

CLÁUDIA TOLEDO
Coordenadora

ATUAL JUDICIÁRIO
ATIVISMO OU ATITUDE

Belo Horizonte

FÓRUM
CONHECIMENTO JURÍDICO

2022

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

CLÁUDIA TOLEDO

1 Introdução

Este artigo apresenta os resultados de projeto de pesquisa, cujo objetivo central foi avaliar cientificamente a atuação do Poder Judiciário brasileiro, a fim de verificar a procedência da crítica de *ativismo judicial* a ele atribuída de modo recorrente.¹

Sabe-se que o *princípio da separação de poderes* estabelece a divisão tripartite do poder estatal a fim de melhor organizar seu exercício, no sentido de sua maior eficiência. As competências legislativa, executiva e judiciária são atribuídas, então, a poderes públicos distintos. O *sistema de freios e contrapesos* integra esse princípio e determina que os três poderes públicos devem controlar reciprocamente seus atos e omissões, para que não haja atuação excessiva ou insuficiente de nenhum deles, mas, sim, o desempenho equilibrado e harmônico das funções pelas quais cada um é responsável.

O Poder Judiciário controla os atos e omissões dos Poderes Legislativo e Executivo mediante respectivamente o *controle de*

¹ Projeto de pesquisa “Atual Judiciário – Ativismo ou Aitude: judicialização da política ou politização do judiciário”, financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (FAPEMIG – Projeto de Demanda Universal) e pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF – PROBIC). Participaram do projeto, como estudantes de iniciação científica, Marcello S. Figueiras, Anny Santana, Michelle A. M. Silva, Caio A. M. D. e Souza, Lívia M. H. Campos, Camille O. Castro, Daniela C. Meira, Aline de O. M. da Silva, Danielle F. Doehler, Ana Clara V. Nogueira, Caio H. C. Zanoni, Chafel P. Alex.

constitucionalidade de leis e o controle judicial de atos administrativos (os quais usualmente integram políticas públicas). Entretanto, quando o Poder Judiciário excede os limites de sua competência (ou jurisdição), interfere indevidamente na competência dos outros poderes e pratica *ativismo judicial*.

A fim de avaliar cientificamente se a atuação judicial no caso concreto trata-se de regular *controle judicial* das decisões dos Poderes Legislativo e Executivo ou apresenta-se como prática de *ativismo judicial*, é imprescindível que se analisem os *atos institucionais* próprios do Poder Judiciário, isto é, as *decisões judiciais* e os *argumentos* fornecidos pelo Poder Judiciário na justificação de seus atos. Sendo as decisões judiciais *atos discursivos*, critérios para sua avaliação foram buscados na *teoria do discurso* desenvolvida por Jürgen Habermas e na *teoria da argumentação jurídica* elaborada por Robert Alexy.

Conforme Alexy, o *discurso jurídico* é *caso especial* do *discurso prático geral* e está vinculado a argumentos *institucionais* – leis, precedentes e doutrina (dominante). É o discurso próprio do *Poder Judiciário*, cuja função precípua é a aplicação do Direito, o qual é formado exatamente por aqueles argumentos institucionais. Por sua vez, o *discurso prático geral*, em que se baseia o discurso jurídico, é composto por argumentos *não institucionais* pragmáticos, éticos e morais, aos quais se somam os argumentos também *não institucionais* integrantes do *discurso empírico*, relativos a fatos concretos e a dados científicos. No discurso jurídico, deve *necessariamente* haver argumentos institucionais aos quais é vinculado, mas podem ser nele também utilizados argumentos não institucionais típicos do discurso prático geral e do discurso empírico.

À medida que o Poder Judiciário pratica seus atos institucionais, ou seja, prolata suas decisões com base no discurso que lhe é próprio, o discurso jurídico, a tendência é de que esteja atuando dentro da margem de sua competência, aplicando o Direito expresso em argumentos institucionais. Assim, quanto mais argumentos próprios ao discurso jurídico forem devidamente utilizados pelo Poder Judiciário na fundamentação de suas decisões, mais provável é que sua atuação esteja dentro dos limites de sua competência, ou seja, maiores são as chances de sua atividade representar o regular *controle judicial* dos atos e omissões dos demais poderes. Entretanto, quanto menos argumentos institucionais houver na fundamentação da atuação do Poder Judiciário ou quanto maior for

o recurso a argumentos não institucionais para tanto, mais elevada a probabilidade de a decisão judicial representar interferência indevida na competência dos demais poderes. Isto é, maiores as chances de *ativismo judicial* no exercício da jurisdição.

Aplicou-se, então, essa taxonomia argumentativa à análise da jurisprudência constitucional de diferentes países (Brasil, Argentina, México e Alemanha), bem como ao exame da jurisprudência infraconstitucional brasileira. Com base no estudo comparativo de argumentos utilizados na fundamentação de mais de 500 decisões judiciais, esse artigo pretende contribuir para o esclarecimento de questão frequentemente mencionada, mas raramente justificada, qual seja, a de prática de *ativismo judicial* pelo Poder Judiciário brasileiro.

2 Ativismo judicial – Conceito

O ato institucional do Poder Legislativo é a *lei*. Assim, o controle judicial dos atos e omissões do Poder Legislativo dá-se especialmente pelo *controle de constitucionalidade* das leis.² O ato institucional do Poder Executivo é o *ato administrativo*, que frequentemente faz parte de uma *política pública*. Desse modo, o controle judicial dos atos e omissões do Poder Executivo realiza-se usualmente pelo *controle judicial de políticas públicas*.³ Controle judicial, também denominado “controle jurisdicional”, apresenta-se, portanto, como a atuação regular do Poder Judiciário na efetivação do *sistema de freios e contrapesos*.

Enquanto o *controle judicial* representa o desempenho judiciário dentro do âmbito ou margem de sua competência, *ativismo judicial* refere-se a um desempenho excessivo do Poder Judiciário. O conceito de *ativismo judicial* é controverso na doutrina jurídica. A origem da expressão “ativismo judicial” é atribuída ao contexto norte-americano,

² No Brasil, tal controle efetiva-se pela ação direta de inconstitucionalidade (ADI), ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), ação direta de constitucionalidade (ADC) e mandado de injunção (MI). Embora o MI não se trate de ação que vise ao controle de constitucionalidade das leis, há nele controle da omissão legislativa, porquanto cabível quando a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5º, LXXI, da Constituição Federal).

³ No Brasil, esse controle implementa-se principalmente pela arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), ação civil pública (ACP), ação popular (AP), mandado de segurança (MS) e mesmo ações ordinárias.

embora seja polêmico o momento de seu exato surgimento. Os dois posicionamentos doutrinários centrais são o de que o ativismo judicial teria se iniciado (i) quando da criação do controle judicial pela Suprema Corte, no caso *Marbury v. Madison* (1803)⁴, ou (ii) durante a *Corte E. Warren* (1953-69), devido ao seu notável desempenho na realização dos direitos fundamentais individuais e políticos, como no caso *Brown v. Board of Education* (1954).⁵

A associação de ativismo judicial à Política é comum nos EUA, fazendo-se referência a “ativismo judicial de direita” ou “de esquerda”. Contudo, independentemente da identificação do ativismo judicial com uma ideologia conservadora ou progressista, certo é que, em ambos os casos, destaca-se “algum excesso ou distorção no exercício da função jurisdicional”.⁶

Essa vinculação de *atuação excessiva* do Poder Judiciário a ativismo judicial está presente tanto na doutrina jurídica americana como na brasileira. O autor estadunidense William Marshall concebe ativismo judicial como uma “recusa dos Tribunais em permanecerem dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício dos seus poderes”⁷ [Tradução livre]. Por seu turno, Elival Ramos⁸, um dos juristas brasileiros que mais se dedicou ao tema, define-o como o exercício da função jurisdicional além dos limites impostos pela ordem jurídica. Assim, o ativismo judicial é aqui concebido como *interferência judicial indevida na competência dos outros poderes públicos*.

3 Ativismo judicial – Critérios de identificação

Essa “atuação judicial excessiva” ou “interferência judicial indevida” pode ser analisada sob diferentes *perspectivas* – jurídica,

⁴ PAGANELLI, Celso J. M. et al. *Ativismo judicial: paradigmas atuais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011, p. 132.

⁵ CARTER, John D. *Warren Court and the Constitution: a critical view of judicial activism*. Los Angeles: Pelican Publishing Company, 1972, p. 41-42.

⁶ MACHADO, Joana S. *Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. 2008. 120 p. Dissertação (Mestrado em Teoria do Estado e Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, p. 21.

⁷ MARSHALL, William P. *Conservatives and seven sins of judicial activism*. *Law Review*, v. 73, set. 2002, p. 124.

⁸ RAMOS, Elival S. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

sociológica, política, histórica, moral etc. Como *fontes* de estudo para abordar o ativismo judicial podem-se utilizar materiais diversos, como entrevistas com juízes, decisões judiciais, matérias de jornais de grande circulação, livros e artigos científicos, entre outros. Como *forma* ou meio para se identificar ativismo judicial, podem-se citar como exemplos a análise de decisões judiciais e dos argumentos nelas empregados, o exame da composição e organização dos tribunais, a verificação dos tipos de ações judiciais recorrentes ou a avaliação do perfil dos demandantes.

Este artigo examina o ativismo judicial sob *perspectiva jurídica*, utiliza como *fonte* de estudo *decisões judiciais*, as quais têm sua *fundamentação* investigada mediante a *análise do discurso* nela empregada.

A escolha das decisões judiciais como fonte de estudo deve-se à relevância da avaliação dos *atos institucionais* do poder público para a análise do seu desempenho. Na medida em que a crítica de ativismo judicial refere-se à atuação excessiva do Poder Judiciário, uma das primeiras providências para a verificação da adequação ou não dessa atuação está no exame das justificativas fornecidas pelo próprio poder criticado. Sendo as decisões judiciais *atos discursivos*, indispensável é, então, a *análise do discurso* para sua avaliação.

