

ORGANIZADORES

Wilson Furtado Roberto
Aline Gomes Caselato
Guilherme Veiga
Eronides Aparecido Rodrigues dos Santos
Luiz Merlin
Carlos Magno Costa Teixeira

LIBER AMICORUM

HOMENAGEM AOS 10 ANOS DO

Ministro Reynaldo Soares da Fonseca
no Superior Tribunal de Justiça

VOL. I

- 
- > Direito Constitucional, Direitos Fundamentais e Princípio da Fraternidade
 - > Justiça Penal Negociada
 - > Direitos Humanos, Justiça Restaurativa e Sustentabilidade
 - > Direito Administrativo, Civil, Família, Processual Civil, Soluções Consensuais e Outros Temas da Trajetória do Homenageado

APRESENTAÇÃO

Luziana do Vale Campos Soares da Fonseca

PREFÁCIO

Luís Roberto Barroso

Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça

POSFÁCIO

André Luiz de Almeida Mendonça

Ministro do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral

Série
Acadêmica

EDITORAS MIZUNO
QUALIDADE E SERIEDADE EM LIVROS

juristas:

ORGANIZADORES

Wilson Furtado Roberto | Aline Gomes Caselato | Guilherme Veiga
Eronides Aparecido Rodrigues dos Santos | Luiz Merlin | Carlos Magno Costa Teixeira

AUTORES

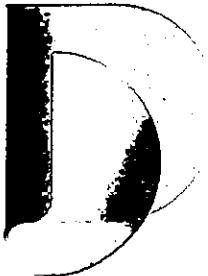
Alexandre Knopfholtz	Jorge Octávio Lavocat Galvão
Alice Castanheira	José Antonio Dias Toffoli
Anderson Luis Motta da Silva Junior	José Laurindo de Souza Netto
Anderson Zacarias Martins Lima	Josiane Rose Petry Veronese
Anna Carla Lopes Correia Lima de Freitas	Karoline Ferreira Martins
Augusto César Leite de Resende	Lara Helena Luiza Zambão
Augusto Maciel Quaiotii	Leonardo Campos Soares da Fonseca
Barbara Araujo	Lílian Scavuzzi
Bruno Buonicore	Luiz Alberto Gurgel de Faria
Bruno Dantas	Luiz Edson Fachin
Carlos Augusto Alcântara Machado	Luiz Fux
Celeida Maria Celentano Laporta	Luiz Henrique Merlin
Clara Cardoso Machado Jaborandy	Luiz Rodrigues Wambier
Clarita Costa Maia	Marcus Vinícius Furtado Coelho
Daniel Leon Bialski	Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti Maranhão
Davi Tayares Viana	Maria Isabel Diniz Galotti Rodrigues
Demócrito Reinaldo Filho	Marina Gabriela Silva Nogueira Soares
Denise Vital e Silva	Marlon Bach
Edvaldo Brito	Mateus Tomazini
Érika de Mello e Souza Toledo	Misabel Derzi
Fábio Francisco Esteves	Mônica Cristian Rodrigues da Silva
Felipe Hotz de Macedo Cunha	Monique Vaz Carvalho
Fernanda Tartuce	Newton Pereira Ramos Neto
Fernando Facury Scaff	Oswaldo Trigueiro do Valle Filho
Flávio Tartuce	Otávio Augusto de Almeida Toledo
Floriano Dutra Neto	Pablo Coutinho Barreto
Gabriel Campos Soares da Fonseca	Paula Nayara de Oliveira da Silva
Gabriel Ribeiro Gonçalves Ramos	Rafael Campos Soares da Fonseca
Gilberto Gomes de Oliveira	Rafael Paulo Soares Pinto
Guilherme Carneiro Passos	Rafaella Silva Brito
Guilherme Mazarello Nóbrega de Santana	Rafaella Dias Matni
Guilherme Velga	Rennan Thamay
Gustavo Britta Scandelari	Rodrigo Cavagnari
Helena Veras Menezes Cavalcante	Rodrigo Garcia Rodrigues Buzzi
Heleno Taveira Tôrres	Sandra Taya
Homero Batista Mateus da Silva	Sérgio Leonardo
Ilan Presser	Simone Savazzoni
Ísis Ribeiro Marques Fernandes	Teodoro Silva Santos
J. Afrânio Vilela	Tiago Dias da Silva
Joana Ribeiro	Vinícius Gomes de Vasconcellos
João Costa-Neto	Vinícius Segatto Jorge da Cunha
João G. Sarmento	Walter Godoy dos Santos Jr
João Rafael Barcelos Pinto	Wilson Furtado Roberto

LIBER AMICORUM: Homenagem aos 10 anos do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca no Superior Tribunal de Justiça - Vol. I

©Orgs.: Wilson Furtado Roberto, Aline Gomes Caselato, Guilherme Veiga, Eronides Aparecido Rodrigues dos Santos, Luiz Merlin, Carlos Magno Costa Teixeira

EDITORA MIZUNO 2025

Revisão: Wilson Furtado Roberto, Aline Gomes Caselato, Guilherme Veiga, Eronides Aparecido Rodrigues dos Santos, Luiz Merlin, Carlos Magno Costa Teixeira



Catalogação na publicação

Elaborada por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166

L695

Liber Amicorum: Homenagem aos 10 anos do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca no Superior Tribunal de Justiça - Vol. I / Organização de Wilson Furtado Roberto, Aline Gomes Caselato e Guilherme Veiga, et al. - Leme-SP: Mizuno, 2025.

