

17 ATIVISMO JUDICIAL, UM FENÔMENO GRADUAL – critérios sua aferição a partir da análise do discurso

JUDICIAL ACTIVISM, A GRADUAL PHENOMENON – criteria for its assessment based on discourse analysis

Anny Santana¹
Cláudia Toledo²

Palavras-chave: Ativismo judicial; teoria do discurso; *ratio decidendi*; *rationales*; *obiter dicta*.

Este resumo refere-se a Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), elaborado com base em dados levantados pela autora Anny Santana em projeto de pesquisa de iniciação científica (IC), desenvolvido também sob a orientação da Prof^a Cláudia Toledo, coautora deste trabalho. O TCC partiu das conclusões da pesquisa de IC, avançando no estudo então realizado.

Dentre as conclusões da pesquisa de IC, estão (i) o conceito de *ativismo judicial* como *ingerência indevida do Poder Judiciário na competência dos outros Poderes Públicos* e (ii) a identificação de *ativismo judicial* no Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). Assim, no TCC, os critérios para análise discursiva de decisões judiciais foram aprimorados mediante pesquisa *bibliográfica*, sendo então utilizados em pesquisa *empírico-jurisprudencial*, na qual se reavaliaram 20% das 196 decisões colegiadas definitivas prolatadas em 2017 pelo TJMG, previamente analisadas na pesquisa de IC.

Buscou-se no TCC determinar objetivamente o grau do ativismo no TJMG segundo parâmetros da *teoria da argumentação jurídica* de Robert Alexy e da *teoria do discurso* de Jürgen Habermas. Conforme Alexy, o *discurso jurídico é caso especial* do discurso prático geral, sendo vinculado a argumentos denominados *institucionais* – leis, precedentes e doutrina. Segundo Habermas, o *discurso prático geral* é composto pelos argumentos chamados *não institucionais* – pragmáticos, éticos e morais. Alexy sustenta haver *integração* entre o *discurso prático geral* e o *discurso jurídico*. Assim, o discurso jurídico é formado tanto pelos argumentos que lhe são próprios (argumentos institucionais) quanto pelos argumentos não institucionais *prático-gerais* (pragmáticos, éticos, morais) e *empíricos* (relativos a fatos concretos e a dados científicos).

Segundo a regra J.7 da argumentação jurídica, elaborada por Alexy, argumentos *institucionais* precedem argumentos *não institucionais*, a menos que a esses seja justificadamente atribuída prioridade. Argumentos institucionais têm, portanto, precedência *prima facie* sobre argumentos não institucionais. Infere-se, assim, que quanto mais argumentos institucionais (*quantidade*) utilizados na fundamentação da decisão judicial e quanto maior o seu peso (*qualidade*), maior a probabilidade de o Poder Judiciário atuar dentro da margem de sua competência, pois argumentos institucionais são próprios do discurso jurídico, que, por sua

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). E-mail: santana.anny@direito.ufjf.br

² Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Membro do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito e Inovação (UFJF). Doutorado em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Estágio Pós-Doutoral na Universidade Christian-Albrecht (CAU), Kiel, Alemanha. Estágio Pós-Doutoral na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Coordenadora do projeto. E-mail: toledo.claudia@direito.ufjf.br

vez, é o discurso próprio do Poder Judiciário. Inversamente, quanto mais argumentos não institucionais empregados e quanto maior o seu peso, maiores as chances de o Judiciário agir fora de sua competência. Assim, *quantidade* e *qualidade* (peso) dos argumentos não institucionais na fundamentação das decisões judiciais são parâmetros que, do ponto de vista argumentativo, auxiliam na avaliação do comportamento judicial.

Para que se identifique o peso dos argumentos na justificação da decisão, deve-se verificar o lugar que nela ocupam, isto é, em quais de seus elementos os argumentos são mencionados: na *ratio decidendi*, nas *rationales* ou nos *obiter dicta*. Sendo a *ratio decidendi* a tese jurídica central e universalizável, extraída das razões do caso concreto *sub judice*, os argumentos nela mencionados são aqueles de maior peso. O inverso se passa com os argumentos presentes nos *obiter dicta* – entendidos como argumentos secundários para a justificação da decisão.

Das 39 decisões examinadas, concluiu-se que o *ativismo judicial* desempenhado pelo TJMG pode ser considerado como, no máximo, moderado.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Silva. Revisão técnica e apresentação por Cláudia Toledo. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ATIENZA, Manuel. Curso de argumentação jurídica. In: ATIENZA, Manuel. *Como analisar as argumentações*. Tradução de Claudia Roesler. Revisão técnica de Isaac Reis. Curitiba: Alteridade, 2017, p. 99-119.

GLEZER, Rubens. *Ratio decidendi*: um guia para pensar precedentes judiciais no Brasil. In: CAMPILONGO, Celso; GONZAGA, Alvado de; FREIRE, André (org.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP.*, t. 1, São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/94/edicao-1/ratio-decidendi>. Acesso em: 22 nov. 2022.

GOODHART, Arthur. Determining the Ratio Decidendi of a Case. *The Yale Law Journal*, [S. l.], v. 40, n. 2, p. 161-183, 1930. DOI 10.2307/790205. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/790205>. Acesso em: 22 nov. 2022.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – Entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 1997.

PLUG, José. Indicators of obiter dicta. A pragma-dialectical analysis of textual clues for the reconstruction of legal argumentation. *Artificial Intelligence and Law*, [S.l.], n. 8, p. 189–203, 2000. Disponível em: <https://doi.org/10.1023/A:1008327715564>. Acesso em: 22 nov. 2022.

RAMOS, Elival. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

TOLEDO, Cláudia. Mínimo existencial: A construção de um conceito e seu tratamento pela jurisprudência constitucional brasileira e alemã. *Revista em propriedade intelectual direito contemporâneo*, [S. l.], v. 11, n. 1, p. 102-119, fev. 2017.

TOLEDO, Cláudia. *Ativismo Judicial vs. Controle Judicial – Um Estudo a partir da Análise Argumentativa da Fundamentação das Decisões do Poder Judiciário Brasileiro e do Tribunal Constitucional da Argentina, México e Alemanha*. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). *Atual Judiciário - Ativismo ou Atitude*. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 385-422.

VOJVODIC, Adriana. *Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro*. 2012. 269 p. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.