Para que se realize uma avaliação, são necessários *critérios*. Em se tratando da avaliação de atos discursivos, são imprescindíveis critérios de *análise do discurso*. Discursos são constituídos por *argumentos*. Por conseguinte, foram adotados critérios para a avaliação de argumentos fornecidos por *teorias do discurso*. A taxonomia dos argumentos estudados baseou-se no pensamento de Jürgen Habermas e de Robert Alexy. Enquanto Habermas abordou a teoria do discurso sob o âmbito geral ou a *teoria do discurso prático geral*, Alexy elaborou a teoria da argumentação jurídica ou *teoria do discurso jurídico*. O enfoque que aqui se deu foi não à dimensão normativa da teoria do discurso, mas ao seu aspecto *analítico*, ou seja, à análise da *estrutura* do discurso, do *tipo de argumentos* que o compõem. Assim, a *taxonomia argumentativa* formulada por Alexy e Habermas foi utilizada como *critério objetivo* para analisar a jurisprudência pesquisada.

Conforme Alexy, o discurso jurídico é *caso especial* do discurso prático geral, caracterizando-se por sua vinculação

aos argumentos *institucionais*: leis, precedentes e doutrina (dominante).⁹ Decisões judiciais, como atos institucionais do Poder Judiciário, devem, portanto, ser fundamentadas com discurso jurídico, em que se fazem presentes argumentos institucionais. Por isso, o discurso próprio do Poder Judiciário é o *discurso jurídico*. Se o Poder Judiciário justifica seus atos institucionais com argumentos institucionais típicos do discurso jurídico, as chances de sua atuação estar *dentro da margem de sua competência* são elevadas. Isso porque a matéria decidida no caso concreto é regulada pelo Direito e a função do Poder Judiciário é a aplicação do Direito, a qual se dá, do ponto de vista discursivo, pelo emprego dos argumentos institucionais leis, precedentes e doutrina na solução do caso concreto levado a julgamento.

Assim, as decisões judiciais selecionadas tiveram o discurso de sua fundamentação analisado, verificando-se os argumentos empregados. Visou-se à identificação se o Poder Judiciário justifica ou não seus atos institucionais com argumentos que demonstram que sua atividade está dentro da margem de sua competência, isto é, se o Poder Judiciário fundamenta suas decisões com argumentos institucionais. Nesse caso, é elevada a probabilidade de se estar diante do exercício de *controle judicial* regular de atos ou omissões dos outros poderes públicos, de acordo com o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*). Se, ao contrário, o Poder Judiciário justifica suas decisões com argumentos não próprios ao discurso jurídico, as chances de sua atuação estar *fora da margem de sua competência* aumentam e a probabilidade de se configurar o *ativismo judicial* é mais elevada.

Finalmente, deve-se destacar que não há dúvida de que a avaliação da *atuação* do Poder Judiciário envolve mais do que a análise dos seus *atos* (decisões judiciais) e de sua *justificação* (argumentos). No entanto, embora a *análise do discurso* não seja um procedimento *suficiente* para se chegar a uma conclusão completamente segura e exata sobre a atuação judicial, é certamente um procedimento *necessário* para tanto, uma vez que as decisões judiciais são atos *discursivos*.

⁹ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. 4. ed. Trad. de Zilda Hutchinson Silva, Rev. técnica trad. por Cláudia Toledo. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 205-210.

4 A taxonomia argumentativa como critério objetivo

Segundo Alexy, existem dois tipos de discurso: o discurso *empírico* e o discurso *prático* (geral).¹⁰

O discurso empírico *descreve a realidade*, por meio de argumentos referentes a:

- a) *Fatos concretos* passados, presentes e/ou futuros;
- b) *Dados científicos* das ciências naturais e sociais.

O discurso prático é um *discurso normativo*, caracterizado por levantar a *pretensão de correção*. Habermas¹¹ explica que esse discurso é composto de:

- a) Argumentos *pragmáticos* – relacionados com a escolha de *técnicas e estratégias* de ação, especialmente com base em critérios de *eficiência e utilidade*, de acordo com uma relação de *meio-fim*;
- b) Argumentos *éticos* – relacionados com a *tradição* que dá identidade (autocompreensão cultural e política) a um determinado *indivíduo* ou *sociedade*, ou seja, argumentos pelos quais os membros de uma sociedade procuram esclarecer o modo de vida partilhado e os ideais orientadores dos seus projetos de vida em comum;
- c) Argumentos *morais* – referem-se ao “interesse simétrico de todos” e apresentam a forma semântica de *imperativos categóricos*, sendo relacionados com o *princípio da universalização*. Uma norma só é universalmente justa quando todos podem querer que seja cumprida por qualquer pessoa que se encontre numa situação semelhante.

O discurso prático geral é o discurso *não institucional* e completamente livre sobre questões práticas, ou seja, sobre o que é obrigatório, proibido e permitido, ou sobre o que é bom e mau. Ele é a *base* do discurso jurídico. Conforme Alexy, pela *tese da integração* entre argumentação jurídica e argumentação prática geral, os argumentos práticos gerais e os argumentos jurídicos *complementam-*

¹⁰ *Ibid.*, p. 242.

¹¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. de Flávio Beno. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 1997, p. 198-210.

se uns aos outros, devendo “ser combinados em todos os níveis e aplicados conjuntamente”.¹²

Embora não haja predeterminação de premissas no discurso jurídico e a possibilidade de diferentes argumentos seja ampla, segundo Alexy, os argumentos institucionais têm *precedência prima facie* sobre os argumentos não institucionais. Isso é expresso em uma das regras da argumentação jurídica (regra J.7):

Os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, a não ser que se possam apresentar motivos racionais que deem prioridade a outros argumentos.¹³

Algumas conclusões podem ser extraídas dessa regra em relação ao ativismo judicial:

- Quanto maior a *abordagem* da questão em discussão por *leis, precedentes e doutrina* (argumentos institucionais), maior a margem de controle judicial e maior a probabilidade de o Poder Judiciário estar agindo *dentro* de sua competência – portanto, menor é a probabilidade de ativismo judicial;
- Quanto maior o número (quantidade) e a relevância (qualidade) de *argumentos institucionais* na decisão judicial, maior a probabilidade de o Poder Judiciário estar atuando *dentro* de sua competência – portanto, menor a probabilidade de ativismo judicial;
- Quanto maior o número e relevância de *argumentos não institucionais* na *ratio decidendi* da decisão judicial, maior a probabilidade de o Poder Judiciário estar atuando *além* de sua competência, uma vez que a decisão se apoia centralmente em argumentos não especificamente jurídicos – portanto, maior é a probabilidade de ativismo judicial.

Assim, o ativismo judicial não é um fenômeno identificado de acordo com um código binário “sim” ou “não”. Apresenta uma *estrutura gradual*, ou seja, a interferência judicial indevida pode ser mais leve ou mais grave, dependendo das *condições fáticas e jurídicas* do *caso concreto*.

¹² ALEXY, nota 9, p. 34.

¹³ ALEXY, nota 9, p. 238.

5 Questão paradigmática relativa ao ativismo judicial – Direitos fundamentais sociais e o direito ao mínimo existencial

Os *direitos fundamentais sociais* reivindicados perante o Poder Judiciário apresentam-se como questão paradigmática para dar origem à crítica de ativismo judicial. Considerados principalmente como normas programáticas na maioria dos Estados no século passado, os direitos fundamentais sociais passaram a ser entendidos como *direitos subjetivos* desde os anos 2000 no Brasil. São direitos fundamentais à *prestação estatal positiva fática* (prestação de bens, serviços ou benefícios financeiros).¹⁴ Portanto, uma decisão judicial que ordene o cumprimento desses direitos representa, por exemplo, uma ordem para que o Estado (Poder Executivo) preste tratamento médico a uma pessoa ou providencie a matrícula de uma criança em escola pública. Por um lado, nessas situações, os poderes eleitos geralmente afirmam que está havendo interferência judicial indevida na implementação de políticas públicas, ou seja, os Poderes Legislativo e Executivo afirmam que está ocorrendo *ativismo judicial*. Por outro lado, nessas mesmas situações, o Poder Judiciário assevera que sua atuação configura cumprimento regular do sistema de freios e contrapesos, ou seja, o Poder Judiciário afirma que se trata simplesmente de regular *controle judicial* dos atos e omissões dos demais poderes.

Entre os direitos fundamentais sociais, o direito ao *mínimo existencial* é aquele cuja reivindicação provoca a maior parte das críticas relativas a ativismo judicial. O direito ao mínimo existencial é um direito fundamental social geralmente não positivado pelo legislador, mas *hermeneuticamente* deduzido do direito positivo pelo Poder Judiciário e pela *doutrina*, sendo declarado nas chamadas *normas atribuídas ou associadas de direitos fundamentais*.¹⁵ Essas são normas

¹⁴ TOLEDO, Cláudia. Mínimo existencial: a construção de um conceito e seu tratamento pela jurisprudência constitucional brasileira e alemã. In: MIRANDA, Jorge *et al.* (coord.). *Hermenêutica, justiça e direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, p. 821-834, 2016, p. 822.

¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 73. Embora não haja dúvidas de que as disposições constitucionais de direitos fundamentais diretamente expressas são normas de direitos fundamentais,

cuja atribuição ou associação a uma norma de direitos fundamentais diretamente expressa é demonstrada mediante “justificação correta”. Em outras palavras, normas atribuídas de direitos fundamentais são “normas para as quais existe a possibilidade de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais” expressamente positivadas no texto constitucional.¹⁶

Direito ao mínimo existencial é direito que tem como objeto o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais considerados indispensáveis para a garantia de um nível elementar de dignidade humana.¹⁷

Dignidade humana é uma das questões mais abertas no Direito e nas ciências sociais em geral. Com base na pesquisa bibliográfica realizada, dignidade humana é definida como valor socialmente atribuído ao ser humano como um fim em si mesmo.¹⁸ Esse valor tem duas dimensões: dimensão subjetiva/individual,¹⁹ como um valor atribuído à pessoa por sua mera existência ontológica como ser humano, e dimensão objetiva/social, como um valor heterônomo atribuído pela sociedade à pessoa. Quanto à sua estrutura jurídica, o valor da dignidade humana é conteúdo de um princípio.²⁰

A definição do conteúdo do mínimo existencial é controversa, mas é estabelecida de acordo com a realidade socioeconômica (condições fáticas) de cada país. Assim, enquanto o mínimo existencial alemão envolve todos os itens incluídos no benefício financeiro *Arbeitslosengeld II*, popularmente conhecido como *Hartz IV* – tais como alimentos, vestuário, habitação, equipamentos para o lar, cuidados com saúde, transporte etc. –, a realidade socioeconômica brasileira impõe ao

essas normas não se reduzem a tais disposições – sob pena de se voltar à concepção positivista anterior à segunda guerra mundial, com todas as limitações (e consequências) que a caracterizaram. Assim, as normas de direitos fundamentais são divididas em dois grupos: normas estabelecidas diretamente na Constituição e normas atribuídas de direitos fundamentais. *Ibid.*, p. 73-76.

¹⁶ *Ibid.*, p. 76.

¹⁷ TOLEDO, Cláudia *et al.* Direitos fundamentais sociais e mínimo existencial na realidade latino-americana – Brasil, Argentina, Colômbia e México. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, p. 213-239, 2019, p. 218.

¹⁸ *Ibid.*, p. 220.

¹⁹ BARROSO, Luis R. A Dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Disponível em: http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em: 10 out. 2020.

²⁰ ALEXY, Robert. Human dignity and proportionality analysis. *Josubi*, v. 16, n. 3, p. 83-96, 2015, p. 84.

mínimo existencial um conteúdo muito menor: apesar da controvérsia sobre essa questão, dois direitos fundamentais sociais são pacificamente reconhecidos pela jurisprudência e doutrina como incluídos no mínimo existencial brasileiro – direito à *saúde* (demandas de saúde de primeira necessidade²¹) e à *educação* (até o Ensino Médio²²).

O direito ao mínimo existencial é o único *direito definitivo*, objeto de uma *regra*, entre todos os direitos fundamentais, os quais se apresentam como direitos *prima facie*, conteúdo de *princípios*.²³ Isso significa que o direito ao mínimo existencial é imediatamente exigível ao Poder Judiciário, não dependendo da realização de processo de ponderação nos casos concretos para sua determinação.

Assim, “mínimo existencial” foi a expressão de busca utilizada na pesquisa empírica nos sites oficiais dos tribunais. Para avaliar se o desempenho judicial é ou não ativista, é necessário realizar uma análise comparativa das decisões do mesmo tribunal em datas diferentes e de tribunais diferentes na mesma data. Assim foi conduzida a investigação empírica, conforme explicado a seguir.

6 Pesquisa empírica

Para avaliar o desempenho do Poder Judiciário brasileiro – como ativista ou não – foram analisadas tanto a *quantidade* como a *qualidade* dos *argumentos* utilizados nas decisões judiciais do Tribunal Constitucional do Brasil (*Supremo Tribunal Federal* – STF) e do Tribunal de Justiça (TJ) de um estado representativo de cada uma das *cinco* regiões brasileiras – Tribunal de Justiça de Rondônia (Norte), Tribunal de Justiça de Pernambuco (Nordeste), Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (Centro-Oeste), Tribunal de Justiça de Minas Gerais (Sudeste) e Tribunal de Justiça do Paraná (Sul).

A fim de contextualizar a realidade brasileira com a de outros países, realizou-se também o estudo comparado da jurisprudência

²¹ *Demandas de saúde de primeira necessidade* são demandas de saúde para a *manutenção da vida*. Esse é o núcleo essencial do direito à saúde. MELQUIADES DUARTE, Luciana G. *possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 132.

²² De acordo com o art. 208, I da Constituição Federal/88, a educação básica é obrigatória para o Estado – educação básica envolve pré-escola, ensino fundamental e ensino médio (no total de 14 anos).

²³ ALEXY, nota 15, p. 427-428; 502; 512.

constitucional da Argentina (*Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina* – CSJN), México (*Suprema Corte de Justicia de la Nación* – SCJN) e Alemanha (*Bundesverfassungsgericht* – BverfG).

A seleção desses países baseia-se nas semelhanças entre os países da América Latina, cujos problemas jurídicos e sociais são muito próximos, de modo que a investigação das três realidades pode fornecer contribuições científicas para a realidade nacional. O levantamento da jurisprudência constitucional alemã é justificado pela posição relevante que o direito constitucional alemão detém na cena jurídica brasileira – muitas teorias e juristas da Alemanha são intensamente estudados no Brasil, e o direito alemão é frequentemente utilizado como parâmetro regulativo do direito brasileiro. A abordagem alemã da questão “mínimo existencial” é um exemplo de parâmetro regulativo para a doutrina jurídica brasileira, uma vez que é tema bastante desenvolvido tanto pela doutrina²⁴ como pela jurisprudência na Alemanha.

Apenas as decisões *colegiadas* foram analisadas, uma vez que a pesquisa procurou a posição *institucional* dos tribunais, e não a posição dos seus membros individuais em decisões monocráticas.²⁵ O recorte metodológico temporal refere-se aos anos de 2004 a 2017. A seleção é justificada pelo fato de em 2004 ter havido a primeira referência literal à expressão *mínimo existencial* pelo STF no Brasil, e ter sido 2017 o primeiro ano do projeto de pesquisa. Assim, foram estudadas as decisões tomadas durante 14 anos pelos Tribunais Constitucionais selecionados. Em virtude do número extremamente elevado de demandas judiciais dos direitos fundamentais, em especial, do direito ao mínimo existencial atualmente na jurisprudência infraconstitucional brasileira, a pesquisa empírica no TJ dos diferentes estados pátrios foi realizada apenas nos anos de 2004 e 2017, ou seja, as decisões infraconstitucionais analisadas limitam-se a esses dois anos.

²⁴ ALEXY, nota 15, p. 436-437; NEUMANN, Volker. *Menschenwürde und Existenzminimum*. Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät, 1995. Disponível em: <https://doi.org/10.18452/1595>. Acesso em: 10 fev. 2020.

²⁵ Assim, no caso do STF, foram examinadas as decisões das duas turmas e do plenário. Nos TJs, somente as decisões colegiadas das câmaras cíveis foram estudadas, porquanto tais câmaras são o órgão competente para a tomada de decisões em relação ao tema *mínimo existencial* nesses tribunais.

Com a ajuda de uma tabela, foram procuradas e registradas informações de cada decisão, relativamente à existência de *argumentos institucionais* (leis, precedentes, doutrina) e *não institucionais*, distintos em argumentos *práticos gerais* (pragmáticos, éticos, morais) e *empíricos* (relativos a casos concretos ou dados das ciências naturais e sociais).

6.1 Jurisprudência brasileira

6.1.1 Jurisprudência constitucional brasileira – Supremo Tribunal Federal (STF)

A pesquisa da expressão “mínimo existencial” realizada no site oficial do STF resultou em *duas decisões da Primeira Turma, oito decisões da Segunda Turma e 13 decisões do Plenário*. Há claro crescimento no recurso ao Poder Judiciário para a garantia do direito ao mínimo existencial. Enquanto a primeira referência a esse direito em 2004 foi em uma decisão monocrática,²⁶ em 2007 houve uma decisão plenária²⁷ sobre a questão e em 2017 houve sete decisões plenárias sobre o tema.²⁸

Os resultados da pesquisa são apresentados nas tabelas seguintes:

**Tabela 1 – Jurisprudência constitucional brasileira –
Argumentos institucionais**

| Número de Decisões | ARGUMENTOS INSTITUCIONAIS | |
|--------------------|---------------------------|------|
| | | % |
| Lei | 23 | 100% |
| Precedentes | 23 | 100% |
| Doutrina | 20 | 87% |

Fonte: Elaborada pela autora.

²⁶ ADPF nº 45 MC/DF.

²⁷ ADI nº 3.768/DF.

²⁸ ADI nº 4.066/DF, RE nº 760.931/DF, RE nº 587.970/SP, ADI nº 2.028/DF, RE nº 566.622/RS, RE nº 580.252/MS, RE nº 835558/SP.

A primeira conclusão evidente desses números relacionados com argumentos institucionais utilizados pelo Tribunal Constitucional brasileiro é a proximidade dos dois sistemas jurídicos diferentes (*civil law* e *common law*) no Brasil. Embora se trate de um país que segue a tradição do *civil law* (ou direito romano-germânico), cuja principal fonte do Direito são as leis, foram também utilizados precedentes (típicos do *common law*) em 100% das decisões.

Quanto à referência a leis, claro, a *Constituição Federal/1988* foi a norma mais citada pelo STF, principalmente seus art. 6º (direitos fundamentais sociais), art. 196 (direito à saúde) e o art. 205 (direito à educação).

Quanto aos precedentes, o mais citado foi a decisão monocrática ADPF nº 45 MC/DF, que é a *decisão paradigmática* promulgada em 2004 com a primeira referência literal do STF à expressão *mínimo existencial*.