Outros organizadores: Eronides Aparecido Rodrigues dos Santos, Luiz Merlin, Carlos Magno Costa Teixeira.

968 p.; 17 X 24 cm

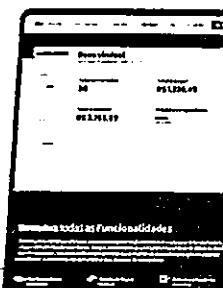
ISBN 978-85-7789-728-5

1. Direito. I. Roberto, Wilson Furtado (Organizador). II. Caselato, Aline Gomes (Organizadora). III. Veiga, Guilherme (Organizador). IV. Título.

CDD 340

Índice para catálogo sistemático

I. Direito



Nos termos da lei que resguarda os direitos autorais, é expressamente proibida a reprodução total ou parcial destes textos, inclusive a produção de apostilas, de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, reprográficos, fotocópia ou gravação.

Qualquer reprodução, mesmo que não idêntica a este material, mas que caracterize similaridade confirmada judicialmente, também sujeitará seu responsável às sanções da legislação em vigor.

A violação dos direitos autorais caracteriza-se como crime inciso no art. 184 do Código Penal, assim como na Lei n. 9.610, de 19.02.1998.

O conteúdo da obra é de responsabilidade dos autores. Desta forma, quaisquer medidas judiciais ou extrajudiciais concernentes ao conteúdo serão de inteira responsabilidade dos autores.

O material disponibilizado on-line, incluindo links, QR-codes, vídeos, petições, entre outros, estará acessível durante a vigência da edição atual do livro, podendo ser retirado após esse período, sem aviso prévio.

Todos os direitos desta edição reservados à
EDITORIA MIZUNO

Rua Benedito Zacariotto, 172 - Parque Alto das Palmeiras, Leme - SP, 13614-460
Correspondência: Av. 29 de Agosto, nº 90, Caixa Postal 501 - Centro, Leme - SP, 13610-210
Fone/Fax: (0XX19) 3554-9820

Visite nosso site: www.editoramizuno.com.br
e-mail: atendimento@editoramizuno.com.br

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

Configuração do Escritório

Cadastre seu
Escritório: Endereço,
e-mail, site e
telefone.

Gestão de Acessos:
Cadastro de acessos
com perfis para
Advogado, Financeiro
e Atendentes.

Controle Tot

Seja no escritório ou
suas atividades com

DIREITOS FUNDAMENTAIS PODEM SER PRINCÍPIOS OU REGRAS E O CONFLITO ENTRE REGRAS

Fernando Facury Scaff¹

Resumo: O texto demonstra serem os direitos fundamentais normas jurídicas que, pela classificação de Robert Alexy, podem ser veiculados no ordenamento jurídico tanto como princípios quanto como regras, e aponta para a necessidade de ser adotado mais um critério no caso de conflito entre regras nas quais uma veicle um direito fundamental, que é o de sua *jusfundamentalidade*.

Palavras-chave: direitos fundamentais, normas jurídicas, princípios jurídicos, regras jurídicas Robet Alexy.

1 Introdução

Consoante a classificação de Robert Alexy, as normas jurídicas são de duas espécies, princípios ou regras.

Os princípios se caracterizam por serem *mandados de otimização*, que dirigem a interpretação do ordenamento jurídico e, em caso de conflito, devem ser ponderados de acordo com critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade estrita, consoante as condições fáticas e jurídicas do caso sob análise, e não são revogados caso não aplicados.

Já as regras são normas jurídicas aplicáveis na base do *tudo ou nada*, isto é, ou são aplicadas ou não o são, o que deve ser analisado conforme critérios de hierarquia, cronologia ou especialidade, o que necessariamente expurgará uma do sistema.

O que se expõe é que os direitos fundamentais se caracterizam por ser uma categoria normativa específica, que, pela conceituação de Alexy, podem ser identificados tanto como regras, quanto como princípios. E, caso um direito fundamental seja veiculado como uma regra, na base do *tudo ou nada*, o conflito deve ter outro critério de análise, que é o de sua *jusfundamentalidade*.

¹ Professor Titular de Direito Financeiro da Universidade de São Paulo. Advogado.

2 Direitos fundamentais podem ser princípios ou regras

Princípio pode significar tanto um *fundamento*, no sentido metafórico de base ou alicerce, quanto *origem*, no sentido de início de algo. Princípio é a base e o início de alguma coisa.

Os direitos fundamentais se constituem em princípios nesses dois sentidos, pois são a *base* e o *início* de um *sistema de proteção* dos indivíduos e da sociedade, e se constituem em direitos que são considerados superiores aos demais que compõem um ordenamento jurídico. São os princípios jurídicos positivados que dão a *base* do ordenamento jurídico de um país, e indicam o *início* de qualquer processo hermenêutico, sujeitando a população e o Poder Público. Estes princípios explícitos e implícitos *sustentam* e indicam o *ponto de partida* para qualquer interpretação jurídica.

É necessário ter cautela com o uso da expressão *princípio*, pois ela possui diversas conotações na teoria jurídica contemporânea, com dois autores em destaque: Ronald Dworkin e Robert Alexy. Os dois contestam a teoria positivista, demonstrando existir uma divisão no conceito de norma jurídica, com duas subespécies, as *regras* e os *princípios*. Esta teoria foi exposta por Dworkin na obra *Levando os direitos a sério*² (*Taking Rights Seriously*), cuja 1^a edição é de 1977 e por Alexy no livro *Teoria dos Direitos Fundamentais*³ (*Theorie der Grundrechte*), cuja primeira edição é de 1985.

