, segundo esse autores, é valer-se dos métodos típicos da decisão judicial na resolução de disputas e demandas nas arenas políticas em dois contextos. O primeiro resultaria da ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas, baseado na constitucionalização de direitos e dos mecanismos de *checks and balances*. O segundo contexto, mais difuso, seria constituído pela introdução ou expansão de *staff* judicial ou de procedimentos judiciais no Executivo (como nos

casos de tribunais e/ou juízes administrativos) e no Legislativo (como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito) (MACIEL; KOERNER, 2002, p. 114).

Continuando a conceituação, segundo José Ribas Vieira, Margarida Maria Lacombe Camargo e Alexandre Garrido da Silva, em artigo intitulado **O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial**, descrevem que a judicialização da política pode ser vista sobre alguns ângulos, quais sejam:

De um ponto de vista institucional, a judicialização da política define-se como um processo de transferência decisória dos Poderes Executivo e Legislativo para os magistrados e tribunais, que passam, dentre outros temas controversos, a revisar e implementar políticas públicas e rever as regras do jogo democrático. A partir de um enfoque mais sociológico, a judicialização das relações sociais ressalta o surgimento do Judiciário como uma “alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação da cidadania”. Por último, segundo uma perspectiva lógico-argumentativa, a judicialização também significa a difusão das formas de argumentação e decisão tipicamente jurídicas para fóruns políticos, institucionais ou não, representando, assim, a completa domesticação da política e das relações sociais pela “linguagem dos direitos” e, sobretudo, pelo discurso constitucional (VIEIRA *et al* [s.d.], p. 01).

Com a judicialização da política o modelo da separação dos poderes criado por Montesquieu é desmitificado em um novo paradigma em que as atribuições são ampliadas através da grande intervenção do órgão Judiciário na política. A tendência que chegou claramente no Brasil é vista constantemente onde o Poder Judiciário é demandado a dar soluções que seriam matérias típicas dos Poderes Legislativos e Executivos.

O fenômeno se alargou a partir do controle de constitucionalidade conferindo a possibilidade do Poder Judiciário monitorar o Poder Legislativo. Assim, dada norma não adequada à Constituição Federal, ferindo alguns de seus princípios ou valores será declarada inconstitucional por um tribunal. Ressalte-se que a lei advém de representantes eleitos por um processo democrático, e um órgão jurídico, composto por magistrados, pode afastar tal norma.

Desta forma, entende-se que há um padrão de deslocamento das atividades do Poder Legislativo para o Poder Judiciário configurando assim a politização do mesmo. O ponto mais criterioso do assunto é quando a interpretação do Poder Judiciário acaba por ferir o princípio da separação dos poderes.

Não se deve deixar de mencionar que os próprios Poderes incumbidos do processo político têm contribuído para esta situação, na medida em que se observa que muitas vezes são estes próprios Poderes, notadamente o Legislativo, que recorrem ao STF, buscando respostas políticas deste órgão, em esgotar suas tradicionais formas de resolução (BEÇAK, 2008, p. 325).

Este fenômeno de ampliação do Poder Judiciário, por ora trouxe opiniões favoráveis, ora desfavoráveis entre os doutrinadores. A análise do aspecto negativo da judicialização se encontra no excesso da introdução do Poder Judiciário em detrimento dos outros Poderes infringindo o princípio da separação dos Poderes descrito na Constituição Federal, fazendo nascer assim o ativismo judicial, que é uma espécie da judicialização.

A harmonia entre os poderes constitui uma das principais bases do que se denomina democracia. Estes, independentes entre si, visam um equilíbrio entre as atribuições devidamente outorgadas pela Constituição Federal. Contudo, podem surgir possíveis interferências representando uma violação na consonância que os poderes devem ter. Desta forma, para haver a dita harmonia e independência como corolário de democracia na Constituição Federal, é necessário um controle mútuo entre os poderes (CHAVES, 2013, p. 118-119).

No entanto, não é esta a posição atual dos tribunais quanto a possível interferência do Poder Judiciário em matérias que não são de sua alçada. A orientação é a possibilidade de intervenção nos demais poderes a fim de garantir à população o que fora descrito como garantias fundamentais. O Supremo Tribunal Federal assim deixou claro o seu entendimento quanto ao assunto na ADPF nº 45-9:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (STF. ADPF 45, Rel. Min. Celso de Mello. DJ 4/5/2004).

O que se nota claramente quando se menciona a judicialização da política é um papel mais ativo do Poder Judiciário em detrimento dos outros poderes a fim de fazer valer direitos e garantias sociais dadas aos cidadãos e reservadas pela Constituição Federal. Esse é um aspecto peculiar da judicialização principalmente sobre as políticas públicas.

Conquanto, neste momento o estudo se faz sobre a judicialização e, em si, não há consequências tão alarmantes em judicializar matérias de competências dos Poderes Executivo e Legislativos onde não há uma inovação no direito. Porém, conforme será visto em seguida, as consequências da introdução desenfreada do Poder Judiciário nos outros poderes é muito mais grave quando se trata de ativismo judicial, no qual o magistrado sai de sua esfera de julgador e aplicador da lei, entrando no ramo de legislador positivo.

O processo de judicialização no Brasil está diretamente relacionado ao mau funcionamento dos outros órgãos (setores) da Administração Pública direta e indireta o que faz com o que o fenômeno de recorrer em demasia ao Poder Judiciário seja corriqueiro. Desta forma, “o Direito tem invadido todas as relações e o aplicador (Poder Judiciário) acaba sendo chamado a intervir a todo o momento. Isso porque o Direito no mundo contemporâneo tem alcançado todas as relações sociais” (SCHMIDT NETO, 2009, p. 92).

Em contraposição, o aspecto positivo é uma possível resposta mais célere quanto às questões pleiteadas pela sociedade. A ampliação de mecanismos judiciais em prol da população dá azo a proporcionar um conceito e soluções com participação direta do cidadão. Seu escopo é aproximar a decisão proferida pelo magistrado naquele momento histórico da demanda requerida pelo povo.

No entanto, mesmo que a judicialização traga uma possível resposta mais ágil do que lhe traria o Poder Legislativo ou Executivo, como a demanda tem se elevado a cada dia, a morosidade do Poder Judiciário é alvo constante de críticas e debates. Atualmente tudo é judicializado. A vida se tornou judicializável (BARROSO [s.d], p. 02-03). E com isso, o entulhamento do Poder Judiciário com a proliferação de ações postulando por soluções justas e rápidas se torna uma utopia.

O Sistema de Indicadores de Percepções Sociais da Justiça, publicado pelo IPEA, chama atenção para o fato de a avaliação geral do conjunto da população brasileira considerar tão importante a produção de resultados que ajudem na solução dos conflitos e afirmem um sentimento de justiça, quanto a rapidez na decisão dos casos. A investigação suplementar da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, por sua vez, revelou que, se 57,8% das pessoas que procuraram apoio para a resolução dos seus problemas apelaram para a justiça comum, 15,9% das pessoas que não recorreram aos tribunais alegaram como razão a morosidade (SANTOS, 2011, p. 42).

A problematização da judicialização no país é um fator estrutural. Realizou-se a reforma do Poder Judiciário através da EC 45 de 2004, no entanto, pouco se mudou na estrutura (funcionalidade) do órgão, o que faz com que determinadas questões fiquem completamente engessadas no tempo.

O fortalecimento do Poder Judiciário vem como um fator do Estado Democrático de Direito e a ampliação de resoluções de questões de direitos difusos e coletivos. O cidadão necessitando ter sua questão resolvida procura aquele como solucionador direto da matéria, mesmo que implique se utilizar de órgão atípico para isso. Desta forma, descrevendo processo de judicialização, vislumbram-se fases ou aspectos que caracterizam o fenômeno.

A judicialização seria um processo constituído por três fases, sendo a primeira delas a politização da justiça, que se caracteriza pela provocação do Poder Judiciário através do exercício do direito constitucional de ação. A segunda fase se caracteriza pelo deferimento liminar dos pedidos nas ações ajuizadas. A terceira compreende a judicialização da política propriamente dita, e exige o julgamento de mérito dos pedidos, independentemente do resultado ser desfavorável (SOUZA; GOMES, 2015, p. 46).

A criação de órgãos com intuito de acessibilidade e inclusão da população através de um imperativo democrático deu azo à procura dos direitos pela classe mais necessitada e elevou exponencialmente a judicialização. A criação dos Juizados Especiais representou um fundamental papel de acesso tendo em vista a possibilidade de ausência de taxas, custas processuais e honorários advocatícios. Além disso, a Lei 9.099 de 1995 que rege os juizados especiais estaduais dá como prioridade a celeridade num procedimento mais simplificado, informalidade e acima de tudo, busca de conciliação entre as partes.

De certo que, a celeridade é um ponto profundo discutido quanto à matéria que abarca a judicialização. No entanto, o que se preza com a celeridade não pode decair com a qualidade procedimental adotada e na resposta dada aquele determinado caso concreto. A dúplice presteza e qualidade devem andar juntas para se chegar ao denominador “justiça”.

A judicialização de matérias típicas políticas e a constante influência do Poder Judiciário face aos outros poderes por vezes faz nascer o instituto descrito como ativismo judicial, sendo este uma espécie da judicialização. Nestes termos se passa a realizar a distinção de ambos e a apontar as características principais do ativismo judicial com suas peculiaridades, críticas e benefícios.

5.1 Ativismo judicial: uma realidade fática que se torna tendência no ordenamento jurídico do Brasil

Atualmente, o Poder Judiciário, principalmente através do Supremo Tribunal Federal, vem desempenhando uma atribuição proativa perante a sociedade. De certa forma, o novo papel desempenhado sofre críticas e debates entre os juristas. A Corte Máxima, quando

provocada em dar respostas à população, não pode se eximir de julgar e encontrar uma solução plausível para aquela situação concreta naquele momento histórico. Desta forma, as questões com repercussões nacionais passam a ser solucionadas pelo Poder Judiciário e não por instâncias políticas (Legislativo e Executivo).

Historicamente, o ativismo judicial foi uma expressão que se originou nos Estados Unidos da América se referindo a uma atuação criativa da Suprema Corte durante os anos de 1954 a 1969 em que fora presidida por Earl Warren. Nessa época, algumas revoluções e práticas políticas levaram a julgamentos se utilizando de uma jurisprudência inovadora quanto aos direitos e garantias fundamentais. Nasce assim o ativismo judicial como uma atuação forte do Poder Judiciário e uma interferência maior na competência dos outros poderes (BARROSO [s.d.], p. 09-10).

No Brasil, o primeiro passo rumo ao ativismo judicial foi a criação do controle de constitucionalidade difuso e incidental através da Constituição Republicana de 1891, ao qual se dava o nome de “técnica da aferição incidental de constitucionalidade”. Tal instituto conferia ao Poder Judiciário a possibilidade de afastar a aplicação da lei reputada como inconstitucional e solucionar as controvérsias através de outros métodos, como as jurisprudências, princípios gerais do direito e analogia.

Tudo leva a crer que o ativismo judicial tem sido fomentado pelo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, o qual combina aspectos do controle difuso norte-americano e do abstrato europeu-kelseniano, sendo considerado um dos mais abrangentes do mundo, denominado aqui de controle híbrido de constitucionalidade (MEDEIROS, 2013, p. 190).

Em que pese a criação do controle de constitucionalidade no Brasil tenha vinculação com a família de tradição *common law*, havia uma deficiência no sistema em razão das destoantes contradições entre juízes de um mesmo tribunal. Quando foi criado, o controle descrito não tinha o condão de vincular as decisões conforme havia no *stare decisis*, portanto, gerava insegurança jurídica no ingresso das demandas idênticas e com soluções diversas.

Vislumbrando o insucesso da entrada do controle de constitucionalidade a Constituição Federal brasileira de 1934 trouxe um pequeno acréscimo sobre o fato com o cunho de solucionar a questão. Dava poderes ao Senado Federal para suspender a lei declarada inconstitucional pelo STF. As Constituições foram evoluindo até a chegada da atual com o controle de constitucionalidade utilizado, a qual atribui amplos poderes ao juiz deixar de aplicar a lei discrepante com a Constituição Federal, seguindo o princípio de sua supremacia (BINENBOJM, 2004, p. 121-137).

Chegando-se à fase do neoconstitucionalismo no Brasil através da Constituição Federal de 1988, com seus princípios basilares e garantias fundamentais, o Poder Judiciário passa de um órgão totalmente técnico entrando na esfera política. A redemocratização vista com as características dispostas na Constituição abre espaço para a população pleitear seus direitos sociais com uma postura mais dinâmica e assistencialista.

Mesmo que o ordenamento jurídico brasileiro seja descrito como legalista advindo do sistema *civil law* ou romano-germânico, vislumbra-se a tendência e atitude mais operante do Poder Judiciário em razão da influência dos outros sistemas, principalmente da família *common law*. Da mesma forma que o país possui um exacerbado positivismo, os operadores jurídicos são chamados a saírem do seu tecnicismo entrando em questões que deveriam ser solucionadas pelos órgãos políticos dadas suas atribuições diretas (típicas) ou primárias.

O ativismo judicial é uma espécie da judicialização da política, sendo descrito como “uma atitude, ou seja, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance” (ABREU, 2013, p. 140). E, continuando o autor sobre o tema, relata que, “enfim, podemos concluir que o ativismo judicial se mostra como a ampliação do poder dos tribunais no controle dos demais poderes, pelo viés constitucional” (ABREU, 2013, p. 142).

Em importante obra **Compreender o Direito, como o senso comum pode nos enganar**, Lenio Luiz Streck faz a diferenciação entre ativismo judicial e judicialização como: “enquanto a judicialização é contingencial, porque acontece em qualquer país do mundo, o ativismo é *behaviorista*, porque depende da vontade do poder, portanto, da pura subjetividade do julgador (é, pois, comportamental)” (STRECK, 2015, p. 161).

E continua o mesmo autor em suas lições relatando que o “ativismo não é apenas quando o Judiciário “passa por cima” (ou pelo “lado”) da lei, mas, sim, ocorre também toda vez que o julgador se substitui ao legislador (juízos morais, éticos)” (STRECK, 2014, p. 94).

Luís Roberto Barroso, que discutiu amplamente sobre os temas judicialização da política e ativismo judicial, também aponta a visível diferença de ambos os fenômenos como: “a judicialização, como demonstrado acima, é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance” (BARROSO [s.d.], p. 11).

Não obstante o ativismo judicial seja encontrado com maior facilidade na Corte Suprema, o instituto pode ser visto também em outras instâncias embora menos frequentes. Nos ensinamentos, Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes dispõe que o ativismo judicial pode

ser dividido em judicial ou extrajudicial, sendo que “o primeiro é realizado na prestação jurisdicional dos magistrados, sobretudo da Corte Constitucional”; e continua relatando que, “o segundo, refere-se à forma como os magistrados se portam perante os demais Poderes, a sociedade e a opinião pública, como, por exemplo, quando concedem entrevistas, discursos e outras formas de pronunciamento externo ao processo” (FERNANDES, 2012, p. 106).

O fenômeno do ativismo judicial é tema atual e de constantes discussões jurídico-filosóficas em que tendem a se instalar quando o Poder Legislativo, órgão típico na atribuição da promulgação das leis, se mostra inerte ou omissivo perante a sociedade quando a mesma clama por mudanças ou inovações normativas. Quando o Poder Legislativo ignora algumas questões que a sociedade civil necessita alterar, o Poder Judiciário é provocado a decidir, e não podendo se eximir, acaba inovando na ordem jurídica e legislativa sobre tal assunto.

O que ocorreu e o que vem ocorrendo em *terrae basilis*: as decisões dos Tribunais são proferidas de acordo com a visão de cada componente, soçobrando, com isso, a legislação e, o que é pior, a Constituição. Sob pretexto de o juiz não ser mais o “juiz boca da lei” (positivismo primitivo), agora temos o juiz (tribunal), para quem (para qual) a lei é apenas – como diriam alguns doutrinadores adeptos de teorias voluntaristas – a ponta o *iceberg*. E, por vezes, nem mesmo isso...! No fundo, volta-se ao velho positivismo fático, versão voluntarista do realismo jurídico: a lei é aquilo que os Tribunais dizem que é (como que a repetir a famosa frase do juiz Oliver Holmes) (STRECK, 2013, p. 314).

Nas ideias de Luís Roberto Barroso, o ativismo judicial se manifesta com as características seguintes: a) “a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário”; b) “a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição” e; c) “a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas” (BARROSO [s.d.], p. 06).

O ativismo judicial é caracterizado em dois aspectos: quando invade a esfera do poder legislativo e proativamente inova no ordenamento jurídico, retirando do cidadão o seu direito democrático de ser representado por aquele que elegeu e; quando o juiz, vislumbrando uma lacuna legislativa, se utiliza desse aspecto para suprir a omissão de forma aparente a criar um novo precedente. Desta forma, “normas abertas exigem mais do intérprete e acabam sendo usadas pelo Judiciário ampliando o horizonte de interpretação” (CABRAL; FERREIRA, 2017, p. 197).

Percebe-se que o juiz poderia ter decidido utilizando o direito posto, e a isso se inclui as normas, jurisprudências, súmulas e demais outros tantos aparatos que lhe valem, no

entanto, inova no ordenamento jurídico, o que em palavras simples se traduz na conclusão de que o magistrado se portou como legislador positivo, matéria típica do Poder Legislativo, órgão político e representado democraticamente por cidadãos eleitos.

Segundo os ensinamentos e lições de José Ribas Vieira sobre o assunto, descreve que “o ativismo judicial será medido pela frequência com que um determinado magistrado ou tribunal invalida as ações (normas e atos normativos) de outros poderes de Estado, especialmente do Poder Legislativo” (VIEIRA, 2009, p. 48). E continua o mesmo autor que, “também será considerado ativista o magistrado ou tribunal que procura suprir omissões (reais ou aparentes) dos demais poderes” (VIEIRA, 2009, p. 48).

Tipicamente cabe ao Poder Legislativo a inegável garantia constitucional de editar leis. O Brasil se encontra doutrinariamente num país codicístico onde se vê a grande necessidade de edição de normas para fundamentar uma situação, como se isso fosse garantir ao cidadão sua mais grandiosa “justiça”.

