

teoria & direito público

ROBERT ALEXY

**TEORIA DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

tradução de

VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA

2ª edição, 4ª tiragem

**MALHEIROS
EDITORES**

TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

ROBERT ALEXY

© SUHRKAMP VERLAG, 1986

© Tradução de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA
da 5ª edição alemã
Theorie der Grundrechte
publicada pela Suhrkamp Verlag (2006)

1ª ed., 04.2008; 2ª reimpr., 09.2008; 3ª reimpr., 09.2009;
2ª ed., 03.2011; 2ª reimpr., 06.2012; 3ª reimpr., 02.2014.

ISBN 978-85-392-0073-3

Direitos reservados desta edição por
MALHEIROS EDITORES LTDA.
Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171
CEP 04531-940 – São Paulo – SP
Tel.: (11) 3078-7205 – Fax: (11) 3168-5495
URL: www.malheiroseditores.com.br
e-mail: malheiroseditores@terra.com.br

Composição
Acqua Estúdio Gráfico Ltda.

Capa:
Criação: Vânia Lúcia Amato
Arte: PC Editorial Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil
01.2015

SUMÁRIO

PREFÁCIO À EDIÇÃO BRASILEIRA	7
NOTA DO TRADUTOR	9
INTRODUÇÃO	25
CAPÍTULO 1 – OBJETO E TAREFA DE UMA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	
<i>I – O CONCEITO DE UMA TEORIA JURÍDICA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO ALEMÃ</i>	31
1. Teoria dos direitos fundamentais da Constituição alemã	32
2. Teoria jurídica dos direitos fundamentais da Constitui- ção alemã	32
3. Teoria jurídica geral dos direitos fundamentais da Cons- tituição alemã	38
<i>II – TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</i>	39
<i>III – TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO TEORIA ESTRUTURAL</i>	42
CAPÍTULO 2 – O CONCEITO DE NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	50
<i>I – DO CONCEITO DE NORMA</i>	51
1. Da polêmica acerca do conceito de norma	52
2. O conceito semântico de norma	53
3. A separação entre questões semânticas e questões relati- vas à validade	58
4. A conexão entre questões semânticas e questões relati- vas à validade	60
5. Asserção sobre normas e criação de normas	62

<i>II – A Norma de Direito Fundamental</i>	65
1. Norma de direito fundamental e disposição de direito fundamental	66
2. Normas de direitos fundamentais atribuídas	69
3. A teoria das normas de direitos fundamentais de Friedrich Müller	76

CAPÍTULO 3 – A ESTRUTURA DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

<i>I – REGRAS E PRINCÍPIOS</i>	85
1. Critérios tradicionais para a distinção entre regras e princípios	86
2. Princípios como mandamentos de otimização	90
3. Colisões entre princípios e conflitos entre regras	91
3.1 O conflito entre regras	92
3.2 A colisão entre princípios	93
3.2.1 A lei de colisão	94
3.2.2 Resultados de sopesamentos como normas de direito fundamental atribuídas	99
4. O distinto caráter “prima facie” das regras e dos princípios	103
5. Regras e princípios como razões	106
6. Generalidade e princípios	108
7. Três objeções ao conceito de princípio	109
7.1 A invalidade de princípios	110
7.2 Princípios absolutos	111
7.3 A amplitude do conceito de princípio	114
8. A teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade ...	116
<i>II TRÊS MODELOS</i>	
1. O modelo puro de princípios	121
2. O modelo puro de regras	123
2.1 Direitos fundamentais garantidos sem reserva	124
2.2 Direitos fundamentais com reserva simples	130

2.3 <i>Direitos fundamentais com reserva qualificada</i>	132
3. O modelo de regras e princípios	135
3.1 <i>O nível dos princípios</i>	135
3.2 <i>O nível das regras</i>	139
3.3 <i>O duplo caráter das normas de direitos fundamentais</i>	141
III – TEORIA DOS PRINCÍPIOS E TEORIA DOS VALORES	
1. Princípio e valor	144
1.1 <i>Conceitos deontológicos, axiológicos e antropológicos</i> ...	145
1.2 <i>Sobre o conceito de valor</i>	147
1.2.1 <i>Juízos classificatórios, comparativos e métricos</i> ...	147
1.2.2 <i>Valores como critérios de valoração</i>	149
1.3 <i>A diferença entre princípios e valores</i>	153
2. Objeções às teorias de princípios e de valores	153
2.1 <i>Objeções filosóficas</i>	155
2.2 <i>Objeções metodológicas</i>	158
2.2.1 <i>A concepção de uma ordem hierarquizada de valores</i>	158
2.2.2 <i>A idéia de sopesamento</i>	163
2.2.2.1 <i>O modelo decisionista e o modelo fundamentado</i>	165
2.2.2.2 <i>A fundamentação de enunciados de preferências condicionadas não relacionada especificamente ao sopesamento</i>	165
2.2.2.3 <i>A fundamentação relacionada especificamente ao sopesamento</i>	166
2.3 <i>Objeções dogmáticas</i>	176
CAPÍTULO 4 – DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO DIREITOS SUBJETIVOS	
I SOBRE A DISCUSSÃO ACERCA DOS DIREITOS SUBJETIVOS	180
1. Direitos subjetivos e questões normativas	180
2. Direitos subjetivos e questões empíricas	183
3. Direitos subjetivos e questões analíticas	

