

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO

ANNY CRISTINA RODRIGUES SANTANA

**Ativismo Judicial, um Fenômeno Gradual — Critérios para sua
aferição a partir da análise do discurso**

JUIZ DE FORA
2022

ANNY CRISTINA RODRIGUES SANTANA

**Ativismo Judicial, um Fenômeno Gradual — Critérios para sua
aferição a partir da análise do discurso**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF) como parte dos requisitos para conclusão do curso de graduação em Direito. Orientadora: Profª Dr. Cláudia Maria Toledo da Silveira.

JUIZ DE FORA
2022

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao meu querido avô Inácio, cuja *Travessia* só me possibilita agradecer em memória. Sua presença nobre e virtuosa me marcou profundamente.

AGRADECIMENTOS

À minha família, fonte inesgotável de motivação e acolhimento, por todo empenho que dedica a mim.

Ao Gibran, pelo amor e companheirismo, pela compreensão e motivação incondicionais.

À querida Prof^ª Dr. Cláudia Maria Toledo da Silveira, pela sua grandeza. Por tantos ensinamentos, correções e contribuições nas pesquisas, por todo cuidado e atenção.

Ao Vitor Ribeiro, pelos satisfatórios diálogos acadêmicos sobre o tema deste TCC.

À Prof^ª. Dr. Luciana Gaspar Melquíades Duarte, pelas importantes correções e reflexões.

Ao Prof. Dr. Wagner Silveira Rezende, pelas relevantes sugestões e questionamentos.

“Compadre meu Quelemém, muitos anos depois, me ensinou que todo desejo a gente realizar alcança — se tiver ânimo para cumprir, sete dias seguidos, a energia e paciência forte de só fazer o que dá desgosto, nôjo, gastura e cansaço, e de rejeitar toda qualidade de prazer. Diz ele; eu creio. Mas ensinou que, maior e melhor, ainda, é, no fim, se rejeitar até mesmo aquele desejo principal que serviu para animar a gente na penitência de glória. E dar tudo a Deus, que de repente vem, com novas coisas mais altas, e paga e repaga, os juro dele não obedecem medida nenhuma. Isso é do meu compadre Quelemém. Espécie de reza?”

“De primeiro, eu fazia e mexia, e pensar não pensava. Não possuía os prazos. Vivi puxando difícil de difícil, peixe vivo no moquém: quem mói no asp’ro, não fantasêia. Mas, agora, feita a folga que me vem, e sem pequenos dessorseços, estou de range rede. E me inventei neste gosto de especular ideia.”

João Guimarães Rosa, excertos de Grande Sertão: Veredas (2006)

RESUMO

Ativismo judicial é a interferência indevida do Poder Judiciário na competência dos outros Poderes Públicos. A fim de determinar se há e qual o eventual grau de ativismo judicial no Tribunal de Justiça de Minas Gerais como um dos tribunais representativos do Poder Judiciário brasileiro, realizou-se pesquisa bibliográfica e empírico-jurisprudencial de caráter exploratório, verificando-se a adequação da fundamentação de decisões judiciais ao discurso jurídico. A análise utilizou como parâmetros aspectos da *teoria do discurso*, desenvolvida por Jürgen Habermas, e da *teoria da argumentação jurídica*, elaborada por Robert Alexy. Como critérios, primeiramente elaborou-se *classificação* dos argumentos que compõem os discursos *prático geral*, *jurídico* e *empírico*. Em seguida, verificou-se a presença de argumentos não institucionais (do discurso prático e empírico) nos elementos constitutivos de decisões judiciais, quais sejam, *ratio decidendi*, *rationales* e *obiter dicta*. A aplicação desses critérios possibilitou a determinação do grau de ativismo judicial efetivamente identificado.

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

ABSTRACT

Judicial activism is the undue interference of the Judicial Power in the competence of other public powers. In order to determine whether and to what degree judicial activism exists in the Court of Justice of Minas Gerais, as one of the representative courts of the Brazilian Judiciary, a bibliographical and empirical case law research of exploratory nature was carried out, verifying the adequacy of the judicial reasoning to the legal discourse. The analysis use as parameters aspects of the discourse theory, developed by Jürgen Habermas, and the theory of legal argumentation, elaborated by Robert Alexy. As a criteria, first, the classification of the arguments that compose the general practical, legal, and empirical discourses was elaborated. Next, the presence of non-institutional arguments (of the practical and empirical discourse) was verified in the constitutive elements of judicial decisions, namely, *ratio decidendi*, *rationales* and *obiter dicta*. The application of these criteria enabled the determination of the degree of judicial activism effectively identified.

Keywords: Judicial activism; discourse theories; *ratio decidendi*; *rationales*; *obiter dicta*.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	8
1	ATIVISMO JUDICIAL — CONCEITO	10
2	AVALIAÇÃO DA ATUAÇÃO JUDICIAL DO PONTO DE VISTA DISCURSIVO	12
2.1	CLASSIFICAÇÃO ARGUMENTATIVA SEGUNDO JÜRGEN HABERMAS	13
2.2	CLASSIFICAÇÃO ARGUMENTATIVA SEGUNDO ROBERT ALEXY...	14
2.2.1	Discurso Prático	15
2.2.1.1	Discurso Jurídico como “caso especial” do Discurso Prático Geral	15
2.2.2	Discurso Empírico	16
3	ATIVISMO JUDICIAL – ESCALA TRIÁDICA	17
3.1	ARGUMENTOS NÃO INSTITUCIONAIS E CRITÉRIOS	18
3.2.1	<i>Ratio decidendi</i>	20
3.2.2	<i>Rationales e obiter dicta</i>	23
3.2.3	Peso dos argumentos não institucionais e ativismo judicial — escala triádica	25
4	PESQUISA EMPÍRICA	26
4.1	RESULTADO DA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL	28
4.2	CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE A ANÁLISE JURISPRUDENCIAL	33
	CONCLUSÃO	34
	REFERÊNCIAS	39
	ANEXOS	50

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se originou de dados levantados em pesquisa empírica realizada em projeto de pesquisa de iniciação científica PROBIC 2018/2019, intitulado *Judicialização da Política e Politização do Judiciário*. Esse projeto PROBIC integrou o projeto de pesquisa de demanda universal da FAPEMIG, de mesmo título. Ambas as pesquisas foram coordenadas pela Profª Dr. Cláudia Toledo.

Este trabalho se dedica a identificar critérios para aferição do grau de ativismo judicial que as pesquisas citadas efetivamente identificaram no Poder Judiciário brasileiro. Com base na reavaliação de percentual quantitativo das decisões judiciais de 2017 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), examinadas naquele projeto PROBIC, busca-se avaliar os *tipos* (qualidade) de argumentos utilizados na fundamentação das decisões judiciais, a *quantidade* de utilização de cada tipo de argumento, a identificação do *elemento* da decisão judicial (*ratio decidendi, rationales, obiter dicta*) em que se usam os diferentes tipos de argumentos, os *efeitos* dessa utilização para fins de configuração de ativismo judicial, e finalmente a aferição do *grau* de ativismo judicial eventualmente identificado.

A análise de decisões judiciais, bem como dos argumentos utilizados na sua fundamentação, é imprescindível, pois essas são *atos institucionais* próprios do Judiciário. Ademais, são *atos discursivos*, razão pela qual é pertinente utilizar parâmetros da *teoria do discurso*, desenvolvida por Jürgen Habermas, e da *teoria da argumentação jurídica*, elaborada por Robert Alexy.

Segundo Habermas, o *discurso prático geral* é composto por argumentos pragmáticos, éticos e morais — argumentos *não institucionais*. Já conforme Alexy, o *discurso jurídico* é *caso especial* do discurso prático geral, devendo estar vinculado a *argumentos institucionais* — leis, precedentes e doutrina (dominante). Para esse autor, há *integração* entre o discurso *prático geral* e o discurso *jurídico*, aos quais se somam também os argumentos que compõem o discurso *empírico*, relativos a *atos concretos* e a *dados científicos*.

O Poder Judiciário, cuja competência é aplicar o Direito, deve empregar argumentos típicos do discurso jurídico na solução de caso concreto, quais sejam, os argumentos *institucionais* aos quais é vinculado, e que devem *necessariamente* estar nele presentes. Contudo, devido à *tese da integração*, no discurso jurídico também podem ser utilizados argumentos *não institucionais*.

No entanto, a *quantidade* de argumentos não institucionais mencionados e o peso (*qualidade*) que possuem na fundamentação das decisões judiciais geram consequências para o enquadramento da atuação judicial. Quanto mais argumentos institucionais, enquanto argumentos especificamente jurídicos, forem utilizados na fundamentação da decisão judicial, maiores as chances de o Poder Judiciário estar atuando dentro da margem de sua competência. Da mesma forma, quanto maior for o peso dos argumentos institucionais mencionados na fundamentação da decisão judicial, maior a probabilidade de o Poder Judiciário estar agindo dentro do âmbito de sua competência. Por conseguinte, inversamente, tem-se que quanto mais argumentos não institucionais forem empregados (*quantidade*) e quanto maior for o seu peso (*qualidade*) na fundamentação da decisão judicial, maiores as chances de o Poder Judiciário estar agindo fora da esfera de sua competência.

Para que se identifique o peso ou a relevância dos argumentos na justificação da decisão, deve-se verificar se eles estão presentes na *ratio decidendi*, nas *rationales* ou nos *obiter dicta* da decisão judicial. Por essa razão, cada um desses elementos foi conceituado, bem como foram investigados parâmetros para sua identificação na decisão judicial.

Desse modo, do ponto de vista metodológico, este trabalho estruturou-se em duas etapas. Na primeira etapa, foi realizada pesquisa *bibliográfica* para o estudo, elaboração e aprimoramento dos conceitos centrais relacionados à temática investigada, os quais orientaram a pesquisa *empírica* desenvolvida na segunda etapa do trabalho, na qual houve a leitura e fichamento das 39 decisões do TJMG selecionadas. Para tanto, foi elaborado quadro de fichamento no qual se registraram as seguintes informações extraídas de cada decisão examinada:

- a) *Dados do processo* — Tipo de ação, data, relator, recorrente, recorrido, endereço eletrônico e situação fática;
- b) *Tipos de argumentos* — Argumentos *institucionais* (dispositivos normativos, precedentes, doutrina); argumentos *não institucionais práticos gerais* (argumentos *pragmáticos, éticos, morais*); argumentos *não institucionais empíricos* (fatos concretos, dados científicos);
- c) *Elementos da decisão* — *Ratio decidendi, rationales, obiter dicta*;
- d) *Localização dos argumentos não institucionais* — na *ratio decidendi*, nas *rationales*, nos *obiter dicta*;
- e) *Peso dos argumentos não institucionais* — *leve, moderado, grave*;

f) *Identificação* da existência ou não de *ativismo judicial* e, em caso afirmativo, identificação do *grau* de ativismo judicial — *leve, moderado, grave*. O *peso* dos argumentos não institucionais foi aferido com base na sua *relevância* ou *essencialidade* para a decisão prolatada. Por sua vez, o grau da essencialidade do argumento não institucional na decisão foi deduzido a partir do elemento da decisão em que eles se localizavam — se na *ratio decidendi*, nas *rationales* ou nos *obiter dicta*, aos quais corresponde respectivamente o peso *grave, moderado* ou *leve* do argumento não institucional analisado.

Assim, finalmente, do *peso* atribuído aos *argumentos não institucionais* na decisão judicial chega-se à conclusão da existência ou não de *ativismo judicial* e, em caso de sua ocorrência, viabiliza-se a correspondente determinação de seu *grau* em *leve, moderado* ou *grave*, conforme a escala triádica alexyana. Desse modo, quanto mais integrada por argumentos não institucionais for a *ratio decidendi*, maiores as chances de ativismo judicial em grau grave — portanto, maiores as chances de o Poder Judiciário estar agindo fora de sua esfera de competência.

