

**REFLEXÕES SOBRE A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS
E REGRAS NO PROCESSO DE ARGUMENTAÇÃO DAS
DECISÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL¹**

**REFLECTIONS ON THE APPLICATION OF PRINCIPLES
AND RULES IN THE DECISION-MAKING PROCESS OF
THE SUPERIOR ELECTORAL COURT**

ANA KARINA VASCONCELOS DA NÓBREGA²

¹ Artigo elaborado com base no artigo publicado pela autora “Considerações sobre a aplicação dos princípios jurídicos e das regras no processo de argumentação de decisões do Tribunal Superior Eleitoral: aspectos axiológicos” na Revista Brazilian Journal of Development. Disponível em: <http://www.brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/2945>.

² Mestranda em Gênero e Igualdad pela Universidade Pablo de Olavide (Sevilla, Espanha). Doutoranda em Direito, Políticas Públicas, Estado e Desenvolvimento pelo Centro Universitário de Brasília (UniCeub).

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo geral examinar, a partir dos pressupostos da Teoria dos Direitos Fundamentais e da Teoria da Argumentação Jurídica, o papel das regras e princípios existentes no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente no que se refere ao processo de argumentação de decisões do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) envolvendo direitos fundamentais. O problema de pesquisa diz com a forma pela qual se exteriorizam as possibilidades e os limites da racionalidade em julgados que tratam de tais postulados nessa Justiça Especializada. O caminho percorrido nessa explanação tem como ponto de partida a análise de duas Consultas formuladas junto ao TSE que envolveram a aplicação de princípios sob a ótica dos pressupostos teóricos selecionados. Avalia-se, de forma sintética, a “Teoria da Argumentação Jurídica” e a “Teoria dos Direitos Fundamentais”, de Robert Alexy, bem como o pensamento de Ronald Dworkin em “O Império do Direito” e “Uma questão de Princípio”. Trata-se de pesquisa de caráter bibliográfico e qualitativo. Pelos acórdãos examinados, conclui-se que, na solução de conflitos relacionados, a aplicação de princípios jurídicos fundamentais, o TSE utiliza elementos calcados na teoria de Alexy e Dworkin, a exemplo do sopesamento, ponderação, precedência condicionada, entre outros. Esses elementos têm o intuito de dar aos questionamentos propostos uma solução racional, cuja sustentação se projeta ora na prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e na igualdade de gênero, ora no princípio da imutabilidade do nome.

Palavras-chave: Regras e princípios. Colisão. Sopesamento. Precedência condicionada. Argumentação.

ABSTRACT

The purpose of this article is to examine, from the assumptions of the Theory of Fundamental Rights and the Theory of Legal Argumentation, the role of the rules and principles existing in the Brazilian legal system, especially with regard to the process of argumentation of decisions of the Court Electoral Superior (TSE) involving fundamental rights. The research problem is how the possibilities and limits of rationality in judgments dealing with such postulates in this Specialized Justice are externalized. The path taken in this explanation has as its starting point the analysis of two Consultations formulated with the TSE that involved the application of principles from the perspective of the selected theoretical assumptions. In short, we evaluate Robert Alexy’s “Theory

of Legal Argument” and “Theory of Fundamental Rights,” as well as Ronald Dworkin’s thoughts on “The Rule of Law” and “A Matter of Principle”. This is a bibliographical and qualitative research. From the judgments examined, it is concluded that, in the resolution of conflicts related to the application of fundamental legal principles, the TSE uses elements based on the theory of Alexy and Dworkin, such as weighting, weighting, conditioned precedence, among others. These elements are intended to give to the proposed questions a rational solution whose support is projected at times on the prevalence of the principles of human dignity and on gender equality, sometimes on the principle of immutability of the name.

Keywords: Rules and principles. Collision. Weighting. Conditional precedence. Argument.

1 Premissas teóricas

É consabido que os princípios jurídicos têm importância singular no ordenamento jurídico, o qual, por sua vez, é constituído por um conjunto normativo de complexa interpretação; entretanto, fundamentar uma decisão em postulados é uma tarefa um tanto espinhosa. Com efeito, muitas vezes falta-lhe a argumentação jurídica necessária para tanto; além disso, não raras vezes, a doutrina e a jurisprudência usam conceitos divergentes que permitem que os princípios sejam invocados apenas para afastar a incidência de uma lei que não convém, o que pode resultar na formação de um Poder Judiciário de competência atrofiada.

O presente artigo objetiva verificar a aplicação dos princípios jurídicos e das regras existentes no processo de argumentação contido em decisões do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) com base nos pressupostos da Teoria dos Direitos Fundamentais e da Teoria da Argumentação Jurídica, bem como no papel das regras e princípios jurídicos referentes ao processo de argumentação das decisões que exploram a colisão de princípios envolvendo direitos fundamentais.

Como veremos, Ronald Dworkin defende a tese de que os juristas e os juízes, ao debaterem ou decidirem ações judiciais, invocam não somente as regras, mas, também, os princípios jurídicos, a exemplo do princípio de que nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos.

Alexy, a partir dos posicionamentos adotados por Dworkin, afirma que a positivação dos direitos fundamentais, que vincula todos os poderes estatais, representa uma abertura razoável do sistema jurídico perante o sistema moral, e que pode ser levada a cabo por meios racionais. Nesse diapasão, Alexy desenvolve um sistema para combater o argumento da irracionalidade das decisões. A argumentação jurídica seria, portanto, a forma de demonstrar a correção da decisão que pondera princípios jurídicos.