Os dois autores possuem muitos pontos de convergência em sua análise, distinguindo-se em alguns aspectos, em decorrência da constatação de que a abordagem de Dworkin é mais centrada na filosofia moral e a de Alexy na hermenêutica jurídica, além da distinção de pontos de partida de cada autor dentre os dois sistemas jurídicos, o da *commom law* e o *romano-germânico*. Lenio Streck aponta ser um ponto de inflexão entre os dois autores a questão da discricionariedade, mencionando que Dworkin buscou construir uma teoria antidiscricionária, e Alexy aponta ser a inevitável a discricionariedade.⁴ Centremos a atenção na teoria de Alexy, mais centrada na hermenêutica.

² DWORKIN, RONALD. LEVANDO OS DIREITOS A SÉRIO. TRADUÇÃO NELSON BOEIRA. 3. ED. SÃO PAULO: WMF MARTINS FONTES, 2010.

³ ALEXY, ROBERT. TEORIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. MADRI: CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS E CONSTITUCIONALES, 2001.

⁴ STRECK, Lenio. Lições de crítica hermenêutica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 47. Em outra parte de seu texto, Streck questiona: "em caso de ponderação, quem escolhe os princípios a serem ponderados? E quais os pesos a serem conferidos a cada um dos princípios para a construção da regra da ponderação?" (p. 129).

Regras são normas aplicáveis na base do *tudo ou nada*, quer dizer, ou são válidas ou não são, conforme critérios de hierarquia, cronologia ou especialidade, e permitem a resolução de disputas de forma clara e objetiva. Os *princípios* devem ser aplicados *na maior medida possível*, de forma ampliativa.

Princípios são normas que expressam valores e servem como fundamento para a aplicação das regras, possuindo uma dimensão “de peso” a ser decidida pela Justiça, conforme Dworkin, o que reduz a discricionariedade. Para Alexy, os princípios visam maximizar os valores que foram juridicizados, servindo como “mandados de otimização”, deslocando a discricionariedade para o intérprete. A não utilização de um princípio não o retira do ordenamento, pois a ele não são aplicáveis os critérios de hierarquia, cronologia ou especialidade, mas de ponderação e proporcionalidade (que Alexy aplica de conformidade com os seguintes critérios, a serem considerados conforme as condições fáticas e jurídicas do caso: adequação, necessidade e proporcionalidade estrita).

Importante constatar não ser afirmado que os princípios sejam mais importantes do que as regras, ou vice-versa. Estas duas espécies possuem diferentes estruturas linguísticas e cumprem funções diversas em cada ordenamento jurídico.

Constata-se haver uma enorme confusão no uso da expressão *princípio*, pois há quem a utilize de uma forma tradicional, mesclando-a com a classificação de Alexy.

Virgílio Afonso da Silva expõe a necessidade de extrema cautela no uso da classificação de Alexy na análise usual pela doutrina jurídica brasileira, ao afirmar com muita precisão:

O grande problema é que, a despeito de se partir dessa distinção, no correr desses trabalhos o termo *princípio* continua a ser usado no sentido tradicional, seja por meio da clássica definição de Celso Antonio Bandeira de Mello, segundo o qual princípios são “mandamentos nucleares” ou “disposições fundamentais” de um sistema, ou ainda da definição de Canotilho e Vital Moreira, que definem princípios como “núcleos de condensações”. (...) Se se parte, por exemplo, da definição de Celso Antonio Bandeira de Mello, que expressa bem o que o jurista brasileiro costuma entender por princípio, é preciso rejeitar a distinção de Alexy.

quer dizer,
cronologia
ma clara e
a possível,

omo funda-
“de peso” a
iscricao-
que foram
slocando a
princípio
ritérios de
proporcio-
s critérios,
as do caso:

ejam mais
s possuem
s em cada

ssão prin-
ndo-a com

cautela no
dica brasi-

distinção,
ser usado
o de Celso
o “manda-
istema, ou
em princi-
 exemplo, da
bem o que
o rejeitar a

E arremata:

Isso porque *o conceito de princípio, na teoria de Alexy, é um conceito que não faz referência à fundamentalidade da norma em questão.* Como visto acima, uma norma é um princípio não por ser fundamental, mas por ter a *estrutura* de um mandamento de otimização. Por isso, um princípio pode um “mandamento nuclear do sistema”, *mas pode também não o ser*, já que uma norma é um princípio *apenas em razão de sua estrutura normativa e não de sua fundamentalidade*. O mesmo vale para as regras. Pode haver regras que sejam disposições fundamentais do sistema, mas isso é irrelevante para sua classificação.⁵

Na sequência, afirma que denominar de princípios as normas que estabelecem *nulla poena sine lege*, legalidade, anterioridade, dentre outras, “só faz sentido para as teorias tradicionais. Se se adotam critérios propostos por Alexy, *essas normas são regras, e não princípios*”.

Esse “embaralhamento teórico” também é apontado por Lenio Streck ao analisar a jurisprudência do STF:

A jurisprudência do STF faz constantes referências ao termo *ponderação*, mas é extremamente difícil dizer quando é que estamos diante de um acórdão em que realmente foram percorridas todas as fases do procedimento de ponderação. Há frequentes menções a *princípios constitucionais em conflito, mas, em regra, não se encontra um voto no qual todas as fases da ponderação* – estabelecidas por Alexy – tenham ao menos sido sugeridas pelos Ministros. O problema envolvendo aquilo que responde pelo nome de *norma de direito fundamental atribuída* pode ser apresentada, v.g., como um destes pontos esquecidos.⁶

Muitas vezes o que se afirma é a existência de um direito fundamental como um princípio no sentido *tradicional*, o que *afasta a busca por seu direto e imediato enquadramento dentro da diáde princípio/regra de conformidade com a teoria de Alexy*.