1 ATIVISMO JUDICIAL — CONCEITO

Um dos postulados do Estado Democrático de Direito resguardado constitucionalmente é o de que, para otimizar o exercício do poder uno Estatal, o *princípio da separação dos poderes* estabelece sua divisão tripartite, representada pelo Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. Para que não haja exercício indevido, insuficiente ou excessivo daquele poder, o *sistema de freios e contrapesos* integra aquele princípio, determinando o controle recíproco entre os três Poderes Públicos (TOLEDO, 2022). O Poder Legislativo é detentor de *competência originária* para elaborar e modificar leis e políticas públicas. Ao Poder Executivo é atribuída a função de executar essas leis, bem como *competência regulamentar* para emitir atos normativos infralegais. Ao Poder Judiciário, por seu turno, é atribuída *competência jurisdicional* para, quando provocado, aplicar normas jurídicas a fim de solucionar os conflitos existentes nos casos concretos levados a julgamento (VAN DE POL, 2020).

Em matéria de *direitos fundamentais sociais*, a configuração institucional harmônica da divisão dos poderes transmuta-se em frequentes *conflitos de competência*. Isso se deve, especialmente, à compreensão de direitos fundamentais sociais como *direitos subjetivos*, caracterizados como prerrogativas vantajosas estipuladas pelo direito objetivo ao indivíduo,

munidas de ação judicial para sua garantia. A cada direito subjetivo atribuído ao sujeito de direito corresponde o dever jurídico estabelecido ao seu destinatário.

Os direitos fundamentais sociais são direitos à *prestação positiva fática e/ou normativa* do Estado. O Estado é, portanto, o destinatário desses direitos, possuindo o dever jurídico de realizar a correspondente prestação positiva. As prestações positivas *fáticas* estatais podem ser efetivadas mediante oferta de bens, serviços ou benefícios pecuniários (TOLEDO, 2017).

Assim, o Judiciário, quando provocado por meio de ação judicial, ordena o cumprimento de determinado direito fundamental social pleiteado. Se a demanda é por prestação positiva *fática*, o Judiciário ordena então ao Executivo o seu fornecimento. Se se requer prestação positiva *normativa*, mediante mandado de injunção, nos termos da Lei nº 13.300 (BRASIL, 2016), o Judiciário deve: (i) notificar o Legislativo, dando-lhe ciência do ajuizamento da ação e solicitando-lhe informações a respeito; (ii) determinar prazo razoável para que o Legislativo edite a norma regulamentadora, se reconhecer a mora legislativa e (iii) estabelecer as condições em que se dará o exercício do direito pleiteado, em caso de não suprimento da mora legislativa.¹

É nesse contexto que surgem, no debate jurídico nacional, críticas de que há uma atuação excessiva do Judiciário, com sua *ingerência indevida* na esfera de competência de outros poderes, ou seja, críticas de *ativismo judicial*. Se, por um lado, entende-se a atividade jurisdicional como o devido cumprimento do dever de controle dos atos e omissões dos demais Poderes Públicos, estabelecido pelo *sistema de freios e contrapesos*, por outro lado, compreende-se que o Judiciário estaria interferindo indevidamente em políticas públicas, causando intervenções no orçamento público e, conseqüentemente, realizando ingerência na esfera de competência dos Poderes eleitos.

Na doutrina nacional, são diversas as conceituações sobre o que vem a ser *ativismo judicial*. Ramos (2010) aborda o tema sob a perspectiva que vincula o ativismo judicial a uma postura negativa. Nesse sentido, o autor afirma que ativismo judicial diz respeito à ultrapassagem dos limites da função jurisdicional, e essa ultrapassagem ocasiona a “descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes” (RAMOS, 2010, p. 119).

Tassinari (2013), ao fazer apontamentos finais no seu texto sobre a diferença entre ativismo judicial e judicialização da política no Brasil, define ativismo judicial como “uma postura do Judiciário para além dos limites constitucionais” (TASSINARI, 2013, p. 37). Todo

¹ Conforme a Lei nº 13.300 (BRASIL, 2016), essa decisão terá efeito *inter partes*, podendo-lhe ser conferida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes*, quando isso for indispensável ao exercício do direito demandado.

conceito deve ser composto pelos elementos essenciais ao objeto que se busca definir. Essencial é aquilo que, se presente, faz com que o objeto exista, e, se retirado, faz com que o objeto deixe de existir enquanto tal. O conceito apresentado pela autora não é preciso na qualificação da postura do Judiciário e na delimitação dos tipos de limites constitucionais de que se trata.

Assim, *ativismo judicial* é aqui compreendido como preceitua Toledo (2022), isto é, como uma *interferência judicial indevida na competência de outros Poderes Públicos*. Com isso, fica denotado o caráter negativo do comportamento de um Poder que interfere na esfera de competência dos demais Poderes. A esfera de competência de outro Poder Público é o limite constitucional, pois, embora a Constituição não especifique detalhada e exaustivamente quais são as funções que cada um dos três Poderes deve exercer, elenca os atos de competência de cada um.

Ativismo judicial não se confunde com *controle judicial*. O primeiro diz respeito ao desempenho da atividade jurisdicional que *extrapola* as margens de competência do Poder Judiciário. O segundo é o *exercício adequado* da função jurisdicional, isto é, trata-se de “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*” (TOLEDO, 2022, p. 417).

Para avaliar ativismo judicial, podem-se adotar diferentes critérios e parâmetros, a depender das escolhas metodológicas utilizadas. Assim, uma vez exposto o cenário a partir do qual a crítica de ativismo judicial é forjada, bem como o seu conceito, será feita a avaliação do desempenho da função jurisdicional sob a perspectiva discursiva.

2 AVALIAÇÃO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL DO PONTO DE VISTA DISCURSIVO

Das diversas fontes para se fazer pesquisa científica, o estudo de decisões judiciais é o que mais se adequa aos objetivos e à avaliação empírica aos quais se propõe esta investigação. Decisões judiciais são *atos institucionais* por excelência do Poder Judiciário. Isso implica dois aspectos relevantes para a avaliação da atividade jurisdicional. O primeiro é que, em razão da institucionalidade de que se reveste aqueles atos, a organização, a disponibilidade, a integridade e a publicidade que esse tipo de documento adquire ao ser disponibilizado em sites oficiais conferem maior segurança à idoneidade da pesquisa e à tarefa do pesquisador, o qual não fica

sujeito a pré-seleções de conteúdo, tais como cortes e edições feitas em matérias jornalísticas e em sessões de julgamento televisionadas. Secundariamente, é em decisões judiciais que o órgão judicial, por meio de *atos discursivos*, fornece razões que justifiquem a sentença prolatada (TOLEDO, 2022).

Segundo a linguista Koch (2001), a interação pela linguagem se dá de forma essencialmente argumentativa, pois a comunicação estabelecida tem sempre objetivos orientados a atingir determinados fins. As justificativas fornecidas em julgamentos judiciais são fundamentos, isto é, são exteriorizações das pretensões vinculadas ao que se busca atingir.

O tratamento científico do Direito demanda um exercício de racionalização constante. Para o exame racional do discurso em decisões judiciais são necessários critérios. Assim, buscou-se na *Teoria do Discurso*, elaborada por Jürgen Habermas, e na *Teoria da Argumentação Jurídica*, sistematizada por Robert Alexy, os critérios objetivos necessários para a análise da fundamentação de decisões judiciais. A escolha pela avaliação de ato discursivo do Judiciário a partir de *teorias do discurso* é, decerto, restritiva como qualquer escolha metodológica. Distante de ser suficiente, mas altamente necessária.

2.1 CLASSIFICAÇÃO ARGUMENTATIVA SEGUNDO JÜRGEN HABERMAS

Um dos pontos de partida segundo os quais Jürgen Habermas (1997) desenvolve uma *Teoria do Discurso* é a ideia sobre quais seriam as condicionantes para formação do *poder comunicativo*. Na deliberação democrática, o processo de formação da opinião e vontade públicas resulta na regulamentação da convivência coletiva em sociedade. Para persecução de objetivos coletivos, o Direito confere a normatização discursiva necessária, traduzida no direito positivo vigente (HABERMAS, 1997). No discurso, as *razões* justificadoras do sistema de Direito, por si sós, não são suficientes para fundamentar a regulamentação de todas as expectativas interacionais, motivo pelo qual se expandem as fronteiras das *questões de justiça*, incluindo, também, questões *pragmáticas, éticas e morais* na busca daquilo que é correto (*pretensão de correção*) (TOLEDO, 2014b).

Este trabalho buscou na classificação habermasiana das razões ou argumentos *pragmáticos, éticos e morais*, expostos a seguir, critérios objetivos para analisar a estrutura dos tipos de argumentos que compõem as decisões judiciais aqui examinadas.

Desse modo, argumentos *pragmáticos* são aqueles que dizem respeito ao uso de meios adequados para realização de fins já conhecidos ou queridos (HABERMAS, 1997). A perspectiva argumentativa é diretamente voltada às consequências das escolhas, que são guiadas por critérios de utilidade e eficiência (TOLEDO, 2022). Por sua vez, os argumentos *éticos* dizem respeito ao modo com os indivíduos compartilham seus ideais e objetivos comuns em sociedade. Trata-se de concepções individuais e coletivas daquilo que é “bom para nós” enquanto sociedade. O “bom para nós” deve corresponder ao “projeto normativo de um modo de vida exemplar” (HABERMAS, 1997, p. 202). Finalmente, os argumentos *morais* visam ao “interesse simétrico de todos”, e não a preferências individuais (HABERMAS, 1997, p. 191). São semanticamente compreendidos como *imperativo categórico* (HABERMAS, 1997), segundo o qual o agir é pensado conforme o que deve ser feito, sem visar estratégias, dissimulações e fins subjetivos.

2.2 CLASSIFICAÇÃO ARGUMENTATIVA SEGUNDO ROBERT ALEXY

Elaborada como tese de doutorado, a *Teoria da Argumentação Jurídica* de Robert Alexy é um dos marcos de sua contribuição intelectual não apenas à Filosofia do Direito, mas ao Direito como um todo. A ideia reguladora de *racionalização do discurso jurídico* fez com que o autor alemão não só compreendesse a existência de dois tipos de discurso, o *prático (geral)* e o *empírico*, mas também demonstrasse que uma das grandes diferenças entre o discurso prático geral e o discurso jurídico é a existência de limites neste, que é apresentado como um *caso especial* do discurso prático geral. O discurso prático geral é caracterizado por ser normativo e levantar a *pretensão de correção*. Na medida em que o discurso jurídico integra o discurso prático geral, ele também é normativo e levanta a pretensão de correção. A especificidade que o distingue como caso especial do discurso prático geral reside no fato de ele levantar a *pretensão de correção* dentro dos limites autoritativos ou institucionais de determinada ordem jurídica (ALEXY, 2017). Exposição mais detalhada sobre o discurso jurídico será feita adiante.

O presente trabalho não utiliza a abordagem dessa teoria que se volta à elaboração de regras e formas com o intuito de conferir racionalidade à discussão. Aqui, focou-se na sua dimensão analítica para examinar a *estrutura dos tipos de argumentos* que compõem a decisão judicial. Alexy, ao sistematizar e descrever quais tipos de argumentos compõem o *discurso*

empírico e o *discurso jurídico*, elabora o que aqui se denomina como “classificação argumentativa”, conforme se expõe a seguir.

2.2.1 Discurso Prático

Antes de tratar da classificação argumentativa de Alexy, é necessário retomar Habermas, sua principal fonte na Filosofia da Linguagem e Teoria do Discurso. Conforme Habermas (1997), argumentos *pragmáticos*, *éticos* e *morais* compõem o *discurso prático geral*. Como mencionado, esse discurso tem caráter *normativo*, pois se dirige ao agir humano que *deve ser*. A conduta humana prescrita no âmbito discursivo prático geral é destinada a todos e orientada por valores como Bem (bom, mau) e Justiça (justo, injusto ou correto, incorreto).

Enunciados *pragmáticos*, *éticos* e *morais* são as bases para comprovação e fundamentação² do *discurso jurídico*, como se compreenderá a seguir.

2.2.1.1 Discurso Jurídico como “caso especial” do Discurso Prático Geral

O *discurso jurídico* é entendido por Alexy (2017) como um *caso especial* do *discurso prático geral*, pois embora também se ocupe de questões práticas, a exigência da *pretensão de correção* no discurso jurídico ocorre sob determinada limitação, que é a sua vinculação ao direito vigente. A justificação discursiva da argumentação jurídica deve se relacionar com fontes autoritativas ou institucionais (ALEXY, 2017), ao passo que no discurso prático geral não há limitação quanto às questões práticas (TOLEDO, 2022). Assim, o discurso jurídico é composto por *argumentos institucionais* — leis, precedentes e doutrina. O discurso prático e o discurso empírico, por sua vez, são constituídos por *argumentos não institucionais*.