Nesse sentir, analisemos as Consultas nºs 0604054-58.2017.6.00.0000/DF e 0600252-18.2018.6.00.0000/DF, formuladas junto a essa Justiça Especializada e examinemos como alguns princípios fundamentais, notadamente o da dignidade da pessoa humana e o da igualdade de gênero, foram materializados.

O problema de pesquisa se faz com a seguinte indagação: de que modo as possibilidades e limites da racionalidade em julgados envolvendo a aplicação de direitos fundamentais se materializa nas decisões do Tribunal Superior

Eleitoral? A pesquisa desenvolvida é bibliográfica, qualitativa, e se utiliza do método indutivo, ou seja, parte de duas situações (dois julgados do TSE) para verificar elementos embasadores da teoria de Alexy e Dworkin na resolução de colisão de princípios, a exemplo do sopesamento, ponderação e precedência condicionada.

Nas seções seguintes, desenvolvemos uma discussão acerca dos elementos básicos da Teoria dos Direitos Fundamentais e alguns pontos de divergência entre Alexy e Dworkin. A abordagem acerca desses pressupostos teóricos, todavia, deve levar em conta o que observa Inocêncio Coêlho quando afirma que as leis só entram e permanecem em vigor depois de certificadas pelos juízes; antes disso, não passam de preceitos expectantes, de comandos potenciais aguardando que os intérpretes/aplicadores a tanto legitimados reconheçam ou declarem – o que exige prévia triagem hermenêutica –, que ocorreu, de fato, a hipótese de incidência desses preceitos e, só então, desencadeiem as respectivas consequências jurídicas.³

2 Da aplicação jurisdicional dos princípios

Como sabemos, todo ordenamento jurídico é constituído por normas de variados tipos, algumas expressas, outras “implícitas”, sendo que algumas delas possui o *status* ou valor de princípios jurídicos. Mas, o que vêm a ser esses princípios para que possam constituir fundamento das decisões judiciais? Como distingui-los das regras?

2.1 Concepções comuns ao conceito de princípios jurídicos

O conceito de princípios jurídicos é bastante diversificado na doutrina, razão pela qual se torna difícil fazer qualquer afirmação acerca da sua natureza jurídica de forma definitiva. Entretanto, há semelhanças básicas usadas na classificação de diferentes autores, bem como sobre o entendimento que cada um dispensa ao tema, facilmente detectadas na prática forense. Luiz Felipe da Rocha Azevedo Panelli⁴ cita, pelo menos, cinco concepções comuns acerca de tais postulados.

³ COELHO, Inocêncio Mártires. Indeterminação do direito, discricionariedade judicial e segurança jurídica. Disponível em: https://www.uniceub.br/media/911057/Indetermina%C3%A7%C3%A3o_do_direito_discricionariedade_judicial_e_seguran%C3%A7a_jur%C3%ADdica___Inoc%C3%A4ncio_Coelho.pdf. Acesso em: 5 ago. 2019.

⁴ PANELLI, Luiz Felipe da Rocha Azevedo. *Teoria dos Princípios e Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 7.

A primeira diz respeito à ideia de que os princípios são, em geral, um mandamento dotado de abstração; ou seja, algo incompleto, generalizado, mas que deve ser observado. Essa concepção leva a crer que o princípio é algo intangível, distante da lei, presente em discussões acadêmicas, e não na prática forense, conforme entendimento de Celso Ribeiro Bastos.⁵

A segunda sugere que os princípios são mandamentos superiores, morais e antagônicos às regras (é uma visão mais “pós-positivista”, a exemplo dos que advogam em prol das “teorias alternativas do direito”, como o chamado “direito achado na rua”, e da teoria conhecida como “neoconstitucionalismo”). Assim, as regras seriam emanadas do Poder Legislativo para disciplinar uma situação ainda abstrata e os princípios decorreriam de uma ordem superior, muitas vezes moral, e que dá eficácia ao sistema jurídico. Para Eros Grau, isso se dá em razão da crise do direito positivo em uma sociedade extremamente complexa.⁶

A terceira refere-se à forma como os conflitos são resolvidos, tanto os que envolvem dois princípios quanto os que se referem à discordância entre princípios e regras. No caso de conflito de regras, a solução parece ser mais simples, pois há meios de afastar a antinomia, tais como, a regra posterior derroga a anterior, regra específica prevalece sobre a geral etc.

Entretanto, no caso de conflito entre princípios, ou entre princípios e regras, há os que consideram que (i) os princípios sempre devem prevalecer, por ter maior valor; e (ii) há quem se utilize do método de Robert Alexy, conforme veremos oportunamente, sem olvidar que há juristas que discordam desse método, como Humberto Ávila, por exemplo.

A quarta defende a presunção de que os princípios, por exercerem um papel estruturante, ocupam uma posição central no sistema. Acerca de tal teoria, há muitas discordâncias, mas os que a defendem afirmam ser mais grave o desrespeito ao princípio do que à regra.