A análise dos direitos fundamentais não passa necessariamente pela distinção entre princípios e regras e nem sua localização topográfica deve constar *necessariamente* de forma *explícita* da Constituição de cada país, podendo constar em sua legislação ordinária.

⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 36. Destaques apostos.

⁶ STRECK, Lenio. Lições de crítica hermenêutica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 55. Destaques apostos.

Nesse sentido, direitos fundamentais são normas jurídicas, se constituindo como *princípios* no sentido *tradicional*, isto é, como normas estruturantes do sistema, sem a *direta* e *imediata* utilização da classificação de Alexy. Ou, como utilizado por Luís Eduardo Schoueri, na sintética frase: “a ideia de ‘princípio’ leva a ‘início’ ou ‘base’”⁷, o que indica uma relação de gênese ou de fundamento para aquela norma jurídica, independentemente da classificação de Alexy.

Os direitos fundamentais podem ser considerados como *princípios* de conformidade com a teoria *tradicional*, como “uma norma que estrutura o sistema jurídico”, não devendo prevalecer *de imediato* o *nomen juris* de *princípio* utilizado na teoria de Alexy em busca de sua *estrutura normativa*. Caso se verifique que se trata de um “mandamento de otimização”, deve ser considerado um *princípio* e ter sua *aplicação ponderada*, sem sua exclusão do sistema (metodologia própria das regras), e ser aplicado na maior medida possível.

Observemos um caso concreto. O conhecido princípio da legalidade, ao determinar que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*, é uma norma que veicula de modo objetivo a necessidade de adoção de um procedimento, que é sua aprovação pelo Parlamento, de conformidade com o processo legislativo estabelecido. Não é prescrito em seu texto o *conteúdo* a ser veiculado por esta norma, o que ocorrerá apenas por meio de outras normas, como no âmbito penal (*não haverá crime sem lei que o estabeleça*) e no âmbito tributário (*só haverá tributação se for estabelecida por lei*). Aqui o princípio da legalidade (utilizado no sentido tradicional) cumpre uma função de *regra* (de conformidade com a teoria de Alexy), pois veicula um *tudo ou nada*, embora seja um direito fundamental básico que estrutura o Estado Democrático de Direito. No caso, trata-se de um princípio no sentido *tradicional*, de *fundamento e origem* do ordenamento jurídico, mas que não se configura como um *princípio* no sentido teórico exposto por Alexy, pois, para este, a estrutura normativa da legalidade se configura uma *regra*, já que na análise caso concreto ela terá sido cumprida ou não, identificando-se como um *tudo ou nada*, o que é próprio da estrutura normativa das regras.

Constata-se, portanto, que a legalidade é um *direito fundamental* que estrutura o Estado Democrático de Direito, caracterizada como uma norma jurídica que, para Alexy, se constitui em uma *regra*, devendo ser interpretada na base do “tudo ou nada”, isto é, na análise do caso concreto ou foi obedecida ou não foi, ou existe legalidade ou não existe.

⁷ SCHOUERI, Luis Eduardo. *Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2018, 8^a ed., p. 287.

as, se cons-
mo normas
da classifi-
ri, na sinté-
que indica
na jurídica,

princípios
que estru-
o o nomen
a estrutura
o de otimi-
ção ponde-
reas), e ser

legalidade,
ur de fazer
la de modo
é sua apro-
lativo esta-
do por esta
o no âmbito
o tributário
pio da lega-
o de regra
o ou nada,
ado Demo-
radicional,
ão se confi-
, pois, para
a, já que na
do-se como
egras.

ndamental
como uma
evendo ser
so concreto

, p. 287.

Considerar a legalidade como *regra* não afasta a afirmação de que se trata de um *direito fundamental*, *base e gênese* do Estado Democrático de Direito, e que se constitui como um *princípio jurídico estruturante*, utilizando-se o conceito *tradicional* de princípio. Seria mais técnico, usando rigor metodológico, afirmar que se trata de uma *regra estruturante*, porém o valor simbólico da palavra *princípio* seria deixado de lado.

Exatamente por essa *cilada* da nomenclatura jurídica é necessário ter extrema cautela com o uso da palavra *princípio*, que pode estar sendo utilizada tanto no sentido *tradicional* quanto no sentido *próprio* das teorias de Dworkin ou de Alexy.

Deve-se considerar ainda que os direitos fundamentais contemplam distintas dimensões, sendo alguns exercidos como *limitação* ao poder dos governos, com a função de *proteger* os contribuintes, como vários aplicados à área tributária (estrita legalidade, irretroatividade, anterioridade etc.), e outros exercidos como direitos *prestacionais*, que *obrigam* a atuação dos governos, *promovendo* os direitos sociais (saúde, educação etc.). Mesmo na área tributária existem direitos fundamentais cuja função é a de *promover* ações, por exemplo, na aplicação da *isonomia*, por meio da exigência de tributação de conformidade com a *capacidade contributiva*, que, uma vez desbordada, se caracteriza como *confisco*, o que gerará a busca por sua *limitação*, amparado no direito fundamental da propriedade privada.

