



# CARIBEÑA DE CIENCIAS SOCIALES

latindex IDEAS EconPapers DOAJ Dialnet InDICES CSIC

## PONDERANDO A DEMOCRACIA: ATIVISMO JUDICIAL E SOLIPSISMO

**Marcos Henrique Rodrigues**

Faculdade de Direito do Sul de Minas

Mestrando em Direito, pela Faculdade de Direito do Sul de Minas, pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal, pela Instituição Damásio de Jesus, e, graduado em Direito, pelo Centro Universitário de Lavras.

[marcos.adv.rodrigues@gmail.com](mailto:marcos.adv.rodrigues@gmail.com).

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Marcos Henrique Rodrigues: "Ponderando a democracia: ativismo judicial e solipsismo", Revista Caribeña de Ciencias Sociales enero 2021). En línea:  
<https://www.eumed.net/es/revistas/caribena/enero-21/ponderando-democracia>

**Resumo:** A aplicação da teoria de Robert Alexy tornou-se recorrente nas decisões judiciais no Brasil, principalmente pela proporcionalidade e consequente ponderação de princípios. Todavia, há que se observar que diuturnamente essa teoria tem sido terra fecunda para o ativismo judicial e a atuação de juízes solipsistas, o que, através pesquisa qualitativa exploratória por meio de referenciais bibliográficos e pesquisa de jurisprudências, demonstrar-se-á que a junção destes fatores pode implicar em prejuízos à democracia brasileira, e por via de consequência, tornar a decisão ilegítima, por atingir patamares políticos, que, em tese, deveriam estar na competência de governos democráticos, devidamente eleitos. Acrescenta-se, ainda, a ampliação deste ativismo judicial e solipsismo, quando aglutinados à ideia de pan-principiologismos.

**Palavras-chave:** Ativismo judicial, Democracia, Direitos Fundamentais, Ponderação.

## PONDERING DEMOCRACY: JUDICIAL ACTIVISM AND SOLIPSISM

**Abstract:** The application of Robert Alexy's theory became recurrent in judicial decisions in Brazil, mainly by proportionality and consequent weighting of principles. However, it should be noted that this theory has been a fertile ground for judicial activism and the performance of solipsist judges, which, through qualitative exploratory research through bibliographical references and jurisprudence research, will demonstrate that the junction of these factors may imply in damages to the Brazilian democracy, and consequently make the decision illegitimate, because it reaches political levels, which in theory should be within the competence of democratic governments, duly elected. It is also added

the extension of this judicial activism and solipsism, when agglutinated to the idea of pan-principiologismos.

**Keywords:** Democracy, Fundamental rights, Judicial activism, Ponderation.

### **PONDERANDO SOBRE LA DEMOCRACIA: ACTIVISMO JUDICIAL Y SOLIPSISMO**

**Resumen:** La aplicación de la teoría de Robert Alexy se ha vuelto recurrente en las decisiones judiciales en Brasil, principalmente por la proporcionalidad y consecuente ponderación de principios. Sin embargo, cabe señalar que día a día esta teoría ha sido terreno fértil para el activismo judicial y la actuación de jueces solipsistas, que, a través de una investigación cualitativa exploratoria a través de referencias bibliográficas e investigaciones de jurisprudencia, demostrará que el cruce estos factores pueden implicar un daño a la democracia brasileña y, en consecuencia, hacer que la decisión sea ilegítima, al llegar a niveles políticos, que, en teoría, deberían ser competencia de gobiernos democráticos debidamente elegidos. También está la expansión de este activismo y solipsismo judicial, cuando se combina con la idea de pan-principiologismos.

**Palabras clave:** Activismo judicial, Democracia, Derechos fundamentales, Ponderación.

### **INTRODUÇÃO**

Hodiernamente, entre os tribunais e operadores do direito tem-se difundido a teoria de Robert Alexy, que, não por outra razão, tem sido vastamente aplicada nas decisões jurídicas perpetradas pelas diversas instâncias do Poder Judiciário brasileiro.

Assim, considerando as características ostentadas pela teoria de Alexy, que se preocupa, com maior ênfase a traçar formas procedimentais para um raciocínio metodológico para obtenção de fundamentos para as decisões jurídicas, há, contudo, uma superlativização da decisão jurídica, que passa a não possuir controles ou limites de responsabilidade democrática.

