

ALEXY, DWORKIN E OS PODERES ATRIBUÍDOS AO STF

Helen Correa Solis Neves¹

Carla Cristina de Sousa²

Resumo: Em tempos de protagonismo judicial e de decisões construídas através da imensurada utilização de princípios, começa-se a questionar a sobriedade e a confiabilidade do Judiciário brasileiro. O Supremo Tribunal Federal, em especial, diuturnamente tem sido palco das mais variadas decisões de cunho discricionário, cujo resultado, não raras vezes, provoca as mais diversas críticas e discussões. As teorias de Ronald Dworkin e de Robert Alexy, nesse contexto, ganham destaque ao argumento de que uma daria maior liberdade de decisão àquele ente julgante do que outra. A necessidade de se impor limites à atividade jurisdicional citada tornou imperioso o estudo de tal situação a fim de que uma solução adequada seja alcançada. Deste modo o presente artigo objetiva analisar o alcance do poder conferido ao STF pelas teorias de Dworkin e Alexy, comparando-as de modo a averiguar se realmente haveria uma, dentre estas, capaz de conter e resolver o preocupante cenário acima apontado. Para o desenvolvimento deste estudo utilizou-se o método dedutivo-bibliográfico analisando-se julgados e material teórico em geral. Com a pesquisa, semelhanças e diferenças foram vislumbradas, concluindo-se, ao final, que a teoria de Alexy confere maior liberdade decisória ao julgador.

ALEXY, DWORKIN AND THE POWERS ASSIGNED TO STF

¹ Professora Doutoranda do Centro Universitário de Patos de Minas.

² Graduanda em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas.

Abstract: In times of judicial protagonism and decisions built through the immense use of principles, we begin to question the sobriety and reliability of the Brazilian Judiciary. In particular, the Federal Supreme Court has been the scene of a wide range of discretionary decisions, the outcome of which, not infrequently, provokes the most diverse criticism and discussion. The theories of Ronald Dworkin and Robert Alexy in this context gain prominence to the argument that one would give greater freedom of decision to that adjudicating entity than another. The need to impose limits on the aforementioned judicial activity made it imperative to study such a situation in order that an adequate solution could be reached. In this way the present article aims to analyze the scope of the power conferred on the STF by the theories of Dworkin and Alexy, comparing them in order to see if one of them could actually contain and solve the worrying scenario mentioned above. For the development of this study we used the deductive-bibliographic method, analyzing judgments and theoretical material in general. With the research, similarities and differences were glimpsed, concluding, in the end, that Alexy's theory confers more decisive freedom on the judge.

Palavras-Chave: Ronald Dworkin. Robert Alexy. Supremo Tribunal Federal. Poder. Discricionariedade.

Keywords: Ronald Dworkin. Robert Alexy. Federal Court of Justice. Power. Discretionary.

INTRODUÇÃO



Supremo Tribunal Federal, Corte máxima do Poder Judiciário brasileiro, dada a sua posição de superioridade na escala jurisdicional, sempre foi tido como

parâmetro para os demais tribunais, sendo os seus entendimentos uma referência nacional.

Em razão disso, acreditava-se que as decisões por tal órgão emanadas seriam balizas para a adequada aplicação e efetivação do Direito, tendo essa expectativa, entretanto, se esvaído com o passar do tempo.

Com efeito, nos últimos anos, uma série de decisões proferidas pelo Poder Judiciário, notadamente através de seu i. órgão máximo, têm sido questionadas pela comunidade jurídica e pela sociedade, ensejando controvertidos posicionamentos, a estremecer parte da confiabilidade e credibilidade outrora vislumbradas.

A existência de tal situação muito se deve à superação do positivismo jurídico e à conseqüente incorporação, ao Direito, de inúmeras diretrizes de cunho axiológico/valorativo que, hoje, parecem conferir um poder decisório assaz abrangente ao julgador.

De fato, no Brasil, é possível vislumbrar a utilização imoderada de princípios no seio das decisões judiciais, estando os juízes e tribunais a valerem-se destes como meio para deliberar o caso concreto de acordo com a sua consciência/vontade.

O uso indiscriminado desta espécie de norma tem dado azo à discricionariedade no âmbito do Judiciário, ferido os ideais democráticos da Constituição da República e obstado a necessária aplicação de alguns direitos fundamentais dos cidadãos no feito sob análise.

Robert Alexy, em meio a esse contexto, tem sua teoria encartada pelos julgadores para justificar as decisões prolatadas, argumentando-se em suma a existência de ponderação.

A crítica firmada em desfavor deste fenômeno inculcou dúvida quanto ao alcance do poder dado ao Supremo Tribunal Federal pela teoria alexyana, culminando ainda na defesa feita por alguns juristas de que os ideais de Dworkin dariam menos liberdade ao Judiciário e que, portanto, deveriam ser utilizados

em detrimento daquela.

O questionamento levantado tornou imperioso o desenvolvimento do presente artigo que, nesse sentido, visa a expor as ideias centrais das teorias de Robert Alexy e de Ronald Dworkin, analisando o alcance do poder conferido ao STF por tais teóricos para, ao final, avaliar se uma atribuiria maior liberdade de decisão do que a outra ao Judiciário.

1 RONALD DWORKIN

Ronald Myles Dworkin foi um filósofo do Direito norte-americano dos séculos XX e XXI. Faleceu na Cidade de Londres em 14 de fevereiro de 2013 e teve como principal obra o livro “Law’s Empire”, publicado em 1986 na Cidade de Londres/Inglaterra, sendo posteriormente traduzido para o português como “Império do Direito” (1999).

Nesta obra o autor solidifica as bases de sua teoria, apresentando a necessidade de se ter um direito calcado na integridade. A teoria de Dworkin perpassa ainda pela ideia de se levar os direitos a sério impedindo, com isso, que as normas positivas sejam tidas e tratadas como meros enunciados.

A necessidade da efetivação dos direitos e de sua aplicação séria e coerente no caso concreto revelou para Dworkin a imperiosidade de tratar dos princípios jurídicos e, notadamente, da atual forma de utilização destes nas decisões judiciais.

Afinal, “o papel hoje desempenhado pelos princípios na definição dos direitos é inegável, cada vez mais os juízes e os tribunais apelam a essa espécie normativa na solução de casos judiciais” (FERRI, MARTINS, 2006, p. 266).

Para Dworkin, princípios são “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (DWORKIN, 2002, p. 36).

Segundo ele, a diferença entre regras e princípios seria lógica.

As regras “são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão” (DWORKIN, 2002, p. 39).

Ou seja, sempre que uma situação jurídica estiver prevista numa regra válida, deve a mesma ser aplicada, o que, entretanto, não ocorre com os princípios.

Estes, diferentemente das regras, ainda que apresentem enunciado compatível com a situação analisada não têm de ser necessariamente aplicados. Isso se dá pelo fato de os princípios possuírem uma dimensão que as regras não têm, qual seja, a do peso ou da importância.

Para Dworkin, “[os princípios] inclinam a decisão em uma direção, embora de maneira não conclusiva. E sobrevivem intactos quando não prevalecem” (DWORKIN, 2002, p.57). Nesse sentido, quando há conflito entre princípios o que irá determinar a escolha sobre qual deles utilizar será o peso ou relevância que cada um deles possui no caso sob análise.