Desta forma, os direitos fundamentais devem ser considerados como uma norma jurídica *superior* às demais previstas no ordenamento de cada país, *identificados* como *normas que estruturam o sistema jurídico* e que são a *gênese de qualquer análise jurídica* que envolva aquela matéria. Conforme a classificação de Alexy deve ser analisado em cada específico ordenamento jurídico se sua estrutura é de uma *regra* ou de um *princípio*.

3 Um novo critério para o conflito entre regras, além de Alexy

O conflito entre regras é solucionado pelos critérios de *hierarquia*, *cronologia* ou *especialidade*, conforme exposto por Alexy. Como isso se operará quando o conflito ocorrer entre uma regra que veicule um direito fundamental e outra que não veicule um direito fundamental, mas que possa lhe ser conflitante em razão de hierarquia, cronologia ou especialidade?

Por exemplo: adotando os critérios de Alexy o “princípio” da legalidade é uma regra. Será possível sua revogação por outra regra? Suponhamos que advenha uma emenda constitucional revogando a regra da legalidade tributária (é vedado exigir ou aumentar tributo senão em virtude de lei). Como regra, usando os critérios de hierarquia, cronologia e especialidade, a revogação ocorreria, uma vez que essa hipotética emenda constitucional seria posterior à Constituição (critério da cronologia), de igual hierarquia e trataria da mesma matéria (critério da especialidade). Será isto possível?

Na Constituição brasileira este conflito seria facilmente resolvido pela norma que prevê como cláusula pétrea os direitos e garantias individuais, vedando sequer a deliberação de proposta de emenda à Constituição (art. 60, §4º, IV). Porém, apenas por amor ao debate e supondo a inexistência dessa cláusula pétrea, que não está presente em todas as constituições do mundo, poderia haver essa revogação, adotados esses critérios?

A resposta é não, consoante um novo critério que ora se sugere, que é o da *jusfundamentalidade* da norma em determinado ordenamento jurídico, o que, usando o exemplo, é o caso do princípio da legalidade tributária que estrutura o Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, ocorrendo um *conflito entre regras* que veiculem direitos fundamentais, deve-se *acrescer* um novo critério aos já existentes na teoria de Alexy, que é o de sua *jusfundamentalidade*.

Revisitando os critérios propostos por Alexy, vê-se que o critério de *hierarquia* considera o veículo normativo, isto é a Constituição, leis, decretos etc. Logo, uma regra veiculada pela Constituição não pode ser afastada por uma lei, e uma regra veiculada por uma lei não pode ser afastada por um decreto, e assim sucessivamente.

O critério da *cronologia* considera a data em que a norma foi veiculada, sendo que as posteriores afastam as anteriores, devendo ser também considerado nesse aspecto o critério da *especialidade*, qual seja, a específica matéria tratada por aquela norma.

Até aqui, havendo um conflito entre regras, uma expurgará a outra do ordenamento jurídico.

O que se propõe é a inclusão de outro critério, o da *jusfundamentalidade*, pois as regras que veiculam direitos fundamentais, que se constituam como *base e início* da estrutura do Estado Democrático de Direito

(princípios, regras e especialidades) fundamente o caso do P

Essas mesmas diretamente com o uso de direitos ou para u

Essa fundamental espécie r

O critério da regra que a bição de 42/03 a 2 dias entra tributos, que previ

De ampliou o §3º, CFº, e ADI 42/03 art. 1.723, *qualquer pública e

* Art. 226 da proteção familiar, c

* Art. 1.723 configura constituiç

² O STF afir família po em face da que não se

“princípio” da legalidade ou regra? Supondo a regra não ser senão em hierarquia, cronologia ou sua hipotética prioridade da cronomaterialidade ou da especificidade da espe-

nente resolução de litígios e garantia de emenda constitucional ao debate que está presente na revogação,

se sugere, que ordenamento da legalidade

que veiculem o aos já existentes.

que o critério constitucional, leis, não pode ser nem pode ser

uma norma foi veiculada para ser também seja, a específica

virá a outra

fundamentais que se constituem de Direito

(princípios no sentido *tradicional*), não podem ser afastadas por outras regras em razão da utilização dos critérios de *hierarquia*, *cronologia* ou *especialidade*, o que pode desestruturar o sistema. O uso do critério de *jusfundamentalidade* afasta os demais, caso a regra veicle um direito fundamental que estruture o Estado Democrático de Direito, como no caso do princípio da legalidade tributária, acima usado como exemplo.

Esse é o critério necessário para dar primazia aos direitos fundamentais, mesmo que se constituam como *regras*, e mesmo que não estejam diretamente previstos na Constituição, o que reforça a necessária cautela com o uso da palavra *princípio* para definir a norma como um *princípio* de direito fundamental (expressão aqui utilizada no sentido *tradicional*), ou para utilizá-la no sentido de Alexy, como um *mandado de otimização*.

Esse novo critério ora proposto visa reforçar a proteção dos direitos fundamentais, mesmo sendo considerados como uma norma jurídica da espécie *regra*, conforme Alexy.

O critério de *jusfundamentalidade* só pode ser alterado por outra regra que amplie a proteção dos direitos fundamentais, na lógica da *proibição de retrocesso*. Isso ocorreu no Brasil, ao ser introduzida pela EC 42/03 a alínea “c” ao art. 150, III, CF, estabelecendo um intervalo de 90 dias entre a publicação no diário oficial e a majoração ou instituição de tributos, ampliando a proteção antes existente da *anterioridade geral*, que previa apenas a necessidade de publicação no ano anterior.