Diante desta ausência de controle e limites à responsabilidade democrática, surgem às hipóteses de ativismo judicial e solipsismo, o que pode propiciar questionamentos à legitimidade da decisão jurídica, considerando a inflexão da democracia.

Por estas razões, com o presente trabalho científico objetiva-se demonstrar que a teoria de Alexy, apesar de sua importância para o pós-positivismo, tem convergido, na realidade brasileira, a problemas de legitimidade da decisão jurídica, posto que o magistrado se aproxima, cada vez, através do ativismo e solipsismo, das decisões estritamente políticas, que são atribuídas à um governo democrático, devidamente eleito pelo voto popular.

Portanto, através de uma pesquisa qualitativa exploratória por meio de referenciais bibliográficos e pesquisa de jurisprudências, demonstrar-se-á que a teoria argumentativa da decisão jurídica de Robert Alexy, quando aplicada à realidade brasileira, conjugando ativismo judicial e solipsismo, pode implicar em severos prejuízos à ordem democrática.

Em um primeiro momento, mais especificamente, nos capítulos dois e três, abordar-se-á a teoria de Robert Alexy, trazendo à baila a teoria dos princípios, a caracterização e distinção entre princípios e regras, salientando as formas com são realizadas as soluções de conflito de regras e de

colisão de princípios. Neste ínterim, será abordada a máxima da proporcionalidade e suas submáximas, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ponderação)

Em um segundo momento, tratar-se-á como o ativismo judicial e o solipsismo podem redundar prejuízos à democracia, considerando a teoria de Alexy como ambiente propício na realidade brasileira. Ainda, aduz que o denominado pan-principiologismo pode ser um instrumento de ampliação do ativismo judicial e solipsismo, considerando a característica de otimização dos princípios em Alexy.

Por derradeiro, em sede de considerações finais, ventila-se a possibilidade da teoria de Robert Alexy se adequar à realidade brasileira, para uma aplicação mais consentânea ao estado democrático de direito, evitando-se distorções na interpretação e argumentação da decisão jurídica.

## **1 PONDERAÇÃO E A TEORIA DOS PRINCÍPIOS**

Diversas são as teorias pós-positivistas que tratam sobre a interpretação, argumentação e decisão jurídica nos tempos hodiernos. Podemos citar, a título de exemplo, autores como Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Lenio Streck, Niklas Luhman, dentre outros. Essas teorias aglutinam esforços no pensamento do direito atual, convergindo na ideia nevrálgica de superação do neopositivismo trazido por Hans Kelsen. Ainda que os diversos pensadores pós-positivistas utilizem de teorias com fundamentos dos mais variados para a interpretação, argumentação e decisão jurídica, estas se direcionam a consecução dos direitos fundamentais (Simioni, 2010).

No Brasil, os operadores do direito, mais especificamente os magistrados, têm coadunado com a teoria de Robert Alexy, a qual passou a funcionar como supedâneo das decisões judiciais emanados pelo Poder Judiciário. Diversas são as hipóteses aventadas para destacar as justificativas da aplicação da teoria da ponderação pelos tribunais brasileiros. A primeira hipótese retrata a possibilidade da teoria de Alexy ter chegado ao Brasil pelos ministros que foram à Alemanha para realização de cursos de pós-graduação. Outra realidade ventilada é a que suscita que a teoria da ponderação tem como pressuposto propiciar formas de ativismo judicial (Simioni, 2010).

A teoria de Robert Alexy, cujo escopo era trazer soluções às críticas direcionadas ao neopositivismo de Hans Kelsen, buscou segregar a norma em regras e princípios, para que assim pudesse utilizar procedimentos racionais para a consecução de uma interpretação, argumentação e decisão jurídica condizentes aos novos ideais pós-positivistas.

Segundo Alexy (2008, p. 87):

(...) regras e princípios serão reunidos sob o conceito de normas. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.

O objetivo central da distinção entre princípios e regras na doutrina de Alexy é propor uma metodologia para solução do problema dos limites e alcances da norma jurídica, bem como as questões correlatas à colisão. Há tempos observou-se uma distinção entre normas e princípios, em que existiam as normas jurídicas positivamente válidas e existiam os princípios gerais do direito. Todavia, a partir da positivação dos direitos e garantias fundamentais nas constituições, surge a necessidade de divisão em normas jurídicas que são princípios e normas jurídicas que não são (Simioni, 2014).