Há uma interconexão entre o *discurso jurídico* e o *discurso prático geral*. A relação entre eles é *integrativa (tese da integração)*, pois argumentos *pragmáticos*, *éticos* e *morais*, típicos do discurso prático geral, podem fundamentar e comprovar argumentos jurídicos (ALEXY, 2022).

² Segundo Alexy (2017), a fundamentação é a relação de decorrência de um enunciado de outros enunciados, ao passo que uma comprovação é o questionamento quanto à demonstração dessa relação de decorrência.

Não há determinação *a priori* quanto a quais seriam as premissas do discurso jurídico (TOLEDO, 2022), pois os tipos de argumentos considerados podem ser diversos, afinal, reduzir o discurso jurídico ao emprego de leis, precedentes e doutrina conferiria uma visão fortemente positivista ao Direito. No entanto, esse discurso deve ser marcado pela utilização de *argumentos institucionais*, que são o que o caracteriza como tal. Na argumentação jurídica, Alexy afirma haver precedência *prima facie* dos argumentos institucionais frente aos não institucionais. Nesse sentido, a regra J.7 estipula que:

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 (ALEXY, 2017, p. 238).

Além do discurso prático geral, e do discurso jurídico como sendo o seu caso especial, Alexy também aborda o *discurso empírico*. O autor não confere um tratamento detalhado a esse discurso, mas destaca a sua relevância e características, pois os seus enunciados se incluem tanto no discurso prático geral quanto no discurso jurídico.

2.2.2 Discurso Empírico

O *discurso empírico* se ocupa de questões que descrevem a realidade (TOLEDO, 2022). Segundo Alexy (2017, p. 224), argumentos empíricos tratam de “problemas do conhecimento empírico”. O conhecimento empírico pode ser classificado como conhecimento vulgar ou conhecimento científico. O conhecimento vulgar trata-se do conjunto de informações sobre determinado objeto ou sobre a realidade em geral. É construído diariamente, de modo assistemático, aleatório, fortuito, sem a preocupação com o uso de métodos. Por seu turno, o conhecimento científico apresenta-se como conjunto de informações obtidas mediante o estudo metodológico sobre determinado objeto, caracterizando-se pela busca sistemática da verdade³ — argumentos verdadeiros e/ou corretos —, que deve ser nele comprovada.

Diante disso, no discurso empírico, os argumentos podem se referir a *fatos concretos* e/ou a *dados científicos*.

Os argumentos referentes a *fatos concretos* dizem respeito a fatos singulares, ações concretas, motivos dos agentes, acontecimentos ou estados de coisas, que se apresentam no

³ Verdade entendida como aquilo que é passível de verificação racional.

tempo presente, passado e/ou futuro (ALEXY, 2017). São argumentos relacionados ao conhecimento vulgar, voltado para a compreensão ametódica da realidade dada ou de determinado objeto. Por sua vez, os argumentos empíricos que tratam de *dados científicos* são aqueles que se referem a “regularidades das ciências naturais ou das ciências sociais”, distinguindo-se em “enunciados sobre ações, acontecimentos ou estados de coisas passados, presentes e futuros” (ALEXY, 2017, p. 224). São afirmados a partir do conhecimento científico, com a utilização de métodos e a comprovação sistematizada das asserções feitas em relação aos objetos estudados.

3 ATIVISMO JUDICIAL – ESCALA TRIÁDICA

O *discurso prático geral* e o *discurso jurídico* se complementam na medida em que argumentos práticos gerais constituem a base, o fundamento do discurso jurídico. Argumentos do *discurso empírico* também podem integrar aqueles dois discursos. Todavia, para que um discurso seja definido como jurídico, argumentos institucionais são necessários (*leis, precedentes e doutrina*).

Uma decisão judicial baseada exclusivamente em *argumentos não institucionais* (argumentos do discurso prático geral e empírico) não é absolutamente impossível, mas pouco provável. É de se cogitar, por exemplo, situações hipotéticas em que *argumentos institucionais* são fundamentadamente superados ou não são aplicáveis ao caso concreto (lacuna legal) (informação oral)⁴. No entanto, se há precedente judicial, será necessária a demonstração do *overruling* e do *distinguishing*⁵, e para isso é alta a probabilidade de que argumentos institucionais sejam empregados. Por outro lado, se argumentos institucionais não são aplicáveis a um caso, o julgador poderá recorrer a meios integrativos do ordenamento jurídico, tais como a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. Até mesmo uma decisão *contra legem* poderá ser tomada. Em contrapartida, será alta a carga argumentativa de fundamentação, que pode romper as fronteiras do Direito Nacional e buscar fundamentos no Direito Internacional.

⁴ TOLEDO, Cláudia. Reunião de orientação, 12 de maio de 2021, Juiz de Fora, Brasil.

⁵ Conforme dispõe o art. 489, §1º, VI do Código de Processo Civil, se a parte traz em suas manifestações jurídicas um enunciado de súmula ou um julgado tido como precedente, o julgador só não deverá segui-lo se na decisão judicial realizar a distinção (*distinguishing*) ou fundamentar a sua superação (*overruling*).

Se decisões judiciais são *atos institucionais* próprios do Poder Judiciário e é nelas que o órgão judicial fornece justificativas para fundamentar a solução conferida ao caso concreto, ao decidir o Judiciário aplica o Direito que regula a matéria ao caso *sub judice*. Do ponto de vista da teoria do discurso, e conforme o que determina a regra J.7, essa aplicação do Direito implica a vinculação da fundamentação utilizada a leis, precedentes e doutrina (precedência *prima facie* dos argumentos institucionais).

Diante disso, as conclusões parciais às quais se chega são as seguintes:

- 1) Quanto maior a abordagem da demanda em julgamento em leis, precedentes e doutrina, maior a probabilidade de o Judiciário estar agindo dentro de sua esfera de competência;
- 2) Quanto maior a abordagem argumentativa da demanda em julgamento por meio de argumentos não institucionais (práticos gerais e/ou empíricos), maior a probabilidade de atuação judicial fora de sua competência, pois, neste caso, a decisão seria fundamentada em argumentos não especificamente jurídicos (TOLEDO, 2022).

Logo, a identificação do fenômeno ativismo judicial não se trata de uma questão binária de tudo ou nada, mas de gradação. Como fenômeno gradual, o ativismo judicial ou a ingerência judicial indevida na competência de outros Poderes é passível de ser aferido em diferentes graus. Utiliza-se, portanto, uma *escala triádica*, nos moldes alexyanos, composta dos graus *leve, moderado e grave*.

As conclusões parciais apresentadas acima são premissas básicas para se chegar à resposta quanto ao grau de ativismo judicial. Elas funcionam como parâmetros objetivos, com base nos quais se avalia o grau da escala triádica aplicável ao caso concreto. Porquanto tal avaliação é então passível de fundamentação, ela não é resultado de uma escolha subjetiva e irracional entre os três graus da *escala triádica*. A resposta final é capaz de se sustentar sempre que as mesmas premissas aqui utilizadas forem consideradas.

3.1 ARGUMENTOS NÃO INSTITUCIONAIS E CRITÉRIOS

O ativismo judicial é um fenômeno aferido em graus porque a característica essencial de uma “atuação judicial excessiva”, da qual resulta a “ingerência judicial indevida na competência dos demais Poderes”, é a *possibilidade* de o caráter *excessivo* de tal atuação ser *maior* ou *menor*, ou seja, a *possibilidade* de a *ingerência judicial indevida* ser *maior* ou *menor*,

mais ou *menos intensa* (qualitativamente), *mais* ou *menos extensa* (quantitativamente). Tudo que pode ser *maior* ou *menor* é, portanto, passível de avaliação em *níveis* ou *graus*, ou seja, é passível de *gradação* (informação oral)⁶.

Conforme já visto, o discurso jurídico, embora seja marcado pelo uso de argumentos institucionais, funda-se no discurso prático geral, composto por argumentos não institucionais. Muitas vezes estão ainda presentes tanto no discurso prático geral quanto no discurso jurídico, argumentos empíricos. Assim, diante da presença de argumentos não institucionais no discurso jurídico e da assunção de que o Judiciário, cuja competência é aplicar o Direito, deve empregar argumentos especificamente jurídicos (ou institucionais) na solução do caso concreto *sub judice*, a questão que intriga é **até que ponto** os argumentos não institucionais podem fundamentar uma decisão judicial sem transformá-la em um ato institucional de ingerência indevida do Judiciário nos outros Poderes e **como aferir** esse ponto?

O pensamento de Robert Alexy apresenta-se como um sistema, sendo marcado por sua coerência. Portanto, utilizar determinados pressupostos teóricos do autor neste trabalho implica, necessariamente, renunciar determinações *a priori* quanto a qual deve ser o emprego de argumentos institucionais e não institucionais no discurso jurídico. No cenário pós-positivista, *direitos fundamentais* são normas do tipo princípio, definidos como direitos subjetivos de nível constitucional cujo conteúdo são *direitos humanos*. Sendo direitos subjetivos constitucionalmente válidos e exigíveis, reclamam a tutela judicial. Dessa maneira, a competência jurisdicional para proteger esses direitos deve ser a mais ampla possível (SIECKMANN, 2014), haja vista o *suporte fático amplo dos direitos fundamentais* (SILVA, 2006). É incompatível com essas questões a formulação *a priori* de um limite para a presença de argumentos não institucionais com o fim de preservar o marcante emprego de argumentos institucionais no discurso jurídico. Os casos concretos são diversos e, dependendo das circunstâncias fáticas e jurídicas de cada um, há maior ou menor necessidade de integração entre o discurso jurídico e os discursos prático geral e empírico.

Assim, a precedência dos argumentos institucionais em relação aos argumentos não institucionais é *condicionada* e determinada pelas condições fáticas e jurídicas do caso concreto. Consequentemente, a determinação do grau de ativismo também. Por essa razão, primeiro se fornecem critérios e parâmetros para aferir o *peso* e avaliar a *relevância* que possui o argumento na decisão judicial, para depois se chegar ao resultado da aplicação desses critérios e parâmetros.

⁶ TOLEDO, Cláudia. Reunião de orientação, 31 de jan. de 2022, Juiz de Fora, Brasil.

3.2.1 *Ratio decidendi*

A fim de avaliar o peso e a relevância de argumentos não institucionais em uma decisão judicial, o ponto de partida para a busca por critérios e parâmetros é a compreensão da complementaridade entre os discursos e o que preceitua a regra J.7. Como já visto, em virtude da *tese da integração*, o discurso jurídico não se fundamenta exclusivamente em argumentos institucionais. No entanto, nesse discurso há a precedência *prima facie* dos argumentos institucionais. Por outro lado, sendo a precedência dos argumentos institucionais *condicionada*, isso significa que, no caso concreto, com a *devida fundamentação argumentativa*, argumentos não institucionais poderão ser prioritários (informação oral)⁷.

Na fundamentação de decisões judiciais há razões principais e secundárias. Das primeiras é inferido imediatamente o *dispositivo*, elemento constitutivo da decisão que enuncia o resultado do processo decisório. Por isso, razões principais têm caráter decisivo para a solução final da demanda judicial. As razões secundárias, por sua vez, referem-se apenas de modo mediato ao *dispositivo*, possuindo caráter incidental. Na doutrina, os conceitos que melhor traduzem a relação entre as razões principais e secundárias com o dispositivo da decisão judicial são *ratio decidendi*, *rationale* e *obiter dictum*, elementos constitutivos de decisões, típicos do modelo de aplicação de precedentes no sistema *Common Law* (VOJVODIC, 2012).

O papel da *ratio decidendi* na lógica vinculativa dos precedentes é evidenciar a tese central utilizada para solucionar o caso concreto, pois essa tese servirá para orientar decisões sobre futuros casos semelhantes. Enquanto precedentes são decisões “específicas e pontuais” (VOJVODIC, 2012, p. 72) que funcionarão como modelo para as próximas decisões, a *ratio decidendi* é a tese que determina o julgamento, que faz com que um precedente seja ou não aplicado. Não é comum, na literatura voltada ao tema, a elaboração de métodos e/ou critérios para identificação da *ratio decidendi* de uma decisão. Assim, a identificação desse elemento é tarefa árdua, pois a compreensão sobre o tema é fragmentada.