De forma correlata, embora não-tributária e não-legislativa, o STF ampliou a garantia dos direitos fundamentais ao decidir que o art. 226, § 3º, CF⁸ permitia a união estável entre pessoas do mesmo sexo (ADPF 132 e ADI 4277, relator Ministro Carlos Ayres Britto), sendo que a norma do art. 1.723 do Código Civil brasileiro⁹ deveria ser interpretada excluindo “qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família”.¹⁰

⁸ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

⁹ “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

¹⁰ O STF afirmou, com base no princípio da isonomia, que “a Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não

Sendo assim, pode-se afirmar que o conflito entre *regras* (no sentido de Alexy) deve ser decidido com base em critérios de hierarquia, cronologia e especialidade, exceto quando a regra veicular um direito fundamental, quando deverá ser adotado o critério da *jusfundamentalidade*, que prevalecerá sobre os demais critérios, admitindo apenas a ampliação do direito fundamental.

4 Como identificar que uma norma veicula um direito fundamental

Como identificar que uma norma é um direito fundamental? Quando seu texto expressar uma *estrutura* que seja a base para aquele ordenamento jurídico e que seja a *fonte* para toda e qualquer interpretação sobre aquela matéria.

A teoria hermenêutica da comunicação normativa, embasada em Tércio Sampaio Ferraz Jr¹¹, pode auxiliar em sua identificação.

Antes, porém, é necessário fazer uma síntese da doutrina de Tércio, considerando que, segundo esse autor:

- É a *língua hermenêutica* que faz a tradução da língua da *realidade* (como as coisas são) para a língua *normativa* (como as coisas *deveriam ser*), por meio de regras próprias;
- Há um *pressuposto*, que sustenta todo o sistema, que é o do *legislador racional*¹², por meio do qual se pressupõe na linguagem

equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos.” Esse julgamento foi saudado por Antonio Maués e Paula Arruda como “a aplicação direta do direito constitucional à igualdade e à não discriminação como fundamento da proibição de discriminação por orientação sexual e da criação de ações afirmativas”, demonstrando analiticamente o bloqueio que havia no Congresso Nacional à efetivação desse direito fundamental e a necessária atuação da Corte Constitucional brasileira visando a concretização desse direito. (MAUÉS, Antonio; ARRUDA, Paula. Instituições, formações sociais diversas da família e condições dos homossexuais. In: POMPEU, Gina Vidal Marçilio (org.). *Discriminação por orientação sexual*. IV Jornada internacional de Direito Constitucional Brasil – Espanha – Itália. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012).

¹¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*. 7^a ed. São Paulo: Atlas, 2013. O capítulo referido é o de número 5.

¹² O pressuposto do *legislador racional*, que Tércio expõe baseado em Santiago Nino, possui diversas características: (1) É uma figura *singular*, embora possa ser colegiada, configurando-se como o *legislador*; (2) É também *permanente*, pois não desaparece com o passar do tempo e a morte dos indivíduos; (3) É *único*, uma vez que estabelece normas para todo o ordenamento regido por aquela matéria; (4) É *consciente*, pressupondo-se que conheça todas as normas do ordenamento; (5) É *finalista*, pois ao aprovar uma norma tem sempre uma intenção; (6) É *omnisciente*, uma vez que se pressupõe que conheça todos os fatos, passados, presentes

e futuros substituindo uma injustiça, norma subordinada, palavras significativas, normas técnicas. (1)

(no sentido de sua, cronológico, fundamento, ampliação normativa que as normas possuem um sentido básico e que não deve haver conflito sem decisão.

- Para análise hermenêutica deve-se usar *regras próprias*, considerando *díades* e *critérios*, que geram *métodos* e *tipos* de interpretação:
 - Existem duas *díades* que orientam a formação de *critérios* interpretativos: *alto/baixo* e *dentro/fora*;
 - Existem três *critérios*: *coerência*, *consenso* e *justiça*:
 - A *coerência* se traduz como *a busca do sentido correto*, que exige um sistema hierárquico de normas e conteúdos normativos.
 - O *consenso* é *a busca do sentido funcional*, que encontre respaldo social.
 - A *justiça* se traduz como a busca do *sentido justo*, exigindo que sejam atingidos os objetivos axiológicos do direito
- Tais critérios geram três *métodos* interpretativos: (1) o *gramatical lógico e sistemático*; (2) o *histórico, sociológico e evolutivo*; e (3) o *teleológico e axiológico*;
- Sobre tais métodos incide outra *díade*: *claro/escuro* ou *forte/fraco*, que correspondem ao sentido a ser dado à prescrição normativa, se *forte* (busca dar um sentido *únivoco* à prescrição) ou *fraco* (busca dar um sentido mais *flexível* à norma), que é influenciada pelas relações de *autoridade*, *liderança* e *reputação*.
- Fruto dessas díades, surgem três *tipos básicos de interpretação*: *a especificadora*, *a restritiva* e *a extensiva*, as quais não serão aplicadas nesta análise.

e futuros ao legislar; (7) É *onipotente*, pois suas normas vigem até que outro legislador as substitua; (8) É *justo*, uma vez que jamais desejaría aprovar algo que se configurasse como uma injustiça; (9) É *coerente*, pois, mesmo quando se contradiz, basta que se invoque uma norma superior, posterior ou especial para sua análise; (10) É *omnicompreensivo*, pois o ordenamento tudo regula, direta ou implicitamente; (11) É *econômico*, uma vez que não utiliza palavras supérfluas, e cada norma tem uma função específica; (12) É *operativo*, pois todas as normas têm uma função (operatividade); por fim, (13) também é *preciso*, pois, apesar de se valer da linguagem natural, que possui vaguenza e ambiguidade, pressupõe-se seu uso de forma técnica. (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito, p. 245-246.)