Portanto, a primeira regra fundamental consubstanciada na teoria de Alexy é definir se as normas jurídicas se enquadram entre princípios - momento em que serão adotados os métodos delineados para resolução das dúvidas concernentes a aplicação deste ou daquele princípio, denominada como colisão - ou regras - momento em que se aplicarão outros métodos para a solução do conflito.

Segundo Simioni (2014, p. 275) alguns critérios tradicionais foram apresentados para diferenciação entre os princípios e as regras:

Um dos critérios possíveis, bastante utilizado na teoria do direito constitucional alemã, é o grau de generalidade da norma. Quanto mais genérica, quanto mais 'aberta' for a norma, mais caráter de princípio ela tem. E quanto mais específica, quanto mais estrita, mais 'fechada' for a norma, mais caráter de regra ela tem. Assim, segundo esse critério, uma norma que afirma a liberdade de expressão é genérica, aberta e, portanto, um princípio. Enquanto que uma norma que afirma condições ou restrições a essa liberdade de expressão é estrita, mais fechada e, portanto, uma regra.

Outros métodos para distinção entre princípios e regras foram utilizados, como por exemplo: que os princípios se consubstanciam no fundamento da regra, ou seja, os princípios são fundamento para outras normas e as normas que são fundamentadas são as regras (Alexy, 2008). Essa metodologia de diferenciação entre regras e princípios não se afasta daquela utilizada para genéricas e específicas, as formas apresentadas muito se assemelham, podem ser até mesmo complementares.

Com base nestes diversos critérios tradicionais para diferenciação de princípios e normas, Alexy estabelece três teses diversas sobre a diferença entre princípios e regras. A primeira se alocou na hipótese de que toda tentativa de diferenciação entre princípios e regras restaria fada ao insucesso, por razões de diversidade da norma. A segunda tese se refere àqueles que defendem a possibilidade de distinção entre princípios e regras, todavia, esta se daria somente por uma relação de grau de generalidade. A terceira tese, essa sim, defendida por Alexy como correta, que os princípios e regras podem ser diferenciados e que, além de uma distinção de grau, observa-se uma diferenciação qualitativa (Alexy, 2008).

Desta sorte, para Alexy (2015, p. 74) princípios “são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão ampla quanto possível relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas, portanto, mandamentos de otimização”, noutra banda, as regras “são normas que, sempre, ou só podem ser cumpridas ou não cumpridas. Se uma regra vale, é ordenado fazer exatamente aquilo que ela pede, não mais e não menos, portanto, mandamentos definitivos” (Alexy, 2015, p. 75).

Para diferenciação das regras e princípios, importante ter em mente, que este último, por se tratar de mandamento de otimização, deve se realizar na maior medida possível, portanto aos princípios é facultado seu cumprimento em maior ou menor grau, dependendo da situação posto à apreciação, por esta razão possuem o condão de ser relativizados, segundo o procedimento estabelecido pela metodologia da ponderação.

Em sentido diametralmente oposto, regras se diferenciam dos princípios, porque são espécies de normas jurídicas que podem ser cumpridas ou não, isto é, quando válidas, possuem características de determinações, devendo ser realizado exatamente o que foi estabelecido por ela, sem mais ou menos gradação, o método utilizado é o subsuntivo (Amorim, 2005).

Importante observar que a teoria edificada por Robert Alexy, no que concerne aos princípios, por suas características de mandamentos de otimização, propiciam, através da ponderação, a solução da colisão de princípios, onde são elencadas as metodologias delineadas pelo autor. Em contrapartida, as regras por serem normas que devem ser cumpridas, ou seja, possuem uma necessidade premente de cumprimento da exatidão da norma, a metodologia a ser aplicada é subsunção.

No que concerne aos conflitos entre regras, Alexy estabelece dois métodos para resolução, sendo: a) cláusula de exceção; e b) declaração de invalidade. A cláusula de exceção retrata, deveras, uma hipótese que excepciona a regra geral, a título de exemplo destaca-se a regra de que o aluno somente pode sair de sala quando o sinal tocar, a cláusula de exceção seria o caso de o sinal de incêndio tocar, possibilitando que os alunos saiam da sala. A segunda solução para o conflito de regra retrata a declaração de invalidade de uma das regras, ou seja, a norma deverá ser extirpada do ordenamento jurídico (Alexy, 2008).