No conflito entre regras, lado outro, tem-se que uma dará lugar à outra, dando-se preferência “à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero” (DWORKIN, 2002, p. 43).

Isso porque, como dito alhures, as regras são aplicadas no modo “tudo-ou-nada”, enquanto que os princípios são utilizados naqueles casos difíceis, cuja solução exige uma maior atividade criativa dos juízes e tribunais.

Para Dworkin os princípios “devem receber o mesmo tratamento que é destinado às regras, [...] como se normas fossem. Esse modo de concepção faz com que sejam carregados de obrigatoriedade, devendo servir como fundamentos para as decisões

jurídicas.” (FERRI, MARTINS, 2006, p. 270)

Há um pensamento contrário ao acima ventilado que, em linhas gerais, não considera os princípios como uma espécie normativa, mas sim como aquilo que os juízes e tribunais criaram no julgamento dos casos difíceis (DWORKIN, 2002, p. 49).

Contudo, para Dworkin, ao tratar os princípios como norma estar-se-ia impedindo o uso da discricionariedade judicial, vez que ao tornar obrigatória a observação destes o julgador se veria vinculado aos mesmos, sendo-lhe limitada à possibilidade de inovação.

No que tange a discricionariedade em particular, Dworkin defende a existência de dois tipos: a forte e a fraca, apresentando esta última mais duas subdivisões.

Um primeiro sentido fraco traz por referência um contexto não determinado, ou seja, há uma exigência do “uso da capacidade de julgar.”. Um outro sentido para o uso do conceito de discricionariedade em um sentido fraco se refere ao status de um funcionário que decide questões onde tal proclamação não mais pode ser contestada. Pode-se averiguar, com isso, que, nesse sentido, há uma disposição hierárquica, a qual permite que aquele que estiver em uma gradação superior tenha o poder final e supremo de emitir juízos. (FERRI, MARTINS, 2006, p. 272)

De um modo geral a discricionariedade em sentido fraco significa que existem certas normas que devem ser cumpridas, cabendo ao julgador promover a sua aplicação, não cabendo ao mesmo, portanto, qualquer atividade criativa.

A discricionariedade forte, lado outro, estaria ligada a ideia de não vinculação do julgador a quaisquer comandos. Ocorre por exemplo, no caso em que não há regra específica a ser aplicada e o julgador, deixando de tratar os princípios como norma, não vê como obrigatória a observação daqueles, ganhando com isso grande liberdade para decidir.

No que tange a esta espécie de discricionariedade, que é a mais questionada na seara jurídica, Dworkin explica que a mesma deve ser contida pela racionalidade e pelo bom-senso do

jugador, não sendo compreendida como uma excessiva permissividade (FERRI, MARTINS, 2006, p. 271).

Em outras palavras a discricionariedade em sentido forte significaria apenas que a decisão do julgador não estaria vinculada a padrões formulados por uma autoridade, não significando, entretanto, a existência de liberalidade.

Para Dworkin (2002, p. 36.) a presença de princípios num ordenamento não é suficiente para justificar a existência de um poder discricionário, já que os mesmos possuem cunho de observância obrigatória e, por isso, já definem a decisão a ser tomada.

Essa mesma visão, entretanto, não é compartilhada pelos positivistas, para os quais a ausência de regramentos, já que para estes os princípios não possuem viés obrigatório, permite que o juiz faça uso do seu poder discricionário.

Outra situação que pode remeter ao emprego da discricionariedade [para teoria positivista] é o fato de estarem na ordem jurídica presentes princípios. Embora sua existência tenha sido elencada por vários autores, a discussão levantada em torno deste conceito era se os princípios poderiam ser considerados normas de direito ou, ao contrário, como informadores do sistema jurídico. Kelsen já afirmava que apesar de serem os princípios enunciados como de direito, assim não o eram. (FERRI, MARTINS, 2006, p. 268)

Para os positivistas as regras garantem uma segurança jurídica que não é dada pelos princípios, já que o conflito daquelas se resolve no campo da validade, e, no caso destes pela dimensão do peso, não havendo uma forma predefinida para saber qual deles utilizar.

Para evitar o uso da discricionariedade no exercício da função jurisdicional, Ronald Dworkin criou a “teoria da integridade”, segundo a qual, a interpretação e a aplicação das regras e dos princípios no caso concreto devem ser feitas visando à construção de um todo coerente.

Esse método pressupõe uma atitude totalmente diferente no cuidado à Constituição, de modo que ele considera que o texto

da Constituição não é uma sucessão descontínua de posições políticas que distribuem o poder de diversas maneiras, mas um sistema de princípio. Este método insiste, então, sobre o fato que cada um dos artigos ou princípios abstratos devem ser interpretados e aplicados de modo a formar um todo coerente, sobre o plano dos princípios, com as interpretações aceitas por outras partes da Constituição e com os princípios de moral política que forneçam a melhor justificação fundamental possível do conjunto da estrutura constitucional. (DWORKIN, 1991, p. 09)

Através de tal teoria Dworkin busca, a um só tempo, evitar o uso da discricionariedade, delimitando a atitude do intérprete, e, legitimar as decisões judiciais baseadas nos princípios e nos aspectos morais, fáticos e normativos que envolvem o caso.

O dever imposto ao julgador de prolatar uma decisão que seja, simultaneamente, justa e capaz de integrar e de ser coerente com sistema jurídico tão vasto, ao ver de Dworkin, obstaría a prática de uma atividade jurisdicional arbitrária.

Afinal, o ordenamento jurídico é amplo e repleto de normas capazes de limitar a atitude do julgador que, por isso, não teria condição de se valer da discricionariedade.

Para Dworkin (FERRI, MARTINS, 2006, p. 278), os direitos fundamentais exercem papel central na democracia e a interpretação constitucional realizada em dado País refletiria, de um modo geral, a noção de Estado democrático que se tem no caso. Assim, por exemplo, uma sociedade democrática teria de ter suas normas interpretadas de modo que os direitos das minorias sejam respeitados.

Dworkin (1991, p. 6-12) defende ainda a existência de um direito comunitário através do qual as vontades individuais, voltadas para o bem comum, deveriam ser observadas, possibilitando assim também a participação das minorias.

Utilizando uma metáfora, Dworkin dispõe que em uma orquestra, por exemplo, para se ter harmonia, todos os instru-

mentistas são importantes. Até mesmo o mais discreto faz a diferença no todo final e, por isso, merece a mesma atenção dispensada a qualquer outro (FERRI, MARTINS, 2006, p. 278).

Para Dworkin (1999, p. 271), lado outro, não importa se uma decisão judicial proferida com base em princípios gerais é interpretativa ou criativa, pois, segundo o mesmo, em todos os casos os julgadores em certa medida utilizam-se de tais parâmetros.

A dicotomia supracitada (criar/interpretar) é criticada, ademais, pelo fato de que tanto os julgadores ativistas, assim considerados aqueles que usam de princípios extralegais, como os julgadores conservadores cometem equívocos no uso de sua função (FERRI, MARTINS, 2006, p. 280).

Ou seja, o ato de criar ou interpretar, para o referido autor, não retira a legitimidade e/ou validade da decisão judicial baseada em princípios.

Segundo Dworkin (FERRI, MARTINS, 2006, p. 280), o histórico de erros judiciais existente demonstra que tantos julgadores ativistas quanto os conservadores proferem decisões errôneas, sendo claro que tal discussão não contribui para evitar os desacertos judiciais apresentados.