Nesse sentido, o ativismo judicial ultrapassaria os limites impostos pela Constituição Federal, adentrando na esfera do Legislativo, perfazendo um conflito jurisdicional. Assim, “os juízes não são eleitos, bem como não são responsáveis perante os eleitores, como ocorre com os legisladores, logo não poderiam criar leis” (ABREU, 2013, p. 229).

No íterim descrito, com o ativismo judicial e Poder Legislativo, surge o conflito existencial se o Poder Judiciário, ao inovar no ordenamento jurídico brasileiro estaria legislando, infringindo e suprimindo o princípio da separação dos poderes descrito explicitamente no artigo 2º da Constituição Federal. Relatando opiniões sobre o assunto:

O magistrado, por vezes, ao realizar sua tarefa exegética, exerce atividade típica de um legislador (sem o ser), suprimindo as lacunas da lei e recheando-as com elementos mais humanos e garantidores da plena realização da justiça. Quando nos referimos ao ativismo judicial, não há porque se falar em ofensa à separação dos poderes estatais, em que tal ativismo seja exercido com respeito às regras e princípios constitucionais. Ao contrário do que se possa parecer, este fenômeno hermenêutico, inerente do Poder Judiciário, passa, pouco a pouco a ser ferramenta fundamental para harmonização dos poderes, reforçando a previsão constitucional, gerando reciprocidade e fortalecendo o elo pacificador e necessário entre as funções políticas estatais (CARMARGO; DOMINGOS, 2012, p. 72).

Segundo doutrina, o fenômeno que se denomina contrário ao ativismo judicial é descrito como autocontenção judicial que é uma “conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes” (BARROSO [s.d.], p. 07). E continuando o autor na distinção entre ativismo judicial e autocontenção, no qual o primeiro “procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o

campo da criação livre do Direito” e, o segundo, “por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas” (BARROSO, [s.d], p. 07).

Sobre o crescimento atual do ativismo judicial, percebe-se que uma das primeiras e principais causas é a inércia e/ou ineficácia do Poder Legislativo no cumprimento de suas atribuições típicas. O ativismo judicial tem como causa a prática ou abstenção do poder político legiferante em sua atuação. Diante dessa premissa o cidadão, necessitando ter acesso a normas mais contemporâneas, busca através do Poder Judiciário as soluções de suas controvérsias.

Inúmeros são os exemplos de ativismo judicial no cenário atual do país. Dentre eles podemos citar o reconhecimento da união estável entre os homossexuais (ADI nº 4.277/DF e ADPF nº 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 05/05/2011), o aborto nos casos de fetos anencefálicos (ADPF nº 54, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 11/04/2012), a constitucionalidade para as pesquisas em células-tronco embrionárias (ADI nº 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 29/05/2008), e várias outras decisões emblemáticas em que o Poder Judiciário saiu de sua esfera de julgador, e mesmo podendo se utilizar da norma posta, discricionariamente decidiu inovar no ordenamento pátrio, criando assim uma solução que não estava descrita legislativamente.

Assim, na democracia, uma lei somente pode deixar de ser aplicada em seis hipóteses [...]: (a) quando a lei for inconstitucional, aplicando-se os mesmos mecanismos de controle de constitucionalidade; (b) na hipótese em que, na relação texto e norma, for cabível uma interpretação conforme a Constituição; (c) quando for caso de nulidade parcial sem redução de texto; (d) quando se tratar de resolução pelo critério das antinomias – com os devidos cuidados, é claro; (e) quando for caso de inconstitucionalidade parcial com redução de texto e (f) quando for uma hipótese de uma regra se chocar com um princípio constitucional, claro que com os cuidados relacionados ao pamprincipiologismo. **Fora dessas hipóteses, se o julgador quiser elaborar uma nova lei – e digo isso com toda a lhanza e respeito – deve se candidatar a uma vaga no Parlamento. Simples, pois** (STRECK, 2015, p. 162) (Grifo nosso).

A Constituição Federal não prende o julgador ao texto, mas sim à sua interpretação. Assim, ela é aquilo que o magistrado interpreta que possa ser de acordo com os princípios e valores dispostos em seu texto. Impossível normatizar a vida, mesmo que o legislador no sistema *civil law*, especificamente no ordenamento jurídico brasileiro, assim o queira. Esses emaranhados de normas só dão ao magistrado maior dificuldade em sua utilização, por fim, incongruências e destoantes entendimentos geralmente ocorrem.

Na hermenêutica interpretativa da Constituição Federal, algumas respostas poderão ser encontradas já que existe a discricionariedade do julgador na orientação que ele escolhe seguir. As lacunas normativas são corriqueiras e é nesse momento que o papel do julgador necessita ser avaliado com cautela.

As decisões judiciais, portanto, são, como já foi visto, necessariamente criativas e inovadoras, não apenas porque geram a denominada norma de decisão (ponto culminante do processo de concretização normativa), mas, principalmente, porque esta não se limita a reproduzir o que está nos textos paramétricos, os quais são desdobrados, adaptados e, porque não dizer, enriquecidos para poderem disciplinar adequadamente a situação fática que provocou a atuação da jurisdição (RAMOS, 2010, p. 119).

Sentido outro se apresenta teses sobre o raciocínio realizado pelo juiz, no qual a discricionariedade interpretativa possui limites legais. Lenio Luiz Streck, relatando sobre o tema em análise, emite a seguinte consideração: “que fique claro: o juiz, em um regime democrático, não é livre. Há antes dele, o Direito” (STRECK, 2014, p. 122).

E mais, continuando o autor referido acima a criticar o anacronismo existente entre a discricionariedade decisória do juiz e uma velada democracia, assim acrescenta:

Democracia e discricionariedade são incompatíveis. Daí que é espantoso – mas muito espantoso – que os projetos dos Códigos Processuais mantenham esses anacronismos (como, por exemplo, a livre apreciação da prova). É espantoso que se queira *commonlizar* o direito brasileiro sem uma adequada teoria que trata da decisão judicial. Para ser mais claro e simples: de que adianta (o de que adiantou) colocar na Constituição (e na legislação) as conquistas de todos os matizes se, no momento da concretização, dependemos da vontade individual ou de uma dada vontade individual (ou do que diz a consciência)? (STRECK, 2014, p. 183).

Seguindo o debate sobre a interpretação dada pelos magistrados, interessante foi a pesquisa realizada pela Universidade Federal do Paraná e publicada no jornal Gazeta do Povo em artigo intitulado “Ideologia pessoal define decisões de juízes”, concluindo que os juízes daquele Estado julgam conforme critérios subjetivos (pessoais) e não de acordo com o direito propriamente dito. De forma clara o artigo descreve que o magistrado, possuindo seus pré-conceitos e já sabendo como decidir, procura a melhor norma ou jurisprudência que a fundamente (CONJUR, 2012).

Embora o dado empírico tendo sido realizado somente no Estado do Paraná a conclusão pode se estender a todo o Brasil e amplamente em quaisquer instâncias do Poder Judiciário. Muito do que se sepulta com a pesquisa descrita está diretamente relacionada com a

alta carga legislativa e com as inúmeras lacunas nas normas, o que leva ao magistrado utilizar-se de preconceções.

No entanto, o que fazer? Proibir o magistrado de interpretar? Parece essa a solução mais plausível para a erradicação do ativismo judicial? Fatores positivos e negativos nesse aspecto teórico sempre irão surgir. Colocar um freio no poder judiciário engessaria algumas questões suplicadas pela população. É nessa perspectiva que a avaliação dos pontos positivos e negativos do fenômeno se torna um fator primordial.

5.1.1 Críticas ao ativismo judicial. Ruptura à democracia representativa?

Percebe-se atualmente uma tendência excessiva no enaltecimento do Poder Judiciário com a capacidade de resolução de toda e qualquer questão, o que retira das esferas Legislativas e Executivas as suas típicas competências. A população, por dúvida ou por questionar a capacidade do Poder Legislativo, inclina-se a judicializar a matéria.

Esta exponencial idealização de que o Poder Judiciário é o centro da resolução de conflitos acaba por retirar do Poder Legislativo o que lhe fora dado pelo regime democrático de direito através do voto popular como representante da população.

Em razão de tais críticas, a sua aplicação no Brasil implicará a aceitação de ativismo judicial nefasto, que mascara arbitrariedades judiciais consubstanciadas na imposição do ponto de vista dos juízes sobre quais valores substantivos sejam mais adequados para que a comunidade política alcance a justiça e a igualdade social. Tal conduta, sem sombra de dúvida, promoverá o esvaziamento funcional da atividade parlamentar, em prejuízo da manifestação da vontade popular na tomada de decisões fundamentais para a sociedade, através do debate público (SOUZA; GOMES, 2015, p. 125).

Assim, a discussão sobre determinadas questões passam do Poder Legislativo, em que há um processo democrático da representatividade do povo, para o Poder Judiciário, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal, magistrados não eleitos. Então o debate posto em xeque é realizado de forma única, exclusiva e irrecorrível pelo órgão máximo do Poder Judiciário.

Portanto, uma crítica a ser exposta é o fato do STF, órgão judicial, realizar atribuições que regem o país sem a devida representatividade política para tanto. Nestes termos, “juízes e membros dos tribunais não são agentes públicos eleitos. Sua investidura não tem o batismo da vontade popular” (BARROSO [s.d.], p. 12).

Comumente é vista a interferência do Poder Judiciário em anular atos típicos dos Poderes Legislativo e Executivo. Nesta perspectiva, o órgão máximo judicial está realizando um ato eminentemente político e, assim, surge a teoria denominada de “dificuldade contramajoritária” (BARROSO [s.d.], p. 12). O que se resume no contexto exposto é: os agentes políticos, devidamente eleitos democraticamente pelo voto popular têm seus atos cassados por um Poder Judicial onde os membros não políticos exercem a função não por vontade do povo, o que contraria a democracia representativa garantida pela Constituição Federal.

Thamy Pogrebinski conceitua o contramajoritarismo sobre aspectos críticos, dispõe que são “aquelas nas quais o STF não apresenta preocupação em preservar a vontade majoritária expressa na norma legislada pelo Parlamento, porém, ao contrário, em nome da guarda da Constituição, não se intimida em fazer substituir a vontade do legislador pela sua” (POGREBINSCHI, 2012, p. 120).

Claramente no que fora dito, o Supremo Tribunal Federal pode anular os atos dos outros poderes, no entanto, nenhum órgão é falível de erros. Portanto, quem cassaria as decisões errôneas proferidas pelo órgão maior? A supremacia do Poder Judiciário pode ir de encontro com a vontade popular através da representatividade dos membros políticos devidamente eleitos? Uma decisão do poder político, democraticamente representantes do povo, pode ser invalidada por um órgão não representativo?

Várias críticas e inúmeras indagações são apontadas nas doutrinas atuais sobre o assunto ativismo judicial e suas incongruências democráticas. O STF neste cenário se torna um órgão hegemônico e soberano passando por cima de toda a democracia alcançada através do voto popular. Assim, “nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juízes” (BARROSO [s.d.], p. 16).

A acessibilidade dos indivíduos que deveria ser através dos representantes políticos eleitos estaria sendo violada através da usurpação do Poder Judiciário em face do Poder Legislativo, infringindo o regime democrático. A questão levada a juízo e não ao Legislativo passa a responsabilidade ao magistrado que age em nome da coletividade.

Os juízes não devem criar novo direito, mas aplicar o direito já criado por outras instituições. Embora tal assertiva seja o ideal a ser perseguido, muitas vezes, na prática, não pode ser plenamente concretizada. [...] Os juízes, portanto, seja de forma dissimulada ou explícita, às vezes, devem criar um novo direito. Quando assim agem, na verdade, devem agir como se fossem delegados do Poder Legislativo, pois devem solucionar o caso concreto da maneira que o legislador promulgaria uma lei caso estivesse diante desse problema. Ou seja, os juízes criam leis, em resposta a fatos e argumentos, da mesma natureza daqueles que levariam o Poder Legislativo a

criar, caso estivesse agindo por iniciativa própria. Entretanto, na realidade, os juízes não são legisladores delegados e eles não legislam quando vão além das decisões políticas já tomadas por outras pessoas (ABREU, 2013, p. 228-229).

No mais, os juízes possuem a capacidade teórico-jurídica sobre uma questão, não portando o entendimento técnico, econômico, científico e outros específicos de determinadas áreas (multidisciplinaridade), o que faz com que os resultados das decisões sejam imprevisíveis, configurando-se uma insegurança jurídica.

O magistrado normalmente não possui capacidade que não seja a jurídica. Outros profissionais de áreas específicas possuem conhecimento maior em determinada questão discutida. Sendo assim, na maioria das vezes, o magistrado necessita de um apoio técnico para resolução de um problema. É o que dispõe o acertadamente o trecho abaixo:

O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça. Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Tampouco é passível de responsabilização política por escolhas desastradas (BARROSO [s.d.], p. 16).

Não se está afirmando neste contexto que o Poder Legislativo teria melhores condições de resolver uma matéria do que o Poder Judiciário. No entanto, se afirma que o Legislativo está legitimamente amparado pelo processo democrático representativo, o que daria condão de avaliar melhor a questão visando o interesse da população em geral não intentando somente os aspectos jurídicos do fato.

O Supremo Tribunal Federal não representa democraticamente a população, os Poderes Legislativo e Executivo (órgãos políticos) sim, possuem a representatividade eletiva. Portanto, se a democracia advém da representatividade, o ativismo judicial (devidamente realizado pelo Poder Judiciário) é, em determinados termos, antidemocrático.

A Constituição Federal de 1988 deixou claro o regime adotado por uma democracia representativa em que o mandato político é outorgado pelo povo através do voto universal, direto e secreto. É o que dispõe o parágrafo único do primeiro artigo citada lei, relatando que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente” (BRASIL, 1988). Desta forma, os magistrados não representam democraticamente a população, e dar este poder a eles através do ativismo judicial ultrapassa o modelo democrático representativo.

Entretanto, outro enfoque necessita ser realizado. A exponencial judicialização é um fator diretamente relacionado à inércia e/ou omissão do Poder Legislativo e desta forma, uma

crise de representatividade. Esta delegabilidade do Poder Legislativo em suas funções típicas em detrimento do Poder Judiciário pressupõe uma falta de compromisso com o seu próprio labor e uma insuficiente vontade política.

Os assuntos levados ao Poder Judiciário são, em regra, de relevância ímpar e com opiniões destoantes pelas mais diversas classes sociais. Portanto, atirar o problema para o Poder Judiciário encontrar uma decisão, exime o Poder Legislativo de embates junto à população. O que se percebe é que essas demandas são complexas, críticas e que enfrentam opiniões divergentes. Por esperteza ou por uma simples jogada política, provocar o Poder Judiciário para decidir sobre a matéria, tira um fardo do Poder Legislativo.

[...] Certos temas envolvem questões polêmicas e, por terem um custo político muito alto para quem toma determinada posição sobre a matéria, não são decididas pelos Poderes Executivo e Legislativo de forma proposital, já que estes têm receio da reação da opinião pública. Isto posto, essa inércia deliberada acaba, muitas vezes, levando ao Poder Judiciário, que não depende da vontade dos eleitores, a missão de solucionar tais questões (FERNANDES; NELSON, 2014, p. 461).

Em muitos casos o que se vislumbra é que existem projetos de leis tramitando sobre as mais diversas matérias acerca de assuntos delicados que envolvem religião, moral, fatores econômicos, sociais e, por que não, íntimos e, nestes casos o Poder Legislativo cumpre um posicionamento esquivando-se de legislar. Na sequência o Poder Judiciário é provocado e, como não pode se eximir como fazem os demais poderes políticos, inova criativamente no ordenamento.

Esse ciclo vicioso entre ativismo judicial e sua causa possui reação imediata na crise de representatividade. O ativismo existe por inatividade dos parlamentares em eximir de discutir assuntos que possam impactar categoricamente em sua posição política numa possível reeleição.

Destarte, para boa parte dos membros das duas Casas do Poder Legislativo, mais do que o desinteresse de legislar em relação a certos temas, existe, na verdade, o interesse em não legislar; interesse em evitar temas polêmicos em que a assunção de determinada posição pode afastar parcela de votos do eleitorado que o elegeu. E, no sistema proporcional, onde poucos candidatos ultrapassam o quociente eleitoral, cada voto é importante. Essa omissão consciente do Poder Legislativo é denominada, por alguns autores, de “delegação estratégica” (de questões polêmicas) ao Poder Judiciário (RAMOS; OLIVEIRA JÚNIOR, 2014, p. 38-39).

Infelizmente, a causa descrita como crise de representatividade é dos cidadãos. É através do ato democrático do voto que a população escolhe os seus representantes políticos. Se existe uma crise, inércia, ócio, apatia ou “esperteza política” para que os projetos de leis

fiquem adormecidos até que o Poder Judiciário seja provocado a decidir, o infortúnio está na falta de aptidão dos cidadãos no ato de eleger seus representantes.

Referidas pesquisas e reflexões apontam para o perigo que o ativismo judicial representa para a representação política, até porque uma ofensa à Constituição por parte do Poder Judiciário sempre é mais grave do que qualquer outra deferida por qualquer dos outros Poderes, porque é ao Judiciário que cabe sua guarda. Quem nos salvará se não há mais salvadores? Ou pior: quem nos salvará dos salvadores? (STRECK, 2014, p. 164).

Certamente a questão em análise é levada ao Poder Judiciário principalmente pelo fator celeridade, o que é discutível tendo em vista a demanda excessiva que abarrotou o órgão. Mesmo assim, é pelo motivo de tempo que várias matérias são judicializadas pleiteando por uma tramitação processual mais ágil do que o seria através do procedimento legislativo, estigmatizando ainda mais este órgão perante a população.

Outra consideração a ser apontada é que havendo o ativismo judicial realizado pelo STF, existe a possibilidade de erro. O Pretório Excelso não é um órgão soberano imune de falhas e, caso ocorra, a nova regra terá eficácia até que o mesmo órgão mude o entendimento. Resumidamente, mesmo havendo um possível erro no ativismo realizado pelo órgão máximo, os poderes Legislativo e Executivo não têm a competência para retirar a regra.