O estudo clássico do autor estadunidense Arthur Lehman Goodhart é dedicado a fornecer “regras” para a determinação da *ratio decidendi* de um caso. Nele, o autor sustenta que um juiz pode prolatar uma decisão sem necessariamente determinar a *ratio decidendi* nas razões em que se baseou. Em razão disso, Goodhart (1930, p. 169) afirma que a identificação da *ratio decidendi* deve se ater à “determinação dos fatos materiais tais como vistos pelo juiz que decidiu o precedente e sua conclusão baseada neles”, pois o juiz somente chega à conclusão a partir dos

⁷ TOLEDO, Cláudia. Reunião de orientação, 31 de jan. de 2022, Juiz de Fora, Brasil.

fatos selecionados por ele como materiais. Assim, primeiro se determinam os fatos gerais tais como vistos pelo juiz, depois se analisa quais são materiais ou não. James Louis Montrose (1957) critica esse entendimento, afirmando que se um juiz não evidencia a *ratio decidendi* nas suas razões de decidir, mas explicita quais fatos escolheu como materiais, a *ratio decidendi* necessariamente subjaz a essa escolha, motivo pelo qual toda decisão teria sua *ratio decidendi*.

Não há clareza no estudo do Goodhart quanto à definição do que seria um fato material. Por outro lado, o autor diz que são fatos presumivelmente imateriais aqueles relacionados à pessoa, tempo, lugar, tipo e quantidade. Isso porque a lei é igual para todos, em todos os momentos e lugares de determinada jurisdição. Montrose (1957, p. 590) conclui que essa distinção feita pelo autor é baseada na diferença entre "razões gerais" e "peculiaridades específicas". Logo, é possível inferir que provavelmente Goodhart entende "fatos materiais" como fatos particulares do caso concreto.

Ainda que esse impasse terminológico seja resolvido, sem critérios objetivos quanto ao que se delimita como fatos materiais ou, pior, sem se saber como é possível determinar fatos tais como visto por um juiz, o elevado nível de subjetividade⁸ acaba por se afastar da ideia norteadora deste trabalho. Além disso, as terminologias "fatos materiais" e "fatos imateriais" mencionadas por ambos os autores estadunidenses não são comumente abordadas na doutrina do sistema jurídico *romano-germânico* à qual se filia o direito brasileiro, situação que dificulta ainda mais a importação desses termos.

Segundo o autor brasileiro e processualista civil Lucas Marcêdo (2014), *ratio decidendi* refere-se às razões de decidir, sendo sinônimo de norma jurídica. Para identificá-la, o autor adverte que é preciso considerar as razões, o conjunto normativo e as circunstâncias do novo caso. Por esses motivos, Marcêdo afirma ser impossível estabelecer um método de identificação da *ratio decidendi* como superior ou correto *a priori*. Para o autor, essa identificação é menos importante se comparada à necessidade de se compreender a longa argumentação desenvolvida na decisão judicial como um todo. Assim, conclui afirmando que a *ratio decidendi* é identificada a partir de um processo interpretativo da argumentação utilizada na decisão, o qual não pode ser "enlaçado por critérios metodológicos *a priori*" (MARCÊDO, 2014, p. 12).

⁸ Goodhart (1930, p. 174-175) ainda afirma que "todos os fatos que o tribunal declara especificamente como imateriais devem ser considerados assim", e que "todos os fatos especificamente declarados como materiais devem ser considerados materiais" (tradução nossa). Ao responder, no artigo, a uma possível crítica de que haveria arbitrariedade na definição dos fatos como vistos pelo juiz, finaliza dizendo que "toda a doutrina do precedente é baseada na teoria de que, como regra geral, os juízes não cometem erros de fato ou de direito" (tradução nossa) (GOODHART, 1930, p. 181).

Não só é possível⁹ analisar a argumentação da decisão para se chegar à identificação da *ratio decidendi*, como é absolutamente devido, haja vista se tratar de conceito muito utilizado na operacionalização do Direito. A racionalização do discurso por meio do estabelecimento de critérios objetivos é exigência basilar. A dificuldade de identificação da *ratio decidendi* não deve conduzir à conclusão da impossibilidade de sua identificação. A dificuldade dessa identificação não afeta nem a possibilidade, nem a relevância, nem tampouco a necessidade de sua realização (informação oral)¹⁰. Com isso, não se almeja chegar ao mais elevado grau de objetividade nas questões jurídicas. O que se busca, na verdade, é conferir o tratamento mais racional possível à questão investigada, diminuindo a arbitrariedade na sua análise (TOLEDO, 2014a).

Pode-se cogitar que a identificação da *ratio decidendi* seja um processo análogo à elaboração de *súmulas vinculantes* no sistema brasileiro. Súmulas são conclusões sintéticas, elaboradas a partir de decisões judiciais (precedentes). No entanto, dois problemas foram identificados nessa aproximação. O primeiro diz respeito ao fato de não haver critérios objetivos para guiar etapas de criação de súmulas na lei que regulamenta a matéria, Lei nº 11.417 (BRASIL, 2006). Ademais, seria necessário examinar debates entre os ministros, o que já exigiria uma outra pesquisa empírica à parte. O segundo problema consiste no fato de que a edição de súmulas é produto da adequação de uma conclusão sintética à análise de várias decisões sobre determinado tema, ao passo que a *ratio decidendi* subjaz a um conjunto de razões principais expostas em uma única decisão (VIEIRA, 1994).

Manuel Atienza (2017, p. 108-109), ao propor modelo para representação e análise de argumentos, afirma que, para que a análise argumentativa de decisões judiciais seja feita, é necessária a compreensão dos elementos que as constituem. Utilizando como referência os elementos que compõem o *brief*¹¹, o autor elenca sete elementos: (1) a narração dos fatos, (2) o problema jurídico, (3) as questões jurídicas, (4) as respostas a essas questões, (5) as razões que fundamentam a decisão, distintas em *rationes decidendi* e *obiter dicta*, (6) a solução do problema e (7) a decisão. Para Atienza, a noção de *ratio decidendi* compreende as “razões que

⁹ A fim de identificar a *ratio decidendi* e os *obiter dicta*, a autora brasileira e processualista civil Tatiana Cruz (2021) utiliza esquema proposto por Stephen Toulmin para análise da racionalidade de decisões judiciais. Cruz analisou o Recurso Extraordinário nº 1.116.949/PR, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de “identificar a alegação, ou seja, a conclusão central do julgamento que, em última análise, seria a *ratio decidendi*, a parte efetivamente vinculante do precedente avaliado” (CRUZ, 2021, p. 676).

¹⁰ TOLEDO, Cláudia. Reunião de orientação, 31 de jan. de 2022, Juiz de Fora, Brasil.

¹¹ Resumos feitos por estudantes nos cursos de Direito dos Estados Unidos.

o juiz ou o tribunal consideram essenciais para confirmar as premissas (normativas ou fáticas) da justificação interna e uma outra série de razões” (ATIENZA, 2017, p. 108).

Ao definir o *holding* como o núcleo da *ratio decidendi*, Atienza (2017, p. 108) afirma que esta é “formulada de maneira concisa e precisa, como quem enuncia uma norma”. Há uma inconsistência nessa definição, pois se o *holding* é o núcleo, é uma parte do todo. No entanto, esse todo é definido pelo autor como “conciso e preciso”. Atienza, embora inicialmente diferencie *holding* de *ratio decidendi*, em outros momentos trata dos dois elementos como se fossem sinônimos¹².

Diante do exposto, percebe-se a existência de diversas concepções sobre o elemento *ratio decidendi* e a dificuldade para encontrar critérios para sua identificação. Da análise crítica da pesquisa bibliográfica realizada no presente trabalho e da consecutiva sistematização sintética das informações levantadas, propõe-se o seguinte conceito de *ratio decidendi*: *tese jurídica universalizável, extraída das razões do caso concreto sub judice, imediatamente correspondente ao dispositivo da decisão*. Trata-se, portanto, de uma conclusão jurídica extraída dos argumentos compreendidos nas principais razões utilizadas para fundamentar a solução de um caso concreto. Essa conclusão jurídica tem pretensão de universalidade, pois seu alto grau de concisão lhe possibilita ser aplicável a outras decisões futuras.

A *ratio decidendi* é identificada nos votos vencedores, nos quais estão as principais razões que fundamentam o dispositivo da decisão. Por ser concisa e decisiva, esse elemento deve corresponder de forma imediata ao dispositivo, que é a solução final conferida ao caso concreto.

3.2.2 Rationales e obiter dicta

O elemento *rationales*, de acordo com o entendimento de Atienza (2017, p. 108), compreende as “razões ou argumentos que sustentam o *holding*”. Conforme já se viu, para o autor, o *holding* é o núcleo da *ratio decidendi*. Por essa razão, o autor afirma que a *rationale* é a *ratio decidendi*, haja vista que esta pode ser entendida no seu sentido estrito (apenas o *holding*) e no sentido amplo (compreendendo o *holding* e a *rationale*). Em seguida, Atienza afirma que a diferença entre os elementos *ratio decidendi* e *rationale* é que o primeiro está diretamente

¹² Marcêdo (2014) também trata como iguais os dois termos. O autor afirma que o termo *ratio decidendi* é mais utilizado no Direito inglês. Já o termo *holding*, por sua vez, é mais utilizado no Direito estadunidense.

ligado à decisão, ao passo que o segundo é a “razão da razão”. A mistura terminológica dificulta a compreensão da exposição. Ademais, é contraditório, simultaneamente, igualar e diferenciar os dois elementos.

As *rationales* dizem respeito às *principais razões da decisão*. É dessas razões que a *ratio decidendi* é extraída. A relevância e a necessidade de identificar a *ratio decidendi* por si só já revela que, embora as *rationales* compreendam a *ratio decidendi* de uma decisão, esses dois elementos não se identificam. As principais razões são verificadas na argumentação dos votos vencedores, pois são eles que fundamentam o dispositivo. As *rationales* não comportam os *obiter dicta*.

Em uma decisão judicial, nem tudo que integra sua fundamentação discursiva é diretamente relevante para a decisão final. Nesse sentido, Thomas Ian McLeod (1996), sob o viés da doutrina dos precedentes, sustenta que os tribunais, ao proferirem sentença, não consideram determinados argumentos da fundamentação, os quais, em razão disso, figuram como *obiter dicta* na justificação daquela decisão. O autor ainda afirma que os *obiter dicta* podem ser tão persuasivos a ponto de, na prática, serem indistinguíveis da *ratio decidendi*. Todavia, na medida em que *obiter dictum* é “definido negativamente, no sentido de que abrange todas as partes de um juízo que podem ser enunciados de direito, mas que não se enquadram na definição de *ratio decidendi*” (tradução nossa) (MCLEOD, 1996, p. 150), não é razoável sustentar que ambos podem vir a ser indistinguíveis. O caráter fortemente persuasivo de um *obiter dictum* é alcançado pela *retórica*, que corresponde ao apelo a emoções e ao uso *estratégico* da linguagem (informação oral).¹³ A *ratio decidendi*, por outro lado, insere-se no contexto da justificação formal. É identificada nas *rationales*, isto é, nas principais razões (nos argumentos racionais) que fundamentam a solução conferida ao caso concreto.

Plug (2000, p. 190) propõe avaliar alguns exemplos do que seriam *obiter dicta* a partir de “pistas linguísticas de estrutura argumentativa” (tradução nossa). De acordo com a autora, determinadas palavras podem auxiliar na identificação da “função argumentativa das expressões verbais” (PLUG, 2000, p. 191). Para Plug (2000, p. 193), *obiter dicta* seriam considerações adicionais próprias que não apoiam diretamente a decisão e, por isso, não têm “função argumentativa”. A autora examinou os indicadores linguísticos em frases e contextos específicos. Da avaliação dos exemplos, não se enunciou pretensão de fornecer critério objetivo. Pelo contrário, a autora deixa clara a necessidade de se considerar o contexto e demais argumentos expressos em proposições que integram o discurso.

¹³ TOLEDO, Cláudia. Reunião de orientação, 31 de jan. de 2022, Juiz de Fora, Brasil.