Segundo Alexy (2008, p. 92):

Ao contrário do que ocorre com o conceito de validade social ou de importância da norma, o conceito de validade jurídica não é graduável. Ou uma norma jurídica é válida, ou não é. Se uma regra é válida e aplicável a um caso concreto, isso significa que também sua consequência jurídica é válida. Não importa a forma como sejam os fundamentos, não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos. Em um determinado caso, se se constata a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de

exceção, então, pelo menos uma das regras dever-ser declarada inválida.

No caso dos princípios, não há aplicação de cláusulas de exceção ou declaração de invalidade, como ocorrem com as regras, na colisão de princípios, considerando que são caracterizados como mandamentos de otimização, um dos princípios deve ceder, ou seja, será relativizado para que outro princípio possa preponderar. Neste caso, não haverá invalidade de princípios ou exceção, conforme as condições cada princípio terá preponderância sobre outro, tratando-se de questões de sopesamento (Alexy, 2008).

Assim, a colisão entre princípios, pode ser racionalmente resolvida pelo método estabelecido por Robert Alexy, concernente à ponderação de princípios, que possui conexão com a máxima da proporcionalidade.

## **2 PROPORCIONALIDADE**

A máxima da proporcionalidade não se configura como um princípio, vez que não retrata um mandamento de otimização, ademais, não possui oportunidade para relativizações, devendo ser aplicada ou não, conforme características outrora mencionadas sobre regras (Simioni, 2014).

A máxima da proporcionalidade se subdivide em três, sendo: a) adequação; b) necessidade; e c) proporcionalidade em sentido estrito, também compreendida como a própria ponderação de princípios. Desta forma, Alexy utiliza-se a máxima da proporcionalidade e suas subdivisões como uma metodologia para a decisão jurídica nos casos de colisão de princípios (Simioni, 2014).

Fazendo um adendo, importante ressaltar que, dos fundamentos e diferenciações até agora apresentados entre as regras e princípios, pode-se alcançar algumas conclusões lógicas. A primeira ideia a ser extraída é que a aplicação da ponderação na colisão de princípios não implica na elevação de princípios, mas, pelo contrário, na diminuição destes. Denota-se, pelos argumentos até então apresentados, quando o princípio é considerado mais adequado/necessário ao caso, este se sobrepõe aos demais colidentes.

Com essas considerações, pode-se observar que as regras se sobrepõem aos princípios, isto é, tem aplicação rígida, sendo válidas tem aplicação direta, subsunção, devendo ser aplicada de forma preponderante sobre os mesmos. Desta sorte, sendo definido que determinado direito se constitui, na teoria de Robert Alexy, como regra, sendo válida, este deve preponderar e ser cumprindo, mesmo que confrontante com princípios.

Retomando às submáximas da proporcionalidade, a adequação estabelece “uma referência à relação de adequação entre os meios necessários para atingir a finalidade exigida por um princípio jurídico. Trata-se (...) de uma otimização sobre as possibilidades fáticas da relação entre os meios e os fins exigidos por princípios” (Simioni, 2014, p. 284)

Simioni suscita quatro situações para o juízo de adequação, quais sejam:

a) o meio empregado para atingir a finalidade é adequado para a finalidade do princípio e não produz interferência em outro ou outros princípios; b) o meio empregado para atingir a finalidade é adequado para a finalidade do princípio, mas produz interferências em outro ou outros princípios; c) o meio empregado para atingir a finalidade não é adequado para a finalidade do princípio e não produz interferências em outro ou outros princípios; e d) o meio empregado para atingir a finalidade não é adequado para a finalidade do princípio e ainda produz interferências em outros princípios. (Simioni, 2014, p. 284)

Portanto, havendo outro meio fático que resolva a situação de colisão, atingindo a finalidade do princípio em situação de colisão, o juízo de adequação permite a substituição do meio fático inadequado, pelo adequado. Todavia, quando não surge, no juízo de adequação, outro meio fático que seja adequado e não prejudique a finalidade dos princípios em colisão, necessário, ultrapassar o juízo de adequação e adentrar na segunda submáxima, a necessidade.