Quanto à doutrina, os juristas mais mencionados são brasileiros, com exceção de Holmes e Sunstein, professores norte-americanos cujo livro *O custo dos direitos* (*The Cost of Rights*) foi frequentemente citado.

Tabela 2 – Jurisprudência constitucional brasileira –
Argumentos não institucionais

| ARGUMENTOS NÃO INSTITUCIONAIS | | |
|-------------------------------|--------------------|-----|
| Discurso Prático Geral | | |
| | Número de Decisões | % |
| Argumentos pragmáticos | 10 | 43% |
| Argumentos éticos | 7 | 30% |
| Argumentos morais | 5 | 22% |
| Discurso Empírico | | |
| | Número de Decisões | % |
| Fatos concretos | 8 | 35% |
| Dados científicos | 5 | 22% |

Fonte: Elaborada pela autora.

Todos os argumentos *não institucionais* foram utilizados na jurisprudência constitucional brasileira, considerando as 23 decisões

no total. A maioria das decisões apresentou mais de um argumento não institucional. Como exemplos de argumentos não institucionais utilizados na fundamentação das decisões judiciais analisadas, podem ser citados os seguintes.

Na decisão do RE nº 581.488/RS, foi utilizado argumento *pragmático* referindo-se a uma estratégia de ação baseada em raciocínio de meio-fim. Os pacientes do Sistema Único de Saúde (SUS) foram proibidos de pagar taxas adicionais por qualquer tratamento especial, a fim de evitar uma possível discriminação social. O Tribunal declarou que, se essas taxas fossem permitidas, haveria

[...] o risco de direcionamento de leitos, nas instituições privadas, para o atendimento dos pacientes que irão complementar os valores pagos pelo SUS. Ora, se essas entidades estão livres para a busca de lucro em sua atividade, nada impediria que a preferência fosse conferida a essa categoria de usuários, situação que vem em prejuízo da grande maioria da população brasileira.²⁹

Essa mesma decisão estabeleceu o seguinte argumento *ético*, referindo-se a um ideal orientador da sociedade brasileira:

[Essa é] uma proposta absolutamente dissociada de lealdade, de boa-fé e de legitimidade, porque ela se propõe, num país onde a Constituição promete uma sociedade justa e solidária, com erradicação das desigualdades, uma desigualação entre os pobres e os mais pobres ainda.³⁰

Finalmente, a decisão do RE nº 658.312/SC aprovou um tratamento diferente (acrescentando alguns minutos às pausas no trabalho) para as funcionárias, com base no argumento *moral* que prevê a necessidade de tratar situações desiguais de forma desigual:

[...] a Constituição Federal veio a se utilizar de alguns critérios para esse tratamento diferenciado: i) em primeiro lugar, levou em consideração a histórica exclusão da mulher do mercado regular de trabalho e impôs

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário n. 581.488/RS*. Relator: Ministro Dias Toffoli. 03 dez. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10624184>. Acesso em: 10 fev. 2020.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário n. 581.488/RS*. Relator: Ministro Dias Toffoli. 03 dez. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10624184>. Acesso em: 10 fev. 2020.

ao Estado a obrigação de implantar políticas públicas, administrativas ou meramente legislativas de natureza protetora no âmbito do direito do trabalho.³¹

Entre os argumentos *empíricos*, houve argumentos relacionados a *atos concretos* em oito decisões (35%) e a *dados científicos* em cinco decisões (22%). Como exemplo de argumentos empíricos que mencionam *atos concretos*, há a decisão do RE nº 587.970/SP. O Tribunal condenou o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) a conceder um benefício social a uma estrangeira, residente no Brasil há mais de 54 anos, referindo-se ao seguinte fato concreto: “segundo dados da Polícia Federal, em março de 2015, o Brasil abrigava 1.847.274 imigrantes regulares, dos quais 1.189.947 dispunham de visto permanente e 595.800 dispunham de visto temporário”.³²

Na mencionada decisão do RE nº 658.312/SC (que aprovou um tratamento diferente para as funcionárias), o Tribunal também se referiu a *dados científicos* para fundamentar a sua decisão, declarando que

Aliás, não há como negar que há diferenças quanto à capacidade física das mulheres em relação aos homens – inclusive com levantamentos científicos (COSTA, Jurandir Freire. Homens e Mulheres. In: *Ordem Médica e Norma Familiar*. Rio de Janeiro: Graal, 1979, p. 235-261; SZAPIRO, Ana Maria. Diferença sexual, igualdade de gênero: ainda um debate contemporâneo. In: D’Ávila, Maria Inácia, PEDRO, Rosa (Orgs.). *Tecendo o Desenvolvimento: saberes, gênero, ecologia social*. Rio de Janeiro: Mauad: Baperca, 2003, p. 83-94; BENNETT, James T. *The Politics of American Feminism: Gender Conflict in Contemporary Society*. University Press of America, 2007.³³

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário 658.312/SC*. Relator: Ministro Dias Toffoli. 27 nov. 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE658312.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2020.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário 587.970/SP*. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. 20 abr. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13649377>. Acesso em: 10 fev. 2020.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário 658.312/SC*. Relator: Ministro Dias Toffoli. 27 nov. 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE658312.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2020.

6.1.2 Jurisprudência infraconstitucional brasileira – Tribunal de Justiça de Rondônia (TJRO), Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE), Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJMS), Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR)

Considerando o TJ de um estado representativo de cada uma das cinco regiões brasileiras, alcançaram-se os dados a seguir.

Na Tabela 3 seguinte, consta número de decisões em cada tribunal estadual em que foi encontrada a expressão de busca “mínimo existencial”.

Tabela 3 – Jurisprudência infraconstitucional brasileira

| DECISÕES | 2004 | 2017 |
|---------------------|--------------------|--------------------|
| | Número de Decisões | Número de Decisões |
| TJRO (Norte) | 0 | 55 |
| TJPE (Nordeste) | 0 | 85 |
| TJMS (Centro-Oeste) | 0 | 66 |
| TJMG (Sudeste) | 0 | 194 |
| TJPR (Sul) | 0 | 95 |
| Total | 0 | 495 |

Fonte: Elaborada pela autora.

O crescimento claramente acelerado das ações judiciais que pleiteiam direitos relacionados ao mínimo existencial (principalmente direito à saúde) no Brasil é nitidamente evidenciado na Tabela 3. Ao passo que, em 2004, não se registrou nenhuma demanda do direito ao mínimo existencial nos tribunais pesquisados, em 2017, praticamente cinco centenas de ações tiveram esse direito como objeto ou, pelo menos, a ele fizeram referência.

Tabela 4 – Jurisprudência infraconstitucional brasileira –
Argumentos institucionais

| ARGUMENTOS INSTITUCIONAIS | | |
|---------------------------|--------------------|-----|
| | Número de Decisões | % |
| Leis | 488 | 99% |
| Precedentes | 442 | 89% |
| Doutrina | 169 | 34% |

Fonte: Elaborada pela autora.

De acordo com a Tabela 4, o discurso jurídico infraconstitucional brasileiro é fortemente baseado em argumentos institucionais, principalmente leis (99%) e precedentes (89%). Contudo, a referência à doutrina pelos tribunais estaduais (34%) é muito menor em comparação com o Tribunal Constitucional pátrio (87% das decisões) (Tabela 1).

Quanto aos argumentos institucionais analisados na Tabela 4, as leis mais citadas nas decisões estudadas foram a *Constituição Federal/1988* (especialmente o art. 196, relativo ao direito à saúde), o *Código de Processo Civil* brasileiro e o *Estatuto da Criança e do Adolescente*.

Quanto aos precedentes, fez-se frequente referência ao já mencionado *leading case* ADPF nº 45 MC/DF, bem como a outras decisões do STF e do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Ademais, verificou-se que cada tribunal estadual (TJ) também cita reiteradamente seus próprios precedentes.

A doutrina mencionada é brasileira, principalmente relacionada ao direito constitucional e ao direito processual civil, assim como artigos científicos específicos sobre o direito à saúde.

A comparação entre as decisões do Tribunal Constitucional brasileiro (STF) e dos tribunais estaduais (TJs) evidencia clara superioridade da densidade argumentativa no discurso jurídico do STF. Nos TJs, há repetição maciça de argumentos semelhantes ou mesmo argumentos idênticos em inúmeras decisões.

Tabela 5 – Jurisprudência infraconstitucional brasileira – Argumentos não institucionais

| ARGUMENTOS NÃO INSTITUCIONAIS | | |
|-------------------------------|--------------------|-----|
| Discurso Prático Geral | | |
| | Número de Decisões | % |
| Argumentos pragmáticos | 115 | 23% |
| Argumentos éticos | 37 | 7% |
| Argumentos morais | 31 | 6% |
| Discurso Empírico | | |
| | Número de Decisões | % |
| Fatos concretos | 67 | 14% |
| Dados científicos | 43 | 9% |

Fonte: Elaborada pela autora.

Quanto aos argumentos não institucionais do discurso prático geral, é nítido o recurso mais elevado a argumentos *pragmáticos* pela jurisprudência infraconstitucional brasileira. Como mencionado, esses são argumentos relacionados à escolha de estratégias de ação, baseadas em critérios de eficiência e utilidade, de acordo com uma relação de meio-fim. Embora em 94% das vezes (466 decisões), o direito exigido tenha sido concedido, o argumento pragmático mais citado refere-se à necessidade de economizar dinheiro público e formas ou ações para fazê-lo. A jurisprudência infraconstitucional tende a utilizar argumentos mais concretos, não se referindo tanto a valores abstratos e ideais universais – expressos em argumentos *éticos* (utilizados em 7% das decisões) e argumentos *morais* (em 6% das vezes). Entretanto, mesmo a menção a dados *empíricos* não é alta – *fatos concretos* (empregados em 14% das decisões) e *dados científicos* (em 9% das vezes). Essas são taxas muito menores em comparação com a jurisprudência constitucional brasileira – respectivamente, fatos concretos (54%) e dados científicos (42%) (Tabela 2).