Glezer (2017, p. 5), por sua vez, caracteriza *obiter dictum* como “toda aquela fundamentação que seria dispensável ou meramente incidental para a resolução daquela demanda”. Segundo o autor, é comum os *obiter dicta* se referirem a questões históricas ou ao direito comparado. Glezer ainda afirma que a identificação do que é *obiter dictum* depende muito mais do *uso* que se faz do argumento do que do *tipo* de argumento em si. Assim, conclui que questões incidentais não são necessariamente “argumentos extrajurídicos”. Nesse sentido, Atienza (2017, p. 108) sustenta que os *obiter dicta* podem ser “afirmações de Direito”.

Da análise crítica das diferentes definições encontradas na pesquisa bibliográfica deste trabalho, propõe-se o conceito de *obiter dicta* como *argumentos secundários dispensáveis para a justificação da decisão*. Com isso, denota-se que, para a identificação de *obiter dicta*, a caracterização do argumento como secundário é relevante tanto quanto o papel que eles desempenham na argumentação.

3.2.3 Peso dos argumentos não institucionais e ativismo judicial — escala triádica

A classificação dos tipos de argumentos do discurso jurídico, prático geral e empírico e a sistematização dos elementos da decisão possibilitam uma abordagem analítica *da argumentação jurídica* utilizada na fundamentação de decisões. A determinação do peso dos argumentos não institucionais dependerá da maior ou menor integração desses argumentos à *ratio decidendi*, às *rationales* e aos *obiter dicta*. Desse modo, deve-se avaliar, sob o aspecto qualitativo e quantitativo:

- 1) Quanto mais estruturada em argumentos *não institucionais* for a *ratio decidendi*, maior a probabilidade de ativismo judicial em grau grave — portanto, menores as chances de atuação judicial dentro de sua esfera de competência;
- 2) Quanto mais estruturadas em argumentos *não institucionais* forem as *rationales*, maior a probabilidade de ativismo judicial em grau moderado — portanto, menores as chances de atuação judicial dentro de sua esfera de competência;
- 3) Quanto mais integrados por *argumentos não institucionais* forem os *obiter dicta*, maior a probabilidade de ativismo judicial em grau leve ou de inexistência de ativismo. — portanto, maiores as chances de atuação judicial dentro de sua esfera de competência (informação oral).¹⁴

¹⁴ TOLEDO, Cláudia. Reunião de orientação, 1 dez. 2021, Juiz de Fora, Brasil.

Os argumentos utilizados como *obiter dicta* são pouco relevantes ou dispensáveis para a fundamentação da decisão. Isso porque quando não são meros ratificadores dos argumentos decisivos, são completamente afastados do objeto central do processo e da solução da demanda. Assim, o grau de relevância dos argumentos não institucionais utilizados nos *obiter dicta* é bastante reduzido ou leve, conforme a escala triádica alexyana, podendo chegar a ser mesmo nulo — caso se refira a questão que não é o objeto do debate, do discurso de fundamentação da decisão (informação oral).¹⁵ Por isso, esses argumentos serão *preteridos* em favor dos argumentos *institucionais* usados, isto é, os argumentos institucionais terão *efetiva precedência* no caso concreto (e não mais apenas precedência *prima facie*) em relação aos argumentos não institucionais. Essa situação corresponde à determinação da regra J.7, ou seja, trata-se de discurso jurídico estruturado de modo completamente adequado à fundamentação de uma decisão judicial, a qual, por sua vez, apresenta-se inteiramente dentro da esfera de competência do Judiciário, não havendo nenhum ativismo judicial nesse caso concreto (informação oral).¹⁶

Deve-se ainda ressaltar que a consideração dos *obiter dicta* tem importância para aferição do grau de ativismo, uma vez que, o fato de o *discurso prático geral* ser o fundamento do *discurso jurídico*, e de a *tese da integração* determinar que “numa discussão sobre o uso dos argumentos jurídicos são admissíveis todos os argumentos possíveis no discurso jurídico” (ALEXY, 2017, p. 238) são situações que atribuem alguma relevância ou peso aos *obiter dicta*, tornando-os argumentos que realmente devem ser analisados para aferição do grau de ativismo (informação oral).¹⁷

Em razão da *precedência prima facie* dos argumentos institucionais na composição da *ratio decidendi*, a presença de argumentos não institucionais no núcleo da decisão exige alta carga argumentativa que lhe justifique. Do contrário, maior será o grau de ativismo.

4 PESQUISA EMPÍRICA

Como mencionado inicialmente, este trabalho tem como base o projeto de pesquisa de iniciação científica PROBIC 2018/2019, intitulado *Judicialização da Política e Politização do Judiciário*, vinculado ao projeto de demanda universal da FAPEMIG, de mesmo título. Esse projeto de demanda universal visava verificar a procedência ou não das críticas de ativismo do

¹⁵ TOLEDO, Cláudia. Reunião de orientação, 22 jan. 2022, Juiz de Fora, Brasil.

¹⁶ TOLEDO, Cláudia. Reunião de orientação, 31 de jan. 2022, Juiz de Fora, Brasil.

¹⁷ TOLEDO, Cláudia. Reunião de orientação, 22 jan. 2022, Juiz de Fora, Brasil.

Judiciário brasileiro. Na hipótese afirmativa, haveria então judicialização da política (dentre outros temas que, tradicionalmente, eram debatidos no âmbito dos Poderes eleitos) e politização do Judiciário. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica, em que se estudaram, em especial, os conceitos e argumentos referentes ao direito ao mínimo existencial¹⁸, tema paradigmático no levantamento da crítica de ativismo ao Poder Judiciário. Em seguida, desenvolveu-se pesquisa empírico-jurisprudencial, de natureza exploratória, objetivando a identificação de qual tratamento o Poder Judiciário brasileiro vinha destinando ao direito ao mínimo existencial. Foram selecionadas e analisadas as decisões colegiadas definitivas, prolatadas em 2004 e em 2017¹⁹, que faziam referência à expressão de busca “mínimo existencial” no STF e no Tribunal de Justiça de um estado representativo de cada uma das cinco regiões brasileiras — Rondônia, na região Norte; Pernambuco, no Nordeste; Mato Grosso, no Centro-Oeste; Minas Gerais, no Sudeste; e Paraná, no Sul. Procedeu-se à análise da fundamentação das decisões judiciais selecionadas, segundo a classificação argumentativa exposta acima, formulada com base nas obras de Alexy e Habermas, estudadas na pesquisa bibliográfica desenvolvida. Elaborou-se quadro de fichamento para a análise dos argumentos integrantes das decisões judiciais examinadas.

No projeto PROBIC, em que se baseia o presente trabalho, procedeu-se à pesquisa empírica especificamente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), no qual foram selecionadas 196 decisões²⁰, conforme os parâmetros expostos.

Para as finalidades aqui propostas, foi necessária a reavaliação das decisões levantadas, uma vez que se partiu de duas das conclusões do projeto de demanda universal ao qual se vinculava o projeto PROBIC (no qual se baseia este trabalho), quais sejam, a de que *há* efetivamente *ativismo judicial* nos tribunais brasileiros estudados e a de que o *ativismo judicial* é fenômeno *gradual*. Pretendeu-se então, na presente pesquisa, a aferição do *grau de ativismo* do TJMG, como um dos tribunais representativos do Poder Judiciário nacional. Porquanto foi necessária a realização de maior detalhamento na investigação analítica dos argumentos

¹⁸ Direito ao mínimo existencial é direito fundamental social não positivado, formado pelo *núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais considerados indispensáveis para a garantia de um nível elementar de dignidade humana*. Em caso de mudança da realidade socioeconômica do país, muda também a delimitação do conteúdo desse direito. No Brasil, embora tal conteúdo seja controverso, pacífica é a inclusão do núcleo essencial dos direitos à saúde e à educação no direito ao mínimo existencial nacional (TOLEDO, Cláudia *et al.*, 2020).

¹⁹ A razão para a escolha desses anos se deve ao fato de que em 2004 houve a primeira menção literal à expressão *mínimo existencial* na jurisprudência do STF e 2017 foi o ano de início do projeto de demanda universal da FAPEMIG, ao qual este projeto PROBIC se vinculava. O projeto PROBIC 2018/2019, no qual se baseia este TCC, deu continuidade à pesquisa empírica iniciada no projeto anterior, PROBIC 2017/2018.

²⁰ Esse número refere-se apenas a decisões colegiadas das Câmaras Cíveis, órgão responsável pelos acórdãos relativos ao direito ao *mínimo existencial*.

utilizados na fundamentação das decisões judiciais examinadas, foi imperativa a limitação dessa nova e mais refinada avaliação a 20% do total de 196 decisões, ou seja, para a elaboração deste trabalho foram analisadas 39 decisões. As decisões investigadas foram do ano 2017 em razão de sua maior atualidade e, portanto, de sua maior correspondência ao contexto da realidade contemporânea.

4.1 RESULTADO DA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Para a disposição dos elementos da decisão (*ratio decidendi*, *rationales e obiter dicta*), dos tipos de argumentos (argumentos *institucionais* e *não institucionais*) e dos dados do processo (ação, data, relator, recorrente, recorrido, endereço eletrônico e situação fática), elaborou-se um quadro de fichamento a fim de tratar da abordagem analítica das informações buscadas.

Houve presença de argumentos institucionais em 100% das decisões — 92% dos acórdãos mencionaram leis, 77% citam precedentes e 31% citam doutrina. Nas decisões em que não houve menção a leis, foram citados precedentes. Em todas as 39 decisões foram verificados argumentos não institucionais. Assim, analisou-se não só a *quantidade*, em números absolutos, de argumentos não institucionais mencionados no total de 39 decisões, mas também a frequência do uso de cada um deles nesse total de decisões.

Tabela 1 - TJMG — Argumentos Não Institucionais Práticos Gerais

ARGUMENTOS NÃO INSTITUCIONAIS		
Discurso Prático Geral	Quantidade de argumentos (em números absolutos)	Número e Percentual de decisões (em que foi utilizado o argumento)
Argumentos Pragmáticos	13	12 (31%)
Argumentos Éticos	18	12 (31%)
Argumentos Morais	5	5 (13%)

Fonte: elaborada pela autora.

Conforme a tabela 1, é notória maior utilização de argumentos *pragmáticos* e *éticos*. Deste modo, a utilização de raciocínio baseado na relação de meio-fim, a partir dos valores de eficiência e utilidade, está presente em 31% decisões, tendo havido referência a argumentos pragmáticos 13 vezes, no total de 39 decisões. Os argumentos *éticos* foram os mais utilizados, dentre os argumentos não institucionais práticos gerais, o que mostra considerável recurso a noções abstratas relativas ao modo como os indivíduos compartilham seus valores, ideais e

objetivos comuns em sociedade: identificaram-se 18 argumentos éticos, utilizados em 12 decisões (31% das decisões estudadas). Argumentos morais, por sua vez, foram utilizados em 13% das decisões, em uma quantidade correspondente a 5 argumentos.

Pode-se citar o trecho abaixo como exemplo utilização de argumento *pragmático* no Agravo de Instrumento 1.0134.14.018148-5/002.

Não se apresenta razoável, em termos de políticas públicas de seleção de medicamentos, o acompanhamento em tempo real das inovações da indústria farmacêutica, principalmente, pelo fato de que todo novo medicamento lançado traz em seu preço o custo da pesquisa (TJMG, 2017, online).

No que diz respeito ao argumento *ético*, cita-se como exemplo a utilização deste na Apelação Cível 1.0024.16.044343-8/001, decisão que trata do direito à educação:

[...] não há que se falar em ingerência do Judiciário na atuação do Executivo e Legislativo, na medida em que aquele apenas atua nos casos de omissão ilegal dos órgãos competentes, tal como no caso em questão, em que o Estado ergue barreiras burocráticas que impedem os menores carentes de concretizar seu direito fundamental de acesso às escolas (TJMG, 2017, online).

Quanto a argumentos *morais*, é explícita a referência ao “interesse simétrico de todos” no Agravo de Instrumento 1.0000.16.069716-5/001, decisão que trata do direito à saúde em ação que pleiteou o fornecimento mensal de fraldas descartáveis a todos os usuários do SUS residentes em Belo Horizonte. Afirma-se que “os Poderes constituídos somente se legitimam se atuarem em vista da consecução do bem comum” (TJMG, 2017, online).