Por fim, pela quinta concepção, as regras advêm da lei e são consideradas passageiras, ao contrário dos princípios que advêm de algo superior (valores constitucionais) e são tidos como perenes. Tal concepção, todavia, leva à reflexão sobre a perenidade de qualquer conceito no campo jurídico. Sabemos

⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e aplicação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p. 208.

⁶ GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juízes*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 17.

que o direito é uma construção humana, razão pela qual mudará sempre que os anseios humanos assim o exigirem.

Não devemos olvidar que uma das definições mais utilizadas na doutrina brasileira sobre princípios é trazida por Celso Antônio Bandeira de Melo. Para este autor, os princípios jurídicos estão em um patamar superior ao das regras, tendo um valor maior, sendo uma espécie qualificada de norma. Além disso, têm o condão de fazer as regras serem interpretadas de acordo com seu conteúdo, razão pela qual se diz que constituem o “conteúdo nuclear do sistema”.⁷

2.2 Da conceituação de princípios jurídicos sob a ótica de Ronald Dworkin e Robert Alexy

Ronald Dworkin, em suas obras, expressa grande preocupação com a coerência e a clareza. A partir da sistemática da *common law*, reanalisa casos passados, ponderando os princípios jurídicos e o peso que a eles foi dado. Ao formular sua argumentação, o faz a partir de críticas ao positivismo de Hart⁸.

Em “Levando os direitos a sério,” Dworkin⁹ preconiza que o positivismo se baseia em três postulados: (i) o direito de uma comunidade é um conjunto de regras utilizado para determinar qual comportamento será punido pelo Poder Público; (ii) se o cidadão não estiver coberto por uma dessas regras, seu caso deve ser decidido pelo Poder Público, que criará uma nova regra jurídica; e (iii) a obrigação jurídica decorre da sujeição a uma norma (tal lição tem pontos comuns e divergentes com a doutrina de Hans Kelsen¹⁰).

⁷ MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 932-933.

⁸ Hart preleciona que o modelo simples do direito como um conjunto de ordens coercitivas do soberano não reproduz, em vários aspectos fundamentais, algumas das características mais importantes dos sistemas jurídicos. Afirma que a análise do direito em termos de um soberano habitualmente obedecido e necessariamente isento de qualquer limitação jurídica não pôde explicar a continuidade da autoridade legislativa (características dos sistemas jurídicos modernos). Pondera que, malgrado o uso da discricionariedade por autoridades e tribunais no sentido de tornar mais precisos os padrões inicialmente vagos seja de relevante importância, não se deve olvidar que tanto o contexto em que se inserem quanto o seu principal produto final são as normas gerais. HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Oxford University Press, 2001.

⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

¹⁰ Hans Kelsen foi um grande jurista e filósofo austríaco do século XX que organizou os elementos fundamentais do raciocínio jurídico num todo lógico que serve de base ao debate e prática do direito. Em sua obra “Teoria Pura do Direito”, Kelsen esclarece que a sua teoria se limita à análise do Direito positivo como produto de uma realidade histórica. Para tanto, estabelece que a Teoria do Direito é “Ciência do Direito”, e não “Política jurídica”, pois está preocupada com as perguntas sobre “o que é o Direito” e “como o Direito é produzido”. Historicamente, o Positivismo Jurídico surgiu da transposição das ideias do Positivismo Filosófico ao Direito, como reação ao Idealismo de Hegel, e foi calcado na

Para Dworkin, são os chamados *hard cases* (casos difíceis, em que há mais de uma solução aceita) que definem a complexidade do direito. O autor não reafirma o positivismo, nem abre espaço para o arbítrio judicial, mas, ao envolver outros elementos nas ponderações judiciais, a exemplo da moral, ética e política, remete à ideia de que os princípios são tão importantes como as regras, pois têm o poder de solucionar determinados casos.

Muito embora com razões diferentes das regras, os princípios são colocados pelo autor como razão de argumentação. É dizer, as regras seguem um modelo “tudo ou nada”, ao contrário dos princípios que não dariam um direcionamento seguro, mas apontariam uma razão argumentativa que funcionaria em favor da justiça. Dworkin preleciona que os princípios têm uma dimensão política e precisam ser valorados, ao contrário das regras, que ingressam no ordenamento jurídico com a carga valorativa dada pelo legislador.

Dworkin pondera que a ideia de princípio é inerente à de Estado de Direito, no qual o juiz é uma figura autorizada a fazer valorações da mesma forma que o Poder Legislativo o faz, no uso de suas atribuições¹¹. Assim, ao indagar, por exemplo, se é justo priorizar os negros em empregos e vagas de universidades; se é correto infringir a lei alguma vez; se constitui falta de civilização banir filmes sujos; se é injusto censurar livros para proteger a segurança nacional; se os juízes devem tomar decisões políticas; etc., preconiza que, quando questões políticas se judicializam, exige-se uma decisão que seja, a um só tempo, específica e calcada em princípios, fundamentada com pormenores, dada a sua complexidade social.