A “teoria da integração”, nesse sentido, se mostraria a mais adequada à solução desta questão, tornando desnecessária a discussão acerca da criação/interpretação e do ativismo/conservadorismo presentes nas decisões judiciais.

A ideia de Dworkin (1999, p. 275-279) em sua teoria é fazer com que os julgadores façam a melhor e mais coerente interpretação possível das normas no caso concreto. Este entendimento contrasta com o adotado pelos positivistas que, nesse sentido, criticam a teoria de Dworkin ao argumento de que esta não geraria segurança jurídica.

Segundo Argemiro Cardoso Moreira Martins e Caroline Ferri (2010, p. 281), para os positivistas as decisões judiciais devem ser tomadas de modo que se assegure a previsibilidade do

resultado para os cidadãos e isso não seria possível através da prolação de decisões que sejam coerentes, do ponto de vista do julgador, com o conjunto de regras e princípios, como pretende Dworkin.

Essa visão, contudo, é criticada pelo teórico ao argumento de que, mais do que segurança jurídica, sua teoria é baseada na aplicação de todos os princípios que regem a sociedade, sendo estes mais importantes do que qualquer previsibilidade ou certeza.

Considerem, agora, uma visão diferente sobre a finalidade ou o objetivo das leis. Nela, sustentasse que a visão positivista que acabei de descrever é por demais limitada. Ela reconhece que o Direito serve ao propósito de permitir às pessoas planejar seus negócios e que, para esse propósito, é desejável a previsibilidade. Mas acrescenta que o Direito deveria fazer mais do que isso pela comunidade. O Direito também deveria tornar essa regência, esse governo, mais coerente com seus princípios; deveria também procurar ajudar a preservar aquilo que poderíamos chamar de integridade de regência, do governo, da comunidade, de modo que a comunidade fosse regida por princípios, e não apenas por regras que pudessem ser incoerentes com os princípios. E insiste que esse último propósito é tão importante que bem deveria, nos casos particulares, ser mais importante do que a previsibilidade e a certeza. (DWORKIN, 1997, p. 61)

Exemplificando sua proposta, Dworkin relata um caso ocorrido nos Estados Unidos em que o beneficiário de um testamento, observando que seu testador poderia alterar a disposição de última vontade, assassina este para garantir o recebimento do patrimônio.

O caso foi a julgamento e, na ocasião, a lei vigente não previa expressamente a proibição de o beneficiário que matou o testador herdar o legado.

Essa situação, na visão positivista, levaria a um resultado totalmente injusto e imoral. Mas, ao ler e interpretar o Direito como um todo coerente, percebeu-se que a ninguém é dado o poder de valer-se da própria torpeza, não se podendo permitir,

por isso, que um assassino herde os bens de sua vítima. (DWORKIN, 1997, p. 61)

Nota-se, no caso, a essência da teoria de Dworkin, segundo a qual, o julgador deve interpretar e aplicar o Direito de um modo coerente com o seu todo. Em outras palavras, é preciso que as decisões judiciais sejam justas e adequadas o suficiente para integrar, e não contrariar, o ordenamento jurídico já existente.

A exigência de que o julgador profira decisão compatível com a legislação e a jurisprudência existente impediria, segundo Dworkin, o uso da sua criatividade e vontade, como dito alhures, possibilitando com isso a construção de um Direito mais seguro e coeso.

Dworkin (1999, p. 274) prega ainda a ideia de que existe apenas uma única e adequada solução para cada caso, evitando assim a possibilidade de decisões diferentes para casos semelhantes e ricocheteando de vez o uso da discricionariedade. Afinal, nesta situação o julgador também estaria vinculado.

Lênio Streck, ao discorrer sobre tal tese, dispõe que:

[...] a questão não é a existência de uma única solução jurídica, mas que, mesmo havendo mais de uma possibilidade juridicamente defensável, o direito sempre teria (uma) resposta. Dito de outro modo: o direito enquanto um sistema de regras e princípios não abriria a possibilidade para um juízo discricionário, já que teria sempre uma história institucional a ser reconstruída e que indicaria a melhor decisão a ser tomada. (STRECK, 2013, p. 359)

O Direito para Dworkin, nesse sentido, revela um cunho interpretativo (hermenêutico), estando o julgador vinculado ao ordenamento, a manutenção da integridade deste, e ao histórico institucional de dada sociedade.

Segundo Simioni (2010, p. 07), “Dworkin anseia uma postura antidiscricionária dos juízes, e por isso tenta levar o direito a um patamar interpretativo. Interpretação essa que levará

à melhor decisão, à decisão correta, não sendo permitido qualquer resposta”³.

A tese da resposta correta de Dworkin constitui-se, assim, numa postura a ser adotado pelo aplicador jurídico naqueles casos difíceis (*hard cases*) – assim denominadas as controvérsias que não possuem solução pré-pronta no ordenamento jurídico (SCOTTI, 2013, p. 08) – visando ao alcance da tutela jurisdicional mais adequada.

Em questões controvertidas, tal como a do aborto, Dworkin dispõe que do ponto de vista da integridade o julgador deverá adotar um posicionamento e argumentar porque este é mais justo e coerente do que qualquer outro.

A mesma sistemática deve pautar os conflitos que envolvem princípios. Este dever de argumentação e fundamentação legitimaria a decisão judicial no âmbito do Estado Democrático de Direito e obstaria a existência de escolhas arbitrárias.

Ainda no que diz respeito a sua teoria, Dworkin dispõe que em um conflito entre regra e princípio aquela prevalecerá sobre este, tendo em vista a sua validade (regra do tudo-ou-nada), ressalvando, contudo, que em caso de uma regra injusta deve-se utilizar o princípio para interpretá-la e torná-la mais adequada (SIMIONI, 2010, p. 05).

Nota-se da teoria proposta por Dworkin, portanto, que grande importância é atribuída à moral, à coerência, aos princípios e, sobretudo, à integridade.

³ [...] qual seria a validade de uma hermenêutica jurídica que admitisse “qualquer resposta”, enfim, de uma hermenêutica que admitisse, como Kelsen, que a interpretação judicial é um ato de vontade? Qual seria a utilidade de uma hermenêutica que admitisse até mesmo múltiplas respostas para um mesmo caso “concreto”? Qual seria a razão de ser de uma teoria hermenêutica que admitisse que o direito é aquilo que o “intérprete autorizado” diz que é? Sem medo de errar, nada mais, nada menos, isso seria retornar ao último princípio epocal da metafísica moderna: a vontade do poder (*WillezurMacht*). E, em consequência, estar-se-ia, a admitir um “grau zero na significação” e, conseqüentemente, um constante “estado de exceção hermenêutico”. A hermenêutica seria, pois, pré-lingüística. Mas, já então, não seria mais “hermenêutica”!. Por isso, a necessidade de existir respostas corretas em Direito. (STRECK, 2011, p. 395)

Para Dworkin os princípios não são vagos ou imprecisos, mas sim componentes morais específicos a serem analisados e aplicados na prática de acordo com o ordenamento jurídico.

2 ROBERT ALEXY

Robert Alexy é um filósofo do Direito alemão dos séculos XX e XXI. Autor de diversos clássicos, dentre eles a sua principal obra - “Teoria dos Direitos Fundamentais” de 1984, a teoria por ele criada ainda hoje é vastamente utilizada no cenário jurídico mundial.