Tabela 2 - TJMG — Argumentos Não Institucionais Empíricos

ARGUMENTOS NÃO INSTITUCIONAIS		
Discurso Empírico	Quantidade de argumentos (em números absolutos)	Número e Percentual de decisões (em que foi utilizado o argumento)
Fatos Concretos	19	18 (46%)
Dados Científicos	33	26 (67%)

Fonte: elaborada pela autora.

No discurso empírico, dos argumentos não institucionais mais utilizados, aqueles referentes a *dados científicos* se destacam, pois estão presentes em 67% das decisões analisadas, em um total de 33 argumentos. Esse tipo de argumento foi marcadamente presente em decisões sobre direito à saúde em que se pleiteavam medicamentos. Por outro lado, argumentos relativos a *fatos concretos* foram encontrados em 46% das decisões, tendo sido utilizados 19 argumentos.

Como exemplo de argumento *empírico* relativo a *atos concretos*, pode-se mencionar este utilizado no Recurso Cível 0479.17.002167-5, que trata sobre o fornecimento de medicamento:

[...] a falta de previsão orçamentária do Estado para fazer frente as despesas com obrigações relativas à saúde pública revela o descaso para com os administrados e a ordem constitucional, e que não afasta ou fere a independência dos poderes (TJMG, 2017, online).

Por fim, quanto ao argumento referente a *dados científicos*, colaciona-se o seguinte argumento utilizado na Apelação Cível 1.0024.13.251376-3/001, decisão sobre direito à saúde:

[...] segundo Notas Técnicas retiradas do site deste Tribunal, não há evidências de que o medicamento pleiteado - "temozolomida", seja superior ao medicamento 'carmustina'. REVISÃO DA LITERATURA: No único estudo clínico de fase III publicado envolvendo temozolomida, este tratamento foi comparado com placebo (nenhum tratamento), em associação à radioterapia para gliomas de alto grau. No estudo, a proporção de sobreviventes em 5 anos (9,8%) foi significativa, porém de magnitude similar à observada anteriormente com radioterapia isolada (15,0%) ou associada à carmustina (22,0%) no estudo RTOG 7401/ECOG 1374.4 Não há demonstração de que a temozolomida seja mais segura ou eficaz que a carmustina, ou outra terapia antineoplásica associada à radioterapia, para doentes com gliomas grau III ou IV. CONCLUSÃO: o glioblastoma multiforme é um tumor agressivo com prognóstico reservado. O medicamento temozolomida (Temodal(r)) juntamente com a radioterapia apresentou ganho marginal de sobrevida, semelhante ao ganho observado com o medicamento carmustina (TJMG, 2017, online).

A análise da relação dos argumentos não institucionais com os elementos da decisão (*ratio decidendi*, *rationales* e *obiter dicta*) resultou nos dados abaixo. Foi considerada a quantidade de argumentos não institucionais usados e a frequência de sua utilização.

Tabela 3 - TJMG — Argumentos Não Institucionais nos Elementos das Decisões

UTILIZAÇÃO DE ARGUMENTOS NÃO INSTITUCIONAIS NOS ELEMENTOS DAS DECISÕES		
Elementos das Decisões	Quantidade de Argumentos	Número e Percentual de Decisões
<i>Obiter Dicta</i>	24	20 (51%)
<i>Rationales</i>	57	33 (85%)
<i>Ratio Decidendi</i>	7	6 (15%)

Fonte: elaborada pela autora.

Das 39 decisões avaliadas, 51% (20 decisões) possuem argumentos não institucionais nos *obiter dicta*, ou seja, em mais da metade das decisões, os argumentos não institucionais são mencionados apenas como *argumentos secundários*, *dispensáveis para a justificação da*

decisão. Na maior parte dessas 20 decisões (em 16 acórdãos), foi utilizado apenas 1 argumento não institucional nos *obiter dicta* de cada decisão. Somente em 4 acórdãos foram utilizados mais argumentos não institucionais por decisão (2 argumentos em cada um desses acórdãos).

Como exemplo de referência a argumento não institucional como *obiter dictum*, transcreve-se o seguinte trecho da Apelação Cível 1.0693.14.015205-1/003:

[...] **tinha entendimento firmado de que**, na defesa do direito social à prestação dos serviços de saúde, não se poderia olvidar das políticas públicas, da escassez de recursos e, inclusive, do princípio da isonomia, pois determinar uma medida de caráter individual iria ferir o princípio da razoabilidade e prejudicar, ainda que indiretamente, outros indivíduos que igualmente dependem dos recursos públicos para a satisfação de seus direitos. **Contudo** [...], o princípio da reserva do possível não pode se sobrepor à efetivação do direito fundamental à vida e à saúde. (TJMG, 2017, online) [grifos acrescidos]

Esse argumento não confere apoio à decisão. Ele apenas expõe uma compreensão que, diante das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso *sub judice*, não pode ser sustentada. O próprio voto do desembargador pela garantia do interesse fundamental em detrimento do interesse do Estado já implica a rejeição àquele entendimento, pois confronta o argumento anterior com a compreensão de que “o princípio da reserva do possível não pode se sobrepor à efetivação do direito fundamental à vida e à saúde” (2017, p. 5). Portanto, trata-se de um *argumento secundário, que é dispensável para a justificação da decisão*.

Integra a composição do argumento acima o seguinte trecho:

[...] tinha entendimento firmado de que, na defesa do direito social à prestação dos serviços de saúde, não se pode olvidar das políticas públicas, da escassez de recursos e, inclusive, do princípio da isonomia, **pois determinar uma medida de caráter individual fere o princípio da razoabilidade e prejudica, ainda que indiretamente, outros indivíduos que igualmente dependem dos recursos públicos para satisfação de seus direitos**. (TJMG, 2017, online) [grifos acrescidos]

Trata-se de um argumento *pragmático*, no qual critérios de eficiência e utilidade compõem a relação meio — na garantia de direito social, não se pode desconsiderar políticas públicas, escassez de recursos e o princípio da isonomia — e fim — pois garantir um direito individualmente fere o princípio da razoabilidade e prejudica outros indivíduos que também dependem dos recursos públicos para que seus direitos sejam satisfeitos. Assim, esse argumento não institucional *pragmático* integra aquele *obiter dicta* mencionado acima.

Quanto às *rationales*, que dizem respeito às *principais razões da decisão*, a tabela 3 evidencia ter se tratado do elemento mais permeado por argumentos não institucionais.

Integraram as *rationales* de 85% das decisões (33 decisões) 57 argumentos não institucionais. Tais argumentos foram distribuídos de acordo com os números registrados na tabela 4 abaixo:

Tabela 4 – TJMG – Argumentos Não Institucionais Utilizados nas *Rationales*

ARGUMENTOS NÃO INSTITUCIONAIS UTILIZADOS NAS <i>RATIONALES</i>	
Número e Percentual de Decisões	Quantidade de Argumentos por Decisão
17 (52%)	1
10 (30%)	2
4 (12%)	3
2 (6%)	4

Fonte: elaborada pela autora.

Da tabela 4, nota-se que na maioria vezes (em 52% das decisões), utilizou-se apenas 1 argumento não institucional nas *rationales*. Como exemplo de referência a esse tipo de argumento nas *rationales*, citam-se as seguintes, utilizadas na Apelação Cível 1.0024.16.044343-8/001:

A sua política educacional [do município], por certo, não tem conseguido reverter, de forma efetiva, o estado de privação anterior de insuficiência de vagas. No caso dos autos verifica-se que a despeito de ter realizado sua inscrição na UMEI próxima à sua residência, não foi ofertada vaga na educação básica para o menor.

[...]

O artigo 157, §1º da LOM de Belo Horizonte, prevê expressamente que é dever do Município o "atendimento obrigatório e gratuito em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade, em horário integral, bem como acesso automático ao ensino de primeiro grau (TJMG, 2017, online).

O argumento não institucional *ético* identificado nessa Apelação Cível acima aduz que

[...] não há que se falar em ingerência do Judiciário na atuação do Executivo e Legislativo, na medida em que aquele apenas atua nos casos de omissão ilegal dos órgãos competentes, tal **como no caso em questão, em que o Estado ergue barreiras burocráticas que impedem os menores carentes de concretizar seu direito fundamental de acesso às escolas** (TJMG, 2017, online). [grifos acrescidos]

Esse argumento se relaciona com as *rationales* expostas acima, pois fornece justificativas para a conduta do Judiciário de que, diante do descumprimento da disposição normativa do Poder Executivo, esse órgão pode atuar, pois a atuação estaria “em conformidade com o princípio constitucional de que nenhuma lesão a direito pode ser excluída de sua apreciação” (TJMG, 2017, p. 20).

Finalmente, quanto à presença de argumentos não institucionais na *ratio decidendi* — *tese jurídica universalizável, extraída das razões do caso concreto sub judice, imediatamente correspondente ao dispositivo da decisão* —, foram contabilizadas 6 decisões. Foram identificados 7 argumentos não institucionais. Em quase todas essas decisões (em 5 delas), utilizou-se apenas 1 argumento não institucional na *ratio decidendi*. Apenas 1 dos acórdãos possui 2 argumentos não institucionais na *ratio decidendi*.

Como exemplo de utilização de argumento não institucional na *ratio decidendi*, cita-se a já mencionada decisão Apelação Cível 1.0024.16.044343-8/001. Sua *ratio decidendi* foi identificada como: “[É] direito da criança constitucionalmente previsto [...] ser matriculado em escola próxima à sua residência [...]” (TJMG, 2017, p. 24).

O argumento não institucional *ético* dessa Apelação Cível, que se relaciona com a *ratio decidendi* acima, declara que

[...] restou comprovada a ofensa ao direito da criança constitucionalmente previsto, de ser matriculado em escola próxima à sua residência (art. 208 da CF), **não se afigurando razoável exigir de sua mãe, pessoa carente, que se desloque diariamente por grandes distâncias para levar o menor a outra unidade escolar** (TJMG, 2017, online) [grifos acrescidos]

4.2 CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE A ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Dos resultados auferidos na pesquisa empírica realizada na jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais no ano de 2017, mencionam-se as seguintes considerações:

- 1) É elevado o número de argumentos não institucionais (*pragmáticos, éticos, morais, fatos concretos e dados científicos*) utilizados nas decisões judiciais examinadas. Conforme exposto, a avaliação do peso desses argumentos nas decisões depende tanto de sua maior ou menor utilização nos elementos da decisão — *ratio decidendi, rationales e obiter dicta* —, quanto da identificação de em qual desses elementos eles são mencionados;
- 2) Na jurisprudência analisada, muitos dos argumentos não institucionais utilizados (24 argumentos em 20 decisões) como *obiter dicta* ou se mostravam afastados do objeto central do processo e da solução da demanda, ou se configuravam como meros ratificadores dos argumentos institucionais decisivos;

- 3) Comparativamente aos demais elementos (*obiter dicta* e *ratio decidendi*), tanto em quantidade de argumentos não institucionais (57 argumentos), quanto na frequência de sua utilização (em 85% das decisões), a referência a argumentos não institucionais nas *rationales* foi marcadamente superior;
- 4) A presença de argumentos não institucionais na *ratio decidendi* foi notadamente inferior à sua ocorrência nos outros dois elementos. Foram somente 7 argumentos não institucionais em 6 decisões.

Como visto, quanto mais estruturadas em argumentos *não institucionais* forem as *rationales*, maior a probabilidade de ativismo judicial em grau moderado. Em outras palavras, quanto mais argumentos não institucionais se integrarem às *rationales*, menores as chances de atuação judicial dentro de sua esfera de competência.

Isso porque se assume que o Judiciário, cuja competência é aplicar o Direito, deve empregar argumentos do discurso jurídico na solução do caso concreto. Assim, quanto mais as decisões judiciais tomadas forem integradas por argumentos não institucionais em suas *principais razões*, maiores as chances de o Judiciário estar agindo fora da margem de sua esfera de competência.