Na verdade, o STF vem assumindo o perfil de um verdadeiro Tribunal Constitucional, mais preocupado em resolver grandes questões do país, e, por isso, passou a indicar qual é o direito a ser aplicado mesmo na falta de leis. O problema é saber justamente se a Constituição outorga esse poder ou se ele foi criado pelo próprio STF. O certo é que existe essa tendência no Tribunal, e, pelos últimos julgamentos da Corte, pode-se concluir que é uma tendência irreversível, a curto prazo (MEDEIROS, 2013, p. 207).

Conforme explanado em alguns momentos, a Constituição Federal é extensa e prolixa. O mesmo acontece com as legislações em vigor tendo vista a gama de leis e com isso a grande possibilidade do magistrado em se utilizar aquela norma ou outra a depender do caso concreto. Neste ínterim que se origina a discricionariedade jurídica do magistrado dando ao mesmo a oportunidade de escolha da legislação adequada ao fato.

Resta ainda inferir que, quando o Poder Judiciário se utiliza do ativismo judicial criativamente e inova no ordenamento jurídico dando sentido outro ao texto constitucional, acaba por violar o Poder Constituinte Originário, responsável pela criação da Constituição Federal regente de todo o sistema jurídico brasileiro.

Quando determinada questão chega ao STF para que o mesmo desenvolva uma resolução sobre o aparente problema, deve o fazer de forma a interpretar conforme a Constituição Federal. O impasse encontra-se mesmo na interpretação do tribunal e por isso, tantas discordâncias dentro de um mesmo órgão. Assim, citando Lenio Luiz Streck que de forma jocosa relata: “a Constituição é aquilo que o STF diz que é” (STRECK, 2014, p. 141).

E pensando friamente sobre o assunto, o dito autor foi muito feliz na sua exposição. Como a maioria do surgimento do ativismo judicial realizado pelo STF advém de provocações através de ADI's, o órgão máximo acaba sendo a *ultima ratio* na decisão sobre a interpretação de determinado assunto descrito na Constituição Federal. Assim, além de guardião da constituição, o Pretório Excelso é o enunciador da interpretação a ser dada a ela.

Há que se destacar o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto ao ativismo judicial e a participação proativa em prol de um senso comum com a possibilidade de interpretação criativa e inovadora quando lhe for provocado a julgar matéria de cunho social, moral e político, características que se enquadram no processo de judicialização e, devido à forma de julgar, adentram na esfera ativista. Tal orientação do órgão de cúpula do Poder Judiciário pode ser retirada do julgamento da ADI 1.351-3/DF, através no voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes sobre o tema crítico que decidiu sobre a filiação partidária, no que passa a expor:

Portanto, é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causam entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional (STF. ADI 1.351-3/DF, Relator: Min. Marco Aurélio, p. 145. Tribunal Pleno. Data de Julgamento, 7/12/2006. DJ 30/3/2007).

Em artigo intitulado **Supremocracia**, nome bastante sugestivo, Oscar Vilhena Vieira destaca a expansão exponencial do Pretório Excelso e dos tribunais em geral frente ao parlamento, colocando aquela Corte no centro do sistema político brasileiro. Na descrição do artigo citado, o autor explana que com a ampliação de seus poderes, o órgão máximo do Poder Judiciário, em suas decisões, substituem as escolhas majoritárias que deveriam ser exercidas por órgãos representativos de natureza democrática (VIEIRA, 2008, p. 441-464).

Ora, passa-se então a dar uma valoração voraz ao órgão máximo do Poder Judiciário onde na palavra final sobre questões jurídicas, políticas e morais está a sua solução. Estas decisões passam por cima dos outros Poderes e são irrecorríveis. Mas essa “supremocracia”

não ultrapassaria a democracia representativa descrita como cláusula pétrea pela Constituição Federal? Os ministros do órgão máximo não eleitos através do voto popular possuem a representatividade daqueles ora eleitos? Ao que parece, as críticas devem ser debatidas para não se valer de uma possível ditadura imposta pelo Poder Judiciário face usurpação aos outros poderes que estão inertes e atados com a atual situação.

Esse sintoma de ser tudo levado a soluções do Supremo reflete uma crise de representatividade já anteriormente explanada. A tendência de judicializar matérias políticas é uma forma de deixar claro que os outros poderes estão deixando aquém as suas principais atribuições. Desta forma, a população se vê acuada quanto à falta de garantias mínimas e recorrem ao Poder Judiciário como um salvaguarda de seus direitos.

Com a indicação dos possíveis malefícios do fenômeno descrito, passa-se a trazer alguns fatores positivos tendo em vista que alguns doutrinadores tratam o instituto como remédio para que as normas caminhem juntamente com a evolução da população, e outros tratam como uma maldição que corrompe todo o sistema jurídico com a dura intromissão do Poder Judiciário nos outros poderes.

5.1.2 Benefícios do ativismo judicial: uma possibilidade de reforma normativa

O novo momento do Poder Judiciário no cenário político, filosófico e ideológico brasileiro trouxe à tona o ativismo judicial, que ora é tido como um antídoto em detrimento das mazelas e inércia do parlamento, ora tido como um inconveniente à separação dos poderes e à usurpação em matérias que deveriam ter soluções tipicamente legiferantes. Em tópico anterior foram descritos os entraves que o ativismo judicial pode ocasionar no ordenamento jurídico e agora passa aos possíveis benefícios que o fenômeno traz ao sistema como um todo.

Primeiramente, um dos fatos causadores do ativismo judicial são as várias falhas, omissões e lacunas que as legislações infraconstitucionais possuem. É sabido que o Brasil é um país codicístico com a tendência à tentativa de legislar todas as situações, o que claramente não é possível. E como a sociedade caminha a passos largos a lei não consegue acompanhar as circunstâncias que vão surgindo no cotidiano.

As normas possuem omissões, lacunas e, por vezes, contrariedade, é nesse espaço que o Poder Judiciário vem alcançando força e logrando alguns êxitos em suas decisões. Como a lei não consegue englobar todas as situações de litígio que possam existir o Poder Judiciário, através do direito sumular vinculante e do ativismo judicial, transforma-se num poder que criativamente inova no ordenamento jurídico.

Esses subterfúgios, que vêm surgindo com o passar dos anos possuem dois lados. Críticas ferrenhas realizadas por juristas identificam uma clara interferência do Poder Judiciário nos poderes Legislativos e Executivo. No entanto, o fator favorável é certamente que, como o Poder Judiciário é devidamente provocado ele não se exime em dar uma solução para o caso. Assim, “nossa Suprema Corte, que não foge da regra, vai conformando o direito (vai dando os contornos do direito "vivente"), de acordo com sua visão do mundo (sua predominante ideologia)” (GOMES, 2011).

O Poder Judiciário não pode se abster de julgar, consagrando o princípio da inafastabilidade da jurisdição descrito no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, visto que, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988), no qual a atuação do poder judiciário é imprescindível para concretizar a aplicação concreta do direito à todos que dele necessitar.

No mais, quando se evidenciam lacunas, omissões ou possíveis contrariedades nas normas infraconstitucionais, o STF onde há maior intensidade ativista, mesmo sendo um órgão técnico-jurídico possui maior liberdade para interpretar as leis do que os outros poderes agindo de forma a cobrir ou corrigir os espaços jurídicos vazios existentes em todo o ordenamento.

A ideia de “apelo ao Legislador” é uma decorrência natural da teoria da separação dos poderes, na medida em que o Poder Judiciário não pode, em tese, obrigar o Poder Legislativo à legislar, determinando o trancamento da pauta do mesmo até que a legislação seja elaborada. Todavia, o Poder Judiciário, diante da omissão do Parlamento, tem solucionado as lacunas legislativas através de decisões que preenchem o vácuo legislativo (FERNANDES; NELSON, 2014, p. 464).

A perspectiva é que a interpretação realizada pelo STF seja conforme a Constituição. No ativismo judicial a interpretação alcança elementos que extrapolam os limites infraconstitucionais, inovando criativamente. Assim, o órgão de cúpula não apenas cobre uma lacuna legal ou uma omissão, mas muda o sentido técnico de uma norma infraconstitucional ou constitucional.

Tal ocorrência é vista principalmente nos casos ditos difíceis (*hard cases*) no qual o texto contido na Constituição Federal simplesmente não descreve qual posicionamento mais adequado que o Pretório Excelso deve adotar. Desta forma, o caso levado à solução do Poder Judiciário irá permanecer indefinido até o pronunciamento final da Corte e esta decisão, a depender da matéria, terá força vinculante para administração direta e indireta no país.

O STF vem enfrentando nos últimos tempos temas ideologicamente muito polêmicos. Primeiro foi o reconhecimento jurídico da união homoafetiva. Depois veio a marcha da maconha, como liberdade de expressão e de reunião e o caso Battisti (comunista que acabou não sendo extraditado). Em breve vem o aborto anencefálico e assim por diante. Por mais que a Justiça brasileira possa ser criticada (em razão da morosidade, sobretudo), não se pode negar o quanto nosso direito avançou em razão das decisões corajosas do STF, que se mostra progressista em temas onde prospera um terrível e anacrônico conservadorismo. Todos os assuntos citados (que afetam diretamente ou afligem diariamente milhares de cidadãos) estão exigindo posicionamento do STF porque, em regra, estão fora do âmbito do "legislável", pelo menos de acordo com a atual composição do Congresso Nacional, onde é impossível qualquer tipo de consenso entre as antagonísticas ideologias lá presentes (GOMES, 2011).

Mesmo com o surgimento de projetos de leis na tentativa de marchar juntamente com os anseios da sociedade, percebe-se que o Poder Legislativo, por inércia, entaves políticos ou abarrotamento de trabalho no setor, não alcança o objetivo solicitado pela sociedade. Nestes termos, o “ativismo é necessário, sobretudo diante da omissão dos demais Poderes em sua obrigação de realização dos direitos constitucionalmente atribuídos” (FERNANDES, 2012, p. 123).

Judicializa-se a questão e vislumbra-se que mesmo estando o Poder Judiciário enfrentando uma crise com a alta carga processual levado à sua decisão, quando devidamente provocado sua resposta ainda consegue ser mais rápida do que a que o Poder Legislativo poderia dar.

Não se quer com isso dizer que a solução dada através do ativismo judicial pelo Supremo Tribunal Federal seja célere. Afirma-se que, mesmo havendo uma tendência exorbitante na judicialização e estando o Poder Judiciário assoberbado de questões, muitas vezes repetitivas ou que não deveria ter chegado a tão alto grau, o Poder Judiciário ainda consegue dar uma resposta à sociedade com mais agilidade do que o Poder legiferante, obtendo de certa forma o êxito ao elucidar a questão reivindicada pela sociedade.

Ao Poder Judiciário deveria caber, nesse modelo, o controle jurídico da atividade intervencionista dos demais Poderes. No entanto, sobre ele também recaem as expectativas e pressões da sociedade no sentido da mais célere possível consecução dos fins traçados na Constituição, incluindo a imediata fruição de direitos sociais ou a extensão de benefícios, de universalização progressiva, concedidos a determinadas categorias ou regiões com exclusão de outras. É nesse sentido que se pode dizer que o próprio modelo de Estado-providência constitui força impulsionadora do ativismo judicial, levando juízes e tribunais a revelar, em algumas situações, a existência de limites impostos pelo próprio ordenamento cuja atuação lhes incumbe, na ilusão de poderem “queimar” etapas, concretizando, no presente, o programa que a Constituição delineou prospectivamente (RAMOS, 2010, p. 271).

Diante do contexto formado, volta-se novamente ao fator crise de representatividade tendo em vista que o ativismo judicial advém da inércia ou descaso dos outros poderes em solucionar questões tipicamente políticas. Esse fenômeno fora descrito no tópico quanto às críticas ao ativismo judicial no Brasil.

O ativismo judicial no país existe e isso é um fato expressamente comprovado. A causa deste fenômeno é uma representatividade parlamentar deficiente e/ou inoperante. Numa democracia tida como representativa em que o poder é emanado do povo e quem o representam são os eleitos através do voto obrigatório e secreto, dar tal propensão ao Poder Judiciário é incongruente, mas de certa forma, eficaz.

Nos últimos anos, uma persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Legislativo tem alimentado a expansão do Judiciário nessa direção, em nome da Constituição, com a prolação de decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral. O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento [...] (BARROSO [s.d], p. 09).

Atualmente o Poder Judiciário é desafiado pela sociedade em prol de mudanças. A população necessitando de soluções para determinadas questões judicializa o fato para que o órgão de cúpula profira uma decisão. No Brasil, como os poderes políticos vem a cada dia perdendo prestígio através das notícias englobando corrupção, desvios de verbas públicas, fraudes e outros fatores, o Poder Judiciário surge como um salvador das garantias fundamentais, acesso à justiça e facilitador em prol da solução de novos litígios.

Ademais, outro fator apontado na atual exaltação do Poder Judiciário como o protagonista no cenário atual do país é a sua proeminente atuação perante a mídia. É costumeiro verificar as decisões exaradas pelo STF em manchetes dos jornais televisivos, internet e outros meios de comunicação. Esta enorme visibilidade noticiada pela mídia confere à população um sentimento de “justiça”, ou ao menos de que o trabalho está sendo feito em tempo razoável e hábil.

Importante esse papel levado pelos meios de comunicação, pois é através dele que a população consegue acompanhar o desenvolvimento e a solução dos casos concretos. A atitude de televisionar julgamentos de questões importantes e que possam interferir no cotidiano da sociedade é um diferencial para o destaque do princípio da informação. Assim, todo o cidadão consegue acompanhar em tempo real as questões debatidas pelo órgão máximo do Poder Judiciário e, além disso, podem visualizar que os mesmos estão trabalhando em prol da sociedade.

Por fim, em colocações quanto aos possíveis fatores benéficos do ativismo judicial no ordenamento jurídico brasileiro, pertinente o posicionamento de Luís Roberto Barroso quanto ao assunto que, numa conclusão bastante lúcida, principalmente em vista do cenário político atual, arremata com uma provocação diretamente ao povo e essa democracia, de certa forma velada, seja realmente concretizada.

[...] O ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes (BARROSO [s.d.], p. 19).

Neste ínterim, após descrição minuciosa do conceito de ativismo judicial, sua diferenciação com a judicialização da política, os aspectos negativos e positivos do instituto no Brasil, passa-se ao caso concreto no qual se demonstrará de forma clara a atitude ativista do Poder Judiciário com enfoque no Direito Ambiental.

5.1.3 O ativismo judicial e o caso concreto em matéria ambiental. Polêmica e controvérsia na situação do amianto: uma inovação legislativa às avessas.

A vasta legislação em matéria ambiental se encontra em normas infraconstitucionais, e não raras vezes são levadas ao Poder Judiciário questões para declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma e, neste passo, poderá nascer o ativismo judicial. Este fenômeno pode ser visto em todas as matérias do direito brasileiro e no Direito Ambiental não poderia ser diferente. Esse ramo do direito no Brasil se proliferou de forma tardia tendo seu ápice a partir da Constituição Federal de 1988. Como forma de corroborar o ativismo judicial na esfera ambiental, passa-se a analisar um caso concreto.

A situação a ser analisada é uma Medida Cautelar na ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937/SP, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria, a qual arguiu a inconstitucionalidade da Lei Estadual de São Paulo nº 12.684 de 26 de julho de 2007, que proibia naquele estado “o uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham qualquer tipo de amianto ou asbesto ou outros minerais que, acidentalmente tenham fibras de amianto na sua composição” (SÃO PAULO, 2007).

Primeiramente, antes de entrar no mérito da questão que discutiu a inconstitucionalidade da Lei Estadual de São Paulo, cabe fazer uma apresentação sobre o

amianto ou asbesto e suas consequências na saúde e no meio ambiente. A fibra mineral descrita é extraída principalmente de rochas com composição formada de silicatos hidratados de magnésio. O apogeu de sua utilização se deu após a revolução industrial através de suas propriedades físico-químicas que possuem alta resistência a temperaturas, flexibilidade e durabilidade a intempéries climáticas (ABREA [s.d.]).

Prosseguindo sobre o desdobramento da ação citada, a Lei 12.684/2007 do Estado de São Paulo foi promulgada a fim de garantir proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à saúde pública e ao resguardo dos trabalhadores que se exponham ao amianto ou asbesto. A mesma Lei prossegue descrevendo que já existem produtos substitutivos menos agressivos à saúde, e que o Poder Executivo daria suporte quanto à orientação de tecnologias que permutem com o amianto até sua completa eliminação (SÃO PAULO, 2007).

Entretanto a Lei Paulista colide claramente com a Lei Federal 9.055/1995 no qual estabelece que o amianto ou asbesto na variedade crisotila conhecido como asbesto branco poderá ser extraído, industrializado, utilizado e comercializado (BRASIL, 1995). Fica evidente o confronto entre a lei estadual e a lei federal sendo que a primeira rechaça qualquer forma de utilização do amianto ou asbesto e a segunda legislação coaduna com a utilização da forma mineral descrita.

Logo, a Lei estadual de São Paulo proíbe o mineral naquele estado sob o fundamento de proteção ao meio ambiente e à saúde pública, e a lei federal libera em todo o país a utilização do amianto ou asbesto em todas suas formas, sob o argumento da restrição da livre iniciativa econômica. Ambas as razões são direitos fundamentais descritos na Constituição Federal.

A Lei Estadual foi discutida em sede de ADI pelo STF e que após muitos embates sobre o caso paradigmático com várias opiniões destoantes, inovou proativamente numa situação que se conceitua como ativismo judicial em matéria ambiental e quanto à saúde pública. Passa-se a relatar minuciosamente os fatos ocorridos na Ação Direita de Inconstitucionalidade 3.937/SP.

Em síntese, a Requerente alegou pertinência temática face ser uma entidade de classe que representa os trabalhadores diretamente afetados com o amianto ou asbesto e, portanto, possuindo uma relação direta com o questionamento da Lei estadual e o grande prejuízo que as empresas que utilizam o mineral em todas as suas formar sofreriam. Alega que foram comprovados os índices de suportabilidade do amianto ou asbesto na saúde humana e devidamente permitido pela Lei Federal 9.055/1995. Assim, o mineral não teria o condão de apresentar riscos à saúde e ao meio ambiente. Ainda alega que a lei estadual afronta os

princípios da livre iniciativa e da reserva legal proporcional, apontando, ainda, vícios de inconstitucionalidade formal tendo em vista a usurpação de competência (STF, p. 64-66).