Um exemplo de argumento *pragmático*, baseado em raciocínio de meio-fim e nos valores de eficiência e utilidade é

encontrado nessa decisão da TJRO (Norte), que trata do direito à saúde:

Nada obstante, após a apreciação das provas e exame dos depoimentos prestados por especialistas, chegou o juízo à conclusão de que o uso de outras técnicas fisioterápicas, como a denominada CABOT, produziria o mesmo efeito daquela pleiteada pelo apelante, sendo que esta última é ofertada pelo SUS. Nessa senda, deve ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente (ou seu médico), sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente ou a melhora significativa do tratamento perseguido.³⁴

Quanto ao uso de argumento *ético* referente a valor da sociedade brasileira, baseado na realidade local, a seguinte decisão da TJMG (Sudeste), também relacionada ao direito à saúde, pode ser citada: “em se considerando que os recursos públicos são limitados, é preciso reconhecer que a efetivação desse direito é tarefa complexa, árdua, difícil, sobretudo num país com tamanhas desigualdades sociais [...]”.³⁵

Quanto a argumento *moral* referente a um valor universal, há esse curto e claro exemplo em outra decisão do mesmo TJMG, que afirmava que “os Poderes constituídos somente se legitimam se atuarem em vista da consecução do bem comum”.³⁶

³⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Rondônia. *Apelação 0015717-12.2013.8.22.0001*. 2017. Disponível em: <http://webapp.tjro.jus.br/juris/consulta/detalhesJuris.jsf?cid=1>. Acesso em: 20 abr. 2020.

³⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível 1.0439.15.016844-1/002*. 2017. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?paginaNumero=16&linhasPorPagina=1&numeroRegistro=16&totalLinhas=191&palavras=%2522m%EDnimo%20existencial%2522&pesquisarPor=ementa&pesquisaTe sauro=true&orderByData=1&dataPublicacaoInicial=01/01/2017&dataPublicacaoFinal=31/12/2017&dataJulgamentoInicial=01/01/2017&dataJulgamentoFinal=31/12/2017&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20 cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 20 abr. 2020.

³⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Agravado Instrumento 1.0000.16.069716-5/001*. 2017. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?paginaNumero=131&linhasPorPagina=1&numeroRegistro=131&totalLinhas=191&palavras=%2522m%EDnimo%20existencial%2522&pesquisarPor=ementa&orderByData=1&dataPublicacaoInicial=01/01/2017&dataPublicacaoFinal=31/12/2017&dataJulgamentoInicial=01/01/2017&dataJulgamentoFinal=31/12/2017&referenciaLegislativa=Clique%20na%20 lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 20 abr. 2020.

Quanto a argumento *empírico* referente a *fatos concretos*, a seguinte decisão do TJMS (Centro-Oeste) pode ser mencionada. Ela trata do direito à saúde:

Segundo estudos acerca da durabilidade de prótese nacional e importada, as próteses nacionais, fornecidas pelo SUS, têm sobrevida de 5 (cinco) a 10 (dez) anos, sendo necessária a sua substituição após esse período de tempo. Por sua vez, as próteses importadas mostram sobrevida de 70-80% em 20 (vinte) anos, existindo expectativa de alguns modelos, sobretudo os constituídos de cerâmica, de durabilidade próxima a 30 (trinta) anos.³⁷

Finalmente, houve também alguns exemplos de argumentos *empíricos* referentes a *dados científicos*, como esta decisão também do TJMS (Centro-Oeste), relacionada com o direito à saúde:

A Nutrição Enteral é indicada para pacientes que não conseguem ingerir necessidades energético-proteicas e de micronutrientes adequadas e que apresentem trato gastrointestinal funcionante tais como: distúrbios de deglutição; sedação, doenças neurológicas (AVE, demência); neoplasias cabeça, pescoço, esôfago; não aceitação da dieta; anorexia nervosa; anorexia; doença crônica Insuficiências renal, hepática, cardíaca; DPOC; câncer; senilidade, intolerância da dieta via oral gastroparesia, náuseas e vômitos; fístulas de baixo débito 500ml; aumento das necessidades e perdas TGI; pancreatite; pacientes críticos; má absorção intestinal.³⁸

³⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. *Agravo de instrumento 1411810-84.2017.8.12.0000/MS*. 2017. Disponível em: [³⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. *Apelação/Remessa Necessária 080064-08.2017.8.12.0029/MS*. 2017. Disponível em:](https://esaj.tjms.jus.br/cjsq/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=732125&cdForo=0&uuiid_Captcha=sajcaptcha_86d7abec225b43a99b20eac2965bf2&g-recaptcharesponse=03AOLTBL5tCndaorN_UeY37U8UnkuGuvY1uWo-a2aTv15Lh4Y5uA12FWL42i_Ro5TMYqwh56anrKnqma0OdxBTrUugXZnF'Mqh6QMdIP-8C9LR1WobWvdIiBixQ362GZFr0cEP8AHCSZR8MPwprUz9OcGcYF5EshX2QcxPocTna-bm6mVGVV5Fs7eE6HaMbKsyEHzuDnpeAba7JYWibP5B_4TnZK4N5ONols7WZujKfy0nF-WdaHtPFAGuKD51a3nuPK2WqpfQmr5KeTdm8Q1cx5Kwdoi5bnsR4eBqJstKoWNjIq6z8E-bbJMO4D9ury1BpiOjvg5W7qrln7jcBtHC5OGJABqD4iVDR8BWTOzb6hmwUltATd6KtLl-DiYc1RefCbW9Lj-gOM._Acesso em: 20 abr. 2020.</p>
</div>
<div data-bbox=)

6.2 Jurisprudência constitucional argentina – *Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina* (CSJN)

A expressão “mínimo existencial” é traduzida em espanhol como “mínimo vital”. Assim, o termo de busca utilizado tanto no site oficial do Tribunal Constitucional argentino como mexicano foi *mínimo vital*.

Ao contrário do Brasil, onde a reivindicação judicial do direito ao mínimo existencial continua a crescer, na jurisprudência da CSJN só houve *uma* menção à expressão *mínimo vital* durante 14 anos da pesquisa empírica realizada.

Na verdade, o site oficial da CSJN apresenta 14 resultados de decisões que mencionam o termo de busca “mínimo vital”. Contudo, em 13 decisões as palavras “mínimo vital” fazem parte da expressão “salário mínimo vital”, ou seja, o “salário mínimo” legalmente estabelecido. Como a pesquisa desenvolvida trata da questão constitucional “mínimo existencial” e não da questão laboral “salário mínimo”, essas 13 decisões tiveram de ser descartadas. Assim, apenas *uma* decisão, que se referia a “mínimo vital” (e não a “salário mínimo vital”), foi analisada. Estava relacionada com a exigência do requerente de aumento na pensão por invalidez, de modo que o seu montante correspondesse ao subsídio de assistência social, a fim de garantir o mínimo vital.

O estudo dessa decisão mostrou o uso apenas de argumentos *institucionais* com referência exclusiva às *leis* nacionais e internacionais. Não houve qualquer menção a *precedentes* ou *doutrina*, nem referência a argumentos *não institucionais*. Assim, a tabela relacionada com a jurisprudência constitucional argentina é basicamente composta pelo número zero:

Tabela 6 – Jurisprudência constitucional argentina

| ARGUMENTOS INSTITUCIONAIS | | |
|--------------------------------------|--------------------|------|
| | Número de Decisões | % |
| Leis | 1 | 100% |
| Precedentes | 0 | 0% |
| Doutrina | 0 | 0% |
| ARGUMENTOS NÃO INSTITUCIONAIS | | |
| Discurso Prático Geral | | |
| | Número de Decisões | % |
| Argumentos pragmáticos | 0 | 0% |
| Argumentos éticos | 0 | 0% |
| Argumentos morais | 0 | 0% |
| Discurso Empírico | | |
| | Número de Decisões | % |
| Fatos concretos | 0 | 0% |
| Dados científicos | 0 | 0% |

Fonte: Elaborada pela autora.

Este é um exemplo de *leis internacionais* citadas:

[...] muitos instrumentos internacionais assinados pelo nosso país consagraram o direito de cada pessoa a gozar de um nível de vida adequado quando já não é possível assegurar um meio de subsistência (Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, Capítulo 1, art. XVI; Declaração Universal dos Direitos do Homem, art. 25; Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, art. 9; Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, art. 28 § 1, e Convenção sobre a Norma Mínima de Segurança Social – Convenção 102 da OIT, art. 36, subseção 1, e 65).²⁹ [tradução livre]

²⁹ ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. 2015. *Fallo E. 261 XLVIII. RHE*. Disponível em: <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSF.html?idDocumento=7261052&cache=1581305402296>. Acesso em: 10 fev. 2020.

Como só foi estudada uma decisão na jurisprudência argentina, não é viável realizar uma avaliação do discurso jurídico argentino em geral. Contudo, é possível concluir que existe uma diferença notável entre a argumentação argentina e brasileira na jurisprudência constitucional, uma vez que nenhuma decisão brasileira se baseou exclusivamente em leis. Todas elas fizeram referência a precedentes – na verdade, o número de precedentes mencionados foi, por vezes, até maior do que o número de leis. Outra distinção entre as duas jurisprudências constitucionais é a referência a argumentos não institucionais em quase 80% das decisões brasileiras, em contraste com a decisão argentina, que não mencionou nenhum argumento não institucional.