Preleciona, ainda, que tanto a lei quanto o direito governam a vida de todos e, assim, a população seria, na verdade, constituída de verdadeiros súditos do império do direito. Porém, também questiona como o direito pode mandar na vida dos cidadãos quando seus comandos são dúbios, ou ambíguos, ou muito

grande influência do Formalismo de Kant. Nesse contexto, a primeira ideia juspositivista teve por fim rejeitar todos os elementos de abstração na área jurídica, a começar pelo Direito Natural, por julgá-lo metafísico. Kelsen buscou estabelecer uma equação metodológica para a ciência jurídica, abstraindo os elementos valorativos e diferenciando-a da política jurídica. Ao propor as bases da ciência jurídica, o autor tentou evitar um “sincretismo metodológico” (a cognição do direito com a psicologia, a ética, a sociologia e a teoria política, cujos objetos de compreensão são distintos). A crítica mais contundente que se faz a Kelsen é que a Teoria Pura do Direito confere à ciência a organização social estabelecida através de normas. Entretanto, o Direito não deve ser reduzido somente à norma, pois o Direito está em constante evolução e requer conteúdo normativo atualizado com o momento histórico, de modo que o operador do Direito não pode ser reduzido a um mero executor de normas, desprovido de preocupação com os ideais humanitários. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

¹¹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

abstratos (*hard cases*). A tais questionamentos replica que, por meio de uma estrutura formal de raciocínio, é possível construir uma resposta certa dentro desses chamados “casos difíceis”¹².

Dessa forma, o direito nem sempre é construído pelos legisladores, conforme se verifica nos casos difíceis, em que o Judiciário pode ter um papel até mais importante do que o do Legislativo, porque é ele quem irá dizer qual é o direito. Dworkin cria, assim, a figura do juiz Hércules, de modo que, se o juiz utilizar outro meio de interpretação do direito (hermenêutica), a exemplo do método estritamente positivista de Hart ou “originalista” (tal como os juízes denominados “conservadores” da Suprema Corte americana), o resultado não será correto.

Em síntese, Dworkin apresenta uma nova e diferente proposta como meio de justificar os critérios, os fundamentos para as decisões tomadas pelos juízes. Para ele, a questão central da interpretação não pode ser nem uma questão de convencionalismo, originalismo, pragmatismo, ou utilitarismo. A sua proposta é da concepção de direito como integridade, como uma prática que visa tornar coerente o sistema de convenções jurídicas, precedentes e valores da comunidade, dentro de um caso concreto.

O conceito de princípio dado por Ronald Dworkin é criticado por Robert Alexy, sob a alegação de ser definido de forma restrita, ou seja, é muito simplista e não consegue explicitar suas razões de forma convincente. Segundo Alexy, Dworkin considera que os princípios são apenas as normas a serem possivelmente utilizadas como razões para direitos individuais; as que se referam a interesses coletivos seriam por ele denominadas como “políticas”. Nos julgados do Supremo Tribunal Federal, não raramente encontramos decisões que se apoiam nessa doutrina alemã.

Robert Alexy apresenta, na discussão da sua teoria dos Direitos Fundamentais¹³, o distinto caráter *prima facie* das regras e dos princípios. De acordo com o autor, princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*.

¹² DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. Tradução de Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

¹³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

Para o autor, quando se trata de regras, o caso é totalmente diverso. As regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, razão pela qual elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode falhar diante de impossibilidades jurídicas e fáticas; mas, se isso não ocorrer, então vale definitivamente aquilo que a regra prescreve.

Consoante Alexy, a distinção entre regras e princípios constitui a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais. Sem essa diferenciação, não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, muito menos uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico.

De acordo com a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio, e permitido conforme o outro, um dos princípios terá que ceder. Isso não implica, todavia, que o princípio cedente deva ser declarado inválido, muito menos que nele seja introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Isso significa que, de acordo com o autor em estudo, os princípios têm pesos diferentes, e os que possuem maior peso têm precedência sobre os demais.

Conflitos entre regras se dão na dimensão da validade, enquanto a colisão entre princípios válidos (somente neste caso) ocorre, para além dessa dimensão, na dimensão do peso. Neste último caso, Alexy apresenta soluções advindas do Tribunal Constitucional Federal alemão por meio de **sopesamentos de interesses**. Entre as decisões apresentadas, destacamos a que se refere à incapacidade do acusado de participar de uma audiência processual.

Trata-se da admissibilidade da realização de uma audiência com a presença de um acusado que, devido à tensão desse tipo de procedimento, corria o risco de sofrer um derrame cerebral ou um infarto. O tribunal observou que, nesse tipo de situação, há “uma relação de tensão entre o dever estatal de garantir uma aplicação adequada do direito penal e o interesse do acusado na garantia de seus direitos constitucionalmente consagrados, para cuja proteção a Constituição também obriga o Estado”.

Para Alexy, essa relação de tensão não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses

deveres goza, “por si só, de prioridade”. Logo, o “conflito” deve ser resolvido “por meio de um **sopesamento** entre os interesses conflitantes”. Essa situação de decisão corresponde exatamente à colisão entre princípios.¹⁴

A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Assim, levando-se em consideração a configuração típica do caso e suas circunstâncias especiais, é necessário decidir qual interesse deve ceder.

É importante ressaltar que Humberto Ávila, após fazer uma análise das distinções entre regras e princípios realizadas por Dworkin e Alexy, critica a teoria exposta por Alexy em alguns pontos¹⁵.

Para Ávila, é um erro considerar um “catálogo” de dispositivos constitucionais, em que haja um entendimento permanente sobre quais dispositivos são considerados princípios e quais são tidos como regras. Isso porque a interpretação fará do dispositivo um princípio ou uma regra, conforme a carga axiológica que lhe for atribuída. Assim, esse autor admite a possibilidade de um mesmo dispositivo constitucional ou legal gerar uma regra ou um princípio.