A primeira providência tomada pelo Supremo Tribunal Federal, através do Ministro relator Marco Aurélio devidamente amparado por precedentes do Tribunal que tratavam sobre a matéria (ADI 2.656/SP e ADI 2.396/MS), foi a suspensão da Lei Estadual 12.684/2007 até o seu julgamento final em deferimento de medida cautelar, sob o argumento de que caberia exclusivamente à União legislar sobre a matéria. É o que dispõe:

Em síntese, a lei atacada trata do tema – criando embaraços à comercialização de produtos – sobre o qual, de início, compete à União legislar, porquanto, ao se proibir o uso e a comercialização no Estado, tem-se como alcançado o comércio interestadual. Daí a necessária observação do disposto no inciso VIII do artigo 22 da Constituição Federal (STF. ADI 3.937-7/SP, Rel. Min. Marco Aurélio. DJ 19/12/2008, p. 67-68).

Em seu voto, o Min. Eros Grau apresentou uma argumentação acompanhando o entendimento do Min. Joaquim Barbosa discutida na ADI 3.356, na qual aquele foi o relator, possuindo uma opinião formalista sobre o tema. O Min. Eros Graus entende que a lei estadual não pode ser vista isoladamente tendo em vista a existência da Lei Federal 9.055/1997, na qual, ao seu modo de ver, é inconstitucional por ferir o artigo 196 da Constituição Federal.

Continuando o seu argumento, o Min. Eros Grau relata que o julgamento naquele momento é da lei estadual paulista e não a inconstitucionalidade da Lei Federal 9.055/1997, porque não é o objeto da ação apresentada. No entanto, aquele ministro da Corte Máxima dispõe em seu voto que, “a esta Corte incumbe apreciar toda e qualquer inconstitucionalidade que lhe chegue ao conhecimento direta ou indiretamente” (STF, p. 74).

Em debates, o Min. Gilmar Mendes declara que a matéria discutida, qual seja, a inconstitucionalidade da lei estadual que proíbe o amianto ou asbesto em todas as suas formas, transcende para outras questões que possam vir a ser submetidas àquele tribunal e, ainda, quando à possibilidade de um Estado legislar sobre o assunto (STF, p. 79).

Novamente o assunto voltou ao plenário para discussões. Após embates, o Min. Marco Aurélio, então relator da ADI em caso, dispôs que a regência da matéria passa do âmbito estadual para o federal. Ou seja, a princípio a ADI fora proposta para discutir a inconstitucionalidade da lei estadual paulista (Lei 12.684/2007) e, após vários debates, suplantou o entendimento de que deveria ser discutida a inconstitucionalidade da Lei Federal 9.055/1995. Percebe-se que, a requerente – Confederação Nacional dos Trabalhadores de Indústria (CNTI) – pleiteou a inconstitucionalidade da Lei Estadual de São Paulo que proibia

em todas as suas formas o amianto ou asbesto. Em deliberações o Supremo Tribunal Federal entendeu que a discussão deveria se dar em torno da Lei Federal 9.055/1995 que permite a utilização do mineral.

Ora, a ação não perdeu o objeto? O pedido pode transcender ao que fora pleiteado pela requerente? O julgamento da ação não seria considerado *extra petita*? As partes ainda continuam sendo as mesmas? Não poderia questionar a ilegitimidade da parte autora? O Supremo Tribunal Federal foi provocado para discutir uma lei estadual, poderia então ultrapassar os limites e julgar uma lei federal por livre e espontânea vontade?

O então Min. Joaquim Barbosa relata que existem várias formas de amianto e que, no Brasil, a Lei Federal 9.055/1997 autoriza a utilização em todas variáveis do amianto ou asbesto “crisotila” conhecido como “amianto branco” e o que a Corte Suprema já julgou declarando a inconstitucionalidade das leis estaduais nas ADIs 2.656/SP e 2.396/MS, que proibiam o amianto, que iam de encontro à lei federal que permite o mineral.

No entanto, após uma longa conceituação do amianto ou asbesto e trazendo argumentos científicos quanto aos malefícios do mineral, o então Min. Joaquim Barbosa defendeu a constitucionalidade da Lei Estadual paulista, sendo devidamente acompanhado pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Carlos Britto, Cezar Peluso, Carmem Lúcia e Eros Grau. Relata aquele ministro, primeiramente que:

Na coexistência de norma federal e estadual: a norma específica estadual que regular, direta e imediatamente, uma relação ou situação jurídica concretamente configurada afasta a aplicação da norma federal coincidente, salvo se contrariar diretrizes principiológicas da norma geral (STF. ADI 3.937-7/SP, Rel. Min. Marco Aurélio. DJ 19/12/2008, p. 106).

E prosseguindo o então Ministro em seu voto explana que existem alegações de que o estado paulista estaria legislando contrariamente à Constituição Federal, mas o mesmo não entende desta forma pelos seguintes motivos: primeiramente em razão da Convenção 162 da Organização Internacional do Trabalho, ao qual o Brasil se aderiu por meio do Decreto nº 126, de 22 de maio de 1991 que o assume o compromisso em desenvolver programas e medidas na proteção do trabalhador exposto ao amianto ou asbesto.

A convenção é uma norma protetora de direitos fundamentais, em especial o direito à saúde e o direito ao meio ambiente equilibrado. Também vai ao encontro do princípio da dignidade da pessoa humana e da ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano, justiça social e defesa do meio ambiente. O conteúdo dessa convenção é um critério definitivo para se avaliar o exercício da competência legislativa dos estados. No caminho que vem sendo aberto pela Corte, a

convenção possui, no mínimo, o status de norma supralegal e infraconstitucional (STF. ADI 3.937-7/SP, Rel. Min. Marco Aurélio. DJ 19/12/2008, p. 108-109).

Continuando, alega que, “se o Brasil, no plano internacional, assumiu o compromisso de substituir progressivamente a utilização do amianto crisotila, esse compromisso deve ser executado também no plano interno, por todos e cada um dos membros da federação” (STF, p. 111).

Passando à sua segunda razão argumentativa, em seu voto, o então Min. Joaquim Barbosa volta a analisar a competência de uma lei estadual ir de encontro a uma lei federal. Tratando-se especificamente do amianto ou asbesto, o julgador entende que a proteção é da saúde pública e, neste caso, o Estado teria competência concorrente. Tal matéria contradiz o que fora decidido nas ADIs 2.656/SP e 2.396/MS que entendeu que a lei geral federal se sobrepõe à lei específica estadual e que essa somente poderia legislar nos aspectos em que a lei federal for omissa.

Partindo desse pressuposto e do voto do então Min. Joaquim Barbosa no caso concreto analisado, percebe-se uma mudança drástica na orientação do Supremo quanto à possibilidade de uma lei estadual ir contrariamente à lei federal. E mais, em que a lei federal acaba sendo declarada inconstitucional sendo que até aquele momento se discutia constitucionalidade somente da lei estadual. É o voto do ministro acima citado:

Penso que é inadequado concluir que a lei federal exclui a aplicação de qualquer outra norma ao caso. A pré-existência da Convenção impede que se tente elevar a lei ordinária federal ao status de norma geral. Em verdade, é a Convenção que possui tintas de generalidade. A distinção entre lei geral e lei específica é inaplicável ao caso das leis sobre o amianto. E isto por uma razão simples: em matéria de defesa da saúde, matéria em que os estados têm competência, não é razoável que a União exerça uma opção permissiva no lugar do estado, retirando-lhe a liberdade de atender, dentro de limites razoáveis, os interesses da comunidade. O exercício desta opção esvaziaria o compromisso assumido pelo Brasil na Convenção (STF. ADI 3.937-7/SP, Rel. Min. Marco Aurélio. DJ 19/12/2008, p. 113).

Como argumento final, o Min. Joaquim Barbosa em seu voto dispôs que a proteção à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ambos descritos na Constituição Federal como princípios básicos e direitos a todos os cidadãos de forma equânime, possuem uma preponderância sobre a proteção ao livre comércio. Como a Convenção 162 da Organização Internacional do Trabalho assegura a substituição progressiva do amianto ou asbesto por outras formas similares, a lei federal estaria inobservando aquilo que o Brasil pactuou.

Em tempo, o Min. Eros Grau pede reparação de seu voto tendo em vista uma análise mais abrangente sobre o caso concreto. Descreve que a competência em questão seria concorrente segundo o artigo 24, inciso VIII da Constituição Federal, cabendo à União, Estados, Distrito Federal e Municípios legislar sobre a responsabilidade por dano ao meio ambiente e ao consumidor. E prossegue, “estou plenamente ciente de que a lei federal 9.055 não é objeto desta ação, mas não vejo outra solução a ser tomada para o deslinde da questão senão a da declaração da inconstitucionalidade da lei federal” (STF, p. 117).

No impasse dos debates em plenário, volta à discussão se poderia o STF declarar a inconstitucionalidade de uma lei federal que não é objeto da ADI 3.397/SP. O que fora pleiteado pela requerente, qual seja, a Confederação Nacional dos Trabalhadores de Indústria (CNTI), é a inconstitucionalidade da Lei Estadual paulista 12.684/2007 e, em momento algum, se referindo à constitucionalidade ou inconstitucionalidade da Lei federal 9.055/1995.

O Min. Eros Grau, sendo questionado sobre tais argumentos prossegue com o seu entendimento, que se passa a expor:

O Tribunal não está vinculado às razões que fundamentam o pedido do requerente. Repito: este não é um Tribunal qualquer, é uma Corte Constitucional, ainda que desempenhe outras funções. Esta aqui para afirmar a normatividade da Constituição; está aqui tanto para interpretar a Constituição escrita quanto a Constituição real, está aqui para considerar o movimento das forças sociais em toda sua intensidade. E eu digo, portanto, que ela não está vinculada às razões que fundamentam o pedido do requerente (STF. ADI 3.937-7/SP, Rel. Min. Marco Aurélio. DJ 19/12/2008, p. 119).

O Min. Carlos Britto, em argumentação de seu voto, afirma que a legislação estadual 12.684/2007 se porta mais constitucional e supralegal em razão da Convenção 162 da Organização Internacional do Trabalho do que propriamente a Lei federal 9.055/1995, quanto à proteção, à saúde pública e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O ministro ainda destacou dois princípios primordiais na esfera ambiental que justificam a sua decisão: o princípio da precaução, que possui a finalidade de evitar riscos ou danos à saúde e ao meio ambiente para a presente geração; e o princípio da prevenção, que tem a mesma finalidade para as gerações futuras (STF, p. 130-135).

Em último voto, o Min. César Peluso, presidente do julgamento no caso em questão, entendeu que mesmo havendo competência comum, concorrente ou complementar, as leis discutidas não conviveriam em razão de serem de naturezas contrapostas: a lei estadual proibindo o amianto e a lei federal permitindo o mineral. No entanto, o conflito de competências foi deixado de lado para uma discussão ainda mais ampla, que é a nocividade

do mineral diante à saúde pública e ao meio ambiente, entendendo pela inconstitucionalidade da Lei Federal 9.055/1995, mesmo não sendo esta o objeto da ação (STF, p. 139-140).

Nestes termos, o Supremo Tribunal Federal muda a sua orientação dispondo que no caso do amianto ou asbesto, qualquer Estado poderá legislar a fim de proibir sua utilização em todas as suas formas a fim de resguardar a saúde pública e o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O Supremo Tribunal Federal assumiu uma atitude ativista ao declarar a inconstitucionalidade da Lei federal 9.055/1995, mesmo não sendo esta o objeto da ação. Críticas claras foram realizadas à forma como o julgamento foi conduzindo, tendo em vista que houveram desrespeitos crassos ao Código de Processo Civil e à Constituição Federal. A ADI 3.397/SP inicialmente proposta para declarar a inconstitucionalidade da lei estadual 12.684/2007, acaba por declarar a Lei federal 9.055/1995 inconstitucional, mesmo não sendo o objeto da ação.

Faz-se importante ressaltar que no caso concreto descrito, o STF inovou de forma inequívoca ao trazer à baila de julgamento uma legislação não citada pela requerente em sua exordial. O órgão máximo do Poder Judiciário, sob justificativa de ser o guardião da Constituição, ultrapassou os limites legais e julgou uma norma não descrita como objeto do caso concreto. Assim, ativismo judicial.

Desborda-se, desse modo, a premência do ativismo magistral, um dos matizes do protagonismo do Juízo na sociedade atual. O Poder Judiciário, por sua arquitetura constitucional genuína, já é personagem principal nas inquietudes comunitárias a ele postas, feito que não infirma a utilidade de uma atuação ainda mais ambiciosa na aplicação do Direito ao caso concreto, performance que inova a letra legal, engrandecendo-a até encobrir a realidade em debate (RIBEIRO; BASTIANETTO, 2016, p. 99).

Percebe-se que o STF não seguiu o procedimento padrão descrito no Código de Processo Civil no julgamento do caso concreto em questão. A petição inicial da ADI 3.397/SP pleiteava a inconstitucionalidade da Lei estadual 12.684/2007 e, por fim, o órgão Supremo declarou a inconstitucionalidade do artigo da Lei federal 9.055/1995. Sendo assim, a ADI 3.397/SP perdeu o seu objeto por uma crassa ilegitimidade da parte autora e claramente a Corte máxima do Poder Judiciário ultrapassou os limites da lide e julgou fora do pedido. No entanto, no julgamento recente datado de 30 de novembro de 2017, a Corte declarou a inconstitucionalidade do artigo da Lei Federal 9.055/1995 que permitia o uso controlado do material em todo o país. Portanto, agora não existe mais a possibilidade de utilizar o mineral no território nacional.

Existe atualmente uma proatividade exacerbada do Supremo Tribunal Federal. O caso ambiental descrito não é isolado, possuindo outros no ordenamento jurídico brasileiro. Em tópicos anteriores foram descritas as críticas e os possíveis benefícios do ativismo judicial, sendo este um fato concreto no cenário do país. Mas este fenômeno não é específico do Brasil, podendo ser encontrado em praticamente todos os sistemas. Nestes temos, necessário se faz uma perspectiva em direito comparado para ampliar os horizontes quanto ao tema disposto.

5.1.4 O ativismo judicial domina o mundo. Como o instituto é visto no sistema common law misto norte-americano

O ativismo judicial tem sua origem no sistema jurídico norte-americano no qual os precedentes são a principal fonte jurídica. Contudo, apesar de naquele país a família do Direito pertencer ao sistema *common law*, os precedentes são as fontes primordiais, mas não são as únicas. Existem as legislações, no entanto, encontram-se empregadas secundariamente. Assim, é um sistema *common law* misto.

Mesmo que as famílias jurídicas do Brasil e norte-americanas sejam consideradas diferentes, muito do que se presencia no sistema brasileiro possui raízes daquele país, como a primazia da Constituição, o controle de constitucionalidade difuso e incidental e, principalmente, o ativismo judicial. Essa tendência não se encontra somente aqui, mas em vários outros sistemas do mundo.

A Constituição norte-americana foi promulgada em 1787, constando atualmente como a mais antiga constituição escrita do mundo em vigência. Com o passar dos anos, a mesma sofreu várias emendas em razão de interesses sociais, políticos e morais. Ao contrário do que é visto no Brasil, o texto da Constituição dos Estados Unidos da América é sintético e condensado, descrevendo características principiológicas, um dos motivos de sua extensa durabilidade. Assim, o sistema norte-americano é o *common law* misto, tendo em vista a existência de normas escritas em que pese a utilização dos precedentes ainda seja o que prevalece.

O termo ativismo judicial (*judicial activism*) foi usado pioneiramente num artigo da revista *Fortune* intitulado “*The Supreme Court: 1947*”, no qual o autor, mesmo que de forma dúbia na classificação dos ativistas, descrevia os constantes desentendimentos ideológicos dentro da Suprema Corte norte-americana que dividia os votos dos ministros liberais e conservadores daquela casa (RAMOS; OLIVEIRA JÚNIOR, 2014, p. 26-27).

Inicialmente, o primeiro passo rumo ao ativismo judicial norte-americano aconteceu através do controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário em detrimento das leis do parlamento. O caso emblemático se deu com o julgado *Marbury versus Madison*, em 1803 sendo este também conhecido como o julgamento pioneiro da judicialização da política. No caso concreto apresentado, a Suprema Corte norte-americana, através do controle de constitucionalidade, rechaçou a utilização interpretativa da legislação em vigor declarando a norma inconstitucional.

Marbury v. Madison foi a primeira decisão na qual a Suprema Corte afirmou o seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando aplicação a leis que, de acordo com a sua interpretação, fossem inconstitucionais. Assinale-se, por relevante, que a Constituição não conferia a ela ou qualquer outro órgão judicial, de modo explícito, competência dessa natureza. Ao julgar o caso, a Corte procurou demonstrar que esta atribuição decorreria logicamente do sistema. A argumentação desenvolvida por Marshall acerca da supremacia da Constituição, da necessidade do *judicial review* e da competência do Judiciário na matéria é tida como primorosa (BARROSO, 2008, p. 275).

Os primeiros casos descritos de controle de constitucionalidade norte-americano se tratavam acerca de aspectos econômicos e trabalhistas. Com o passar dos anos, os juízes saíram da esfera proeminentemente individual para adentrar em matérias de ações coletivas ou de classes.

Realizado esse brevíssimo esboço do ativismo judicial da Suprema Corte Norte, verifica-se que o ativismo ali praticado, durante os períodos estudados, pode ser classificado em três fases: 1) a da contenção do poder legiferante dos Estados membros (ativismo de fortalecimento do Governo Federal); 2) a da contenção do poder de regulamentação da economia, de acordo com determinada política econômica (a do liberalismo político); e 3) a da contenção da atividade legislativa – estadual e federal – no que se refere a limitações de direitos e garantias individuais previstos na Constituição (*Bill of Rights*) (RAMOS; OLIVEIRA JÚNIOR, 2014, p. 37).

A mudança nos modos de como se comportava a Suprema Corte norte-americana começou a ter reflexos a partir do *New Deal* e como o Poder Judiciário passou a intervir mais sensivelmente nas relações sociais. Observa-se o Poder Judiciário com uma postura ativista em que “suas decisões eram marcadas por um forte componente político – embora de caráter não-intervencionista – que, ao final, invadia o âmbito de produção legislativa” (TRINDADE; MORAIS, 2011, p. 139-140).