Para o mesmo, haveria três teses acerca da diferenciação entre regras e princípios.

A primeira que dispõe não haver distinção entre tais espécies; a segunda, que apesar de reconhecer a diferença, diz que esta se limita ao grau de atuação de cada espécie - os princípios seriam mais gerais, por exemplo; e a terceira que reconhece a distinção, mas que defende que esta estaria ligada a critérios qualitativos (FERREIRA, 2010, p. 118).

Robert Alexy adota esta última corrente a qual, segundo o mesmo, permitiria com maior precisão distinguir as espécies supracitadas (FERREIRA, 2010, p. 119).

Alexy (1994, p. 75 *apud* SILVA, 2003, p. 610), nesse particular, se vale da dicotomia elaborado por Ronald Dworkin - para o qual as normas se dividiriam em regras e princípios, ressaltando, entretanto, que este teórico não teria atingido o núcleo central de tal diferenciação, qual seja, princípios são mandamentos de otimização.

Com efeito, para Alexy, os princípios seriam “mandados de otimização” a serem aplicados na maior medida possível dentro das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, enquanto que as regras seriam “mandados definitivos” a serem aplicados nos fatos por elas regulamentados.

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que se realice algo

en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. En cambio, las *reglas* son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esta medida, pueden siempre ser sólo cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. (ALEXY, 1988, p. 143-4).

Para o Autor (ALEXY, 1994, p. 75-76 *apud* SILVA, 2003, p. 610-611), a diferença existente entre regras e princípios estaria vinculada à própria estrutura destas espécies, já que aquelas seriam comandos imperativos, e estes enunciados meramente orientadores e de aplicação condicionada à situação concreta.

De acordo com Robert Alexy (2001, p.103 *apud* FERREIRA, 2010, p. 120-121) as regras e os princípios possuem um caráter diferente enquanto razão para juízos de dever-ser, sendo que as regras se constituiriam num juízo/razão definitivo e os princípios numa razão/juízo *prima facie* – expressão que caracteriza o princípio enquanto obrigação que deve ser cumprida, a menos que outra de maior relevância seja vislumbrada.

A diferenciação existente, como dito alhures, ainda se daria no campo qualitativo, já que para distingui-los dever-se-ia levar em conta tanto a forma de aplicação destas espécies na prática, quanto à forma de obtenção de uma solução em caso de conflito.

Nesta situação em particular, Alexy alega que diferentemente de um confronto entre regras, onde seria utilizada a subsunção como critério e uma regra eliminaria a outra, o conflito entre princípios resolver-se-ia pela ponderação e pela máxima proporcionalidade, um afastando a aplicabilidade do outro em dado caso específico.

[...] as colisões de direito fundamentais devem ser consideradas como uma colisão de princípios, sendo que o processo para a solução de ambas as colisões é a ponderação. [...] Totalmente diversa é a dimensão do problema no plano das regras, onde o que se faz é a subsunção, visto que contêm determinações no contexto fático e juridicamente possível, sendo aplicáveis ou não. [...] No conflito de regras, uma elimina a outra, por questão de invalidade. Na colisão entre princípios, um apenas afasta

o outro no momento da resolução do embate, quando as possibilidades jurídicas e fáticas de um deles forem maiores do que as do outro. (JÚDICE, 2007, p. 02)

Tem-se, portanto, que, enquanto o conflito entre regras é resolvido no campo da validade, o conflito entre princípios é solucionado no campo do peso (de cada princípio) e das circunstâncias que envolvem a situação analisada.

No caso de conflito de regras, em especial, há de se ressaltar a possibilidade da introdução de uma cláusula de exceção em uma delas, possibilitando com isso a vigência de ambas no ordenamento jurídico (FERREIRA, 2010, p. 121).

É o caso, por exemplo, de uma regra que dispõe que os alunos de uma faculdade só poderão realizar a prova na data estipulada e outra regra que prevê que os alunos poderão realizar a prova fora da data estipulada em virtude de motivos médicos.

Tais regras, se analisadas, apresentam contradição entre si, podendo esta questão ser resolvida, ou com a introdução dessa situação excepcional naquela regra, ou com a decretação de invalidade de uma das citadas espécies normativas.

Quando não for possível introduzir a cláusula de exceção referida, lado outro, a decisão quanto à validade das regras conflitantes poderá ocorrer tanto por critérios tradicionais (hierárquico, cronológico e especificidade), quanto pelo peso da regra no conflito.

Noutro norte, em se tratando de princípios, como dito alhures, a solução é diversa não havendo que se declarar a invalidez ou inserir exceção, bastando apenas que, após a ponderação, um ceda lugar ao outro.

[...] quando dois princípios entram em colisão um deles terá que ceder ao outro, mas isso não significa que o princípio desprezado tenha que ser declarado inválido ou que tenha que ser introduzida uma cláusula de exceção. A solução reside no fato de que, de acordo com determinadas circunstâncias analisadas no caso concreto, um princípio deve preceder ao outro, ou seja, deve haver uma ponderação entre ambos. (FERREIRA, 2010, p. 123)

À supracitada estrutura de solução de antinomias, Robert Alexy (2001, p. 92) atribui o nome de “lei de colisão” a qual revela a imprescindibilidade da análise do caso concreto para realização da famigerada ponderação.

Para Alexy, a lei de colisão permitiria a seguinte conclusão: “o princípio P1 tem, em um caso concreto, um peso maior que o princípio oposto P2, quando existem razões suficientes para que P1 preceda a P2, sob as condições C dadas em um caso concreto” (ALEXY, 2002, p. 93).

Contrapondo as ideias de Alexy, alguns juristas defendem que a ponderação pode ser aplicada também no conflito entre regras:

Humberto Ávila defende que o conflito entre regras nem sempre se encerra na análise de sua validade, pois pode ser solucionado por meio da ponderação dos motivos e circunstâncias existentes em uma situação concreta. O autor acrescenta mais dois casos em que a ponderação de regras poderá ocorrer: quando o intérprete, analisando a especificidade do caso, tiver que decidir se há mais razões para aplicar a hipótese da regra ou para aplicar suas exceções e, também, quando tiver que delimitar hipóteses normativas que se referem, por exemplo, a conceitos jurídicos políticos, como Estado de direito e democracia. (FERREIRA, 2010, p. 123)

Lado outro, no que tange ao princípio da máxima proporcionalidade, tem-se que o mesmo se subdivide em princípio da idoneidade ou adequação; princípio da necessidade ou exigibilidade e; princípio da proporcionalidade em sentido estrito (LIMA; SOARES, 2012, p. 02).

A primeira espécie desta subdivisão consistiria na utilização do meio menos prejudicial à norma; a segunda na escolha de um meio menos restritivo ao outro princípio, e, a terceira na ponderação das vantagens e desvantagens da adoção de determinada medida.

As duas primeiras subdivisões permitiriam a execução da afirmação feita por Alexy de que “uma posição pode ser melhorada sem que nasçam desvantagens para outras” normas (2003,

p. 135), enquanto que a terceira seria, portanto, o que Alexy chama de lei de ponderação, cuja existência protegeria os direitos, evitando-lhes maiores limitações (FERREIRA, 2010, p. 118).