6.3 Jurisprudência constitucional mexicana – *Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN)*

Os países podem ser classificados, entre outros, de acordo com critérios geográficos e histórico-culturais. Do ponto de vista geográfico, o México faz parte da América do Norte. De acordo com a sua evolução histórica, social, política e econômica, o México pertence à América Latina. Como o foco relevante deste artigo é mais histórico-cultural do que geográfico-natural, o México foi aqui analisado como um país latino-americano.

Entre os países estudados, o México é aquele cuja jurisprudência constitucional aborda de forma *mais vaga* o direito ao mínimo existencial. Esse direito está associado a noções completamente diferentes, que vão desde o direito do presidiário ao vestuário até o direito dos cidadãos de baixa renda à isenção fiscal.

A primeira referência a mínimo vital em uma decisão do plenário da SCJN foi em 2013. Até 2017, houve 14 decisões que mencionaram o direito ao mínimo vital na sua fundamentação, por vezes de forma central, por vezes de modo periférico.⁴⁰ Os

⁴⁰ GOMES, Natascha. *Direito subjetivo ao mínimo existencial: uma análise comparativa entre Brasil e México*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2016, p. 78-82.

resultados da análise de jurisprudência constitucional mexicana são os seguintes:

Tabela 7 – Jurisprudência constitucional mexicana

| ARGUMENTOS INSTITUCIONAIS | | |
|-------------------------------|--------------------|------|
| | Número de Decisões | % |
| Leis | 14 | 100% |
| Precedentes | 14 | 100% |
| Doutrina | 1 | 7% |
| ARGUMENTOS NÃO INSTITUCIONAIS | | |
| Discurso Prático Geral | | |
| | Número de Decisões | % |
| Argumentos pragmáticos | 2 | 14% |
| Argumentos éticos | 0 | 0% |
| Argumentos morais | 1 | 7% |
| Discurso Empírico | | |
| | Número de Decisões | % |
| Fatos concretos | 2 | 14% |
| Dados científicos | 0 | 0% |

Fonte: Elaborada pela autora.

Embora tanto a jurisprudência constitucional brasileira como a mexicana se refiram aos argumentos *institucionais* leis e precedentes em 100% das decisões, a doutrina é muito mais utilizada pelo Tribunal Constitucional brasileiro (87%) (Tabela 1) do que pela mexicana (7%) (Tabela 7).

Em relação aos argumentos *não institucionais*, a diferença entre o discurso jurídico mexicano e o brasileiro é clara. O Tribunal Constitucional mexicano quase nunca utiliza argumentos não institucionais, enquanto que na jurisprudência constitucional brasileira houve argumentos não institucionais em quase 80% das decisões (Tabela 2).

As leis mais mencionadas na jurisprudência mexicana foram a *Constituição mexicana*, a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, o *Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, e a *Lei Geral do Serviço de Ensino Profissional*. O precedente mais citado foi a tese apoiada pela *Segunda Câmara*, p. 1639, Volume XLVI, correspondente ao Quinto Período do Semanário Judicial Federal.

Todos os seguintes exemplos de argumentos empregados pela jurisprudência mexicana foram utilizados na mesma longa decisão do *Processo de Inconstitucionalidade 24/2012*, a qual declarou inconstitucional uma lei que criou um conjunto de impostos para a manutenção de presidiários. Os impostos seriam calculados sobre o montante recebido pelos detentos como pagamento pelo trabalho realizado durante o período de prisão.

A doutrina é citada neste argumento:

Dado que a condição humana está em discussão, a dignidade humana é o fundamento de qualquer construção jurídica e social, é por isso que na interpretação constitucional o parâmetro constante e fundamental é a justificação e solução do conflito jurídico, tendo sempre em conta o princípio da dignidade humana, como base que constrói a entidade do sistema jurídico e orienta a sua formação, compreensão e execução. (Tribunal Constitucional da Colômbia, sentenças C-521 de 1998, C-239 de 1997 e T-309 de 1995. LONDOÑO AYALA, César Augusto. *Bloque de Constitucionalidad*, Colômbia, Ediciones Nueva Jurídica, 2010, p. 90).⁴¹ [Tradução livre] [A referência bibliográfica foi escrita em nota de rodapé]

Como exemplo de argumento *pragmático* baseado em raciocínio de meio-fim, pode-se citar o seguinte:

[...] a reinserção é entendida como a reintegração na sociedade de alguém que foi condenado criminalmente ou marginalizado, então, no caso, a reinserção aborda a ideia de recolocação do prisioneiro na sociedade civil, uma questão que, como reconhecido pela Constituição, não é possível sem instrução prévia, habilidades criativas ou revitalizantes e hábitos de trabalho e cuidados de saúde, educação e desporto.⁴² [Tradução livre]

⁴¹ MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Ação de inconstitucionalidade 24/2012*. Relator: Ministro Sergio A Valls Hernandez. 14 jun. 2013. Disponível em: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=136457>. Acesso em: 10 fev. 2020.

⁴² MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Ação de inconstitucionalidade 24/2012*. Relator: Ministro Sergio A Valls Hernandez. 14 jun. 2013. Disponível em: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=136457>. Acesso em: 10 fev. 2020.

Quanto ao argumento *moral* baseado no ideal da universalidade:

[...] os direitos das pessoas privadas de liberdade permanecem e são limitados apenas no que diz respeito à pena que cumprem. As autoridades responsáveis devem ter em conta que as pessoas privadas de liberdade têm o direito de gozar de todos os direitos fundamentais, bem como o cumprimento das suas obrigações, com exceção dos direitos que devem ser limitados pelo conteúdo da decisão, o significado da pena e a lei prisional.⁴³ [Tradução livre]

O exemplo de argumento que descreveu uma situação empírica e os seus *atos concretos* é o seguinte:

[A indústria prisional no México é] um mecanismo que procura consolidar várias atividades produtivas e industriais, com a participação de empresas privadas, em prisões federais, a fim de gerar oportunidades de emprego para as pessoas presas, ajudar na formação para o trabalho e desenvolver as suas atividades laborais, de modo a que adquiram meios para compensar quaisquer danos causados, contribuir para o apoio das suas famílias e criar um fundo de poupança.⁴⁴ [Tradução livre]

6.4 Jurisprudência constitucional alemã – *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG)

A pesquisa da jurisprudência constitucional alemã foi limitada às decisões disponíveis em inglês no site oficial do Tribunal Constitucional Federal do país. No período pesquisado, foram apresentadas oito decisões traduzidas para o inglês como resultado de busca do termo *existential minimum*.⁴⁵ Embora se tenha solicitado a busca da expressão “*existential minimum*” entre aspas, o site

⁴³ MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Ação de inconstitucionalidade 24/2012*. Relator: Ministro Sergio A Valls Hernandez. 14 jun. 2013. Disponível em: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/Paginas/Pub/DetallePub.aspx?AsuntoID=136457>. Acesso em: 10 fev. 2020.

⁴⁴ MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Ação de inconstitucionalidade 24/2012*. Relator: Ministro Sergio A Valls Hernandez. 14 jun. 2013. Disponível em: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/Paginas/Pub/DetallePub.aspx?AsuntoID=136457>. Acesso em: 10 fev. 2020.

⁴⁵ A primeira referência literal ao termo *Existenzminimum* (“mínimo existencial” em alemão) pelo BVerfG foi em 1991 (BVerfGE 84, 133-160). De 1991 a 2017, 10 decisões colegiadas do Tribunal Constitucional alemão mencionaram o termo *Existenzminimum*.

oficial do BVerfG apresentou 5 decisões que se referiam às palavras “existential” e “minimum” separadamente. Essas decisões foram desconsideradas, uma vez que não abordavam o tema da pesquisa *existential minimum*.⁴⁶ Portanto, apenas 3 decisões (em inglês) do BVerfG efetivamente mencionaram a expressão de pesquisa “existential minimum” – BVerfGE 125, 175; BVerfGE 132, 134; e BVerfGE 137, 34. Sua análise apresenta os seguintes resultados:

Tabela 8 – Jurisprudência constitucional alemã

| ARGUMENTOS INSTITUCIONAIS | | |
|--------------------------------------|--------------------|------|
| | Número de Decisões | % |
| Leis | 3 | 100% |
| Precedentes | 3 | 100% |
| Doutrina | 1 | 33% |
| ARGUMENTOS NÃO INSTITUCIONAIS | | |
| Discurso Prático Geral | | |
| | Número de Decisões | % |
| Argumentos pragmáticos | 0 | 0% |
| Argumentos éticos | 0 | 0% |
| Argumentos morais | 0 | 0% |
| Discurso Empírico | | |
| | Número de Decisões | % |
| Fatos concretos | 3 | 100% |
| Dados científicos | 3 | 100% |

Fonte: Elaborada pela autora.

A utilização de argumentos *institucionais* na fundamentação jurídica brasileira e alemã da jurisprudência constitucional é

⁴⁶ As decisões descartadas foram: BVerfGE 121, 135; BVerfGE 123, 186; BVerfGE 129, 124; BVerfGE 134, 242; BVerfGE 144, 20-367.

semelhante: ambas se referem a leis e precedentes em 100% das decisões, mas a doutrina é muito mais utilizada no Brasil (87% das decisões) (Tabela 1) do que na Alemanha (33%) (Tabela 8).

Em relação aos argumentos *não institucionais*, existem diferenças notórias entre ambos os países. Enquanto no discurso jurídico de fundamentação das decisões brasileiras foram utilizados argumentos *práticos gerais* pragmáticos, éticos e morais respectivamente em 43%, 30% e 22% dos julgados (Tabela 2), na jurisprudência constitucional alemã não há referência (0%) a argumentos práticos gerais (Tabela 8).

Em contraste, os argumentos *não institucionais* relacionados com o discurso *empírico* (fatos concretos e dados científicos) são muito mais utilizados na Alemanha (ambos os argumentos empíricos foram mencionados em 100% das decisões) (Tabela 8) do que no Brasil (onde fatos concretos foram empregados em 35% das decisões e dados científicos, em 22% delas) (Tabela 2).