O período denominado *New Deal* foi marcado por várias mudanças políticas, mas principalmente econômicas. Neste período, “fundamentando mudanças em termos constitucionais, como bem-estar, o comércio e o devido processo, amplia-se a competência do

governo federal, que passa a ser admitida pela Suprema Corte” (BERNARDES, 2010, p. 213). E continua a autora a descrever a época denominada *New Deal* como uma base para “fomentar a colaboração entre a União e Estados-Membros e fala-se em federalismo cooperativo, mas com grande predominância dos poderes federais, principalmente para tornar eficazes medidas de intervenção social” (BERNARDES, 2010, p. 214).

O então presidente Franklin Roosevelt, assumindo seu posto em 1933, realizou uma série de implementações financeiras que posteriormente mudariam o rumo da economia norte-americana. A Suprema Corte, no entanto, tentou barrar o plano financeiro progressista proposto por Roosevelt em razão do entendimento de ser contrária à constituição. Mas, com o aumento de vagas na Suprema Corte, ocorreu uma mudança de postura que passou a coadunar com o plano proposto pelo então Chefe do Executivo Federal americano.

Nasce assim o ativismo judicial positivo, em que a Corte Suprema interfere em âmbitos que perpassam matérias jurídicas, mudando posicionamentos paradigmáticos, entendimentos orientadores inflexíveis e inovando criativamente no ordenamento jurídico, características típicas de atos ativistas. Desta forma, “inseridos na tradição da *common law*, os juízes deixaram de simplesmente interpretar as leis e passaram a reescrevê-las” (TRINDADE; MORAIS, 2011, p. 140).

O ápice do ativismo judicial naquele país se deu com o julgamento do caso *Brown versus Board Education* em 1954, em que se discutiu a eliminação da segregação racial nas escolas públicas do sul dos Estados Unidos da América. Nele permitiu-se com que os negros ingressassem em escolas públicas que possuíam somente pessoas de cor branca, pondo fim à doutrina “iguais, mas separados” (*equal, but separate*) e revogando o precedente anterior utilizado no caso *Plessy versus Ferguson*, em que os negros teriam acomodações em transporte ferroviário iguais aos brancos, mas em alas separadas (RAMOS; OLIVEIRA JÚNIOR, 2014, p. 36-37).

A partir da década de 1960, o ativismo judicial teve um exponencial crescimento no cenário jurídico norte-americano através de julgamentos de célebres casos com mudanças de precedentes. O que era concreto no poder judiciário norte-americano através de seus precedentes definitivos passou a seguir uma nova orientação com atos eminentemente ativistas promovendo uma inovação decisória.

Muitos dos julgamentos considerados como quebra de paradigmas modificando o cunho deliberativo do tribunal americano acabaram influenciando as decisões das cortes brasileiras com julgados semelhantes em que segue o mesmo padrão americano. Exemplo são os prestigiados casos *Gideon versus Wainwright* em 1963, dando aos acusados o direito à

assistência judiciária gratuita para aqueles que comprovassem não possuir condições de constituir advogado e; no caso *Miranda versus Arizona* em 1966 que dá garantias de não autoincriminação. Este último ficou conhecido no Brasil como o princípio do “*nemo tenetur se detegere*”, significando que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, sendo encontrado no artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal, relatando que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (BRASIL, 1988).

Com o que fora exposto, percebe-se uma grande influência nos inovadores precedentes ativistas com os julgamentos posteriormente realizados no Brasil. Assim, novamente se corrobora a afirmativa de que o sistema jurídico brasileiro se aproxima gradativamente da família *common law* mista norte-americana através de características e mecanismos processuais bastantes semelhantes ao que se encontra atualmente nesse país.

No entanto, embora os sistemas se associem com o passar do tempo, a criação do ativismo judicial e o seu emprego nas duas famílias possuem aspectos diferentes. O ativismo judicial norte-americano é uma forma de barrar os excessos provocados pelo Poder Legislativo e, em contrapartida no Brasil, o ativismo judicial é um meio de minimizar a letargia dos outros poderes garantindo assistência à população que dela necessitar. É o que passa a expor:

Enquanto o ativismo norte-americano parece ter por objeto a contenção da atividade legislativa, o ativismo brasileiro não visa à contenção de excessos cometidos por outros Poderes, mas sim à compensação da inação do Poder Legislativo e Executivo, na implementação de determinados direitos previstos na Constituição ou em resposta a certos reclamos do corpo social (RAMOS; OLIVEIRA JÚNIOR, 2014, p. 37).

Ainda que o ativismo judicial tenha imperado por algum tempo na Suprema Corte Americana, durante os períodos de 1986 a 2005, o então presidente da Corte (*Chief Justice*) William Rehnquist passa a uma postura conservadora de autocontenção judicial. Algumas decisões foram revisadas, no entanto, a intenção primeira de conservadorismo fora apenas parcial visto que vários precedentes ativistas continuaram a imperar naquela época.

Com a morte de William Rehnquist, o então presidente da república George W. Bush indica para a vaga de presidente da Corte John Glover Roberts Jr., o qual é devidamente aprovado pelo Senado. O *Chief Justice* assume primordialmente com uma postura de fazer com que as decisões na Corte Suprema se tornem mais uniformes e com menos discrepâncias, o que não se consumou, tendo em vista as posições conservadoras e modernas (liberais) que se encontram naquele tribunal.

A Suprema Corte americana possui similitude crassa à brasileira, tendo em vista que nos Estados Unidos da América os integrantes daquele tribunal são escolhidos pelo presidente da república. O mesmo ocorre no Brasil, onde, nomeados pelo Chefe do Executivo Federal, são aprovados após sabatina realizada pelo Senado Federal. Órgãos eminentemente políticos mesmo compoem o poder judiciário.

Percebe-se que os atos ativistas proferidos pela Corte Suprema norte-americana, bem como pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil, estão diretamente ligados à composição dos mesmos. Quando o tribunal é mais conservador, a tendência é a autocontenção judicial, mas quando ele é mais progressista, o ativismo judicial é presenciado com mais frequência. Portanto, a composição das Cortes influencia de forma clara no modo de julgar e os precedentes judiciais que terão maior ímpeto.

Assim, como fora descrito, existem semelhanças entre o sistema *common law* misto utilizados nos Estados Unidos da América e a família *civil law* usada no Brasil. A forte inclinação dos dois sistemas advém de aspectos culturais, morais, sociais e principalmente através do direito comparado, em que o Brasil se dá conta de mecanismos que funcionam no sistema norte-americano e o transportam para essa realidade, fazendo com que a ingerência de institutos americanos sejam constantemente empregados na família brasileira.

6 A TEORIA HÍBRIDA DOS PODERES E A EFETIVAÇÃO DA SUSTENTABILIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO: ATIVISMO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DO ACESSO À JUSTIÇA

No primeiro capítulo deste texto dissertativo, foram apresentados os principais sistemas jurídicos existentes no mundo. Primeiramente o sistema socialista, atualmente em desuso, tendo em vista o declínio dos Estados totalitários; e posteriormente as maiores e mais influentes famílias: o *civil law*, derivado dos países de culturas romano-germânicas, e o *common law*, advindo dos países de culturas anglo-saxônicas. Como será observado, a aproximação destes últimos sistemas no Direito ocidental passou de mera tendência a realidade no ordenamento jurídico pátrio.

O Brasil adota, em sua estruturação, o sistema *civil law* ou romano-germânico através de um histórico de alta demonstração codicística e com uma tendência legislativa forte e aparente. Por meio da grande interação cultural e econômica mundial, os países inclinam-se a modificações em detrimento dos parâmetros apresentados e assim ocorreu um grande movimento evolutivo em que o sistema *civil law* tende a se aproximar da família *common law*. Desse modo, “a facilidade de comunicação facilitou o diálogo entre famílias jurídicas distintas e, por decorrência, intensificou aquilo que denominamos *commonlawlização* do direito nacional, pois consequência das experiências colhidas junto a *common law*” (PORTO [s.d.], p. 21).

Com isso, vários sistemas vislumbrados na contemporaneidade não são propriamente puros, tendo angariado ingerências uns dos outros. O Brasil, verificando aspectos peculiares do sistema *common law* que poderiam ser utilizados na família *civil law*, se rende e traz para si algumas características que possam auxiliar e melhorar o bom andamento processual e sua possível celeridade, sempre em busca da mais sonhada justiça ao caso concreto.

As aproximações desses dois sistemas no ordenamento jurídico brasileiro que vem ocorrendo paulatinamente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, com todas suas garantias fundamentais à população, alavanca uma preponderância tal que o sistema *common law* tem-se refletido por meio de uma postura mais ativista do Poder Judiciário, que passou a ter alta importância no ordenamento jurídico brasileiro.

Ao que tudo indica, essa aproximação natural entre os dois grandes sistemas tem levado os juízes do sistema *Civil Law*, desencantados com as promessas inconclusas da modernidade, a uma maior crítica aos tradicionais princípios do referido sistema, fazendo com que os mesmos atuem de forma mais ativa, graças a um ambiente

democrático que permite a atuação sem censuras, como tem ocorrido no Brasil após 1988 (PEREIRA [s.d.], p. 16).

A ideia de que o juiz é somente a boca da lei se torna ultrapassada, sendo necessário usar institutos como os precedentes, jurisprudências e direito sumular, analisar o caso concreto e decidir conforme o bom direito. A separação dos poderes de forma que um não interfira no outro, descrita por Montesquieu em sua obra, não é mais adequada à realidade brasileira, tendo em vista todos os influxos recebidos de outros sistemas mundiais.

Moderniza-se, assim, o sistema *civil law* pátrio no qual o magistrado tem uma força interpretativa que alcança com mais celeridade o que a legislação não consegue. Nesses termos, “o envelhecimento das leis em um mundo de rápidas e modernas transformações, bem como a falta de regulamentação dos novos fenômenos, deslocaram para o Poder Judiciário aquilo que, antes, era função do legislador: a solução dos problemas sociais” (BERTAGNOLLI; BAGGIO, 2017, p. 168).

A interpretação do magistrado deve se adequar ao tempo, não podendo ficar estática ao apego literal da Constituição. Segundo Bruno Torquato de Oliveira Naves, a “interpretação – que é sempre uma versão dos fatos e nunca o fato em si mesmo – inicia-se com conceitos prévios que serão revistos à medida que aumenta a interação com o objeto de análise” (NAVES, 2010, p. 27).

Conforme o exposto, o juiz precisa adequar a legislação à contemporaneidade para dar ao caso concreto maiores possibilidades. O que se percebe é uma enormidade de legislações razoáveis existentes, mas que são meramente simbólicas e não efetivas em razão do desuso e do fator temporal.

É nessa fase que aparecem perspectivas que vão além daquilo que realmente a norma estabelece, ocorrendo o ativismo judicial. A Constituição Federal do país é de 1988 e mesmo sendo extensa, prolixa e analítica, abarcando inúmeros assuntos, não se pode afirmar que relata todos os possíveis, desafiando o aplicador da norma à resolução adequada do conflito.

Em resumo: não há como ignorar, tanto no *common law* como no *civil law*, que uma mesma norma jurídica pode gerar diversas interpretações e, por consequência, variadas decisões judiciais. Porém, o *common law*, certamente com a colaboração de um ambiente político e cultural propício, rapidamente intuiu que o juiz não poderia ser visto como mero revelador do direito costumeiro, chegando a atribuir-lhe a função de criador do direito, enquanto o *civil law* permanece presa à ideia de que o juiz simplesmente atua a vontade do direito. De modo que o *common law* pôde facilmente enxergar que a certeza jurídica apenas poderia ser obtida mediante o *stare decisis*, ao passo que o *civil law*, por ainda estar encoberto a realidade, nos livros fala e ouve sobre a certeza jurídica na aplicação da lei, mas, em outra dimensão, sente-se atordoada diante da desconfiança da população, além de envolta

num emaranhado de regras que, de forma não sistemática, tentam dar alguma segurança e previsibilidade ao jurisdicionado (MARINONI, 2008, p. 35).

De toda sorte, o magistrado deve adaptar à época atual o que for ultrapassado. É certo que o legislador está sempre atrasado aos anseios da sociedade, pois quando a lei é promulgada, ela em si já está aquém no tempo em razão do ciclo de seu trâmite, discussões e votações. Assim, a legislação, quando entra em vigor, em regra já se encontra antiga numa sociedade que avança rapidamente em aspectos morais, sociais e tecnológicos àquela época em que a norma encontrava-se em discussão. O sistema como um todo se encontra engessado evolutivamente.

A convergência dos dois sistemas tem-se intensificado nos últimos anos, principalmente com a constante utilização da jurisprudência como fonte do Direito no ordenamento jurídico brasileiro. Conforme analisado no primeiro capítulo, o sistema *civil law* possui a tendência do Direito positivado na tentativa de se legislar o maior número de situações possíveis. Portanto, esse sistema tem a lei como principal fonte jurídica. Por seu turno, o sistema *common law* possui a jurisprudência como sua principal fonte jurídica, e a legislação codificada em caráter secundário.

Dessa forma, não se pode afirmar que o Direito na família anglo-saxônica é composto exclusivamente de precedentes. Existe sim uma legislação que constitui o seu sistema, porém é disposto num aspecto secundário, sendo que o destaque ainda está nas construções de precedentes realizados historicamente. No contexto do sistema *common law*, o legislativo não está numa situação com características tão proativas como as descritas no sistema *civil law*; naquele caso, o papel dos magistrados é mais atuante na estruturação do Direito.

Porém, a codificação, por si só, não pode explicar a distinção entre o *common law* e o *civil law*. Não se pense que o *civil law* é caracterizada pelos Códigos e pela tentativa de completude da legislação, enquanto o *common law* tem uma característica exatamente contrária. O *common law* também tem intensa produção legislativa e vários Códigos. O que realmente varia do *civil law* para o *common law* é o significado que se atribui aos Códigos e à função que o juiz exerce ao considerá-los. No *common law*, os Códigos não têm a pretensão de fechar os espaços para o juiz pensar; portanto, não se preocupam em ter todas as regras capazes de solucionar os casos conflitivos. Isto porque, no *common law*, jamais se acreditou ou se teve a necessidade de acreditar que poderia existir um Código que eliminasse a possibilidade de o juiz interpretar a lei. Nunca se pensou em negar ao juiz do *common law* o poder de interpretar a lei. De modo que, se alguma diferença há, no que diz respeito aos Códigos, entre o *civil law* e o *common law*, tal distinção está no valor ou na ideologia subjacente à ideia de Código (MARINONI, 2008, p. 30).

A mudança no paradigma do sistema *civil law* do Brasil vem, cada vez mais, por meio da utilização de outros parâmetros (fontes) com interferência da família *common law*. É o caso das jurisprudências, que estão assumindo crescente importância no país. Nessa perspectiva, “há nítida aproximação entre os sistemas no que tange aos usos e experiências que têm se aplicado num e noutro, por meio de técnicas e metodologias originalmente estranhas às suas formações” (MENDES, 2013, p. 179).

Toda decisão precisa ter um resultado útil devidamente compatível com a situação concreta, mas as discrepâncias aparentes nos entendimentos e orientações trazem à tona discussões sobre a segurança jurídica e uma uniformização das jurisprudências para não tornar o Poder Judiciário uma loteria de sentenças divergentes. Fica claro, portanto, que não há uma coesão consistente nas decisões do Poder Judiciário.

A vulnerabilidade das decisões jurídicas vivenciada por vários anos e altamente criticada pelos juristas faz com que determinados mecanismos existentes em outros países ou sistemas sejam transportados para o ordenamento brasileiro e incorporados à realidade do país. É o caso da utilização cada vez mais constante de precedentes vinculantes pelos magistrados na orientação e fundamentação de suas decisões.

Ocorre, assim, a paulatina confluência entre os dois sistemas descritos *common law* e *civil law*. Dispõe o doutrinador Luiz Guilherme Marinoni sobre o assunto ora explanado que: “A tarefa do juiz do *civil law*, na atualidade, está muito próxima da exercida pelo juiz do *common law*. Ora, é exatamente a cegueira para a aproximação das jurisdições destes sistemas que não permite enxergar a relevância de um sistema de precedentes no *civil law*” (MARINONI, 2008, p. 41).

A ingerência cabal entre a família *common law* e o *civil law* brasileiro se apega ao aspecto jurisprudencial e à alta valorização do Poder Judiciário em detrimento dos outros poderes. Um dos efeitos do precedente é sua eficácia *erga omnes*, ou seja, uma decisão de determinado caso concreto pode valer para todos. É o que se vê muito próximo ao gerado pela legislação. Com isso fica claro que, atualmente, afirmar que o Brasil encontra-se puramente no sistema *civil law* ou romano-germânico não é o mais adequado, tendo em vista a forte introdução de mecanismos encontrados no sistema *common law* com o mesmo ímpeto normativo das legislações.

O direito jurisprudencial no Brasil, antes em caráter secundário ou acessório, vem ganhando força e atuação cada vez mais constante. O predomínio e a exclusividade da lei não são mais tão visíveis. Isso posto, a mudança no paradigma do sistema adotado no país está se intensificando e progressivamente sendo utilizada pelos doutrinadores e juristas.

[...] A força do Direito jurisprudencial em países de *civil law* está ligada, dentre outros fatores, às diretrizes do constitucionalismo contemporâneo, à expansão do Direito Público e o resguardo aos direitos individuais, bem como pela aceitação das novas tendências hermenêuticas, as quais conferem ao juiz um papel diferenciado na criação do direito em vias de Jurisdição Constitucional. Em virtude dessas questões, confere-se relevância aos valores de segurança jurídica – em seus aspectos de previsibilidade e estabilidade –, de igualdade entre os jurisdicionados, de busca pela resolução rápida e efetiva dos litígios e na uniformização pela coerência da ordem jurídica (MENDES, 2013, p. 181).