Ainda, segundo o teórico, a ponderação se constituiria de três passos. O primeiro consistiria na identificação da existência de princípios em conflito passíveis de sopesamento no caso em análise. O segundo consistiria na ponderação propriamente dita, com a verificação das circunstâncias fáticas e jurídicas postas a julgamento e conclusão de qual dos princípios conflitantes se sobreporia ao outro.

Esta etapa em particular é dividida por Ana Paula Barcellos em mais duas:

Em primeiro lugar, o intérprete terá que destacar, dentre todas as circunstâncias do fato que caracterizam a hipótese, aquelas que ele considera relevantes (...) [e] Em segundo lugar, [...] os fatos relevantes que terão influência sobre o peso ou a importância a ser reconhecida aos enunciados identificados na fase anterior e as normas por eles propugnadas (BARCELLOS, 2005, p.116).

Por fim, o último passo consistiria, segundo Alexy, na comprovação de que a utilização do princípio aplicado foi melhor que a utilização do outro, devendo-se ainda justificar porque a solução promovida seria a mais adequada ao caso (FERREIRA, 2010, p. 131).

Alexy prevê ademais a necessidade de se harmonizar os princípios em conflito, evitando que grande prejuízo seja imposto àquele que não foi aplicado, denominando-se esse fenômeno de “concordância prática” (CANOTILHO: 1999, p. 1152)..

Deve-se registrar ainda o fato de que a ponderação pode ser dar tanto no campo concreto quanto no campo abstrato (FERREIRA, 2010, p. 130-132). Este se daria no caso de conflitos hipotéticos, enquanto que aquele ocorreria na prática, com real potencial para dirimir conflitos de interesse.

A ponderação em abstrato, segundo Karl Larenz (1997,

p. 587), colocaria a mercê do julgador uma série de situações e ponderações que num futuro poderia lhe servir de parâmetro. De acordo com Ferreira (2010, p. 131), “a ponderação em abstrato ou preventiva ocorre de modo desvinculado de casos concretos, quando há tentativa de se estabelecer critérios visando compatibilizar princípios constitucionais que tendem a colidir”.

Através de tal mecanismo se visa criar uma espécie de banco de dados composto do resultado da ponderação de situações típicas e de conflito principiológico esperado que, em um futuro, caso venham a ocorrer, auxiliem o julgador com a apresentação de soluções previamente estabelecidas, evitando a realização de uma nova ponderação e tornando os casos mais fáceis (BARCELLOS, 2005, p.149).

A ponderação real ou em concreto, lado outro, toma por base as peculiaridades do caso concreto analisado, de modo que, não sendo a ponderação em abstrato capaz de dirimir a controvérsia, caberá ao julgador valer-se da norma mais adequada para solução do conflito. A decisão tomada nessa situação servirá de precedente para o julgamento de novos casos.

Em suma, esta é a teoria defendida por Robert Alexy, e, em que pese a sua relevância, algumas críticas são feitas a mesma.

A inconsistência metodológica é uma delas, já que a ponderação não disporia de parâmetros racionais e objetivos, o que daria azo à discricionariedade judicial. Nesse sentido dispõe Friederich Müller:

Tal procedimento não satisfaz as exigências, imperativas no Estado de Direito e nele efetivamente satisfactíveis, a uma formação da decisão e representação da fundamentação, controlável em termos de objetividade da ciência jurídica no quadro da concretização da constituição e do ordenamento jurídico infraconstitucional. O teor material normativo de prescrições constitucionais é cumprido muito mais e de forma mais condizente com o Estado de Direito com a ajuda dos pontos de vista da hermenêutica e metodicamente diferenciadores e estruturantes

da análise do âmbito da norma e com uma formulação substancialmente mais precisa dos elementos de concretização do processo prático de geração do direito, a ser efetuada, do que com representações necessariamente formais de ponderação, que conseqüentemente insinuam no fundo uma reserva de juízo [Urteilsvorbehalt] em todas as normas constitucionais, do que com categorias de valores, sistemas de valores e valoração, necessariamente vagas e conducentes a insinuações ideológicas (MULLER, 2000, P.36).

Em resposta, Alexy assevera que a crítica estaria incorreta ao afirmar que a ponderação não seria uma técnica jurídica racional, posto que a mesma proporia um modelo de fundamentação capaz de afastar as arbitrariedades nas decisões a serem prolatadas (ALEXY, 2002, p.164).

O subjetivismo suscitado ainda é rebatido pelo teórico pela existência de preferências *prima facie* de determinados valores e princípios, bem como pela existência de um conjunto de decisões hábeis a promover uma segurança jurídica (ALEXY, 1988, p.146-147).

Outra crítica levantada contra a ponderação é a de que a mesma relativizaria os direitos fundamentais, tornando a sua efetivação condicionada a vontade do julgador, retirando das mesmas o caráter de certeza e de mandamento (HABERMAS, 1997, p. 321 *apud* FERREIRA, 2010, p. 136)

Essa disposição também é refutada por Alexy (2003, p. 140) ao argumento de que a teoria da ponderação, em verdade, fortaleceria os direitos fundamentais. Afinal, quando ponderados, estes demonstrariam um núcleo de resistência que se permaneceria em caso de colisão.

A última oposição feita à técnica mencionada, diria respeito a possibilidade de que a ponderação daria ao julgador de usurpar os poderes legislativos e executivos mediante a imposição de seus ideais políticos e ideológicos (FERREIRA, 2010, p. 137)

A objeção referida, contudo, também é afastada por

Alexy, já que, segundo alega, a atividade jurisdicional se pautaria por uma teoria da argumentação baseada em critérios racionais que impediriam a discricionariedade, legitimando sua utilização pelo Judiciário.

Ainda no que diz respeito a sua teoria, Alexy dispõe que seria impossível prever todas as cláusulas de exceção para uma regra, mas que, em caso de confronto, entre esta e os princípios, as regras teriam prioridade, tendo em vista seu maior grau de certeza.

[...] vale la regla de precedência según la cual el nivel de las reglas precede al de los principios, a menos que las razones para determinaciones diferentes a las tomadas en el nivel de las reglas sean tan fuertes que también desplacen al principio de la sujeción al texto de la constitución. (ALEXY, 2001, p. 134)

Robert Alexy também faz uma distinção entre princípios e valores dispondo que, enquanto estes emanariam o melhor a ser feito, aqueles emanariam o que deveria ser feito (ALEXY, 1988, p. 145).

Vê-se do exposto que a teoria defendida por Robert Alexy diferencia as regras dos princípios, impingindo a estes um caráter normativo capaz de expandir o ordenamento jurídico para além de um rol meramente taxativo de regras.

A ponderação, lado outro, se mostra a principal técnica desenvolvida e através dela se visa solucionar e resolver as antinomias vislumbradas na prática.

Nota-se assim que embora os ideais de Alexy sejam vistos com méritos por muitos juristas, há quem os critique pela ausência de uma previsão clara e precisa de como afastar o uso da discricionariedade do julgador no caso concreto.

3 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal, com essa denominação, foi

instituído no direito brasileiro pelo Decreto n. 510, de 22 de junho de 1890, sendo que o mesmo, atualmente, encontra previsão expressa nos artigos 101 a 103 da Constituição Federal de 1988.