Utilizando-se as duas diádes que orientam a formação dos *critérios interpretativos*, verifica-se que os direitos serão considerados fundamentais sempre no sentido de *forte* e de *dentro*, e aplicando os critérios apontados, devem evidenciar *alto grau de coerência, alto nível de consenso e alta percepção de justiça*.

Usando-se o método *histórico, sociológico e evolutivo*, deve-se verificar se o direito apontado é fundamental nos documentos históricos do direito constitucional, sendo possível visibilizar sua construção ao longo do tempo. Assim, por exemplo, o princípio da legalidade pode ser identificado como um direito fundamental, pois foi construído por diversos povos ao longo do tempo como um instrumento contra os excessos do poder absoluto. O mesmo sentido pode ser aplicado à separação dos poderes. Tais normas se constituem em pilares do Estado Democrático de Direito, fundando-o e iniciando qualquer análise jurídica que necessite levá-lo em consideração.

Deve-se ainda contextualizar tal norma *sociologicamente* em termos *evolutivos* para sua perfeita identificação como um direito fundamental. Desta forma, seguindo o mesmo exemplo, o princípio da legalidade deve ser compreendido em seus termos contemporâneos, como *reserva legal* (tributária e penal, por exemplo) ou em sentido *amplo* (que admite delegação de competência normativa) e submetido a uma diferenciação de *densidade normativa* (exigindo que as normas sejam veiculadas por meio de leis complementares ou ordinárias). O mesmo pode ser aplicado à separação de poderes, hodiernamente mais consentânea com a ideia de separação de *funções* ou de *cooperação* entre os poderes.

Pelo método *gramatical lógico e sistemático* deve-se buscar a *sistematicidade* da norma analisada para a identificar como um direito fundamental. Sua inserção na Constituição é um indicativo de sua *jusfundamentalidade*, e tanto melhor será quanto mais explícita for. Todavia, nada obsta que um direito fundamental se concentre em uma norma de menor hierarquia, como em um código, à míngua de sua existência no texto constitucional; por exemplo, o direito à vida pode estar protegido pelo Código Penal de um país, não sendo expressa em sua Constituição. Importa sua condição de pilar estrutural do sistema protegido.

Usando o método interpretativo *teleológico e axiológico* o direito será fundamental se estiver de acordo com a finalidade perseguida naquele ordenamento, bem como com os valores nele constantes, servindo como gênese e fundamento interpretativo.

A identificação de um direito como fundamental passa, portanto, pelos três métodos interpretativos utilizados por Tércio Sampaio Ferraz, devendo ser considerado como tal aquela norma que, dentro do ordenamento jurídico analisado, apresentar *maior coerência* (a busca do sentido correto, em um sistema normativo hierarquizado e sistematizado), *maior consenso* (busca do sentido funcional, de respaldo social) e *maior percepção de justiça* (busca do sentido justo, de conformidade com os valores normatizados).

Desta forma, usando o instrumental teórico aportado por Tércio Sampaio Ferraz Jr., pode-se afirmar que um direito será considerado fundamental, quando apresentar alto nível de coerência, consenso e percepção de justiça, considerando o uso dos três métodos interpretativos: (1) o histórico, sociológico e evolutivo, (2) o gramatical lógico e sistemático e (3) o teleológico e axiológico. E, com isso, poder ser considerado como *fonte e fundamento* para a interpretação do sistema jurídico atinente àquela norma.

Não importa se, pelo uso da teoria de Alexy, tal direito se configure como um princípio ou uma regra. Sua jusfundamentalidade será assegurada pelo alto nível de coerência, consenso e justiça, e for amparada pela análise dos métodos interpretativos expostos.

A interpretação dos direitos fundamentais, seja como regras, seja como princípios, é imposta pela estrutura aberta que privilegia a interpretação (o que é diferente da interpretação usual), e decorre do fato de que tais direitos são fundamentais dentro daquela estrutura de Estado.

5 As exceções aos direitos fundamentais e o Barco de Teseu

Mesmo considerando a teoria de Alexy, tanto os princípios quanto as regras que veiculam direitos fundamentais comportam exceções.

O direito fundamental à vida, que se configura como um *princípio*, comporta exceções como o direito ao aborto (CP, art. 128) ou a pena de morte (CF, art. 5º, XLVII).

A direito fundamental à legalidade, que se configura como uma *regra* (princípio no sentido *tradicional*), admite o uso de medidas provisórias, que são expedidas pelo Poder Executivo, tendo força de lei desde sua edição (CF, art. 62).

O direito fundamental à propriedade privada (CF, art. 5º, caput e inciso XXII.), que é um princípio (no sentido *tradicional*), comporta exceções, como a que lhe impõe uma função social (CF, art. 5º, inciso XXIII), a que permite desapropriação (CF, art. 5º, inciso XXIV) e a que admite imposição de tributos (CF, art. 150, inciso I).

Quanto mais exceções forem apostas a um direito fundamental, mais ele se enfraquecerá, como no antigo mito grego sobre o barco de Teseu, descrito por Plutarco.