Como as legislações não caminham rapidamente de acordo com os anseios e solicitações da população, as jurisprudências se exaltam. Sua aplicação ainda é vista como um percurso mais célere e otimizado nas decisões judiciais, em que os magistrados empregam uma ementa para justificar a sentença. Alguns doutrinadores criticam esse desenfreado método, no entanto, com a alta demanda, passa a ser usual e cotidiano esse fenômeno trazido do sistema *common law*, chamado por certos autores de "*commonlawlização*" do Direito brasileiro:

Realmente, a chamada "*commonlawlização*" do direito nacional é o que se pode perceber, com facilidade, a partir da constatação da importância que a jurisprudência, ou seja, as decisões jurisdicionais vêm adquirindo no sistema pátrio, particularmente através do crescente prestigiamento da corrente de pensamento que destaca a função criadora do juiz (PORTO [s.d.], p. 6).

Com mais fácil acesso da população ao Poder Judiciário através de mecanismos mais céleres trazidos de outros sistemas jurídicos e a constante judicialização de matérias individuais e coletivas, várias matérias repetitivas se portam como um entrave direto para o bom andamento da justiça. É por meio do intenso número de decisões semelhantes que os Tribunais superiores passam a decidir igualmente nas reiteradas ações.

Desta feita, uma decisão paradigmática proferida por um Tribunal superior passa a ser um parâmetro decisivo nas ações posteriores, fato ocorrido nas famílias anglo-saxônicas. Caso bem semelhante aos precedentes utilizados no sistema *common law* denominado de *distinguishing*, sendo este “método de confronto pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma, podendo afastá-lo se as circunstâncias dos casos não coincidirem” (BERTAGNOLLI; BAGGIO, 2017, p. 179).

O método acima descrito prescreve que o magistrado não utilize o precedente sem qualquer parâmetro ou desmedidamente. É primeiramente visualizado o caso concreto e o confronto com o paradigmático. Caso haja semelhança, o juiz possui a discricionariedade de utilizá-lo e adaptá-lo à situação em questão. Percebe-se que o emprego do precedente não

pode ser “mecânico sem a reconstrução do histórico de aplicação decisória e sem discutir sua adaptabilidade, mesmo que se busque tal desiderato embasado em uma lógica tacanha da aplicação da igualdade” (THEODORO JÚNIOR *et al*, 2010, p. 29).

Exemplo claro se evidencia com esse instituto, mas não só a proliferação da utilização de precedentes faz uma aproximação ou convergência com o sistema *common law*, como também o efeito vinculante dado a algumas decisões proferidas e que servem como orientação nas decisões posteriores. Assim, com o efeito vinculante, a decisão ultrapassa o caso concreto em questão e passa a ser o parâmetro de decisões semelhantes em casos ocorridos após aquela.

Por conseguinte, é nesse contexto de análise que sobressai a importância do estudo dos precedentes judiciais, não só em função do crescente papel que lhes vem sendo confiado na cultura jurídica brasileira, mas, sobretudo, pela eficácia que se exterioriza por meio de instrumentos processuais dispostos na Constituição e na legislação processual civil, assim como pela atuação dos tribunais, especialmente, em matéria constitucional, circunstâncias que corroboram e contribuem para a busca contínua de um status de unidade e coerência do ordenamento jurídico pátrio (MENDES, 2013, p. 181).

O Direito brasileiro sofreu e vem cada vez mais recebendo uma grande influência do *common law*, principalmente no que tange aos EUA – Estados Unidos da América, que não possuem sistema puro, mas se encontram na família anglo-saxônica mista, ressaltando os precedentes judiciais, mas com algumas legislações esparsas que corroboram o bom andamento processual e as descrições principiológicas do país.

Alguns fenômenos de inspiração estadunidense foram transportados ao Direito brasileiro como o controle de constitucionalidade difuso e, é claro, a valorização dos precedentes judiciais, caso típico não só daquele país, mas de todos que abarcam o sistema *common law*. É o que Luiz Roberto Barroso aponta como americanização do Direito brasileiro.

No curso do processo de incorporação desse modelo de constitucionalismo, os países da tradição romano-germânica passaram por transformações extensas e profundas. Dentre elas é possível destacar o fenômeno referido como constitucionalização do Direito, no qual se inserem a aplicação direta e imediata da Constituição às relações jurídicas em geral, o controle de constitucionalidade e a leitura do direito infraconstitucional à luz dos princípios e regras constitucionais. No mesmo contexto, juízes, tribunais e, especialmente, os tribunais constitucionais tornaram-se mais atuantes e ativistas, potencializando o desenvolvimento de novas categorias da interpretação constitucional (BARROSO, 2008, p. 301).

A valorização dos precedentes judiciais se enaltece ainda mais com a criação das súmulas no Direito brasileiro. Isso se torna ainda mais evidente com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, o qual confere ao precedente judicial valorização ainda maior no atual cenário jurídico e ativista brasileiro. Em vários de seus artigos, os precedentes se engrandecem como um solucionador dos problemas da alta judicialização, os entraves temporais das legislações que não caminham com a sociedade e uma forma de otimizar os julgamentos tomando como padrão um caso concreto anterior similar.

Os novos artigos inseridos no Código de Processo Civil promulgado em 2015 ratificam o contexto deste presente trabalho: os precedentes vinculantes, instituto transportado do sistema *common law*, estão cada vez mais tendo um especial impulso nas decisões judiciais. A legislação, antes colocada em um patamar hierárquico elevado e intangível, longe das outras fontes do Direito, agora compete igualmente com as súmulas vinculantes, que, necessário dizer, detêm a mesma utilidade da legislação.

Esse fenômeno – precedentes com eficácia vinculante (*stare decisis*) –, advindo do sistema *common law*, é mais uma forma de aproximação e integração das famílias. Impossível, nesse mundo globalizado, que influências e tendências não se espalhem ao redor do globo. Experiências benéficas são transportadas para outros sistemas como forma de diminuir alguns obstáculos e entraves processuais insurgentes. Conforme preleciona o autor Sérgio Gilberto Porto, no sistema *common law*:

Stare decisis aplica-se a todos os casos que apresentam a mesma questão legal, sem apresentar preocupação com a ideia de identidade de partes, mas sim quando revele preocupação com a identidade de demanda, a partir do primado que causas iguais merecem soluções idênticas. O que importa, adotando-se linguagem própria do sistema romano-germânico, especialmente na senda brasileira de tal família jurídica, é a identidade de suporte fático e pretensão. Havendo, pois, identidade de causas, há vínculo a ser seguido e respeitado, como garantia de isonomia de tratamento jurisdicional (PORTO [s.d.], p. 10).

O constitucionalismo no Brasil ainda é uma característica recente e sua evolução tende a colocar o Poder Judiciário num ponto central em vista dos outros poderes. Existe uma exaltação constante do órgão de cúpula desse Poder como uma forma de mitigar a inércia, letargia, omissão ou atividade pouco produtora dos outros poderes. A súmula vinculante enalteceu exaustivamente o Supremo Tribunal Federal, dando ao mecanismo uma habilidade para uniformizar a jurisprudência pátria.

Essa tendência visível a uma padronização decisória dá uma segurança jurídica com garantias de que os direitos serão garantidos a todos de forma semelhante. Entrementes,

súmulas vinculantes e legislações estariam em pé de igualdade, sendo os dois institutos utilizados, atualmente, da mesma forma por magistrados e juristas.

Discute-se se estaria o Supremo Tribunal Federal apto e competente à edição de um mecanismo que se assemelha categoricamente à lei. Mesmo já descrevendo a possível introdução do Poder Judiciário no Poder Legislativo, certo é que a evolução jurídica pede fatores que possam acelerar e trazer resultados positivos ao processo, como é o caso das súmulas vinculantes, que são a atitude mais ativista realizada pelo Poder Judiciário.

É possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causam entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional ADI 1.351-DF (STF. ADI 1.351-3/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 30/3/2007, p. 53).

A propensão a usufruir exageradamente do Poder Judiciário ocorre em razão da crise de representatividade ou uma crise na democracia brasileira. A falência das instituições políticas devido à inércia, omissão, letargia e descrédito da população com os poderes transporta competências do Legislativo ao Judiciário de forma clara. Corroborando o que foi dito, “ninguém veria qualquer degeneração do procedimento legislativo ou administrativo se os legisladores ou administradores estivessem profundamente envolvidos e verdadeiramente interessados como partes, nas matérias por eles reguladas” (CAPPELLETTI, 1993, p. 76).

Fica evidente, no atual cenário brasileiro, a falta de vontade política dos poderes Executivo e Legislativo, que reverbera na desconfiança da população. Descrevendo o caso do ativismo judicial, o poder legiferante não possui a volição de avançar nas discussões de uma sociedade que clama por mudanças.

Num país onde a corrupção impera dentro do poder político, o Judiciário tem sido um ponto de apoio e de esperança do povo. É o que está em evidência na “utilização do judiciário como compensador dos déficits de funcionalidade dos demais poderes” (THEODORO JÚNIOR *et al*, 2010, p. 16).

Instituições sólidas tendem a manter o seu *status quo*. No Brasil, como foi demonstrado, percebe-se a fragilidade das instituições, com a instabilidade política dando ao Poder Judiciário um acentuado exercício que, por vezes, ultrapassa o que lhe fora disposto pela Constituição Federal. Destarte, há um déficit de representatividade política e o acréscimo de ativismo judicial. No entanto, o exponencial poder dado ao Judiciário pode o levar a

orientações autoritárias, sufragando e usurpando as atribuições dos outros poderes do estado democrático.

No momento atual, requer-se uma atuação comprometida do Poder Judiciário na perquirição do ideal justo. Com a sociedade complexa e plural deste início de século, a tarefa do Judiciário se mostra densa e, para cumprir o seu papel, deve se abrir aos novos intérpretes constitucionais, permitindo que o viés participativo também toque e descongele suas estruturas (BERNARDES, 2010, p. 45).

Este trabalho cinge-se na afirmação de que, por meio do ativismo judicial, a família jurídica brasileira tende a migrar do *civil law* para um sistema misto ou híbrido com fortes características do sistema *common law*, facilitando assim o acesso à justiça.

Através do fator da impossibilidade de a legislação andar de acordo com o que pleiteia a sociedade, as interpretações legislativas e as lacunas normativas se amplificam. Nasce o papel criativo do magistrado e sua interferência ativista em detrimento do que fora proposto com o sistema *civil law*, teoricamente o adotado no país. É o que descreve o seguinte autor, o qual traz o motivo do ativismo judicial dos magistrados como o grande resultado da aproximação cada vez mais constante do sistema *civil law* brasileiro com o *common law*:

Podemos concluir, portanto, no sentido de que nos últimos anos ou decênios, em crescente número de países de “Civil Law”, o fenômeno do aumento da criatividade jurisprudencial surgiu com aspecto substancialmente muito similar e contornos não menos dramáticos do que nos países de “Common Law”. Longe de ser insuscetível de análise comparativa, este fenômeno em grande medida é análogo, senão idêntico, nas duas grandes famílias jurídicas (CAPPELLETTI, 1993, p. 128).

A atualização da Constituição se porta como um papel do legislador e não do juiz. No entanto, resta evidente que não é o que atualmente ocorre. Fato é que, se um determinado aspecto processual ou procedimental possui benefícios em outros países ou sistemas, o legislador tende a trazê-lo ao ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, a aplicação dos pontos positivos precisa de uma adequação à realidade jurídica, política, social e moral. O legislador necessita, dessa forma, de um cuidado ao moldar os institutos do Direito comparado ao Direito brasileiro para que não haja descompasso processual com o que já está sendo seguido.

[...] Para além das muitas diferenças ainda hoje existentes, potentes e múltiplas tendências convergentes estão ganhando ímpeto, à origem das quais encontra-se a necessidade comum de confiar ao “terceiro poder”, de modo muito mais acentuado do que em outras épocas, a responsabilidade pela formação e evolução do direito. Verdade é que essa necessidade, como vimos, constitui por si mesma a consequência da profunda e dramática metamorfose das sociedades modernas, e assim como a sua

causa, tal necessidade é certamente um fenômeno arriscado e aventureiro. Não se trata, contudo, de um risco e de uma aventura despidos de promessas, se é verdade que semelhante fenômeno, no nosso mundo perigosamente dividido, já está conduzindo à aproximação dos sistemas jurídicos, aproximação que, à distância, pode talvez abrir um capítulo mais luminoso na história fascinante da civilização jurídica (CAPPELLETTI, 1993, p. 133-134).

Não se pode atualmente afirmar que o Brasil se encontra no sistema *civil law* puro, da forma como fora composto em seu criadouro, em que seu Direito se situava somente na norma posta. Outros mecanismos estão em igualdade com as legislações que foram devidamente transportados de outros sistemas, principalmente o *common law*, grande influenciador no ordenamento jurídico brasileiro. A afirmação de que o país possui o seu norte somente na lei é incorreta. A crescente utilização do Poder Judiciário como suporte dos outros poderes é exemplo claro do que está sendo dito.

O ativismo judicial é um fato notório, e não somente uma mera suposição; é um fenômeno mundial. Os órgãos políticos, como anteriormente explanado, foram substituídos pelo Poder Judiciário, que, além de julgador e guardião das normas constitucionais e infraconstitucionais, detém a altivez do ativismo judicial. Por meio de provocação, inova no ordenamento jurídico criativamente, orientando as futuras decisões de forma vinculante. O que é esse fenômeno senão semelhante à legislação?

O papel do Poder Judiciário tem-se estendido num parâmetro maior do que a competência descrita na Constituição Federal e, em certos termos, esse poder tem interferido nos outros poderes. Em que pese haver críticas e benefícios, certo é que afirmar que o sistema do país é *civil law* puro se torna incorreto. Dessa forma, com a “*commonlização*” da família brasileira, os sistemas de direito se fundem e inovam em algo mais apto à realidade contemporânea.

6.1 Mecanismos do sistema híbrido ou misto que tornam mais eficiente o acesso à justiça: o real impacto do ativismo judicial sobre o sistema jurídico *civil law*

A proposta de iniciar a utilização de um sistema híbrido ou misto como a forma mais eficiente de acesso à justiça se faz devido à transferência de inúmeros mecanismos da família *common law* introduzidos no antigo sistema *civil law*, principalmente com o ativismo judicial. Não se quer com isso dizer que o direito legislado foi desprezado ou rechaçado do ordenamento jurídico, mas sim que este não é o único empregado atualmente; assim, é preciso

afirmar que os precedentes com caráter vinculante são o ápice orientador nas decisões jurídicas contemporâneas.

No mesmo sentido se encontra o ativismo judicial em matéria ambiental. Nenhum ramo do Direito brasileiro está aquém da utilização desse mecanismo, e no Direito Ambiental não poderia ser diferente. O fenômeno é mundial e cada vez mais constante. Parte disso é devido à representatividade que o Poder Judiciário ganhou nas últimas décadas, englobando questões que deveriam ser solucionadas pelos órgãos políticos.

Com isso, questões ambientais que encontrem lacunas nas legislações infraconstitucionais ou constitucionais são levadas a termo ao Poder Judiciário para que ele dê a solução ao caso. Em algumas situações, a inovação criativa perpassa da esfera de julgador para a de legislador positivo, permitindo o surgimento do ativismo judicial na matéria ambiental. Nesse ramo, o Poder Judiciário vem se utilizando de precedentes vinculantes como orientadores das decisões exaradas.

O Direito Ambiental no Brasil é tardio e obteve seu ápice com a Constituição Federal de 1988. Antes disso, as matérias ambientais não eram tratadas com tamanha importância como se enaltece no cenário jurídico pátrio. Dessa forma, “a proteção do meio ambiente não se refere apenas à conservação, mas à coordenação e à racionalização do uso dos recursos, com a finalidade de preservar o futuro do homem e do planeta, não somente para as futuras gerações, mas também às presentes” (CALGARO; PEREIRA, 2017, p. 279-280).

Com isso, várias leis foram promulgadas com o condão de proteger um meio ambiente ecologicamente equilibrado, assegurando, assim, um direito social de todos. No entanto, por mais que o legislador tente normatizar o maior número de situações possíveis, o direito posto não consegue caminhar juntamente com as ocorrências que aparecem no cotidiano. Os precedentes vinculantes em matéria ambiental vieram suprir a demanda da falta ou lacuna nas legislações ambientais, sempre colocando o meio ambiente como importante objeto no cunho decisório.

O Direito Ambiental, tido como Direito difuso, é um bem social no qual todos possuem deveres e garantias da preservação de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. O acesso à justiça de forma ampla se encaixa como um fator recente na democracia brasileira. Nem todos possuíam o devido acesso e, principalmente, as ações coletivas detinham embarcações processuais que engessavam inovações normativas.

O acesso à justiça tem sofrido uma constante ingerência dentro do sistema judiciário. O direito ao acesso era tido somente à possibilidade de o indivíduo entrar em juízo, sem que com isso existisse uma real proteção do Estado. Dessa forma, a aptidão para adentrar

pleiteando direitos e garantias estava diretamente ligada à possibilidade econômica de custear a demanda, não possuindo o Estado a preocupação com os entraves sociais, morais e políticos da população e sua possibilidade de postular em juízo para sua asseguaração. O acesso era somente formal e, portanto, “o acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 9).

O acesso à justiça é considerado um dos pilares da sustentabilidade, tendo em vista que, garantindo à população acesso ao Judiciário com eficiência e presteza, os direitos fundamentais estarão sendo cumpridos, sempre com o compromisso de garantir a qualidade às gerações futuras. A base da sustentabilidade se encontra neste aspecto: dar às próximas gerações condições adequadas de sobrevivência com a quantidade equilibrada de recursos possíveis para tal. A sustentabilidade concentra a perspectiva da interação com o meio ambiente de forma a preservá-lo aos que posteriormente dela usufruírem, garantindo parâmetros para que a humanidade possa se desenvolver de forma sustentável.

Desse modo, busca-se a preservação de um meio ambiente ecologicamente equilibrado por meio do acesso igualitário à justiça, com vistas ao desenvolvimento sustentável do mundo. Nesse mesmo sentido dispõe a agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável, a qual abarca metas e diretrizes para implementar um plano em prol de direcionar o mundo ao desenvolvimento sustentável.

Destarte, um dos objetivos da agenda da Organização das Nações Unidas é “promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis” (ONU, 2015). Assim, a organização deixa de forma clara que o acesso à justiça é um dos objetivos almejados para o desenvolvimento sustentável. No entanto, proporcionar igualmente a todos a propensão de buscar o Poder Judiciário na garantia de direitos depende de mecanismos estatais e facilitadores que propiciem tal fato.