Portanto, tendo em vista que o ativismo judicial é um fenômeno aferido em uma estrutura gradual (graus *leve*, *moderado* e *grave*), conclui-se, a partir dos critérios adotados nesta pesquisa, que *o ativismo judicial desempenhado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, enquanto integrante do Poder Judiciário brasileiro, pode ser considerado como, no máximo, moderado.*

CONCLUSÃO

Este trabalho se baseou nos resultados de projeto de pesquisa desenvolvido na graduação pela autora, sob coordenação da mesma professora orientadora deste Trabalho de Conclusão de Curso. No trabalho que ora se apresenta, pretendeu-se analisar detalhadamente os resultados até então alcançados, visando ao refinamento e avanço nas conclusões obtidas. Assim, no projeto de pesquisa que deu origem a esta investigação, chegou-se à conclusão final de existência de ativismo judicial nos tribunais então estudados — STF e um TJ de cada uma das regiões brasileiras. Destarte, o objetivo geral desta pesquisa que ora se apresenta foi *aferir o grau desse ativismo judicial*

Para tanto, utilizaram-se conceitos elaborados no projeto de pesquisa base deste trabalho, formularam-se outros conceitos que se fizeram necessários para a presente investigação, bem como buscaram-se novos critérios que se mostraram devidos, a partir de análise reflexiva e da revisão da literatura selecionada na pesquisa bibliográfica realizada.

Desse modo, com fundamento na pesquisa anterior, conceituou-se *ativismo judicial* como ingerência indevida do Poder Judiciário na competência dos outros Poderes Públicos. Diferentemente, *controle judicial* foi definido como exercício adequado da função jurisdicional, isto é, da revisão judicial dos atos e omissões dos Poderes Legislativo e Executivo, dentro das margens de competência judicial, em cumprimento ao sistema de freios e contrapesos.

Para avaliação objetiva do grau de ativismo do desempenho judicial, o projeto de pesquisa original havia examinado argumentativamente as decisões judiciais selecionadas. A análise de tais decisões para fins de identificação de ativismo judicial justifica-se pelo fato de que, para a avaliação da atuação de um Poder Público, devem-se examinar os *atos institucionais* típicos desse Poder. Decisões judiciais são os *atos institucionais* por excelência do Poder Judiciário e, como são *atos discursivos*, devem ter seus argumentos examinados. Os parâmetros para sua investigação foram buscados na *teoria do discurso* de Jürgen Habermas e na *teoria da argumentação jurídica* de Robert Alexy. Elaborou-se então *classificação argumentativa* em que se distinguiram os *discursos prático geral, jurídico e empírico*, tendo-se discriminado os tipos de argumentos que pertencem a cada discurso. Os discursos *prático e empírico* são compostos por argumentos *não institucionais*. O discurso jurídico, como *caso especial* do discurso prático geral, é vinculado a argumentos *institucionais*. Por sua vez, os argumentos *não institucionais* do discurso prático geral diferenciam-se em argumentos *pragmáticos, éticos e morais*. Os argumentos *não institucionais* do discurso empírico distinguem-se em argumentos referentes a *fatos concretos e a dados científicos*. Finalmente, os argumentos *institucionais* do discurso jurídico compõem-se de *leis, precedentes e doutrina*.

O discurso *jurídico*, como caso especial do discurso prático geral, embora seja marcado pelo uso de argumentos *institucionais*, funda-se nesse discurso (*tese de integração*), que é composto por argumentos *não institucionais*. Muitas vezes estão ainda presentes, tanto no discurso prático geral quanto no discurso jurídico, argumentos *empíricos*, que também são argumentos *não institucionais*.

A presença de argumentos *não institucionais* no discurso jurídico, por um lado, e assunção de que o Poder Judiciário, cuja competência é aplicar o Direito, deve empregar

argumentos especificamente jurídicos (ou institucionais) na solução do caso concreto *sub judice*, por outro lado, implicam o caráter não absoluto da precedência dos argumentos institucionais em relação aos argumentos não institucionais. Ao contrário, trata-se de precedência *condicionada*, a qual é determinada pelas condições fáticas e jurídicas do caso concreto. Consequentemente, a determinação do grau de ativismo também dependerá da análise do caso concreto.

Assim, para avaliar o peso e a relevância de argumentos não institucionais em uma decisão judicial, compreendeu-se que na fundamentação de decisões judiciais há razões principais e secundárias. Na doutrina, os conceitos que melhor traduzem a relação entre as razões principais e secundárias com o dispositivo da decisão judicial são *ratio decidendi*, *rationale* e *obiter dictum*, elementos constitutivos de decisões, típicos do modelo de aplicação de precedentes no sistema *Common Law*. Logo, a determinação do peso dos argumentos não institucionais dependerá da maior ou menor integração desses argumentos à *ratio decidendi*, às *rationales* e aos *obiter dicta*.

Ratio decidendi foi definida como *tese jurídica universalizável, extraída das razões do caso concreto sub judice, imediatamente correspondente ao dispositivo da decisão*. Em razão da concisão e do caráter decisivo dessa tese, argumentos não institucionais podem até integrar a *ratio decidendi*, mas, para que sejam prioritários, a carga argumentativa deve ser bastante elevada, uma vez que a precedência *prima facie* é dos argumentos institucionais. Assim, quanto mais estruturada em argumentos *não institucionais* for a *ratio decidendi*, maior a probabilidade de ativismo judicial em grau grave.

Rationales foram entendidas como as *principais razões da decisão*, das quais a *ratio decidendi* é extraída. Tanto a *ratio decidendi* quanto as *rationales* são identificadas nos votos vencedores. Da relação entre as *rationales* e a precedência condicionada dos argumentos institucionais, obtém-se a conclusão de que quanto mais estruturadas em argumentos *não institucionais* forem as *rationales*, maior a probabilidade de ativismo judicial em grau moderado.

Por fim, *obiter dicta* são *argumentos secundários dispensáveis para a justificação da decisão*. Portanto, em relação a eles, conclui-se que quanto mais integrados por *argumentos não institucionais* forem os *obiter dicta*, maior a probabilidade de ativismo judicial em grau leve ou de inexistência de ativismo. O grau de relevância dos argumentos não institucionais utilizados nos *obiter dicta* é bastante reduzido ou leve. Por isso, esses argumentos serão

preteridos em favor dos argumentos *institucionais* usados, isto é, os argumentos institucionais terão *efetiva precedência* no caso concreto em relação aos argumentos não institucionais.

Na pesquisa empírica realizada, constatou-se que no TJMG o recurso a argumentos *pragmáticos* e *éticos* é notadamente maior (em 31% das decisões estudadas) se comparado ao recurso a argumentos *morais* (em 13% dos julgados). Dos argumentos não institucionais empíricos, destacam-se aqueles referentes a *dados científicos*, presentes em 67% das decisões analisadas, ao passo que os argumentos relativos a *fatos concretos* foram encontrados em 46% das decisões.

Na análise da relação dos argumentos não institucionais com os elementos da decisão (*ratio decidendi*, *rationales* e *obiter dicta*), verificou-se que eles foram mencionados como *obiter dicta* em mais da metade (51%) das decisões. No entanto, na maior parte dessas decisões (80%), foi utilizado apenas 1 argumento não institucional como *obiter dictum*. Já as *rationales* foram o elemento mais permeado (em 85% das decisões) por argumentos não institucionais, embora na maioria vezes tenha-se utilizado apenas 1 argumento não institucional. Por fim, no que diz respeito à *ratio decidendi*, raramente foram nela identificados argumentos não institucionais (apenas em 15% das decisões), tendo utilizado apenas 1 argumento não institucional na *ratio decidendi* em praticamente todos os julgados.

A partir dos critérios adotados nesta pesquisa, quanto mais argumentos não institucionais forem empregados (quantidade) e quanto maior for o seu peso (qualidade) na fundamentação da decisão judicial, maiores as chances de o Poder Judiciário estar agindo fora da esfera de sua competência.

Do ponto de vista quantitativo, enquanto foram utilizados argumentos institucionais em 100% das decisões — 92% dos acórdãos mencionaram leis, 77% citam precedentes, tendo 31% deles também citado doutrina —, argumentos não institucionais práticos foram utilizados em uma média de 25% das decisões, já os argumentos não institucionais empíricos, em uma média de 57% dos julgados.

Do ponto de vista da *relevância* ou do *peso* dos argumentos na decisão judicial, aproximadamente metade dos argumentos *não institucionais* foram utilizados como *obiter dicta*, enquanto apenas em 15% das decisões citaram esses argumentos em sua *ratio decidendi*. A maior parte dos argumentos não institucionais foram mencionados nas *rationales* (85% deles). Porquanto se atribui o peso leve aos argumentos presentes nos *obiter dicta* em função de sua pequena relevância para decisão tomada, e, ao contrário, confere-se peso grave àqueles constantes da *ratio decidendi*, devido ao papel essencial que desempenham naquela sentença.

Por sua vez, avalia-se como *moderado* o peso dos argumentos utilizados nas *rationales*, justamente em face de sua importância mediana para a fundamentação da decisão.

Conforme os critérios adotados neste trabalho, quanto mais argumentos não institucionais se integrarem às *rationales*, menores as chances de atuação judicial dentro de sua esfera de competência. Por conseguinte, e tendo em vista que o ativismo judicial é um fenômeno aferido em uma estrutura gradual (graus *leve*, *moderado* e *grave*), conclui-se que *o ativismo judicial desempenhado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, enquanto integrante do Poder Judiciário brasileiro, pode ser considerado como, no máximo, moderado.*

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

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

BRASIL. Lei nº 13.300, de 13 junho 2016. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm. Acesso em 31 jan. 2022.

BRASIL. Lei nº 11.417, de 19 dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11417.htm. 20 jan. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível/Remessa Necessária 1.0024.16.044343-8/001*. Relator: Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto. Belo Horizonte, 07 jul. 2017. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?paginaNumero=58&linhasPorPagina=1&numeroRegistro=58&totalLinhas=191&palavras=%A8m%EDnimo%20existencial%A8&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: 30 mar. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Agravo de Instrumento 1.0134.14.018148-5/002*. Relator: Des. Bitencourt Marcondes. Belo Horizonte, 04 jul. 2017. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?paginaNumero=78&linhasPorPagina=1&numeroRegistro=78&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: 04 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível 1.0024.13.251376-3/001*. Relator: Des. Luís Carlos Gambogi. Belo Horizonte, 11 maio 2017. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=109&totalLinhas=191&paginaNumero=109&linhasPorPagina=1&palavras=%2522m%E Dnimo%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: 16 jul. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Recurso Cível nº 0479 17 002167-5. Relatora: Des. Flávio Catapani. Belo Horizonte, 27 abr. 2017. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/downloadArquivo.do?sistemaOrigem=1&codigoArquivo=13440181&hashArquivo=ebf9ce7bae1395db147cad5c96894236>. Acesso em: 23 dez. 2018

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível 1.0693.14.015205-1/003*. Relator: Des. Peixoto Henriques. Belo Horizonte, 19 set. 2017 Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=4&totalLinhas=191&paginaNumero=4&linhasPorPagina=1&palavras=%2522m%EDnimo%20existencial%2522&pesquisarPor=ementa&orderByData=1&dataJulgamentoInicial=01/01/2017&dataJulgamentoFinal=31/12/2017&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 15 fev. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Agravo de Instrumento 1.0775.16.002150-4/001*. Relatora: Des. Albergaria Costa. Belo Horizonte, 30 nov. 2017. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=4&totalLinhas=191&paginaNumero=4&linhasPorPagina=1&palavras=%2522m%EDnimo%20existencial%2522&pesquisarPor=ementa&orderByData=1&dataJulgamentoInicial=01/01/2017&dataJulgamentoFinal=31/12/2017&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 25 dez. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível/Remessa Necessária 1.0005.16.002486-4/001*. Relatora: Des. Albergaria Costa. Belo Horizonte, 09 nov. 2017. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?paginaNumero=7&linhasPorPagina=1&numeroRegistro=7&totalLinhas=191&palavras=%2522m%EDnimo%20existencial%2522&pesquisarPor=ementa&orderByData=1&dataJulgamentoInicial=01/01/2017&dataJulgamentoFinal=31/12/2017&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 21 dez. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível 1.0439.15.016844-1/002*. Relator: Des. Luís Carlos Gambogi. Belo Horizonte, 09 nov. 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&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: 15 jan. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível 1.0480.16.008286-7/001*. Relatora: Des. Hilda Teixeira da Costa. Belo Horizonte, 08 nov. 2017. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?paginaNumero=21&linhasPorPagina=1&numeroRegistro=21&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 jan. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível/Remessa Necessária 1.0024.14.264013-5/001*. Relatora: Des. Hilda Teixeira da Costa. Belo Horizonte, 03 out. 2017. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?paginaNumero=29&linhasPorPagina=1&numeroRegistro=29&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: 01 fev. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível/Remessa Necessária 1.0701.15.038861-2/001*. Relatora: Des. Albergaria Costa. Belo Horizonte, 16 ago. 2017. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?paginaNumero=41&linhasPorPagina=1&numeroRegistro=41&totalLinhas=191&palavras=M%EDnimo%20existencial&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: 10 mar. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível/Remessa Necessária 1.0024.15.135658-1/001*. Relatora: Des. Albergaria Costa. Belo Horizonte, 11 ago. 2017. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?paginaNumero=49&linhasPorPagina=1&numeroRegistro=49&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: 17 mar. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Agravo de Instrumento 1.0183.17.004200-0/001*. Relator: Des. Adriano de Mesquita Carneiro. Belo Horizonte, 10 ago. 2017.