Constituído por onze Ministros de notável saber jurídico e reputação ilibada, o Supremo Tribunal Federal é o órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro, a ele competindo precipuamente a guarda da Constituição (art. 102, CRFB).

Os ministros do citado Tribunal são escolhidos pelo Presidente da República dentre os brasileiros natos com idade entre 35 (trinta e cinco) e 65 (sessenta e cinco) anos, passando posteriormente pelo crivo da maioria absoluta do Senado Federal.

Dentre as suas principais funções está a de julgar a constitucionalidade dos atos emanados pelos demais poderes; resolver conflitos envolvendo os entes federados e seus agentes; bem como preservar os direitos fundamentais consagrados na Carta Maior.

Dada a sua posição de superioridade, os julgamentos por este órgão emanados são tidos como referência em todo o território nacional e, por isso, muita pressão foi imposta sobre o referido ente ao longo de sua história.

Durante o governo de Floriano Peixoto (1891-1894), por exemplo, várias vagas de ministros que se aposentaram deixaram de ser preenchidas pelo então Presidente para impedir que o *quórum* mínimo de votação fosse atingido (COSTA, 2001, p. 32-33).

No governo de Hermes da Fonseca, da mesma forma, as decisões proferidas pela Corte deixaram de ser acatadas, o que, em cenário semelhante, também se repetiu na era Vargas e durante o período militar (COSTA, 2001, p. 51-70).

Segundo Emília Costa, o Supremo Tribunal Federal foi *sendo inevitavelmente levado a participar das lutas políticas que se travaram à sua volta, sofrendo as consequências de tais cenários* (COSTA, 2001, p. 23), o que ainda hoje acontece.

A necessidade de se ter uma Suprema Corte forte, neste

contexto, é reconhecida por Luís Roberto Barroso que enaltece ainda a importância desta para o cenário democrático e jurídico nacional.

[...] o fortalecimento de uma corte constitucional, que tenha autoridade institucional e saiba utilizá-la na solução de conflitos entre os Poderes ou entre estes e a sociedade (com sensibilidade política, o que pode significar, conforme o caso, prudência ou ousadia), é a salvação da Constituição e o antídoto contra golpes de Estado. (BARROSO, 2002, p. 304)

Angariando para si a responsabilidade de efetivar e preservar a norma constitucional, o Supremo Tribunal Federal tem consigo o dever e a responsabilidade de manter a ordem democrática através de decisões sólidas e justas.

O poder demasiado dado ao STF, entretanto, tem sido questionado nos últimos tempos ao argumento de que seus componentes têm se valido excessivamente de princípios para julgar o caso concreto de acordo com a sua consciência, violando direitos fundamentais e retirando com frequência a segurança dos jurisdicionados.

A gênese desta negativa situação tem sido atribuída por alguns juristas à teoria de Robert Alexy, sendo defendido por outros que uma teoria mais limitadora como a de Ronald Dworkin deveria ser utilizada para solucionar a problemática.

Mas, de fato, em que medida cada uma dessas teorias influenciaria os poderes conferidos ao Supremo Tribunal Federal?

4 OS PODERES QUE AS TEORIAS DE ALEXY E DWOR-KIN CONFEREM AO STF

O Supremo Tribunal Federal nos últimos anos tem sido criticado pelos mais variados motivos. O protagonismo exacerbado; a prolação de decisões polêmicas; e a insegurança jurídica que a sua atuação tem causado, são alguns dos pontos constantemente veiculados e debatidos no cenário nacional.

A crise política vivenciada no Brasil e a incapacidade do

STF de se afastar do jogo de poder então praticado salientam, ademais, o desgaste formado em torno da confiabilidade de tal órgão.

Conforme dispõe o ex-ministro Carlos Velloso, em entrevista concedida à BILENKY (2016, *on-line*), “o Supremo acaba engolfado na crise, perde prestígio e a aura de respeitabilidade. A judicialização da política macula a função jurisdicional”.

A periodicidade e a efemeridade com que os entendimentos da Suprema Corte têm sido firmados e modificados, ademais, também contribuem para o alcance deste cenário.

Em fevereiro de 2016, nos autos do Habeas Corpus n. 126.292, o Supremo Tribunal Federal (2016a, *on-line*), afrontando princípio constitucional e inovando seu até então consolidado entendimento, concluiu que o início da execução da pena condenatória poderia ocorrer após o segundo grau, independente do trânsito em julgado da decisão que a culminou.

Embora a decisão tenha causado estranheza a muitos juristas, poucos meses depois (Jul./2016), esse mesmo Tribunal já emitira um novo Juízo em caso semelhante (HC 135.100), declarando, desta vez, que o início do cumprimento da pena do réu antes do trânsito em julgado da condenação, ofenderia o princípio constitucional da presunção de inocência (STF, 2016b, *on-line*).

Note-se, assim, que o Supremo Tribunal Federal, por meio de seus ilustres Ministros, alcançou, em uma mesma situação, resultados diferentes e opostos entre si; ora dizendo que tal julgamento não violaria dado princípio, ora dizendo que violaria.

A realidade supracitada, além de causar enorme insegurança jurídica, incute dúvida quanto à existência de critérios sólidos e objetivos que vinculariam o julgador na prolação de uma decisão. Afinal, como se justificaria o alcance de soluções diversas para uma mesma equação?

Segundo dados do Jornal Folha de São Paulo, publicados

em 14 de Junho de 2016, o Supremo Tribunal Federal julga 80 (oitenta) mil casos por ano e, dentre estes, várias outras decisões de cunho criativo, polêmico e contraditório, como os da situação acima citada, são detectadas.

O reconhecimento da união estável entre pessoais do mesmo sexo (união homoafetiva) em 2011; a negativa de revisão da Lei de Anistia em 2010; a edição de súmula que dispunha sobre o uso de algemas nos presos em 2008; e a decisão de que o mandato é do partido e não do parlamentar em 2007, são apenas algumas delas.

A instabilidade jurídica instaurada pela volatilidade das decisões do Supremo Tribunal Federal, que até então era tido como exemplo, não raras vezes é atribuída ao uso imoderado de princípios e às constantes alterações da interpretação feita sobre estes.

As teorias de Ronald Dworkin e de Robert Alexy nesse contexto são lembradas ao argumento de que as mesmas dariam liberdades exacerbadas para o julgador aplicar a norma e decidir o caso concreto.

Mas, de fato, qual seria o alcance do poder conferido ao STF por tais teóricos?

Robert Alexy e Ronald Dworkin se assemelham em alguns pontos. Com efeito, para ambos as regras se diferem dos princípios, sendo os dois uma espécie do gênero norma.

Assim como Dworkin, Alexy defende que a solução do conflito de regras se dá no campo da validade e, dos princípios, no campo do peso ou da importância. A diferença é que no caso dos princípios, Dworkin utiliza a técnica da integridade e Alexy a da ponderação.

Para conter a discricionariedade e evitar que decisões arbitrárias sejam prolatadas, Dworkin defende a necessidade de o Tribunal decidir conforme o ordenamento jurídico e o entendimento jurisprudencial, formando com isso um todo íntegro.

A “teoria da integridade” formulada pelo autor, nesse

sentido, defende a ideia de que a vinculação do julgador a conjunto normativo tão vasto e complexo como o brasileiro, por exemplo, retiraria deste qualquer liberdade para decidir conforme sua vontade.