Das lições de Ávila, surge a indagação: o que fazer com dispositivos considerados de alto grau de abstração, como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana? É possível que, a depender da aplicação feita pelo intérprete no caso concreto, tal dispositivo se converta em uma regra? Para Luiz Felipe da Rocha Azevedo isso não parece viável, porquanto “um dispositivo tão abstrato seria extremamente moldável, podendo dar suporte normativo às mais diferentes pretensões”¹⁶.

Voltando a Alexy, a preocupação desse autor em fazer do seu sistema de análise de direitos fundamentais algo que contenha um rigor científico resulta mais evidente quando examinamos sua obra denominada “Teoria da Argumentação Jurídica”. A sua tese a respeito dessa teoria não é de fácil compreensão, quando se compara com a tese de sopesamento exposta em sua “Teoria dos Direitos Fundamentais”. Entretanto, a importância da tese de Alexy se verifica quando o autor firma cânones válidos de argumentação

¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editores Malheiros, 2008. p. 99-100.

¹⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

¹⁶ PANELLI, Luiz Felipe da Rocha Azevedo. *Teoria dos princípios e direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 57.

jurídica, como também ao colocar a distinção entre o discurso prático e o jurídico. Vejamos.

2.3 Reflexões sobre a teoria da argumentação jurídica de Robert

Alexy

A definição de direito de Alexy parece uma mistura do normativismo de Hans Kelsen e o jusnaturalismo de Gustav Radbruch, mas a teoria da argumentação o colocou bem próximo do interpretativismo jurídico¹⁷.

Para Alexy, a atividade jurídica contemporânea invariavelmente perpassa pelo **esforço argumentativo**, pois, em muitas situações, a decisão para os casos existentes na esfera judicial não advém das formulações das normas jurídicas vigentes, mas se encontra fora do ordenamento jurídico. Não raro, na prática forense, a solução judicial é contrária à literalidade da norma. Em todos esses casos, a força argumentativa é o que indicará a legitimidade da decisão.

Alexy não se interessa pela questão da materialidade ou da semântica do discurso. Para ele, o que interessa é indagar, sob o ponto de vista procedimental, como o discurso prático e, especificamente, o jurídico, podem ser fundamentados racionalmente. Busca, assim, corrigir os seus enunciados regulativos.

Baseado na Teoria do Discurso Prático Geral, Alexy desenvolve a Teoria da Argumentação Jurídica demonstrando ser necessária a integração entre o discurso jurídico e o discurso prático racional geral. Aponta as formas e regras dos argumentos jurídicos, chamadas de formas e regras de justificação interna e externa.

Para o autor, o discurso, se é voltado para o agir humano, é prático, e se busca sua orientação, é normativo. A grande dificuldade reside na premissa de que, para ser racional, esse discurso precisa ter uma construção argumentativa, de modo que se encontre o resultado almejado. Assim, o discurso prático deve obedecer a certas regras que buscam a correção dos argumentos. Alexy também aponta que a intensidade da confiança sobre as premissas fáticas permitiria expressar a famosa “fórmula de peso”:

¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação Jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2001.

$$W_{ij} = I_i - W_i - S_i$$

$$I_j - W_j - S_j$$

I = interferência ou satisfação

W = peso abstrato do princípio

S = confiança na premissa fática

Considerando os elementos lógicos explicitados na fórmula, a decisão pode ser considerada aceitável se racionalmente fundamentada mediante a utilização de argumentos que suportem a atribuição de valores aos elementos da intervenção/satisfação e certeza quanto às premissas fáticas. O que se pretende com o estudo do procedimento discursivo é a objetivação de critérios de racionalidade, que são obtidos mediante a referência ou a consideração de condições ideais de correção.

Ante a especificidade do discurso jurídico, além das regras práticas gerais, faz-se necessária a formulação de outras que lhe são próprias: formas e regras de justificação interna e externa do discurso jurídico.

Para Alexy, as regras de justificação interna verificam se a decisão é deduzida logicamente das assertivas expostas na fundamentação, valendo-se do princípio da universalidade que compõe a estrutura básica do discurso prático racional geral. Na justificação externa, é averiguada a correção das próprias premissas mediante regras de argumentação prática geral; de argumentação empírica; de interpretação; da argumentação dogmática; do uso dos precedentes; e das formas especiais de argumentos jurídicos.

Em outras palavras, as regras de interpretação são precisamente os cânones hermenêuticos, que se apresentam sob as diversas formas de argumento, proporcionando a interpretação gramatical (semântica), autêntica (genética), teleológica, histórica, comparada e sistemática. Segundo Alexy, com tais regras e formas de justificação do discurso jurídico, satisfaz-se a exigência de consistência da decisão jurídica, promovendo, cada vez mais, sua controlabilidade, quesito indispensável para a promoção da legalidade e da legitimidade em função do Estado Democrático de Direito.

Com base nessas reflexões, vejamos no tópico seguinte algumas decisões do TSE que tiveram por fundamento a aplicação dos princípios jurídicos.