Na jurisprudência alemã, as *leis* mais citadas foram a *Lei Fundamental* e o *Código de Direito Social (Sozialgesetzbuch)*. Quanto aos *precedentes*, a decisão paradigmática alemã sobre o direito ao mínimo existencial é a *BVerfGE 125, 175*, conhecida como decisão *Hartz IV*, prolatada em 9 de fevereiro de 2010. Essa decisão trata da compatibilidade com a Lei Fundamental de lei que estabelece um benefício padrão para garantir a subsistência de adultos e crianças até à idade de 14 anos. O BVerfG decidiu que, porquanto não é possível declarar que o montante do benefício padrão fixado em lei é *evidentemente insuficiente*, o legislador não é diretamente obrigado a fixar benefícios mais elevados. Em lugar disso, deve ele implementar um *procedimento* para determinar realisticamente o montante do auxílio pecuniário de acordo com as necessidades exigidas para garantir um mínimo existencial em conformidade com a dignidade humana. A decisão declarou que, devido à discricionariedade do legislador, o BVerfG não estava habilitado a determinar um montante específico para o benefício em si, com base em suas próprias avaliações. Assim, o Tribunal estabeleceu um prazo para o Poder Legislativo avaliar todas as despesas necessárias para garantir o mínimo existencial em um “procedimento transparente” com “métodos plausíveis” de cálculo de uma prestação mensal. Entretanto, as disposições

inconstitucionais permaneceram aplicáveis até que novas disposições fossem adotadas pelo legislador.

A decisão *Hartz IV* é bastante densa e longa. Como exemplo de *doutrina*, há o seguinte argumento:

A alocação por faixa etária na escala da OCDE é utilizada apenas como renda familiar para membros individuais da família e para realizar cálculos de pobreza em uma comparação internacional (cf. Strengmann-Kuhn, *Zeitschrift für Sozialreform – ZSR* 439, 441 (2006).⁴⁷ [Tradução livre]

Argumentos *empíricos* relativos a *atos concretos* e a *dados científicos* foram mencionados em 100% das decisões alemãs (Tabela 8). Como exemplo de referência a *atos concretos* que descrevem uma situação empírica, pode ser citado o seguinte argumento utilizado na decisão BVerfGE 132, 134, que trata da compatibilidade com a Lei Fundamental do benefício financeiro previsto na *Lei de Benefícios dos Requerentes de Asilo* para a garantia da subsistência:

O ônus sobre os orçamentos públicos federal e estaduais causado pelos auxílios pecuniários da *Lei de Benefícios dos Requerentes de Asilo* diminuiu consideravelmente desde que a lei foi introduzida em 1993. Em 2009, 121.918 pessoas se beneficiaram de tais benefícios. [...] Em contraste, havia quase 500.000 beneficiários nos primeiros anos da *Lei de Benefícios dos Requerentes de Asilo*. Consequentemente, as despesas nesta área caíram de 5,6 mil milhões de marcos alemães para 0,77 mil milhões de euros.⁴⁸

Quanto a argumento empírico que expressa *dados científicos*, há o seguinte exemplo na decisão *Hartz IV*:

As novas quotas de 60% e 80% do benefício padrão básico, respectivamente, são orientadas por um estudo científico realizado pelo Instituto Federal de Estatística (*Ausgaben für Kinder in Deutschland – Berechnungen auf der Grundlage der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe 1998*, Federal Statistical

⁴⁷ ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. BVerfGE 125, 175. 9 fev. 2010. Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/ls20100209_1bv1000109en.html. Acesso em: 10 fev. 2020.

⁴⁸ ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. BVerfGE 132, 134. 18 jul. 2012. Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2012/07/ls20120718_1bv1001010en.html. Acesso em: 10 fev. 2020.

Office, Wirtschaft und Statistik, 2002), segundo o qual os jovens com 14 anos de idade ou mais geram despesas cerca de um terço mais altas do que crianças mais novas.⁴⁹

7 Considerações finais sobre a análise jurisprudencial comparativa

Dos resultados aferidos na pesquisa empírica realizada tanto na jurisprudência infraconstitucional brasileira, quanto na jurisprudência constitucional pátria comparativamente à jurisprudência constitucional da Argentina, México e Alemanha, destacam-se as seguintes considerações:

1. A mais expressiva diferença as decisões constitucionais e infraconstitucionais brasileiras reside no uso marcadamente superior (cerca de três a quatro vezes mais) de argumentos *não institucionais* pelo STF, em comparação com os TJs;
2. O emprego de argumentos *não institucionais* pela jurisprudência *constitucional* brasileira é também notadamente superior àquele praticado pelos Tribunais Constitucionais de todos os demais países investigados – *todos os cinco tipos* de argumentos não institucionais elencados foram utilizados pela jurisprudência constitucional brasileira, em contraste com a jurisprudência constitucional argentina, que não mencionou *nenhum* tipo de argumento não institucional, ou diversamente ao Tribunal Constitucional alemão, que não empregou argumentos não institucionais práticos gerais, referindo-se apenas a argumentos não institucionais *empíricos* (em compensação, utilizou tais argumentos em 100% de suas decisões);
3. Por outro lado, à semelhança da jurisprudência constitucional mexicana e alemã, a jurisprudência constitucional brasileira é completamente (100%) baseada nos argumentos *institucionais leis e precedentes* – a jurisprudência constitucional argentina levantada baseou-se exclusivamente em leis.

⁴⁹ ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht, BVerfGE 125, 175. 9 fev. 2010. Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/ls20100209_1bv1000109en.html. Acesso em: 10 fev. 2020.

A análise das considerações acima conduz a importantes conclusões, que, em um primeiro momento, podem parecer contraditórias:

1. Comparativamente, o uso de argumentos *não institucionais* na fundamentação das decisões judiciais brasileiras foi nitidamente superior àquele dos demais países investigados. Sendo os argumentos institucionais aqueles próprios ao discurso jurídico, tem-se que quanto maior o recurso a argumentos não institucionais na justificação das decisões judiciais, maior a chance de o Poder Judiciário estar atuando fora da margem de sua competência e, portanto, maior a probabilidade de *ativismo judicial*;
2. Contudo, a utilização de argumentos *institucionais* pelo Poder Judiciário brasileiro foi extremamente elevada, tendo sido mais alta ainda do que o uso de argumentos não institucionais – enquanto leis e precedentes foram mencionados em todas (100%) as decisões do STF examinadas, os argumentos não institucionais foram citados em cerca de 80% delas. Como visto, um dos corolários da regra J.7 da teoria da argumentação alexyana – segundo a qual os argumentos institucionais têm precedência *prima facie* sobre os argumentos não institucionais no discurso jurídico – é que quanto maior a utilização de argumentos institucionais no discurso jurídico de fundamentação das decisões, maior a probabilidade de o Poder Judiciário estar agindo *dentro da margem de sua competência* e maior peso deve ser atribuído à avaliação de sua atuação como *controle judicial* regular dos atos e omissões dos demais poderes públicos, em conformidade com o *sistema de freios e contrapesos*.

Conforme exposto, em virtude da *tese da integração*, o discurso jurídico *necessariamente* deve conter argumentos *institucionais*, mas seu conteúdo não se reduz *exclusivamente* a tais argumentos. Em outras palavras, o uso de argumentos institucionais no discurso jurídico justificador da atuação judicial é *necessário*, mas pode não ser *suficiente*. Desse modo, os argumentos *não institucionais* podem também compor esse discurso.

A *relevância* dos argumentos não institucionais no discurso jurídico afere-se não apenas *quantitativamente*, mas também

qualitativamente. Assim, se a *ratio decidendi* da sentença baseia-se em argumentos institucionais e, embora haja várias menções a argumentos não institucionais, eles são majoritariamente utilizados como *obiter dictum*, e o peso a lhes ser atribuído é então *leve* ou, no máximo, *moderado*.

Na jurisprudência brasileira examinada, os argumentos não institucionais foram empregados basicamente para fortalecer os argumentos institucionais mencionados na *ratio decidendi* das sentenças. Destarte, na jurisprudência nacional, os argumentos não institucionais foram relevantes, mas *não decisivos* na fundamentação das decisões judiciais. Consequentemente, maior a probabilidade de atuação do Poder Judiciário brasileiro *dentro da margem de sua competência*, pois as decisões judiciais tomadas se fundamentaram devidamente em argumentos institucionais próprios do discurso jurídico.

Portanto, considerando os critérios adotados nesta pesquisa e que o ativismo judicial não é um fenômeno binário, mas apresenta uma estrutura gradual, *não há razões suficientes que fundamentem a consideração do Poder Judiciário brasileiro como seriamente ativista*. Comparado ao Poder Judiciário argentino, mexicano e alemão, *o Poder Judiciário brasileiro pode ser considerado como leve ou, no máximo, moderadamente ativista*.

8 Conclusões

O objetivo central deste artigo foi verificar *cientificamente* a adequação da crítica de *ativismo judicial* frequentemente atribuída ao Poder Judiciário brasileiro no debate jurídico nacional. Para tanto, foram desenvolvidos conceitos e procurados critérios. Assim, *ativismo judicial* foi concebido como interferência indevida do Poder Judiciário na competência dos outros poderes públicos e *controle judicial* foi entendido como decisão judicial tomada no âmbito da competência do Poder Judiciário, visando à revisão de atos e omissões dos demais poderes, em conformidade com o *sistema de freios e contrapesos*.