Afinal, ao se proferir a decisão não se atentaria apenas para o caso concreto, mas sim para todo o ordenamento visando a evitar qualquer afronta ou contradição com este.

Diferentemente da sistemática criada por Dworkin, Alexy defende a ponderação entre princípios, dispondo que através de tal técnica o julgador teria de analisar o conflito existente e verificar qual dos princípios melhor se aplicaria ao caso concreto.

Para Alexy, os princípios, enquanto mandados de otimização, devem ser aplicados na maior medida possível, passando por aí também a técnica supracitada já que, em caso de colisão, um deverá ceder lugar ao outro que mais exaurir seus efeitos.

A técnica da ponderação de Alexy prevê a necessidade de fundamentação quanto à escolha feita entre os princípios colidentes sendo, entretanto, criticada por não apresentar uma metodologia racional e objetiva, o que daria azo à discricionariedade judicial.

No mesmo sentido, Jürgen Habermas assevera que a ponderação ocorre de modo irrefletido, pois os juízes, no lugar de definirem qual atitude deve ser exigida num determinado conflito, acabam decidindo de forma arbitrária sobre o equilíbrio existente entre os bens ou sobre a relação existente entre valores. (HABERMAS, 1997, p. 321-323). (FERREIRA, 2010, p. 133)

Se comparadas na prática, nota-se que a teoria desenvolvida por Alexy confere mais liberdade de decisão ao julgador do que a de Dworkin. Isso porque, aquela não possui um controle pragmático da aplicação dos princípios, possibilitando com isso o uso imoderado e criativo desta espécie normativa nas decisões.

Ronald Dworkin, por outro lado, impõe ao julgador a obrigação de proferir decisão coerente com o ordenamento jurí-

dico, limitando a atividade criativa e a insegurança jurídica repudiadas. Em outras palavras, nesta teoria, a decisão proferida deve ser justa e adequada o suficiente para integrar e não contrariar o ordenamento vigente.

Para Dworkin ainda, vale ressaltar, que só existiria uma solução possível para um mesmo caso, não sendo admitido que situações semelhantes sejam tratadas de modo diferente, e, os princípios ao invés de abrirem margem à interpretação fechariam esta possibilidade.

Há uma diferença fundamental e fundante entre a hermenêutica (na concepção aqui trabalhada, que imbrica a hermenêutica filosófica e a teoria dworkiana) e a teoria da argumentação jurídica, mormente a defendida por Alexy. Enquanto esta compreende os princípios (apenas) como mandados de otimização, circunstância que chama à colação a subjetividade do intérprete, àquela parte da tese de que os princípios introduzem o mundo prático no direito, “fechando” a interpretação, isto é, diminuindo – ao invés de aumentar – o espaço da discricionariedade do intérprete; além disso, o círculo hermenêutico e a diferença ontológica colocam-se como blindagem contra relativismos. (STRECK, 2013, p. 353)

A ideia de que os princípios restringiriam as margens dadas à interpretação, ao contrário de ampliá-las, parte do pressuposto de que tal instituto vincularia o julgador ao ordenamento jurídico vigente, permitindo um diálogo harmonioso entre a decisão particular e este, mantendo com isso a coerência e a integridade do Direito.

A crítica que se faz à teoria da argumentação sustentada por Robert Alexy, lado outro, tem como esteio o princípio da proporcionalidade. Segundo Lênio Streck (2013, p. 353), a proporcionalidade permitiria ao julgador a escolha aleatória sobre o princípio a ser aplicado no caso, dando azo a discricionariedade. Isso porque, não haveria critérios para escolha de um ou outro princípio a ser aplicado no caso, permitindo-se com isso a utilização de questões morais e diversas para decidir.

Um dos grandes problemas da teoria da argumentação,

portanto, cingiria a indeterminação e a incerteza jurídica a esta inerente. Streck (2013, p. 353) critica ainda o fato de que, nos Tribunais, poucos são os casos em que se percorre todo o procedimento indicado por Alexy para alcance da verdadeira ponderação na solução de uma lide.

É certo que no Brasil diversas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal foram atacadas pelo famigerado fenômeno do “panprincipiologismo” – termo utilizado por Lênio Streck (2012, p. 01) para denominar o uso desmedido e criativo dos princípios pelo julgador – revelando-se imperiosa a busca de meios capazes de conter as arbitrariedades e os absurdos jurídicos provocados por tal situação.

Sabe-se que a postura adotada por um Tribunal muito se deve à teoria por ele adotada, tendo sido, por isso, necessário o estudo do alcance dos poderes conferidos ao julgador por teóricos tão influentes como o Robert Alexy e o Ronald Dworkin.

É cediço que as teorias destes possuem ideias convergentes e divergentes, sendo esta diferenciação notada principalmente na busca da solução de conflitos entre princípios, sendo certo que grande contribuição poderá ser dada com a pesquisa aqui promovida.

CONCLUSÃO

O presente artigo visou a analisar as teorias desenvolvidas pelos estudiosos Ronald Dworkin e Robert Alexy, comparando os seus ideais para concluir qual seria o alcance do poder conferido ao Supremo Tribunal Federal por estes.

A referida Corte, como exposto alhures, tem proferido decisões criativas, surpreendentes e até mesmo contraditórias nos últimos anos o que, uma vez atribuído ao uso exacerbado dos princípios, culminou na necessidade de se verificar o grau de influência das teorias supracitadas.

Se de um lado Dworkin e Alexy se assemelham quanto à

ideia de distinção entre regras e princípios, de outro, notória é a diferença vislumbrada no que tange às propostas por estes apresentadas de solução dos conflitos entre princípios.

Para Ronald Dworkin a solução para tal impasse residiria na chamada “teoria da integridade” segundo a qual o julgador, na escolha entre os princípios conflitantes, deve optar por aquele que melhor se aplica ao caso, justificando tal escolha.

Segundo esta ainda, o julgador deve proferir decisão justa, adequada e coerente com o ordenamento jurídico como um todo, observando para que a manifestação jurisdicional prolatada integre e não contrarie as normas vigentes.

A teoria de Alexy, por sua vez, prega a utilização da técnica da ponderação nos conflitos de princípios, estabelecendo que primeiramente deve-se observar a antinomia existente no caso para, depois, resolver qual dos princípios deve prevalecer, justificando ao final a escolha de um em detrimento do outro.

O fato é que a referida teoria, ao conceber os princípios enquanto mandados de otimização, permite o subjetivismo do intérprete, dando margem a relativismos e discricionariedades que, todavia, são contidas por Dworkin ao conceder aos referidos enunciados cunho obrigatório, cujo teor já definiria a decisão a ser tomada.

De fato, o que se nota é que o Supremo Tribunal Federal e todos os Tribunais brasileiros de um modo geral se valem da teoria de Alexy, utilizando-a como argumento para, de modo arbitrário, aplicar a sua vontade no caso concreto em detrimento da lei.

Com efeito, não raras vezes os juízes e Tribunais têm aplicado os mais diversos princípios, inclusive com a criação destes, como meio para deixar de efetivar a regra e julgar o fato como melhor lhe convém.

Dito isto, conclui-se que a teoria de Alexy confere um poder assaz abrangente ao julgador, não se prevendo até então

mecanismos hábeis a limitar a discricionariedade por esta perpetrada, ao contrário do que se vê na teoria de Dworkin.