3 Decisões do TSE em foco: aplicabilidade dos princípios jurídicos no processo de argumentação envolvendo direitos fundamentais

Em análise às Consultas nºs 0604054-58.2017.6.00.0000/DF e 0600252-18.2018.6.00.0000/DF formuladas no TSE, verifica-se que essa Justiça Especializada reconheceu que, em algumas situações, o sistema atual de normas brasileiras se mostrava aquém da realidade social e política do país, razão pela qual o TSE privilegiou o princípio da dignidade da pessoa humana em respeito à diversidade, ao pluralismo, à subjetividade e à individualidade, bem como o da igualdade de gêneros. Em outro momento, enfatizou o princípio da imutabilidade do nome assinalando não caber “à Justiça Eleitoral substituir-se ao juízo competente no que toca à alteração dos registros civis e demais assentamentos públicos do cidadão”.

Na Consulta nº 0600252-18.2018.6.00.0000/DF, o TSE argumentou que, para a garantia da igualdade material entre as candidaturas femininas e masculinas, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais deve ser observada. Conforme destacado, a aplicação dos recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) – cuja vocação é, exclusivamente, o custeio das eleições – há de seguir a mesma diretriz da distribuição do Fundo Partidário, qual seja, resguardar a efetividade do disposto no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições), o qual tem por fim viabilizar o percentual mínimo de 30% de candidaturas por gênero.

Em relação ao tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, conquanto não haja disposição normativa expressa que balize a sua distribuição em termos de percentual de gênero, o TSE entendeu que a carência de regramento normativo que imponha a observância dos patamares mínimos previstos no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/1997 à distribuição do tempo de propaganda eleitoral no rádio e na televisão, não obstaculiza a interpretação extraída a partir de preceitos constitucionais que viabilizem a sua implementação.

Analisemos com mais detalhes tais decisões.

3.1 Consulta TSE nº 0600252-18.2018.6.00.0000/DF (Relatora Ministra Rosa Weber)

Trata-se de consulta formulada pelas Senadoras Vanessa Grazziotin, Ângela Portela, Fátima Bezerra, Gleisi Hoffmann, Kátia Abreu, Regina Sousa, Lídice da Mata e Rose de Freitas, e pelas Deputadas Federais Gorete Pereira, Jô Moraes, Luana Costa, Luciana Santos, Raquel Muniz e Soraya Santos acerca da aplicabilidade da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 5617, de Relatoria do Ministro Edson Fachin, julgada em 15.3.2018, à distribuição do Fundo Especial de Financiamento de Campanha. Na referida ADI, o STF decidiu que a destinação dos recursos recebidos do Fundo Partidário ao financiamento de campanhas eleitorais há de ser equivalente ao percentual de candidaturas femininas, garantido o mínimo legal de 30% .

Em síntese, os questionamentos das parlamentares foram os seguintes:

Havendo percentual mais elevado do que 30% de candidaturas femininas, o mínimo de recursos globais do partido, destinado às respectivas campanhas, deve ser na mesma proporção? Aplica-se a decisão do STF que conferiu interpretação conforme a Constituição, proferida na ADI nº 5617, para a distribuição do tempo da propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, prevista nos artigos 47 e seguintes da Lei das Eleições, devendo-se equiparar o mínimo de tempo destinado a cada partido ao patamar legal mínimo de 30% de candidaturas femininas, nos termos do art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/1997? Havendo percentual mais elevado do que 30% de candidaturas femininas, o mínimo do tempo da propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, destinado às respectivas campanhas, deve ser na mesma proporção?

Sobre tais indagações, o TSE decidiu que a distribuição dos recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), disposto nos artigos 16-C e 16-D da Lei das Eleições, e do tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, deve observar os percentuais mínimos de candidatura por gênero (art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/1997), na linha da orientação firmada na Suprema Corte ao exame da ADI nº 5.617. Em caso de haver percentual superior ao de candidaturas, haverá o acréscimo de recursos do FEFC e do tempo de propaganda na mesma proporção.

A argumentação contida no acórdão em análise foi a de que, para a garantia da igualdade material entre as candidaturas femininas e masculinas, deve ser observada a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. É dizer, a igualdade entre homens e mulheres exige não apenas que as mulheres tenham

garantidas idênticas oportunidades, mas também que elas sejam dotadas de empoderamento em um ambiente que lhes permita alcançar a igualdade de resultados, razão pela qual deve ser aplicada a mesma diretriz hermenêutica *ubi eadem ratio ibi idem jus* (onde houver o mesmo fundamento, haverá o mesmo direito).

Conforme destacado, se a distribuição do Fundo Partidário deve resguardar a efetividade do disposto no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/1997, no sentido de viabilizar o percentual mínimo de 30% de candidaturas por gênero, a aplicação dos recursos do FEFC – cuja vocação é, exclusivamente, o custeio das eleições – há de seguir a mesma diretriz.

Em relação ao tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, sabemos que não há disposição normativa expressa que balize a sua distribuição em termos de percentual de gênero. A despeito disso, o TSE entende que a carência de regramento normativo que imponha a observância dos patamares mínimos previstos no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/1997 à distribuição do tempo de propaganda eleitoral no rádio e na televisão não obstaculiza a interpretação extraída a partir de preceitos constitucionais que viabilizem a sua implementação.