A necessidade é meio de justificação para afastamento de princípios em situação de colisão com os meios necessários para a realização de outros princípios. Trata-se de análise da possibilidade de otimização dos meios em relação às finalidades dos princípios em colisão, objetiva-se a mediação entre o completo proveito de um princípio e o desagravo total do outro princípio em momento de colisão, a fim de que haja um equilíbrio no grau de satisfação dos princípios (Simioni, 2014).

Todavia, quando, a partir das análises citadas, observam-se, inevitavelmente, interveniências de um princípio sobre outro, isto é, sendo a finalidade de um princípio afetada por outro, as reflexões sobre adequação e necessidade não são suficientes para solução das colisões, sendo necessário a ponderação (proporcionalidade em sentido estrito) (Alexy, 2011).

Desta sorte, a ponderação (proporcionalidade em sentido estrito), visa consagrar a ideia de otimização entre dois princípios colidentes, quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior será a sua importância para a satisfação de outro. Não se pode olvidar, que a teoria de Alexy perpassa por três importantes passos, primeiro, aferição do grau de satisfação e de não afetação de um dos princípios quanto aos demais colidentes (adequação), a posteriori, a relevância de satisfação do princípio (necessidade), e, por fim, observar se a importância da satisfação do princípio justifica a interferência em outro princípio (ponderação) (Carneiro, 2011). Nas palavras de Alexy, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito estabelece que "quanto maior o grau de não-satisfação ou de detrimento de um princípio, maior a importância de se satisfazer o outro" (Alexy, 2003, p. 136).

### **3 PONDERAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DAS DECISÕES**

Rememorando os introitos do presente estudo científico, a teoria de Robert Alexy se inseriu nas decisões jurídicas dos tribunais brasileiros, tornando-se sua argumentação jurídica instrumento para decisões nas mais variadas instâncias do Poder Judiciário, inculcando decisões jurídicas da

primeira instância até a Corte Constitucional (Supremo Tribunal Federal). Não se pode olvidar, ainda, a forte influência, talvez pelas reiteradas decisões da Suprema Corte, da teoria de Alexy nas doutrinas jurídicas no Brasil.

Pode-se observar um exagero na utilização de expressões características da teoria da argumentação de Alexy, tais como: proporcionalidade, ponderação, razoabilidade, colisão de princípios, princípios implícitos, reserva do possível, proibição do retrocesso, mínimo existencial, entre outras diversas expressões utilizadas hodiernamente por julgadores e operadores do direito (Simioni, 2014).

Assim, em conjugação com o novo papel político institucional do Supremo Tribunal Federal advindo, na primeira década do século vinte e um, de uma evidenciação do Poder Judiciário no Brasil, inaugurou-se um ideário generalizado de que os direitos constitucionais (direitos e garantias fundamentais) necessitariam de uma resposta judicial para seu exercício. Logo o Supremo Tribunal Federal, assumindo a figura de protetor da constituição, se estabeleceu com evidência no país (Silva, Moura, Berman, Vieira, Tavares, e Valle, 2010).

Importante trazer à baila exemplos em que o ativismo judicial se torna evidente no Poder Judiciário brasileiro. Ressalta-se que não se objetiva explicar sobre o mérito da decisão, como acertada ou não, criando uma independência ao resultado útil da decisão, o que se pretende é destacar a vereda perseguida pelos tribunais brasileiros rumo ao ativismo.

O STF, em nome do princípio democrático, declarou que a vaga no Congresso pertence ao partido político. Criou, assim, uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, além das que se encontram expressamente previstas no texto constitucional. Por igual, a extensão da vedação do nepotismo aos Poderes Legislativo e Executivo, com a expedição de súmula vinculante, após o julgamento de um único caso, também assumiu uma conotação quase-normativa. O que a Corte fez foi, em nome dos princípios da moralidade e da impessoalidade, extrair uma vedação que não estava explicitada em qualquer regra constitucional ou infraconstitucional expressa.