Esta, dado o seu maior pragmatismo e objetividade, atribui poder delimitado e contido aos Tribunais, vinculando-os ao que preceitua o ordenamento vigente, justificando aí a ideia ventilada por alguns juristas de que a teoria de Ronald Dworkin deveria ser aplicada em detrimento da de Robert Alexy para conferir maior segurança e estabilidade ao Poder Judiciário brasileiro, notadamente através do seu órgão máximo, o Supremo Tribunal Federal.



REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Constitutional Rights, Balancing and Rationality*, Ratio Juris, v.16, n. 2, 2003.
- _____. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- _____. *Sistemas jurídicos, Principios jurídicos y Razón práctica*. Doxa, v. 5, 1988. Disponível em: http://sistema.uca.mx/bibliotecavirtual/oferta/licenciaturas/derecho/LDE317/sistema_juridico_principios_juridicos.pdf. Acesso em: 15 jul. 2016.
- _____. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. In: SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, v. 1, p. 607-630, 2003.
- AMORIM, Leticia Balsamão. *A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: esboço e críticas*. id/496897, 2005.

- ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Revista de Direito Administrativo 215, p. 151-179, 1999.
- AZEVEDO, Damião Alves de (2008). *Ao encontro dos princípios: crítica à proporcionalidade como solução aos casos de conflito aparente de normas jurídicas*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <http://modle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>. Acesso em: 15 ago. 2016.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 6. ed. São Paulo: Renovar, 2002.
- BILENKY, Thais. *Protagonismo em crise política traz novos desafios ao STF*. Jornal Folha de São Paulo. Publicado em 14/06/2016. Disponível em: <http://folha.com/no1781340>. Acesso em: 29 jul. 2016.
- CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas. *A distinção entre princípios e regras como espécies de normas na obra teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy*. Revista do Direito Público 4.2, 2009. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/10749>. Acesso em: 25 jul. 2016.
- CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Hermenêutica principiológica e colisão de direitos fundamentais: as teorias de Alexy e Dworkin e os aportes de Habermas*. Novos estudos jurídicos, v. 11, n. 1, p. 135-142, 2008. Disponível em: <https://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/426/368>. Acesso em: 15 jul. 2016.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e*

- Teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CEZNE, Andrea Nárriman. *A Teoria dos direitos fundamentais: uma análise comparativa das perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v.13, n.52, p.51-67, jul./set. 2005.
- COSTA, Carlos Henrique Generoso. *A interpretação em Ronald Dworkin*. Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 55, p. 93-104, out./dez. 2011. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1504/1527>. Acesso em 10 jul. 2016.
- COSTA, Emilia Viotti da. *O supremo tribunal federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Ijeje, 2001.
- DWORKIN, Ronald M. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *É o direito um sistema de regras?* Estudos Jurídicos, São Leopoldo, RS, v.34, n.92, p. 119-158, set./dez, 2001.
- _____. *O império do direito*. Trad. J. L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. *Direito, filosofia e interpretação*. Trad. Raíssa R. Mendes. Cadernos da Escola do Legislativo, Belo Horizonte, n. 05, jan./jun., 1997.
- _____. *Controverse constitutionnelle*. Trad. Françoise Baret-Ducrocq. Pouvoirs: revue française d'études constitutionnelles et politiques, Paris, nº 59, out., 1991.
- FERREIRA, Natália Braga. *Notas sobre a Teoria dos Princípios de Robert Alexy*. Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro, Belo Horizonte, n. 2, p. 117-142, set. 2010. ISSN 2176-977X. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1290>>. Acesso em: 29 jul. 2016.
- FERRI, Caroline. MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. *O problema da discricionariedade em face da decisão judicial com base em princípios: a contribuição de Ronald*

- Dworkin. *Novos Estudos Jurídicos* - Vol. 11 - n. 2 - p. 265-289/jul-dez 2006.
- GORZONI, Paula. *Entre o princípio e a regra: teoria dos direitos fundamentais*. *Novos Estudos-CEBRAP*, n. 85, p. 273-279, 2009.
- GUEDES, Néviton. *A importância de Dworkin para a teoria dos princípios*. Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-nov-05/constituicao-poder-ronald-dworkin-teoria-principios>. Acesso em: 1º ago. 2016.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. In: FERREIRA, Natália Braga. *Notas sobre a Teoria dos Princípios de Robert Alexy*. *Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro*, Belo Horizonte, n. 2, p. 117-142, set. 2010. ISSN 2176-977X. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1290>>. Acesso em: 29 jul. 2016.
- JÚDICE, Mônica Pimenta. *Robert Alexy e a sua teoria sobre os princípios e regras*. Consultor Jurídico. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teor%C3%ADa_princ%C3%ADpios_regras. Acesso em: 29 jul. 2016.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LOPES, José Domingos Rodrigues. *O papel central que adquiriram os princípios jurídicos no constitucionalismo a partir de meados do século XX: a abordagem de Dworkin versus a abordagem de Alexy*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3815, 11 dez. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26109>>. Acesso em: 29 jul.

- 2016.
- LIMA, Priscila Rosa. SOARES, Marcos Antônio Striquer Soares. *Decisão Judiciária: estudo do pensamento de Robert Alexy/ Judicial decision: studies on Robert Alexy's thoughts*. Revista de Direito Público, Londrina, v. 7, n. 2, p. 3-16, Maio/Ago. 2012.
- MAIA, Antônio Cavalcanti e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Os princípios de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy*. In: PEIXINHO, Manoel Messias. Os princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.
- MÜLLER, Friedrich. *Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?* Tradução: Peter Naumann. In: Revista da Procuradoria-geral do Município de Porto Alegre. Porto Alegre: Unidade, 2000.
- PEDRON, Flávio Quinaud. *Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin*. Revista CEJ 9.30, 2005. Disponível em: https://www.academia.edu/819207/Comment%C3%A1rios_sobre_as_interpreta%C3%A7%C3%B5es_de_Alexy_e_Dworkin. Acesso em: 29 jul. 2016.
- SCOTTI, Guilherme. *Teorias jurídicas positivistas*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <http://modle.cead.unb.br/agu/course/view.php?id=9>. Acesso em: 15 ago. 2016.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, v. 1, p. 607-630, 2003.
- SIMIONI, Rafael. *Regras, princípios e políticas públicas em Ronald Dworkin: a questão da legitimidade democrática das decisões jurídicas*. Revista Direito Mackenzie, v.5, n.1, p. 203-218, 2010.

- SOUSA, Felipe Oliveira de. *O raciocínio jurídico entre princípios e regras*. Revista de informação legislativa, v. 48, n. 192, p. 95-109, out./dez. 2011. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242932>. Acesso em: 29 jul. 2016.
- STRECK, Lenio Luiz. *Why judicial discretion is a problem to Dworkin but not to Alexy/Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy*. Direito e Práxis, v. 4, n. 2, p. 343-368, 2013.
- _____. *O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto*. Direito UNIFACS–Debate Virtual, n. 144, 2012.
- _____. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2011.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Pena pode ser cumprida após decisão de segunda instância, decide STF*. Informativo do Supremo Tribunal Federal, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>. Acesso em: 17 de agosto de 2016.
- _____. *Concedida liminar em HC por violação ao princípio da presunção de inocência*. Informativo do Supremo Tribunal Federal, 04 de julho de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=320306>. Acesso em: 17 de agosto de 2016.