Quanto ao ponto, evoca o magistério de Inocêncio Mártires Coelho, com apoio em Niklas Luhmann, Friedrich Müller e Castanheira Neves, para registrar que

não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada, vale dizer, preceito formalmente criado e materialmente concretizado por todos quantos integram as estruturas básicas constituintes de qualquer sociedade pluralista [...]¹⁸.

Na ausência de disposição normativa expressa que balizasse a distribuição do tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão em termos de percentual de gênero, a decisão do TSE também foi baseada na integridade, por buscar a coerência do sistema como um todo, por meio de princípios igualmente aplicáveis ao caso.

¹⁸ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Herder/Universidad Iberoamericana, 2005. p. 425-6; MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 45; e NEVES, A. Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1993. p. 166-76. 1993. p. 166-76.

Essa decisão privilegiou o princípio da igualdade como ideal político, que, nas palavras de Jefferson Carús Guedes, tem “conteúdo preponderantemente programático, de meta a ser alcançada ou postulado a ser preservado, como ‘princípio da justiça social’, quando previsto na Constituição e nas leis”¹⁹.

3.2 Consulta TSE nº 0604054-58.2017.6.00.0000/DF (Relator Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho)

Refere-se, em síntese, à consulta formulada pela Senadora da República Maria de Fátima Bezerra, cuja matéria de fundo consiste em saber se a expressão “cada sexo”, contida no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/1997,²⁰ refere-se ao sexo biológico (macho/fêmea) ou ao gênero (homem/mulher). A consulente indaga se os homens e as mulheres transexuais devem ser contabilizados nas respectivas cotas – feminina e masculina –, cujos percentuais se encontram estabelecidos no mencionado dispositivo legal.

Outro questionamento que faz é se a determinação mencionada no art.12, *caput*, da Lei das Eleições – de que o candidato deve “indicar seu nome completo” no pedido de candidatura – refere-se ao nome social ou ao nome civil. Outrossim, se é possível que sejam indicadas, nas urnas eletrônicas e demais cadastros eleitorais, apenas por seus nomes sociais. Ressalta a situação dos homens e das mulheres transexuais que não promoveram a retificação dos respectivos registros civis, pela via judicial, e que têm os seus documentos emitidos conforme o sexo biológico, em detrimento da real identidade de gênero.

Em suas premissas, o TSE rememorou que a matéria converge com o tema apreciado na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ (Rel. Min. Carlos Ayres Britto, *DJe* de 5.5.2011), bem como no Recurso Extraordinário nº 670422, inscrito como Tema nº 761 da Gestão da Repercussão Geral – que descreve a possibilidade de alteração de gênero no assento de registro civil de transexual, como masculino ou feminino mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo.

¹⁹ GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e desigualdade*: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 175.

²⁰ Art. 10. [omissis]

^{3º} Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009)

Em relação ao primeiro questionamento, essa Justiça Especializada destacou a lacuna contida no art. 10, § 3º, da Lei das Eleições, porquanto a expressão “cada sexo” não contempla a diversidade de gênero com seus marcadores sociais singulares e diferenciados. Consignou que a construção do gênero exige abordagem multidisciplinar, a fim de conformar uma realidade ainda impregnada por preconceitos e estereótipos aos valores e às garantias constitucionais.

Registrou ser imperioso adotar medidas que denotem respeito à diversidade, ao pluralismo, à subjetividade e à individualidade como expressões do postulado supremo da dignidade da pessoa humana, porquanto um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil consiste em “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, consoante se verifica no art. 3º, IV, da Constituição da República²¹.

A argumentação contida na Consulta TSE nº 0604054-58/DF destacou que a proteção à identidade de gênero envolve a ponderação de diversos princípios gerais do Direito – notadamente o da dignidade da pessoa humana, do pluralismo, da igualdade, da felicidade, da intimidade e da liberdade – e dos valores de justiça, além de demandar que os fins sociais e as exigências do bem comum sejam atendidos, consoante previsto no texto constitucional e nos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Conforme consignado no acórdão, para fins de exercício dos direitos políticos, a identidade de gênero deve ser definida de forma objetiva, especialmente no que toca às condições de elegibilidade previstas no art. 14, § 3º, da Constituição Federal. Além disso, o TSE salientou ser da essência do próprio sistema democrático garantir tratamento isonômico para o exercício dos direitos fundamentais do cidadão, independentemente de gênero, raça ou religião, pois homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos do art. 5º, I, da Constituição Federal.

Ao final, o TSE concluiu que

o pleno exercício da liberdade de escolha de identidade, orientação e vida sexual pelo ser humano não pode ser restringido, ainda que potencialmente,

²¹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

por nenhum óbice jurídico, pois qualquer tratamento jurídico discriminatório sem justificativa constitucional plausível e proporcional implica limitação à liberdade do indivíduo e ao reconhecimento de seus direitos como ser humano, como cidadão.

Quanto ao ponto, vê-se, claramente, que a questão nuclear da construção da decisão (correta), tal como mencionado por Dworkin, não foi nem de fidelidade (convencionalismo, ou originalismo), ou seja, simplesmente aplicar cegamente a lei, nem de reparação, no sentido de “inventar” lei (pragmatismo, ou utilitarismo). A questão foi resolvida com base na integridade, ao buscar-se a coerência do sistema como um todo, por meio de princípios aplicáveis ao caso.