Para a avaliação da atuação do Poder Judiciário nacional, se ativista ou não, examinaram-se seus *atos institucionais*, quais

sejam, as *decisões judiciais*. Verificou-se se o Poder Judiciário brasileiro fundamenta devidamente sua atuação, de modo que fique demonstrado seu enquadramento dentro da margem de competência judicial ou se, ao contrário, não há a devida fundamentação (ou ela é insuficiente) das ações do Poder Judiciário, caso em que se revela alta probabilidade de interferência judicial indevida na competência dos demais poderes públicos – o que caracteriza o *ativismo judicial*.

Para tanto, foi elaborada uma *taxonomia argumentativa* com base na *teoria do discurso* de Jürgen Habermas e na *teoria da argumentação jurídica* de Robert Alexy. O discurso foi então dividido em *prático* e *empírico*, sendo ambos compostos por argumentos *não institucionais*. Por sua vez, como *caso especial* do discurso prático geral, o *discurso jurídico* é vinculado a argumentos *institucionais* e apresenta-se como o *discurso próprio* do Poder Judiciário, haja vista ser ele o poder responsável pela aplicação do Direito, o qual é formado exatamente pelos argumentos institucionais.

No discurso jurídico, devem, então, *necessariamente* estar presentes argumentos institucionais, mas esse discurso não se reduz *exclusivamente* a tais argumentos. Da teoria da argumentação jurídica alexyana, pela qual se atribui precedência *prima facie* aos argumentos institucionais, tem-se, por um lado, que quanto maior o *número* (quantidade) e *relevância* (qualidade) dos argumentos institucionais na decisão judicial, maior a probabilidade de o Poder Judiciário estar atuando *dentro* da margem de sua competência e menores as chances de ativismo judicial. Todavia, por outro lado, quanto maior o número e a relevância dos argumentos *não institucionais* na *ratio decidendi* da sentença, maiores as chances de o Poder Judiciário estar atuando *fora* de sua competência.

Ativismo judicial é, então, fenômeno identificável não de acordo com um código binário, mas apresenta uma *estrutura gradual*, mensurável em *graus* (leve, moderado, grave).

Na pesquisa empírica realizada, constatou-se que o Poder Judiciário brasileiro, especialmente o Tribunal Constitucional pátrio, utiliza argumentos institucionais (leis e precedentes) em 100% de suas decisões. Inobstante, também recorre bastante a argumentos não institucionais (em cerca de 80% dos julgados), fazendo menção a tais argumentos com maior frequência do que a jurisprudência constitucional de todos os demais países analisados.

A elevada utilização de argumentos tanto institucionais quanto não institucionais poderia conduzir a um impasse na avaliação da atuação do Poder Judiciário nacional. Entretanto, verificou-se que, não obstante a recorrente menção a argumentos não institucionais na fundamentação das decisões judiciais brasileiras, eles são usualmente empregados como acréscimo, reforço ou enriquecimento de argumentos institucionais. Isto é, a *ratio decidendi* das decisões judiciais pátrias analisadas é essencialmente fundada em argumentos institucionais, constituindo os argumentos não institucionais *obiter dicta*.

Destarte, segundo os critérios adotados nesta pesquisa, a crítica de que o Poder Judiciário brasileiro é ativista deve ganhar maior precisão: a partir do estudo, sob o prisma *argumentativo*, de decisões judiciais brasileiras de nível constitucional e infraconstitucional, bem como da análise comparativa realizada com a jurisprudência constitucional de outros países – Argentina, México e Alemanha –, constatou-se que o Poder Judiciário pátrio pode ser enquadrado como *ativista*, mas *em grau, no máximo, moderado*.

Referências

ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht*. BVerfGE 132, 134. 18 jul. 2012. Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2012/07/ls20120718_1bvl001010en.html. Acesso em: 10 fev. 2020.

ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht*, BVerfGE 125, 175. 9 fev. 2010. Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/ls20100209_1bvl000109en.html. Acesso em: 10 fev. 2020a.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. Human dignity and proportionality analysis. *Joçaba*, v. 16, n. 3, p. 83-96, 2015.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 4. ed. Trad. de Zilda Hutchinson Silva, Rev. técnica trad. por Cláudia Toledo. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ALEXY, Robert. The special case thesis and the dual nature of law. *Ratio Juris*, v. 31, n. 3, p. 254-259, 2018.

ARGENTINA. *Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina*. 2015. *Fallo E. 261 XLVIII. RHE*. Disponível em: <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7261052&cache=1581305402296> Acesso em: 10 fev. 2020.

BARROSO, Luís R. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Disponível em: http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário 658.312/SC*. Relator: Ministro Dias Toffoli. 27 nov. 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE658312.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário n. 581.488/RS*. Relator: Ministro Dias Toffoli. 03 dez. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10624184>. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário 587.970/SP*. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. 20 abr. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13649377>. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Rondônia. *Apelação 0015717-12.2013.8.22.0001*. 2017. Disponível em: <http://webapp.tjro.jus.br/juris/consulta/detalhesJuris.jsf?cid=1>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível 1.0439.15.016844-1/002*. 2017. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?paginaNumero=16&linhasPorPagina=1&numeroRegistro=16&totalLinhas=191&palavras=%2522m%EDnimo%20existencial%2522&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&dataPublicacaoInicial=01/01/2017&dataPublicacaoFinal=31/12/2017&dataJulgamentoInicial=01/01/2017&dataJulgamentoFinal=31/12/2017&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Agravo de Instrumento 1.0000.16.069716-5/001*. 2017. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?paginaNumero=131&linhasPorPagina=1&numeroRegistro=131&totalLinhas=191&palavras=%2522m%EDnimo%20existencial%2522&pesquisarPor=ementa&orderByData=1&dataPublicacaoInicial=01/01/2017&dataPublicacaoFinal=31/12/2017&dataJulgamentoInicial=01/01/2017&dataJulgamentoFinal=31/12/2017&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. *Agravo de Instrumento 1411810-84.2017.8.12.0000/MS*. 2017. Disponível em: https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversionId=&cdAcordao=732125&cdForo=0&euuidCaptcha=sajcaptcha_86cd7abec225b43a99b20eac2965fbf2&g-ecaptcharesponse=03AOLTBLStCndaorN_UeY37U8UnkuGuvY1uWoa2aTvf5Lh4Y5uA12FWL421_Ro5TMYqwhgS6anrKnqma0OdxBTrUugXZnPMqh6QMdIP8C9LRIWobWvdlBixQ362GZFr0cEP8AHCSZR8MPwprUz9OcGeYF5EshX2QcxPocTnabm6mVGVV5Fs7eE6HaMbKsyEHzuDnpcAba7JYwibP5B_4TnZK4N5ONols7WZujKfy0nFWdaHtPFAGuKDS1a3nuPK2WqplQmr5KeTdm8QIcxSKwdoi5bnsR4eBgQJstKoWNjIq6z8Eb bJMO4D9uryHhpiOjvg5W7qrIn7jcBtHCSOGJABqD4iVDR8BWTOzb6hmwUliATd6KtLJsDIYCiRe6Cbw9LJ-gOM. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. *Apelação/Remessa Necessária 0800664-08.2017.8.12.0029/MS*. 2017. Disponível em: https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=713537&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_1a0c7f5c11254f478ac65ae71722b52b&g-recaptcharesponse=03AOLTBLT5oQaHS7EI7w9oGeIYCScjKK_R1hpeNgByVPIAGqnWOvD6xv1ewY_gZSTk97va8LAOREKTvqJ5McUWLHeMi7BSlfK7nIq1Micyd8rZ6ddNc1bRXsgLiFNwwKv7VPAHjEcYX_6VAifW35kCJFrI5TR_2uAfKgBMf3TYqHr1zYpcX2GIAIYMq3hRFm9yc8KClgTCzYXRsv5BVbXSbxpuzCS_kz4u2pjUBqPM5jWY6HUtZbDpY8xGaKffwYFmGDbG6mdleDl2DpN0B6z02X6cW3lns5FX_MGkeNXvW03ouaQEEZgHp5Q52LBgtixwM8AYqOmrICGGVQgB8n3SSKJeZxwThXkxF8nPoE67a34UVqD5CbZN6tMoZM_JGTuroordit0j. Acesso em: 20 abr. 2020.

CARTER, John D. *Warren Court and the Constitution: a critical view of judicial activism*. Los Angeles: Pelican Publishing Company, 1972.

GOMES, Natascha. *Direito subjetivo ao mínimo existencial: uma análise comparativa entre Brasil e México*. Dissertação (Mestrado em Direito e Inovação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2016.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 1997.

MACHADO, Joana S. *Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. Dissertação (Mestrado em Teoria do Estado e Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2008.

MARSHALL, William P. Conservatives and seven sins of judicial activism. *Law Review*, v. 73, set. 2002.

MELQUIADES DUARTE, Luciana G. *Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Ação de inconstitucionalidade 24/2012*. Relator: Ministro Sergio A Valls Hernandez. 14 jun. 2013. Disponível em: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=136457>. Acesso em: 10 fev. 2020.

NEUMANN, Volker. Menschenwürde und Existenzminimum. *Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät*. 1995. Disponível em: <https://doi.org/10.18452/1595>. Acesso em: 10 fev. 2020.

PAGANELLI, Celso J.M. *et al. Ativismo judicial: paradigmas atuais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

RAMOS, Elival S. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TOLEDO, Cláudia. Mínimo Existencial – A Construção de um Conceito e seu Tratamento pela Jurisprudência Constitucional Brasileira e Alemã. In: MIRANDA, Jorge *et al.* (coord.). *Hermeneutica, Justiça e Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, p. 821-834, 2016.

TOLEDO, Cláudia *et al.* Direitos fundamentais sociais e mínimo existencial na realidade latino-americana – Brasil, Argentina, Colômbia e México. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, p. 213-239, 2019.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

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 (coord.). *Atual Judiciário: ativismo ou atitude*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 385-422. ISBN 978-65-5518-270-5.
