

52 ATIVISMO JUDICIAL, UM FENÔMENO GRADUAL: CRITÉRIOS PARA SUA AFERIÇÃO A PARTIR DA TEORIA *STANDARD* DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E DA TEORIA RETÓRICA

JUDICIAL ACTIVISM, A GRADUAL PHENOMENON: CRITERIA FOR ITS ASSESSMENT BASED ON THE STANDARD THEORY OF LEGAL ARGUMENTATION AND RHETORICAL THEORY

Anny Santana¹

Cláudia Toledo²

Palavras-chave: Ativismo judicial; argumentação jurídica; ratio decidendi; rationales; retórica.

RESUMO

Este resumo refere-se a projeto de dissertação em desenvolvimento. No tratamento de direitos fundamentais sociais, a conjugação do princípio da separação dos poderes com o sistema de freios e contrapesos transmuta-se em frequentes conflitos de competência entre os Poderes Públicos. A atuação do Judiciário é, muitas vezes, entendida como ingerência indevida na competência dos demais Poderes Públicos, caracterizando-se como ativismo judicial; outras vezes, essa atuação judicial é entendida como devido controle recíproco entre os Poderes, em cumprimento do sistema de freios e contrapesos.

O objetivo central deste trabalho é verificar se o Supremo Tribunal Federal (STF) foi ativista em sua atuação durante a pandemia de COVID-19 (março/2020 a maio/2023) e, em caso afirmativo, qual o grau do ativismo judicial praticado. Para tanto, será realizada pesquisa bibliográfica, com abordagem analítico-dedutiva de textos científicos para o estudo dos conceitos essenciais envolvidos na temática, seguida de pesquisa empírica, cuja fonte documental serão decisões judiciais colegiadas do STF, buscadas a partir dos termos “direito à saúde” e/ou “direito à vida” no site oficial desse Tribunal. Proceder-se-á à análise discursiva

¹ Mestranda no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito e Inovação da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). E-mail: santana.anny@direito.ufjf.br

² Professora Titular 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). Estágios Pós-Doutorais na Universidade Christian-Albrecht (CAU), Kiel, Alemanha e na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Orientadora do projeto de dissertação. E-mail: toledo.claudia@direito.ufjf.br

das decisões, a partir de tipologia argumentativa fundada no pensamento de Robert Alexy (especialmente em sua Teoria da Argumentação Jurídica – TAJ), referencial teórico desta pesquisa – parte dessa tipologia (argumentos práticos gerais) é baseada na Teoria do Discurso habermasiana (Habermas, 1997).

Decisão judicial é ato discursivo institucional próprio do Judiciário. Conforme a TAJ (Alexy, 2017), especialmente o que determina a sua regra J.7, na argumentação jurídica há precedência *prima facie* dos argumentos vinculados à lei e à vontade do legislador histórico em relação aos demais argumentos. Essa determinação decorre do fato de o discurso jurídico ser caracterizado pelo emprego de argumentos institucionais (leis, precedentes, doutrina). Dessa característica, infere-se que quanto mais a decisão judicial for baseada em argumentos institucionais, menores as chances de ativismo judicial. Afinal, aqueles argumentos são próprios do discurso jurídico, que é o discurso típico do Judiciário, sendo seu conteúdo, portanto, matéria de competência judicial. Logo, se o Judiciário atua dentro de sua competência, ele não pratica ativismo judicial, mas, sim, o devido controle dos atos e omissões dos demais Poderes.

Todavia, segundo a tese da integração, o discurso jurídico é integrado pelos discursos prático geral e empírico, formados por argumentos não institucionais (Alexy, 2017). Percebe-se então a necessidade de determinação da quantidade e da relevância dos argumentos utilizados nas decisões judiciais para a verificação da existência ou não de ativismo judicial e, em caso afirmativo, a aferição do seu grau (que será tão mais intenso quanto maior a quantidade e a relevância dos argumentos não institucionais utilizados na decisão judicial).

Conforme as definições e características dos elementos de decisão estudados na pesquisa bibliográfica – *ratio decidendi*, *rationales* e *obiter dicta* –, examina-se o peso (quantidade e relevância) dos argumentos não institucionais na pesquisa empírica, segundo sua articulação com esses elementos. Complementarmente, análise retórica será realizada, tendo em vista a possibilidade de uso estratégico do discurso jurídico para se conferir aparente legitimidade e legalidade à fundamentação das decisões.

REFERÊNCIAS

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

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

GLEZER, R. *Ratio decidendi*: um guia para pensar precedentes judiciais no Brasil. In: CAMPILONGO, C.; GONZAGA, A.; FREIRE, A. (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-decidenti>. Acesso em: 5 set. 2023.

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

PLUG, J. 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: 5 set. 2023.

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

ROESLER, C. A análise da argumentação judicial em perspectiva crítica: o que fazemos quando analisamos decisão judicial. In: ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (org.). *Retórica e argumentação jurídica: modelos em análise*. v. 2. Curitiba: Alteridade, 2018. p. 21-44. (Coleção Direito Retórica e Argumentação).

SANTANA, A. *Ativismo Judicial, um Fenômeno Gradual* — Critérios para sua aferição a partir da análise do discurso. 2022. 51p. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Minas Gerais, 2022

TOLEDO, C. 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, C. (org.). *Atual Judiciário - Ativismo ou Atitude*. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 385-422.

VOJVODIC, A. *Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro*. 2012. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27092012-094000/pt-br.php>. Acesso em: 5 set. 2023.