Esse mito relata que, em tempos históricos, cerca de 1.200 a.C., Atenas estava subjugada à Creta, e era obrigada a enviar parte de suas riquezas e alguns de seus jovens ao dominador, visando manter a relação de subordinação. Depois de certo tempo, o ateniense Teseu foi à Creta, matou o lendário Minotauro, destruiu a máquina de dominação e libertou seu povo daquele jugo. Em júbilo, a população ateniense preservou o barco de Teseu como um símbolo daquele feito heroico, colocando-o em uma praça para admiração popular. Ao longo dos séculos partes do barco se deterioraram e ele foi sendo pouco a pouco restaurado. As madeiras que haviam sido substituídas eram despejadas em um armazém.

Certo dia, um forasteiro, entusiasmado com a história de Teseu, pediu para ver seu barco e os atenienses lhe mostraram o restaurado, o que decepcionou o visitante, pois desejava ver o barco original, tendo-lhe sido apresentados os destroços acumulados no armazém. Partiu decepcionado, pois o original era apenas um amontoado de tábuas velhas, e o que então se apresentava não era aquele do herói ateniense, mas uma réplica, quase uma contrafação.

Muitos filósofos se debruçaram sobre esse assunto, que se tornou conhecido como o paradoxo do barco de Teseu ou o paradoxo da substituição, o que aponta para a complexidade do assunto, que pode ser assim descrito: até que ponto a substituição de partes de um todo, mantém o todo original?

Utilizando-se desse paradoxo, constatam-se duas possibilidades no que se refere aos direitos fundamentais, que são a base do Estado Democrático de Direito: com o passar dos anos, o direito fundamental pode ser aperfeiçoado ou arruinado. No primeiro grupo pode-se inserir a Constituição norte-americana, promulgada em uma época que vigorava a escravidão naquele país, e, sem alteração normativa, passou a condená-la, fruto da interpretação levada a cabo pela Suprema Corte. No

segundo g
dos direit
de Direito
história d

O E
direitos f
de sua ef
Democrá
mesmo se
vamente

Não
país se c
sário ver
extensão
sua corre
princípi

A e
reserva l
direito f
direitos

6 Conc

Co
fundame
vamente
de jusf
mesmo
constitu
início de

Se
critérios
dos est

¹³ Nesse
Guima
n. 1.04

segundo grupo existem diversos países nos quais se constata o declínio dos direitos fundamentais, e, por conseguinte, do Estado Democrático de Direito, a ponto de nada restar da ideia original, tal como na mítica história do barco de Teseu.

O Estado Democrático de Direito dependerá da extensão dos direitos fundamentais que forem estabelecidos naquele ordenamento, e de sua efetiva aplicação. Muitos países se proclamam como um Estado Democrático de Direito, mas as normas descritas não o comprovam, ou, mesmo se descritas com adequação, não são, ou não passam a ser efetivamente aplicadas.

Não basta que o ordenamento jurídico proclame que determinado país se constitui em um Estado Democrático de Direito, sendo necessário verificar quais são os direitos fundamentais assegurados, qual sua extensão no ordenamento jurídico e sua real efetividade. Isso passa pela sua correta identificação e sua efetiva aplicação, sejam entendidos como princípios ou regras, consoante a classificação de Alexy.

A enorme flexibilização a que vem sendo submetido o princípio da reserva legal tributária é uma demonstração do enfraquecimento desse direito fundamental dos contribuintes em nosso país¹³, dentre outros direitos fundamentais que vem sendo colocados sob fogo.

6 Conclusões

Conforme exposto, sob a classificação de Robert Alexy, os direitos fundamentais são normas jurídicas que podem ser veiculados normativamente como princípios ou como regras, sem que percam seu caráter de jusfundamentalidade. São princípios *no sentido tradicional* do termo, mesmo se classificados como uma *regra* pelos critérios de Alexy, pois se constituem como a *base* na qual o ordenamento jurídico é assentado, e o *início* de qualquer análise sobre aquele específico tema.

Sendo veiculado como uma *regra*, é necessário acrescer outro critério em sua interpretação em caso de conflito normativo, além dos estabelecidos por Alexy, que são os da *hierarquia, cronologia e*

¹³ Nesse sentido, ver: SCHOUERI, Luís Eduardo; FERREIRA, Diogo Olm; LUZ, Victor Lyra Guimarães. Legalidade tributária e o Supremo Tribunal Federal: uma análise sob a ótica do RE n. 1.043.313 e da ADI n. 5.277. São Paulo, SP: IBDT, 2021.

especialidade. Propõe-se a adoção do critério da *jusfundamentalidade*, que só pode ser afastado em caso de conflito entre regras, e se viver a ser utilizado de forma ampliativa do direito fundamental colocado em conflito.

A relativização dos direitos fundamentais coloca em risco o Estado Democrático de Direito, sendo necessário bem identificá-los no sistema e reafirmá-los, sejam regras ou princípios no sentido usado por Alexy.

7 Referências

ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madri: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito -- Técnica, Decisão, Dominação. 7^a ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MAUÉS, Antonio; ARRUDA, Paula. Instituições, formações sociais diversas da família e condições dos homossexuais. In: POMPEU, Gina Vidal Marcílio (org.). Discriminação por orientação sexual. IV Jornada internacional de Direito Constitucional Brasil – Espanha – Itália. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012).

SCHOUERI, Luis Eduardo. Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 2018, 8^a ed., p. 287.

_____. SCHOUERI, Luís Eduardo; FERREIRA, Diogo Olm; LUZ, Victor Lyra Guimarães. Legalidade tributária e o Supremo Tribunal Federal: uma análise sob a ótica do RE n. 1.043.313 e da ADI n. 5.277. São Paulo, SP: IBDT, 2021

SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 36. Destaques apostos.

STRECK, Lenio. Lições de crítica hermenêutica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.