O STF declarou a inconstitucionalidade da aplicação das novas regras sobre coligações eleitorais à eleição que se realizaria em menos de um ano da sua aprovação. Para tanto, precisou exercer a competência – incomum na maior parte das democracias – de declarar a inconstitucionalidade de uma emenda constitucional, dando à regra da anterioridade anual da lei eleitoral (CF, art. 16) o status de cláusula pétrea. É possível incluir nessa mesma categoria a declaração de inconstitucionalidade das normas legais que estabeleçam cláusula de barreira, isto é, limitações ao funcionamento parlamentar de partidos políticos que não

preenchessem requisitos mínimos de desempenho eleitoral.  
(Barroso, 2018, p.8)

Ainda nesta ideia de protagonismo do Poder Judiciário, com o intuito de possibilitar, através da decisão jurídica, a efetiva aplicação de direitos fundamentais, e utilizando-se das lições trazidas pelo método da proporcionalidade, que consubstancia a ponderação de princípios de Robert Alexy, emerge o estereótipo do juiz solipsista – aquele que decide sob o pálio de sua vontade, suas próprias convicções (Isaia, 2011).

Neste íterim, os magistrados através da teoria de Alexy, como juízes solipsistas, atendo-se somente ao procedimento pré-estabelecido de controle de racionalidade metodológica dos fundamentos utilizados na decisão jurídica, se esquivam das formas de controle ou responsabilidade democrática. Portanto, a decisão jurídica advinda desta prática privilegia o ativismo judicial, impulsionando que decisões jurídicas invadam a esfera política, atingindo sobre tudo finalidades oriundas de governos democráticos (Simioni, 2014).

Cristiano Becker Isaia (2011, p. 115) salienta que:

A atividade interpretativa no Estado democrático de direito exige que se supere a figura do juiz solipsista, o qual decide em acordo com sua 'vontade', 'íntima convicção' etc., interpretando, quando pouco (somente nos casos difíceis pelo método do sopesamento), para 'descobrir' o conteúdo da norma, extraíndo o 'significado ideal' do texto. Em seu lugar impõe-se a atuação de um juiz que tenha ciência da responsabilidade ética, social e política de suas decisões, buscando dar coerência ao judiciário e integridade ao direito.

Pode-se citar, a título de exemplo, decisão exarada pelo Ministro Eros Grau, nos autos da Rcl 4.335 - STF (julgada em 21/08/2006), o qual demonstra o subjetivismo do magistrado na tentativa de alcançar a almejada justiça.

Sucede que estamos aqui não para caminhar seguindo os passos da doutrina, mas para produzir o direito e reproduzir o ordenamento. Ela nos acompanhará, a doutrina. Prontamente ou com alguma relutância. Mas sempre nos acompanhará, se nos mantivermos fiéis ao compromisso de que se nutre a nossa legitimidade, o compromisso de guardarmos a Constituição. O discurso da doutrina [discurso sobre o direito] é caudatário do nosso discurso, o discurso do direito. Ele nos seguirá; não o inverso. (Grau, 2013, p. 19)

Com a oportuna exemplificação trazia à baila, denota-se duas hipóteses trazidas neste trabalho científico, inicialmente a convicção da Suprema Corte que induz no discurso doutrinário, o

que reafirma a influência sobremaneira da teoria de Alexy no Brasil, e, ainda, demonstra a ideia permanente no judiciário brasileiro do juiz solipsista, que decide de acordo com suas convicções e vontades.

Este ativismo judicial tem por consequência inexorável a prática de um poder político, de um poder que não ostenta o batismo da vontade popular, isto é, através de suas decisões invadem a alçada de agentes políticos, os quais foram eleitos pelo voto popular, com um plano de governo e políticas públicas para a efetivação de direitos fundamentais.

Importante ressaltar que a discussão da ilegitimidade das decisões judiciais proposta pelo presente trabalho, é no momento em que ela assume um viés estritamente solipsista, ou seja, quando magistrados, utilizando-se da teoria de Alexy, sob a égide de sua vontade e convicção, se apropriam do sopesamento de princípios para decisões que extrapolam sua competência, atingindo o poder político.

Portanto, neste sentido, Lenio Streck aduz que a interpretação não pode encontrar supedâneo na vontade de quem decide.

o direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, recentemente, respostas na lei, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador. (Streck, 2012a)

Desta forma, a premissa que se postula é que os tribunais brasileiros tenham como fundamento de suas decisões argumentos prudentes e jurídicos, e não em ideias “metajurídicas”, como convicções e vontades, isso retrata relevante para um estado democrático de direito, ou pelo menos se assim fosse, haveria a possibilidade de fortalecimento e solidificação da democracia (Streck, 2013).