Disponível em:

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Remessa Necessária 1.0024.13.162057-7/001*. Relatora: Des. Hilda Teixeira da Costa. Belo Horizonte, 08 ago. 2017. Disponível em:

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível 1.0091.12.001229-8/001*.

Relatora: Des. Albergaria Costa. Belo Horizonte, 13 jul. 2017. Disponível em:

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível 1.0183.15.008892-4/002*.

Relatora: Des. Ângela de Lourdes Rodrigues. Belo Horizonte, 27 jul. 2017. Disponível em:

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível/Remessa*

Necessária 1.0372.16.001239-2/001. Relatora: Des. Albergaria Costa. Belo Horizonte, 25 maio 2017. Disponível em:

20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquis ar&. Acesso em: 02 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Remessa Necessária-Cv 1.0024.14.125955-6/001*. Relatora: Des. Hilda Teixeira da Costa. Belo Horizonte, 12 jul. 2017. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?paginaNumero=76&linhasPorPagina=1&numeroRegistro=76&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=Pesquis ar&>. Acesso em: 04 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível 1.0024.12.132559-1/001*. Relator: Des. Marcelo Rodrigues. Belo Horizonte, 27 jul. 2017. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?paginaNumero=89&linhasPorPagina=1&numeroRegistro=89&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: 09 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível 1.0109.13.001381-5/001*. Relator: Des. Luís Carlos Gambogi. Belo Horizonte, 25 maio 2017. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=94&totalLinhas=191&paginaNumero=94&linhasPorPagina=1&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: 16 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível 1.0470.13.004814-8/001*. Relator: Des. Sandra Fonseca. Belo Horizonte, 16 maio 2017. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?paginaNumero=96&linhasPorPagina=1&numeroRegistro=96&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 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível/Remessa Necessária 1.0024.15.209526-1/001*. Relator: Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto. Belo Horizonte, 24 abr. 2017. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=97&totalLinhas=191&paginaNumero=97&linhasPorPagina=1&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&>

entoFinal=31/12/2017&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&. Acesso em: 23 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível 1.0439.15.014608-2/002*. Relator: Des. Luís Carlos Gambogi. Belo Horizonte, 11 maio 2017. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?paginaNumero=108&linhasPorPagina=1&numeroRegistro=108&totalLinhas=191&palavras=%2522m%EDni mo%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: 04 jul. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Agravo de Instrumento-Cv 1.0142.16.000190-5/002*. Relator: Des. Luís Carlos Gambogi. Belo Horizonte, 04 maio 2017. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?paginaNumero=110&linhasPorPagina=1&numeroRegistro=110&totalLinhas=191&palavras=%2522m%EDni mo%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: 16 jul. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Remessa Necessária-Cv 1.0386.12.001003-1/004*. Relator: Des. Hilda Teixeira da Costa. Belo Horizonte, 25 abr. 2017. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?paginaNumero=111&linhasPorPagina=1&numeroRegistro=111&totalLinhas=191&palavras=%2522m%EDni mo%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: 16 jul. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível 1.0439.14.008303-1/002*. Relator: Des. Marcelo Rodrigues. Belo Horizonte, 04 abr. 2017. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=121&totalLinhas=191&paginaNumero=121&linhasPorPagina=1&palavras=%2522m%E Dnimo%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: 30 jul. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível/Remessa Necessária 1.0024.16.042920-5/001*. Relator: Des. Ângela de Lourdes Rodrigues. Belo Horizonte, 24 mar. 2017. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=124&totalLinhas=191&paginaNumero=124&linhasPorPagina=1&palavras=%2522m%E Dnimo%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: 6 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Agravo de Instrumento 1.0000.16.069716-5/001*. Relator: Des. Audebert Delage. Belo Horizonte, 14 mar. 2017. Disponível em:

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível/Remessa Necessária 1.0687.15.005880-2/001*. Relator: Des. Luís Carlos Gambogi. Belo Horizonte, 16 mar. 2017. Disponível em:

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível/Remessa Necessária 1.0223.13.015381-8/001*. Relator: Des. Albergaria Costa. Belo Horizonte, 23 fev. 2017. Disponível em:

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível 1.0479.14.021101-8/001*. Relator: Des. Hilda Teixeira da Costa. Belo Horizonte, 07 mar. 2017. Disponível em:

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Remessa Necessária 1.0024.14.091589-3/001*. Relator: Des. Armando Freire. Belo Horizonte, 07 mar. 2017. Disponível em:

145&linhasPorPagina=1&numeroRegistro=145&totalLinhas=191&palavras=%2522m%EDni mo%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: 04 set. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Remessa Necessária 1.0607.15.003396-9/001*. Relator: Des. Armando Freire. Belo Horizonte, 07 mar. 2017. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?paginaNumero=143&linhasPorPagina=1&numeroRegistro=143&totalLinhas=191&palavras=%2522m%EDni mo%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: 03 set. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Agravo Interno 1.0000.16.028622-5/001*. Relator: Des. Armando Freire. Belo Horizonte, 06 mar. 2017. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=147&totalLinhas=191&paginaNumero=147&linhasPorPagina=1&palavras=%2522m%E Dnimo%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%20pesquis ar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 08 set. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível/Remessa Necessária 1.0223.13.024010-2/001*. Relator: Des. Albergaria Costa. Belo Horizonte, 09 fev. 2017. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=157&totalLinhas=191&paginaNumero=157&linhasPorPagina=1&palavras=%2522m%E Dnimo%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%20pesquis ar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 14 set. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível 1.0024.14.323503-4/001*. Relator: Des. Luís Carlos Gambogi. Belo Horizonte, 23 fev. 2017. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?paginaNumero=161&linhasPorPagina=1&numeroRegistro=161&totalLinhas=191&palavras=%2522m%EDni mo%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: 17 set. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível 1.0142.15.000634-4/001*. Relator: Des. Marcelo Rodrigues. Belo Horizonte, 14 fev. 2017. Disponível em:

<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?paginaNumero=165&linhasPorPagina=1&numeroRegistro=165&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: 24 set. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível 1.0439.14.011056-0/001*. Relator: Des. Luís Carlos Gambogi. Belo Horizonte, 23 fev. 2017. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?paginaNumero=163&linhasPorPagina=1&numeroRegistro=163&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: 24 set. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível 1.0091.12.001229-8/001*. Relator: Des. Albergaria Costa. Belo Horizonte, 13 jul. 2017. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?paginaNumero=60&linhasPorPagina=1&numeroRegistro=60&totalLinhas=191&palavras=%A8m%EDnimo%20existencial%A8&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=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: 06 abr. 2018.

CRUZ, Tatiana. A (ir) racionalidade na justificação das decisões judiciais como fator determinante para a identificação do precedente vinculante. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 670-685, maio/ago. 2021. DOI 10.12957/redp.2021.57452. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/redp.2021.57452>. Acesso em: 7 ago. 2021.

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: 19 maio 2021.

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: 15 maio 2021.

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

HARTMANN, Fabiano. Modelo desenvolvido e aplicado para análise de argumentação jurídica em decisão judicial. In: ROESLER, Cláudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac

(org.). *Retórica e argumentação jurídica: modelos em análise*. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 179-196.

KLATT, Matthias. Balancing Competences: How institutional cosmopolitanism can manage jurisdictional conflicts. *Global Constitutionalism*, Cambridge, v. 4, n. 2, p. 195-226, 2015a. DOI 10.1017/S2045381715000039. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/S2045381715000039>. Acesso em: 23 abr. 2021.

KLATT, Matthias. Positive Rights: Who Decides? Judicial review in balance. *International Journal of Constitutional Law*, Nova Iorque, v. 13, n. 2, p. 354-382, 2015b. DOI 10.1093/icon/mov019. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/mov019>. Acesso em: 24 abr. 2021.

KOCH, Ingedore. *A inter-ação pela linguagem*. 6. ed. São Paulo: Contexto, 2001.

MACÊDO, Lucas. Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. *Revista de Processo*, v. 39, n. 234 p. 303-327, ago. 2014.

MCLEOD, Ian. *Legal Method*. 2. ed. Londres: Macmillan, 1996.

MONTROSE, James. The *ratio decidendi* of a case. *Modern Law Review*, Londres v. 20, n. 6, p. 587-595, nov. 1957.

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.; DOI 10.1023/A:1008327715564. Disponível em: <https://doi.org/10.1023/A:1008327715564>. Acesso em: 25 abr. 2021.

VAN DE POL, Alexandre. *Princípios Formais: Análise da Designação de Competências*. 2020. 106 p. Dissertação (Mestrado em Direito e Inovação) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, 2020.

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

SIECKMANN, Jan-R. *La teoría del derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

SILVA, Virgílio da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v.1, n. 4, p. 23-51, out./dez., 2006.

SILVA, Virgílio da. Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision. *Oxford Journal of Legal Studies*, [S. l.], v. 31, n. 2, p. 273-301, 2011.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

TOLEDO, Cláudia. Justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais e conflito de competências. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL E FILOSOFIA POLÍTICA, 1., 2014a, Belo Horizonte. *Anais [...]*. Belo Horizonte: Initia Via,

2001, p. 278-292. Disponível em: <https://www.iniciavia.com/fc2014-v03>. Acesso em: 1 jan. 2021.

TOLEDO, Cláudia. Pretensão de correção e “razões transcendentais ao direito positivo” no pensamento de Robert Alexy. *In: CONGRESSO BRASIL-ALEMANHA DE TEORIA DO DIREITO E DIREITO CONSTITUCIONAL: Conceito e Aplicação do Direito em Robert Alexy. Anais [...]*. Belo Horizonte, 2014b, p. 219-223.

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 *et al.* Direitos Fundamentais Sociais e Mínimo Existencial na Realidade Latino-Americana – Brasil, Argentina, Colômbia e México. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 13, n. 41, p. 213-239, 18 mar. 2020. DOI 10.30899/dfj.v13i41.624. Disponível em: <https://doi.org/10.30899/dfj.v13i41.624>. Acesso em: 19 mar. 2020.

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.

VIEIRA, Oscar. *Supremo Tribunal Federal - jurisprudência política*, São Paulo: Editora Malheiros, 1994.

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.

ANEXOS — Quadros de Fichamento — Pesquisa empírico-jurisprudencial

DADOS DO PROCESSO				
AÇÃO	DATA	RELATOR	RECORRENTE(S)	RECORRIDO(S)
Endereço Eletrônico		SITUAÇÃO FÁTICA		
DECISÃO				
ARGUMENTOS INSTITUCIONAIS				
Dispositivos Normativos		Precedentes		Doutrina
ARGUMENTOS NÃO INSTITUCIONAIS				
Argumentos Práticos Gerais				
Pragmáticos		Éticos	Morais	Fatos Concretos
				Dados Científicos
ANÁLISE DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA				
Rationales		Obiter Dicta		
Ratio Decidendi				

Fonte: TOLEDO, Cláudia; SANTANA, Anny. *Quadro de fichamento*. 2021.

ARGUMENTOS NÃO INSTITUCIONAIS		
<i>Obiter Dicta</i>	<i>Rationales</i>	<i>Ratio Decidendi</i>
PESO		
<i>Leve</i>	<i>Moderado</i>	<i>Grave</i>

<u>ATIVISMO JUDICIAL</u>		
NÃO	SIM (Grau)	
	<i>Leve</i>	<i>Moderado</i>
		<i>Grave</i>

Fonte: TOLEDO, Cláudia; SANTANA, Anny. *Quadros avaliativos*. 2021.