3.1 Norma e posição	184
3.2 Um modelo de direitos subjetivos em três níveis.....	185
3.3 A diversidade de direitos subjetivos	190
II – UM SISTEMA DE POSIÇÕES JURÍDICAS FUNDAMENTAIS.....	193
1. Direitos a algo	
1.1 A estrutura básica do direito a algo	193
1.1.1 Direitos a ações negativas (direitos de defesa)....	196
1.1.1.1 Direitos ao não-embaraço de ações	196
1.1.1.2 Direitos à não-afetação de características e situações	199
1.1.1.3 Direitos à não-eliminação de posições ju- rídicas	199
1.1.2 Direitos a ações positivas	201
1.2 Acerca da lógica do direito a algo	204
1.2.1 As modalidades de onticas básicas	204
1.2.2 Direitos a algo como relações jurídicas.....	208
2. Liberdades	
2.1 Sobre o conceito de liberdade	218
2.2 Liberdades jurídicas	226
2.2.1 Liberdades não-protégidas.....	227
2.2.1.1 Liberdades não-protégidas absolutas e re- lativas relacionadas a pessoas e objetos....	228
2.2.1.2 A liberdade não-protégida como mera ne- gação do dever-ser.....	229
2.2.1.3 Normas constitucionais permissivas	230
2.2.2 Liberdades protegidas.....	232
2.2.2.1 Sobre a estrutura básica da proteção	233
2.2.2.2 Sobre a proteção das liberdades funda- mentais	234
3. Competências	
3.1 Questões terminológicas	235
3.2 Competência e permissão.....	236
3.3 Competência e capacidade fática.....	238

3.4 Exercícios de competência como ações institucionais	239
3.5 Competência, sujeição, não-competência, não-sujeição...	242
3.6 Direitos fundamentais e competências	244
3.6.1 Competências do cidadão	244
3.6.2 Competências do Estado.....	247
III – O DIREITO● FUNDAMENTAL COMPLETO	248

CAPÍTULO 5 – DIREITO FUNDAMENTAL E STATUS

I – A TEORIA DOS STATUS DE JELLINEK.....	254
1. O status passivo.....	256
2. O status negativo.....	258
3. O status positivo	263
4. O status ativo.....	267
II – SOBRE A CRÍTICA À TEORIA DOS STATUS DE JELLINEK	269

CAPÍTULO 6 DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS RESTRIÇÕES

I CONCEITO E TIPOS DE RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS	276
1. A possibilidade lógica de restrições a direitos fundamentais	276
2. O conceito de restrição a direitos fundamentais	281
3. Espécies de restrições a direitos fundamentais	285
3.1 Restrições diretamente constitucionais	286
3.2 Restrições indiretamente constitucionais	291
4. Da garantia do conteúdo essencial como restrição das restrições	295
II – SUPORTE FÁTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E RESTRIÇÕES A ESSES DIREITOS	301
1. Âmbito de proteção e suporte fático.....	302
2. Teorias restritas e amplas sobre o suporte fático.....	307
2.1 Teorias restritas do suporte fático	
2.1.1 A teoria do alcance material, de Friedrich Müller....	309
2.1.2 Restrição ao suporte fático em virtude de leis gerais	316