À medida que a sociedade se evolui e a complexidade das demandas sociais e coletivas aumenta, alguns institutos são criados em prol da facilitação da população ao acesso ao Poder Judiciário. É com a “Constituição cidadã” que o direito ao acesso efetivo, eficiente e adequado conquista o seu ápice, correspondendo, então, a um direito fundamental básico.

Com a Constituição de 1988, o art. 225 vem selar a autoridade constitucional sobre a legislação ambiental brasileira. Anteriores e posteriores à Constituição, poder-se-ia distinguir leis importantes com conteúdo de proteção ambiental, que, inobstante a pouca efetividade, colocavam o Brasil num lugar destacado dentre aqueles dotados de legislação ambiental moderna (RIBEIRO; SENESI FILHO, 2014, p. 314).

Algumas barreiras, como custas judiciais, honorários advocatícios e possibilidade de as partes interpor recursos, foram solucionadas com institutos que permeiam a possibilidade de todos terem acesso independentemente de condições econômicas para isso. Quanto aos embaraços do acesso nos direitos difusos (exemplo do meio ambiental), aspectos processuais foram a chave para superar as controvérsias com mecanismos que possibilitaram a extensão da responsabilidade através da eficácia *erga omnes* e de habilitação em ações populares, ações civis públicas e mandados de segurança coletivos.

Com mecanismos trazidos principalmente dos sistemas da família *common law*, o Direito brasileiro foi se adaptando e permitindo que o acesso a demandas coletivas fosse possível com facilitadores à população. Várias legislações infraconstitucionais passaram a vigorar nesse sentido tendo em vista a insurgência de demandas coletivas que pleiteiam garantias sociais. Assim, atualmente, o acesso à justiça é amplo, com vários mecanismos que simplificam a participação de todos em demandas individuais e coletivas.

Sem dúvida, a mudança processual foi um fator primordial para arraigar o acesso à justiça de forma equitativa, principalmente no que tange à matéria ambiental. A reforma de maneira a alargar a possibilidade do acesso ao direito coletivo aproxima-se dos institutos trazidos do sistema *common law*, e o ativismo judicial, com seus mecanismos e características, teve uma influência crescente para se chegar ao modelo atual.

E, se é verdade que a igualdade de todos perante a lei, igualdade efetiva – não apenas formal – é o ideal básico de nossa época, o enfoque de acesso à justiça só poderá conduzir a um produto jurídico de muito maior “beleza” – ou melhor qualidade – do que aquele de que dispomos atualmente (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 165).

O acesso à justiça, no entanto, trouxe a alta judicialização de demandas. Com mecanismos e órgãos facilitadores da entrada da população ao Poder Judiciário para garantias fundamentais e coletivas, a demanda processual se tornou insuportável. Destarte, atualmente o Poder Judiciário encontra-se abarrotado com questões que, por ora, poderiam ser solucionadas por vias administrativas ou métodos alternativos de conflitos os quais trariam maior celeridade aos órgãos e menos custos, reverberando em uma duração razoável do processo.

É também com a exacerbada utilização do Poder Judiciário na contenção de conflitos que meios trazidos do sistema *common law* vieram para desafogar os órgãos e dar a eles uma nova postura. Com isso, o Poder Judiciário se enaltece perante os outros e decisões de todas as montas são exaradas, chegando assim ao desmedido ativismo judicial.

A alta judicialização e a constante dependência da população do Poder Judiciário diminuem democraticamente a atuação dos outros poderes e sua representatividade política. Reconhecer no ordenamento jurídico brasileiro um sistema ou família híbrida ou mista é hodiernamente a forma mais correta de classificação tendo em vista a larga utilização de mecanismos trazidos do sistema *common law*. Esse fenômeno se dá com atuação do Poder Judiciário por meio de súmulas vinculantes e precedentes orientadores que conferem celeridade aos processos.

Assim, a defesa na utilização do sistema misto ou híbrido traça mecanismos que dão ao Poder Judiciário maior rapidez no julgamento, parâmetros de orientação aos estudiosos e advogados que, antes de adentrar com a ação, já podem saber os precedentes usados por aquele tribunal, o que desestimula até mesmo a propositura da demanda. No mesmo sentido, a súmula vinculante – ato eminentemente ativista do Supremo Tribunal Federal que obriga os tribunais e a administração direta e indireta a seguirem um determinado posicionamento – fixa não somente sua posição de forma clara, como também repulsa ações que com ela forem discordantes.

Essa direta influência do sistema *common law* na família *civil law* brasileira, a longo prazo, trará uma segurança jurídica nas decisões, tendo em vista que os julgados serão vinculados ao parâmetro orientador, o que livrará o Poder Judiciário de demandas repetitivas e por vezes desnecessárias; e por fim trará celeridade ao procedimento, sem que com isso os julgamentos deixem de apreciar minuciosamente o caso concreto em questão.

Lado outro, o elevado ativismo judicial brasileiro, principalmente o realizado pelo Supremo Tribunal Federal, está ligado diretamente à apatia do Poder Legislativo e sua falta de vontade política. Assim, como este não tem voz proativa em sua competência, o Poder Judiciário supre a lacuna e consome o fato “legislando positivamente”.

O sistema eleitoral brasileiro, ao cabo de contas, faz com que os parlamentares, com raras exceções, evitem firmar posição quanto a temas polêmicos. Não firmam posição contrária às pretensões da minoria que pretende ter o direito afirmado, pois receiam que a perda de voto dessa minoria lhes seja significativa; não firmam posição favorável porque temem que outra minoria, que se opõe à primeira, retire o seu apoio nas urnas. Por causa dessas idiosincrasias do nosso sistema eleitoral, talvez não haja paradoxo a melhor representar o posicionamento de boa parte dos congressistas em temas polêmicos: “Não sou contra nem a favor, muito pelo contrário...” (RAMOS; OLIVEIRA JÚNIOR, 2014, p. 38).

Certo é que a tendência de usar o ativismo judicial está ligada a uma crise de representatividade política existente no país. Indo mais a fundo na questão, a inércia, omissão ou apatia dos eleitos politicamente se dá porque os cidadãos os colocaram para representar os

seus interesses. Portanto, o embate claro está na irresponsabilidade geral dos cidadãos no momento da escolha dos representantes que irão ter a voz ativa nos órgãos governamentais.

O problema e a solução do país encontram-se na educação. A falta de representatividade política ou sua crise ocorrem devido à insuficiência educacional, fazendo com que os cidadãos não se sintam responsáveis pelos danos ocorridos. Da mesma forma, a alta demanda em ações desnecessárias e por vezes inúteis que atrapalham o bom funcionamento do Poder Judiciário está ligada à falta de educação básica quanto aos direitos mínimos de suas garantias.

O acesso à justiça é distribuído a todos, mas sua utilização deve ser realizada com parcimônia para não atravancar o órgão judicial. Uma melhora na infraestrutura da educação trabalhando ensinamentos de cidadania ativa básica trará ao longo do tempo um comprometimento maior com a democracia e os seus objetivos. É com educação que se muda um país, mesmo que seja um distante caminho a ser percorrido.

É preciso que os cidadãos se capacitem juridicamente, porque o direito, apesar de ser um bem que está na sabedoria do povo, é manejado e apresentado pelas profissões jurídicas através do controle de uma linguagem técnica ininteligível para o cidadão comum. Com a capacitação jurídica, o direito converte-se de um instrumento hegemônico de alienação das partes e despolitização dos conflitos a uma ferramenta contra-hegemônica apropriada de baixo para cima como estratégia de luta (SANTOS, 2011, p. 69).

Desse modo, por meio de uma melhora educacional, os cidadãos terão um maior compromisso democrático no momento da escolha de seus representantes políticos, além de estarem mais preparados e aptos a cumprir o sufrágio universal assegurado pela Constituição Federal. Assim, com representantes proativos, o ativismo judicial seria sanado e sua utilização não seria tão constante. “Entre nós, repita-se, a educação teria de ser, acima de tudo, uma tentativa constante de mudança de atitude” (FREIRE, 1967, p. 94).

Uma reforma educacional é necessária num país onde a democracia foi tardia e continua sendo velada. O primeiro passo começa com o exemplo e se reflete numa possível solução *sine qua non* da crise de representantes apáticos. A sociedade se tornaria mais participativa e com maior visão sobre suas responsabilidades como um todo para a construção e fiscalização de uma comunidade operante.

Este senso de responsabilidade de verdadeiros representantes das elites dirigentes, que cada vez mais se identificam com o povo, a comunicar-se com ele pelo seu testemunho e pela ação educativa, ajudará a sociedade a evitar possíveis distorções a que está sujeita na marcha de seu desenvolvimento (FREIRE, 1967, p. 53).

Muito se exalta a conquista democrática como forma de criar mecanismos a fim de garantir uma competição igual a variáveis visões de mundo. Da democracia advém a pluralidade de opiniões se expressando e alternando. Com uma emancipação social, maior número de pessoas teria voz no processo eleitoral, construindo assim a democracia no seu mais límpido sentido constitucional.

Diante de todo o exposto, resta claro enfatizar que, com mecanismos trazidos do sistema *common law*, o Brasil vem sofrendo uma transformação para um sistema híbrido ou misto, no qual o ativismo judicial, através de precedentes vinculantes, quebra o paradigma de um sistema anteriormente único ou puro. Com isso, o ordenamento jurídico se adapta e reage ao que é exposto, razão pela qual é correto considerar que no Brasil atualmente existe uma mistura dos sistemas *civil law* e *common law* proporcionada pela globalização e pelo Direito comparado. Os sistemas se adaptam assim como a humanidade. Foi um longo percurso até uma democracia, mesmo que ela não funcione plenamente.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta época de intensa globalização, é preciso redefinir alguns conceitos para adequação do cenário da nova contemporaneidade. A teoria clássica da divisão dos poderes encontra-se defasada, haja vista que as atribuições se interpenetram de forma harmônica. No entanto, com a quebra de determinados paradigmas, sobretudo com a exaltação do Poder Judiciário e sua propulsão em detrimento dos outros, o contexto de um novo Estado se redesenha. O ativismo judicial deve ser visualizado de forma crítica, todavia ponderando os fatores positivos da judicialização, o acesso abrangente à justiça e os mecanismos que, teoricamente, torna o Judiciário mais célere e apto a caminhar junto com a sociedade.

A separação clássica dos poderes é arcaica em vista da elevação dos juízes e suas decisões com caráter de legislativo positivo. A atuação proativa dos magistrados tem viés importante a fim de suprir omissão e apatia do Poder Legislativo; mesmo que haja enormes críticas à intensa utilização do instituto categoricamente trazido do sistema *common law*, o seu uso aumenta o acesso a população ao Judiciário a fim de pleitear direitos e garantias fundamentais.

Percebe-se que os sistemas jurídicos do *common law* e do *civil law* não estão isolados ou recusando mútuas interpenetrações; ao contrário, quando certo instrumento tende a dar um bom andamento processual, obter maior celeridade, minorar custos e dar amplo acesso à justiça, este é estendido e transportado às novas realidades.

Nesse contexto que mecanismos como precedentes, jurisprudências, controle de constitucionalidade e direito sumular se multiplicam e dão ao magistrado orientação e parâmetro em decisões. Amoldar-se às novas realidades é um importante meio de suprir lacunas deixadas pelos outros poderes.

A carência da população em ter representantes políticos ativos, com vontade de contribuir e realizar suas funções de forma proba, traz uma sobreposição do Poder Judiciário, que se transforma em um salvador da sociedade ao garantir o mínimo de direitos descrito na Constituição Federal. Desse modo, o Judiciário assume um valor mais elevado haja vista a deficiência dos outros poderes, havendo assim uma ligação direta entre o exacerbado ativismo judicial e a crise de representatividade política.

Os críticos ao ativismo judicial reconhecem um Supremo Tribunal Federal altamente proativo que se atribui de funções legislativas e ultrapassa os limites primários descritos na Constituição Federal. De outro lado, os defensores do instituto relatam ser o ativismo judicial um fato concreto tendo em vista a omissão dos outros poderes ao não reagirem às implicações

sociais. Assim, o Poder Judiciário seria a *ultima ratio* na possibilidade de os cidadãos garantirem seus direitos.

Tristemente, em vários momentos os poderes políticos têm sua atuação desaprovada. Tal crítica é correta, uma vez que num país fadado a injustiças, corrupção, utilização de verba pública em benefício próprio e outros tantos desgostos vislumbrados cotidianamente, a população se sente desamparada ante a ausência de poderes ou órgãos que lhe garantam seus mínimos direitos. Desta feita, o Poder Judiciário, não obstante também praticar alguns atos criticáveis, ainda é visto como uma chance de garantia da consolidação de direitos previstos no ordenamento jurídico.

Diante da inércia dos poderes políticos, a judicialização se transformou numa alavancada possibilidade da população fazer parte do sistema, trazendo como efeito o abarrotamento dos órgãos com ações e recursos repetitivos, pleitos desnecessários e subsunção de custo elevado ao Estado devido à alta carga processual no qual não há servidores suficientes para suprir a demanda. Assim, mecanismos trazidos do *common law* vieram na tentativa de melhorar essa situação.

Principalmente com o advento do novo Código de Processo Civil, percebe-se o uso de institutos que possam trazer a celeridade e o acesso à justiça a toda a população, sem que com isso se deixe aquém a verificação do caso concreto com a orientação jurisprudencial ou sumular. Nesse momento as súmulas vinculantes ganham toda força no ordenamento jurídico brasileiro, um ato ativista no qual o Supremo Tribunal Federal traça uma orientação de utilização imperativa aos tribunais, administração direta e indireta de forma bastante peculiar. Em que pese algumas doutrinas reprovarem o mecanismo, a necessidade de sua existência permite garantir a urgência de uma democratização satisfatória.

Interessante então se faz a defesa do sistema misto ou híbrido haja vista que, puramente, não é mais adequado inferir que o Brasil se encontra na família *civil law*. A legislação possui uma força na orientação no momento em que se profere uma decisão; entretantes, não é ela o único meio empregado, já que mecanismos transportados do sistema *common law* possuem intensidade igual no momento da solução de um conflito. É nesse contexto que a atual conjuntura jurídica permite afirmar a adequação à teoria mista ou híbrida de forma a impactar mais claramente a população, dando a ela acesso ao Direito.

Certo é que mecanismos estadunidenses como o ativismo judicial só têm utilidade e serventia se houver uma presteza jurisdicional com mais celeridade no procedimento e acesso à justiça a todos que dela necessitarem. De todo o exposto, qual o impacto que o movimento

descrito como ativismo judicial possui sobre o sistema jurídico *civil law* tendo em vista o acesso à justiça?

Como já explicado, o acesso à justiça é um dos pilares da sustentabilidade devidamente descrito na Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas para o desenvolvimento sustentável. Dessa forma, a ampliação da justiça a todos que dela necessitarem é uma forma de garantia de que gerações presentes e futuras caminhem em prol de um mundo resiliente. E a abertura do Poder Judiciário propicia diminuição de desigualdade, garantias de direitos fundamentais e, principalmente, uniformidade social.

Um sistema misto ou híbrido que comporte e abarque instrumentos do sistema *common law* garante uma celeridade processual e, assim, mais pessoas irão se utilizar do Poder Judiciário em prol de suas prerrogativas. Desta feita, este novo sistema defendido no presente trabalho impacta diretamente na relação com acesso à justiça e é por esse motivo que ele deve continuar sendo utilizado.

Cada vez mais o sistema jurídico brasileiro necessita que bons modelos em prol de uma celeridade processual sejam deslocados para a realidade jurídica do país. Se o elevado ativismo judicial é a *ultima ratio* tendo em vista a apatia política, a demora legislativa e a carência de bons representantes, que este seja realizado com probidade e segurança e, por fim, que garanta igualdade de tratamento processual, celeridade no procedimento e acesso ao Poder Judiciário a todos que dele suplicarem por preservação de garantias. Um bom sistema jurídico é um passo para a redemocratização do país, e abarcar o acesso à justiça é uma forma sustentável e transformadora.

Ainda é cedo para afirmar qual o rumo do ativismo judicial e suas consequências diante da inércia política, porém não é possível imiscuir do julgamento e, desta feita, a proatividade do Judiciário acode os anseios por justiça; e quanto mais mecanismos de outros sistemas forem incorporados com parcimônia no ordenamento jurídico brasileiro, melhores as chances de haver um país equânime e justo.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ALMALEH, Carolina Hess. **O desenvolvimento histórico do Common Law e o papel dos juízes na Inglaterra**. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2014_1/carolina_almaleh.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2017.

ABREU, João Paulo Pirôpo de. **A autonomia financeira do Poder Judiciário: limites traçados pelo princípio da independência e harmonia dos poderes**. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2013.

ARISTÓTELES. **Política**. Coleção: Obra prima de cada autor. São Paulo: Martin Claret, 2005.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS EXPOSTOS AO AMIANTO – ABREA. **Amianto ou Asbesto**. Disponível em: <<http://www.abrea.com.br/o-amianto/sobre-o-amianto.html>>. Acesso em: 29 ago. 2017.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 2. ed. São Paulo: Editora Globo S.A., 2008.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. Limites constitucionais à edição de súmula por Tribunal Superior. Análise da súmula 331, I, do TST. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Periódico da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ, v. VII, n. 7, p. 456-480, 2011. Disponível em: <<https://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/constitucionais-sumula-tribunal-tst-417359318>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2017.

BARROSO, Luis Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. **Caderno da Escola de Direito e Relações Internacionais**, v. 2, n. 9, p. 258-301, 2008. Disponível em: <<http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/459>>. Acesso em: 13 set. 2017.

BEÇAK, Rubens. A separação de poderes, o tribunal constitucional e a “judicialização da política”. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 103, p. 325-336, jan./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/67808-89239-1-pb.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

BENETI, Sidnei Agostinho. Doutrina de precedentes e organização judiciária. **Revista de Direito Administrativo FGV**, v. 246, p. 318-340, 2007. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41662/40857>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. O constitucionalismo, a relação entre os poderes e a postura do estado-juiz. In: BERNARDES, Wilba Lúcia Maia; CHAVES, Glenda Rose Gonçalves; MOUREIRA, Diogo Luna (Coords.). **Direito Público**. Perspectivas e Atualidades. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010, p. 35-45.

BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. **Federação e Federalismo**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.

BERTAGNOLLI, Ilana; BAGGIO, Andreza Cristina. Os precedentes vinculantes do novo código de processo civil e a aproximação entre *Common Law* e *Civil Law* no direito brasileiro. **Revista Ius Gentium**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 162-181, jan./jun. 2017. Disponível em: <<https://www.uninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/view/325>>. Acesso em: 3 set. 2017.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851.pdf>> Acesso em: 23 jun. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União, Brasília**, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 22 abr. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657 de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB). **Diário Oficial da União**, Brasília, 4 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657compilado.htm>. Acesso em: 21 jun. 2017.

BRASIL. Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 nov. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 5 jul. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 5 jul. 2017.

BRASIL. Lei n.º 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 dez. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111417.htm>. Acesso em: 5 jul. 2017.

BRASIL. Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 27 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 14 ago. 2017.

BRASIL. Lei n.º 12.684, de 26 de julho de 2007. Proíbe o uso, no Estado de São Paulo de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto ou outros minerais que, acidentalmente, tenham fibras de amianto na sua composição. **Diário Oficial do Estado**, São Paulo, 26 jul. 2007. Disponível em: <<https://governo-sp.jusbrasil.com.br/legislacao/131057/lei-12684-07>>. Acesso em: 29 ago. 2017.

BRASIL. Lei n.º 9.055, de 1º de junho de 1995. Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2 jun. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9055.htm>. Acesso em: 29 ago. 2017.

BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 13 ago. 2017.

BRASIL. Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985. Lei de Ação Civil Pública. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 25 jul. 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 13 ago. 2017.

BRASIL. Lei Complementar n.º 140, de 8 de dezembro de 2011. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981. **Diário Oficial da União**, Brasília, 9 dez. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp140.htm>. Acesso em: 13 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1446326 PR 2013/0397246-1. Ação declaratória – emissão de licença ambiental – sentença que julgou procedente os pedidos formulados na inicial determinando a emissão da licença pleiteada [...] Rel. Min. Geraldo Og Nicéas Marques Fernandes. **Diário de Justiça Eletrônico**, 30 jun. 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/473975333/recurso-especial-resp-1446326-pr-2013-0397246-1>>. Acesso em: 24 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.º 467. Primeira Seção. Julgado em: 13 out. 2010. **Diário do Judiciário eletrônico**, 25 out. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?processo=467&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 24 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 24.831-9. Comissão Parlamentar de Inquérito. Direito de oposição. Prerrogativa das minorias parlamentares. Expressão do postulado democrático de direito [...] Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso de Melo. **Diário de Justiça Eletrônico**, 4 ago. 2006. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185070&modo=cms>. Acesso em: 5 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 975-MC/DF. Constitucional. Medidas cautelares e liminares: suspensão. Medida Provisória n.º 375, de 23.11.93 [...] Tribunal Pleno. Rel. Min. Carlos Velloso. **Diário de Justiça Eletrônico**, 20 jun. 1997. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14706728/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-975-df>>. Acesso em: 27 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Rel. Min. Celso de Mello. **Diário de Justiça Eletrônico**, 4 maio 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.351-3/DF. Partido político – funcionamento parlamentar – propaganda partidária gratuita – fundo partidário [...] Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. **Diário de Justiça Eletrônico**, 30 mar. 2007. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/758756/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1351-df/inteiro-teor-100474925?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.937-7/SP. Competência normativa – comércio [...] Rel. Min. Marco Aurélio. **Diário de Justiça Eletrônico**, 19 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3937&classe=ADI-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 29 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.983/CE. Vaquejada – manifestação cultural – animais – crueldade manifesta – preservação da fauna e da flora – inconstitucionalidade. Rel. Min. Marco Aurélio. **Diário de Justiça Eletrônico**, 6 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326838>>. Acesso em: 24 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 548181/PR. Recurso extraordinário. Direito Penal. Crime ambiental. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Condicionamento da ação penal à identificação e à persecução concomitante da pessoa física que não encontra amparo na Constituição da República. Rel. Min. Rosa Weber. **Diário de Justiça Eletrônico**, 30 out. 2014. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342675/recurso-extraordinario-re-548181-pr-stf>>. Acesso em: 24 out. 2017.

CABRAL, Ana Luiza Novais; FERREIRA, Willia de Cácia Soares. **Política judicial em matéria ambiental: inovação legislativa e executiva às avessas.** In: CONPEDI. Anais do XXVI Encontro Nacional do CONPEDI – UFS. Brasília, 2017, p. 189-207. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/5n13472j/n23LPjZ0R52hXq0d.pdf>>.

Acesso em: 3 set. 2017.

CAENEGEM, Raoul Charles Van. **Uma introdução histórica ao direito privado.** Tradução Carlos Eduardo Lima Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CALGARO, Cleide; PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. Políticas públicas e cooperação social em John Rawls. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 14, n. 28, p. 277-302. Janeiro/Abril de 2017. Disponível em: <<https://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/viewFile/970/547>>. Acesso em: 3 set. 2017.

CAMARGO, Daniel Marques de; DOMINGOS, Fernanda Cristina Rosseto. Ativismo Judicial: limites, possibilidades e reflexos na efetivação de direitos humanos fundamentais. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SANTOS, Murilo Angeli Dias dos (Orgs.). **Estudos contemporâneos de hermenêutica constitucional.** São Paulo: Editora Boreal, 2012, p. 67-85.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista Sociologia Política**, Curitiba, n. 23, p. 115-126, nov./2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. Montesquieu e a reeleitura da separação de poderes no estado contemporâneo: elementos para uma abordagem crítica. **Revista Lex Humana**, v. 1, n. 2, p. 40-65, 2009. Disponível em: <<http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana&page=article&op=view&path%5B%5D=21&path%5B%5D=20>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

CHAVES, Vinicius Figueiredo. Possibilidades e riscos da judicialização da política para a consolidação democrática brasileira. **Revista de Direitos Humanos e Democracia**. Editora Unijuí, ano 1, n. 1, p. 116-146, jan./jun. 2013. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/download/310/683>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório anual do CNJ – 2014.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/relatorio-anual-de-atividades>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Pesquisa – 2015**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/bbb34b5dd27f6c38f7bd0877496c264a.pdf>>. Acesso em: 1º ago. 2017.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso futuro comum**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **O dogma da separação das funções estatais no Estado Democrático de Direito**: a necessidade de uma revisão da teoria clássica da separação de Poderes. Publicado em 25 de janeiro de 2015. Disponível em: <<https://www.brasiljuridico.com.br/artigos/o-dogma-da-separacao-das-funcoes-estatais-no-estado-democratico-de-direito--a-necessidade-de-uma-revisao-da-teoria-classica-da-separacao-de-poderes.-por-dirley-da-cunha-junior.>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DE MARCO, Christian Magnus; MEZZAROBÀ, Orides. O direito humano ao desenvolvimento sustentável: contornos históricos e conceituais. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 14, n. 29, p. 323-349, mai./ago. de 2017. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1066>>. Acesso em: 24 out. 2017.

ELIAS, Gustavo Terra. Súmula Vinculante n. 3 do Supremo Tribunal Federal: um estudo do conflito entre as mutações do direito e a busca de segurança jurídica no controle dos atos de aposentadoria pelos tribunais de contas. **Revista TCEMG**, p. 23-39, out/nov/dez 2013. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/2264.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Ativismo judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira. **Revista Confluências – Niterói**, v. 12, n. 2, p. 106-128, out/2012. Disponível em: <<https://www.confluencias.uff.br/index.php/confluencias/article/viewFile/121/145>>. Acesso em: 16 ago. 2017.

FERNANDES, Rafael Laffitte; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. O Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial: (re)analisando o dogma do “legislador negativo”. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, p. 450-476, quadrimestre de 2014. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/download/5763/3140>>. Acesso em: 16 ago. 2017.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FOGAÇA, Mateus Vargas; FOGAÇA, Marcos Vargas. Sistema de precedentes judiciais obrigatórios e a flexibilidade do direito no novo código de processo civil. **Revista Faculdade de Direito** – UFMG, Belo Horizonte, n. 67, p. 509-533, jul./dez. 2015. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1726>>. Acesso em: 26 jul. 2017.

FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra Ltda., 1967.

GALIO, Morgana Henicka. **História e formação dos sistemas *Civil Law* e *Common Law***: a influência do direito romano e a aproximação dos sistemas. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c79d3508e2dc8fe8>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

GARCEZ NETO, Martinho. Função criadora da jurisprudência. **Revista da EMERJ**, v. 5, n. 19, 2002, p. 46-52. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista19/revista19_46.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2017.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução António Manuel Hespanha; Manuel Macaísta Malheiros. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. **União homoafetiva, caso Battisti e marcha da maconha**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19386/uniao-homoafetiva-caso-battisti-e-marcha-da-maconha>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. 2. ed. São Paulo: Martins Claret, 2006.

LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MACHADO, Gyovanni Bortolini. **O efeito *erga omnes* na coisa julgada ambiental**: uma análise do alcance das ações coletivas que propiciam a tutela do direito fundamental ao meio ambiente. Universidade de Caxias do Sul. Programa de pós-graduação em Direito (mestrado em Direito). 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ucs.br/xmlui/handle/11338/779>>. Acesso em: 14 out. 2017.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos da judicialização da política**: duas análises. Lua Nova [online], n. 57, p. 113-133, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57>>. Acesso em: 4 ago. 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**. Natureza. Eficácia. Operacionalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**. Condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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. 47, p. 29-64, 2008. Disponível em: <<http://www.revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/17031/11238>>. Acesso em: 13 set. 2017.

MARIN, Jeferson Dytz; LUNELLI, Carlos Alberto. Processo ambiental, efetividade e as tutelas de urgência. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 7, n. 13/14, p. 311-330, Janeiro/Dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/download/17/160>>. Acesso em: 13 out. 2017.

MEDEIROS, Orione Dantas de. O controle de constitucionalidade na Constituição brasileira de 1988. Do modelo híbrido à tentativa de alteração para um sistema misto complexo. **Revista de Informação Legislativa**, Ano 50, n.º 200, p. 189-210, out/dez 2013. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502943/000991834.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

MELO FILHO, Álvaro. Súmulas vinculantes: os dois lados da questão. **Revista Themis**, v. 2, n. 1 p. 27-35, 1998. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/16013340.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2017.

MELLO, Celso de. Legislativo não faz ameaça, diz Mello. Entrevistador: Carlos Eduardo Lins da Silva. **Folha de São Paulo**, 11 abr. 1999, p. 1-8. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/CelsoMello/Entrevistas/1999_abr_11.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2017.

MENDES, Gilmar. **O controle da constitucionalidade no Brasil**. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1381_Texto_-_Gilmar_Mendes.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2017.

MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin. A jurisdição e a aproximação entre os sistemas jurídicos do *common law* e do *civil law*. **Revista Periódica da Faculdade de Belém**, v. 2, n. 1, p. 151-187, Janeiro/Junho 2013. Disponível em: <http://www.fabelnet.com.br/portal/images/revista-ensinagem/3-edicao/A_JURISDICA0_E_A_APROXIMACAO.pdf>. Acesso em: 12 set. 2017.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria Geral do Direito Privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. São Paulo: Editora Edipro, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Reflexos da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, no Processo Civil. **Revista da EMERJ**, v. 8, n. 32, p. 31-44, 2005. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista32/revista32_sumario.htm>. Acesso em: 26 jul. 2017.

MORETO, Mariana Capela Lombardi. **O precedente judicial no sistema processual brasileiro.** Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-15052013-162737/pt-br.php>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

NALINI, José Renato. Muito direito, pouca justiça. **Jornal O Estado de São Paulo**, 3 set. 2014. Disponível em: <<http://opinio.estado.com.br/noticias/geral,muito-direito-pouca-justica-imp-,1553961>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. A segunda modernidade na conjuntura ambiental. **Meridiano**, n. 117, p. 27-29, abr. 2010. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/MED/article/view/438/261>>. Acesso em: 4 out. 2017.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Formação e aplicação do direito jurisprudencial: alguns dilemas. **Revista TST**, Brasília, v. 79, n. 2, p. 118-144, abr/jun 2013. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/39811>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

OLIVEIRA, Ana Carolina Borges de. Diferenças e semelhanças entre os sistemas da *Civil Law* e da *Common Law*. **Revista Constituição, Economia e Desenvolvimento**: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, v. 6, n. 10, p. 43-68, Jan.-Jun 2014. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista11/diferencasAna.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração da conferência da ONU no ambiente humano**, 1972. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc>. Acesso em: 24 out. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Transformando nosso mundo: a agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável.** Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em: 14 out. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Rio 92. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.** Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2017.

PEREIRA, Paulo Fernando Soares. **A aproximação entre os sistemas *Civil Law* e *Common Law* e sua influência ativista nas instituições dos sistemas de justiça brasileiras.** In: CONPEDI. Anais do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI - UFS. Florianópolis, 2015. p. 5-21. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/405y7512>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

PEREIRA, Isabela Ritter; JOUKOSKI, Renata Raquel. **Presidencialismo de coalizão.** Anais do EVINCI-UniBrasil, v. 1, n. 4, p. 1223-1237, 2016. Disponível em: <<http://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/anaisvinci/article/view/944>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?** Política, Direito e Democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a *common law*, a *civil law* e o precedente judicial**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/sergio%20porto-formatado.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

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

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. Parâmetros Dogmáticos. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; OLIVEIRA JUNIOR, Jorge Ferraz de. Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil. Um breve histórico do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana e um paralelo com o recente ativismo judicial da Suprema Corte brasileira. **Revista de Informação Legislativa**, Ano 51, n. 204, p. 25-42, out./dez. 2014. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/509926>>. Acesso em: 27 set. 2017.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

REGIMENTO INTERNO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Edição revista, ampliada e atualizada até a Emenda Regimental n. 27, de 13 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/issue/view/1/showTocf>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Atualizado até a Emenda Regimental n. 51/2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_integral.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2017.

REVISTA Consultor Jurídico. Critérios subjetivos. Ideologia pessoal define decisões de juízes, diz estudo. Publicado em 6 de julho de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-06/ideologia-pessoal-define-decisoes-juizes-estudo-ufpr>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; BASTIANETTO, Lorena Machado Rogedo. A releitura do princípio da *actio nata* quanto aos direitos difusos na judicialização brasileira. **Rev. Bras. Polít. Públicas** (Online), Brasília, v. 6, n. 2, p. 104-115, 2016. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3820/pdf_1>. Acesso em: 28 ago. 2017.

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; SENESI FILHO, Píer Giorgio. Apontamentos sobre a importância da tutela penal do ambiente. **ARGUMENTUM** - Revista de Direito UNIMAR, n. 15, p. 307-326, 2014. Disponível em: <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/91/16>>. Acesso em: 26 out. 2017.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2013.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Direitos fundamentais como trufas da maioria. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD), v. 7, n. 3, p. 226-234, setembro-dezembro 2015. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.73.02/5018>>. Acesso em: 3 out. 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2011.

SANTOS, Samuel Bertolino dos. **A evolução do sistema de precedentes no direito brasileiro**: o sistema jurídico brasileiro e os falsos óbices à sua utilização. Direito e segurança jurídica. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12501&revista_caderno=9>. Acesso em: 11 jul. 2017.

SCHMIDT NETO, André Perin. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito UniRitter**, v. 10, p. 83-96, 2009. Disponível em: <<http://seer.uniritter.edu.br/index.php/direito/article/download/252/168>>. Acesso em: 7 ago. 2017.

SILVA, Daianny Cristine. A súmula vinculante como instrumento para conceder efeito *erga omnes* ao controle difuso de constitucionalidade. **Revista do Ministério Público do Estado de Goiás**, Goiânia, ano XVI, n. 25, p. 113-142, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_4/Artigo21final_Layout%201%20-%206.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2017.

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

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

SOUZA, Michel Roberto Oliveira de; COL, Juliana Sípoli. A súmula vinculante e o precedente judicial. **Revista Espaço Acadêmico**, n. 126, p. 72-83, novembro de 2011. Disponível em: <<http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/download/12994/8146>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

SOUZA, Isabella Saldanha de; GOMES, Magno Federici. **Ativismo judicial, democracia e sustentabilidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Compreender Direito**. Como o senso comum pode nos enganar. v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Compreender Direito**. Nas brechas da lei. v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Trad. Chiara de Teffé. Rio de Janeiro, ano 3, n. 2, jul-dez/2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Taruffo-trad.-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações da politização do judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro - Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. **Revista de Processo**, ano 35, n. 189, p. 09-52, nov/2010. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/220033924_Breves_consideracoes_da_politizacao_do_judiciario_e_do_panorama_de_aplicacao_no_direito_brasileiro_-_Analise_da_convergencia_entre_o_civil_law_e_o_common_law_e_dos_problemas_da_padronizacao_decisoria>. Acesso em: 16 jul. 2017.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n. 53, p. 137-164, 2011. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30764>>. Acesso em: 27 set. 2017.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. **Tempo Social**, revista de sociologia da USP, v. 19, n. 2, p. 39-85, Novembro/2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002>. Acesso em: 7 ago. 2017.

VIEIRA, José Ribas. Verso e reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil. **Estação Científica** (Ed. Especial Direito) Juiz de Fora, v. 1, n. 4, p. 44-57, outubro e novembro/2009. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/16656597-Verso-e-reverso-a-judicializacao-da-politica-e-o-ativismo-judicial-no-brasil.html>>. Acesso em: 7 ago. 2017.

VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SILVA, Alexandre Garrido da. **O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional**: a judicialização da política e o ativismo judicial. Disponível em: <<http://xa.yimg.com/kq/groups/23516001/485228961/name/artigo+garrido+revista+versus.do>>. Acesso em: 7 ago. 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 441-464, jul-dez/2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. **Revista de Processo**, v. 172, p. 121. Jun/2009. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/estabilidade_e_adaptabilidade_como_objetivos_do_direito_civil.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2017.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Temas Essenciais do Novo CPC**. Análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro de acordo com a Lei 13.256/2016. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 481-490.