Vê-se, ainda, que, segundo a Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy, os princípios foram definidos levando em conta a dinâmica de suas diferenças entre as regras (aplicadas de forma absoluta à situação fática ou não), porquanto foram aplicados, na maior medida do possível, de forma sopesada, com outros princípios.

No tocante ao questionamento relativo à determinação mencionada no art.12, *caput*, da Lei nº 9.504/1997 – definir se o nome completo indicado pelo(a) pretenso(a) candidato(a) no pedido de candidatura se refere ao nome social ou ao nome civil – o TSE pontuou que se trata do nome civil. Aduziu que esse dado, além de ser imprescindível ao exame das certidões negativas exigidas no pedido de registro de candidatura, tem como base os dados e documentos exigidos por ocasião do alistamento eleitoral que, conforme previsto no art. 13 da Res.-TSE nº 21.538/200333, são vinculados aos assentamentos civis, disciplinados, essencialmente, pela Lei nº 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos).

Ponderou que não cabe “à Justiça Eleitoral substituir-se ao juízo competente no que toca à alteração dos registros civis e demais assentamentos públicos do cidadão”, cabendo a essa Justiça especializada, todavia, “adotar as providências necessárias para que o exercício do sufrágio seja consentâneo e sensível às questões de gênero ora apresentadas, sem desbordar os limites de suas atribuições e competências”.

Neste último ponto, vê-se a colisão de princípios envolvendo direitos fundamentais, na qual o TSE privilegiou o da imutabilidade do nome ao argumento de que “conquanto o princípio da imutabilidade do nome esteja sendo mitigado pela jurisprudência do STF e do STJ, as retificações que

impliquem alteração do nome civil só podem ser efetivadas por meio de decisão judicial”.

Verifica-se, assim, que a satisfação de um princípio não dependeu somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. Essa situação não foi resolvida com a declaração de invalidade de nenhum princípio, nem solucionada mediante a introdução de uma exceção a esses.

A solução para essa colisão consistiu no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Assim, levando-se em consideração a configuração típica do caso e suas circunstâncias especiais, foi necessário decidir qual interesse devia ceder conforme preconizado por Alexy.

4 Conclusão

As decisões analisadas corroboram a ideia defendida por Alexy de que princípios são mandamentos de otimização, cuja satisfação ocorre mediante possibilidades fáticas e jurídicas, e, ainda, em graus variados. Como pudemos verificar, a argumentação no âmbito dos direitos fundamentais não está vinculada às decisões tomadas pelo Poder Legislativo, que a precedem: o discurso argumentativo não está à disposição da lei ordinária, em geral relativamente concreta. Em seu lugar estão as disposições dos direitos fundamentais, extremamente abstratas, abertas e ideologizadas.

Por mais denso que seja o sistema de regras de uma decisão, novos casos sempre apresentam novas características, que podem servir como razões para uma diferenciação. A força vinculante das regras tem caráter *prima facie*. Assim, uma regra pode ser abandonada se forem apresentadas razões suficientes para tanto. Por trás dessa rede de regras, os princípios mantêm a sua vigência.

Pelos acórdãos analisados, verifica-se que o TSE, à luz dos pressupostos teóricos selecionados, utiliza-se de elementos que tiveram por base a teoria de Alexy e Dworkin no que toca à colisão de princípios, a exemplo do sopesamento, da ponderação, da precedência condicionada, entre outros. Nesse contexto, observou-se uma argumentação no âmbito dos direitos fundamentais racionalmente estruturada, por meio de regras e formas de argumentação prática geral e da argumentação jurídica.

Tais elementos têm o intuito de demonstrar que a argumentação no âmbito dos direitos fundamentais pode ser uma argumentação racional, projetada em vários princípios fundamentais: dignidade da pessoa humana, pluralismo, igualdade, felicidade, intimidade, liberdade, e, ainda, na imutabilidade do nome.

Nos casos (mais simples) em que os princípios não exijam uma decisão diferente daquela que diz respeito à regra de decisão, verifica-se que uma rede de regras densa e bem estabelecida torna supérfluo o sopesamento entre princípios. Entretanto, isso não implica que os princípios percam a sua vigência e possam desenvolver sua força modificadora e superadora das regras.

A aplicação de regras e princípios na seara dos direitos fundamentais pressupõe o uso de mecanismos argumentativos, os quais Alexy elaborou a fim de racionalizar o bom emprego da norma jurídica, sem permitir que a moral se sobreponha ao direito e o juiz decida da forma mais racional possível. Com efeito, sem uma análise racional, os direitos fundamentais podem até ser flexibilizados em mandamentos de otimização, mas ficam ameaçados de desaparecer.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2001.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e aplicação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 5 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. *Diário Oficial da União*: seção 1. Brasília, DF, 1º out. 1997. p. 14545. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=01/10/1997>. Acesso em: 5 ago. 2019.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Indeterminação do direito, discricionariedade judicial e segurança jurídica*. Disponível em: https://www.uniceub.br/media/911057/Indetermina%C3%A7%C3%A3o_do_direito__discricionariedade_judicial_e_seguran%C3%A7a_jur%C3%ADica__Inoc%C3%A4ncio_Coelho.pdf. Acesso em: 5 ago. 2019.

DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. Tradução de Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juízes*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Oxford University Press, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2005.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

NEVES, A. Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1993. p. 166-176.

PANELLI, Luiz Felipe da Rocha Azevedo. *Teoria dos princípios e direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