A teoria importada de Alexy possibilita a realização do solipsismo, tendo em vista que, na concepção adota no Brasil, torna palpável o pan-princiologismo - criação exacerbada de princípios (Streck, 2012b) – que, somada a conceituação de princípio, trazida por Alexy, como mandamento de otimização, criando mecanismos de variação de gradação de princípios de acordo com a vontade e convicção do próprio julgador.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

São inegáveis as contribuições conquistadas pelo pós-positivismo, oriundas da análise da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, não por outra razão, deve ser respeitada no seio jurídico. O objetivo neste trabalho é evidenciar os exageros e desvirtuamentos da teoria de Alexy nas decisões jurídicas brasileiras.

As argumentações propostas tem como escopo a incidência das teorias de Alexy sobre um novo espectro, ou seja, após um estudo holístico da teoria mencionada, identificar que a forma com

que a teoria tem sido utilizada no Brasil pode acarretar prejuízos à democracia do país, influenciando sobre maneira nas decisões políticas de um governo democrático.

Ademais, que a teoria de Alexy conduz, no Brasil, irrefutavelmente, a um ativismo judicial, conforme se demonstra das decisões judiciais dispostas no presente trabalho. Não só, mas convergindo a um ativismo judicial realizado por julgadores solipsistas, ou seja, utilizam-se de suas convicções e vontades, para determinar o fim que a decisão jurídica desembocará.

Portanto, a implicação de um pan-principiologismo, através das características atribuídas por Alexy para os princípios, designados como mandamentos de otimização, somados à comprovada atuação solipsista e ativismo do judiciário, pode resultar na ilegitimidade da decisão jurídica, o que afeta sobremaneira o estado democrático de direito instituído.

Assim, aclarando essa vertente que a teoria de Robert Alexy assumiu na doutrina e jurisdição brasileira, a adequação da teoria aos padrões e realidades do país, considerando tratar-se de teoria importada da alemã, que vivência realidade diversa, poderia traduzir em uma teoria sólida que possa atender aos anseios democráticos e sociais.

## REFERÊNCIAS

- Alexy, R. (2015). *Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro.
- Alexy, R. (2011). *Constitucionalismo Discursivo* (3 ed). Livraria do Advogado, Porto Alegre.
- Alexy, R. (2003). Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. *Ratio Juris*, V.16, N.2, 2003.
- Alexy, R. (2008). *Teoria dos direitos fundamentais*. Malheiros, São Paulo.
- Amorim, L. B. (2005). A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy. Esboço e críticas. *Revista de Informação Legislativa*, V.2, N.165, jan./mar, 2005, p. 123-134.
- Barroso, L. R. B. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. [https://www.ie.ufrj.br/intranet/ie/userintranet/hpp/arquivos/251020155550\\_Debate2Textos.pdf](https://www.ie.ufrj.br/intranet/ie/userintranet/hpp/arquivos/251020155550_Debate2Textos.pdf). Consultado em: 19/09/2018.
- Carneiro, W. A. (2011). *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Livraria do Advogado, Porto Alegre.
- Grau, Eros Roberto (2013). *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios* (6 ed). Malheiros, São Paulo.
- Isaia, C. B. (2011). *Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica* (2 ed). Juruá, Curitiba.
- Silva, C. A.; Moura, F.; Berman, J. G.; Vieira, J. R.; Tavares, J. S.; e Valle, V. R. L. (2010). *Diálogos Institucionais e Ativismo*. Juruá, Curitiba.
- Simioni, R. L. (2014). *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Juruá, Curitiba.
- Simioni, R. L. (2010). Economia de colisões: ponderando a teoria da ponderação de Robert Alexy. *Revista do Curso de Direito da FSG*, N.7, jan./jun. 2010, p. 135-150.

- Streck, L. L. (2012). O passado, o presente e o futuro do STF em três atos. *Revista Consultor Jurídico*. <https://www.conjur.com.br/2012-nov-15/senso-incomum-passado-presente-futuro-stf-tres-atos>. Consulta em: 19/09/2019
- Streck, L. L. (2013). O que é isto: o ativismo judicial, em números?. *Revista Consultor Jurídico*. <https://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>. Consulta em: 19/09/2019
- Streck, L. L. (2012). *O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto*. *Revista Consultor Jurídico*. <http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-largo>. Consulta em: 19/09/2019.