2.2 <i>Uma teoria ampla do suporte fático</i>	321
III – <i>RESTRIÇÃO E CONFIGURAÇÃO</i>	332
CAPÍTULO 7 – ● DIREITO GERAL DE LIBERDADE	341
I – <i>O CONCEITO DE DIREITO GERAL DE LIBERDADE</i>	341
II – <i>UMA CONCEPÇÃO FORMAL-MATERIAL DO DIREITO GERAL DE LIBERDADE</i>	345
1. <i>A objeção da falta de conteúdo</i>	346
1.1 <i>A tese da ausência de suporte fático</i>	347
1.2 <i>A tese da ausência de substância</i>	348
2. <i>A vinculação entre princípios formais e materiais</i>	354
III – <i>ESFERAS DE PROTEÇÃO E DIREITOS DE LIBERDADE IMPLÍCITOS</i>	360
1. <i>A teoria das esferas</i>	360
2. <i>Direitos de liberdade implícitos</i>	364
2.1 <i>Direitos relacionados a ações</i>	365
2.2 <i>Direitos relacionados a situações</i>	367
IV – <i>PROBLEMAS DO DIREITO GERAL DE LIBERDADE</i>	370
1. <i>Direito geral de liberdade e garantias pontuais</i>	370
2. <i>Direito geral de liberdade e o sistema dos direitos fundamentais</i>	372
3. <i>Direito geral de liberdade e “indivíduo isolado”</i>	376
4. <i>Direito geral de liberdade e outras normas constitucionais</i>	381
4.1 <i>Normas de competência</i>	381
4.2 <i>Normas de direitos fundamentais</i>	384
CAPÍTULO 8 – O DIREITO GERAL DE IGUALDADE	
I – <i>IGUALDADE NA APLICAÇÃO E NA CRIAÇÃO DO DIREITO</i>	393
II – <i>A ESTRUTURA DO DEVER DE IGUALDADE NA CRIAÇÃO DO DIREITO</i> ...	396
III – <i>AS FÓRMULAS DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL</i>	401
IV – <i>TRATAMENTO IGUAL E TRATAMENTO DESIGUAL</i>	
1. <i>O dever de tratamento igual</i>	407
2. <i>O dever de tratamento desigual</i>	409

V – ENUNCIADO DE IGUALDADE E VALORAÇÃO	411
VI – IGUALDADE JURÍDICA E IGUALDADE FÁTICA	415
1. <i>Sobre os conceitos de tratamento igual em sentidos jurídico e fático</i>	416
2. <i>Os princípios da igualdade jurídica e da igualdade fática</i> ...	417
3. <i>Sobre o papel do princípio da igualdade fática</i>	419
VII – A ESTRUTURA DOS DIREITOS DE IGUALDADE COMO DIREITOS SUBJETIVOS	429
CAPÍTULO 9 – DIREITOS A AÇÕES ESTATAIS POSITIVAS (DIREITOS A PRESTAÇÕES EM SENTIDO AMPLO)	
I – CONCEITOS FUNDAMENTAIS E CONCEPÇÃO FUNDAMENTAL	433
1. <i>O texto constitucional e a história de sua elaboração</i>	434
2. <i>A jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal</i>	435
3. <i>A polêmica sobre os direitos a prestações e sua natureza</i>	440
4. <i>Conceito e divisão dos direitos a prestações</i>	442
5. <i>Idéia-guia</i>	446
II DIREITOS A PROTEÇÃO	
1. <i>Sobre o conceito de direito a proteção</i>	450
2. <i>A existência de direitos a proteção</i>	451
2.1 <i>Direito subjetivo ou (mera) norma objetiva</i>	452
2.2 <i>Defesa e proteção</i>	456
3. <i>Estrutura e justificabilidade dos direitos a proteção</i>	461
III DIREITOS A ORGANIZAÇÃO E PROCEDIMENTO	
1. <i>Sobre o estágio da discussão</i>	470
2. <i>O conceito de direito a organização e procedimento</i>	472
3. <i>Sobre o problema da existência</i>	474
4. <i>Direitos procedimentais e teoria do status</i>	477
4.1 <i>Direitos procedimentais e status negativo</i>	477
4.2 <i>Direitos procedimentais e status ativo</i>	479
5. <i>Tipos de direitos a organização e procedimento</i>	483
5.1 <i>Competências de direito privado</i>	484
5.2 <i>Procedimentos judiciais e administrativos (procedimentos em sentido estrito)</i>	488

5.3	<i>Organização em sentido estrito</i>	490
5.4	<i>Formação da vontade estatal</i>	498
IV	DIREITOS A PRESTAÇÃO EM SENTIDO ESTRITO (DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS)	
1.	Conceito e estrutura	499
2.	Sobre os argumentos contrários e favoráveis aos direitos fundamentais sociais	503
3.	Um modelo de direitos fundamentais sociais	511
CAPÍTULO 10 – DIREITOS FUNDAMENTAIS E NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO SISTEMA JURÍDICO		
I –	A FUNDAMENTALIDADE DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	520
II	EFEITO PERANTE TERCEIROS OU EFEITO HORIZONTAL	523
1.	Sobre a tese da irradiação	524
2.	Sobre a construção do efeito perante terceiros	528
2.1	<i>A equivalência de resultados entre as construções</i>	529
2.2	<i>Um modelo em três níveis para os efeitos perante terceiros</i>	533
III –	SISTEMA JURÍDICO E ARGUMENTAÇÃO NO ÂMBITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	
1.	Direitos fundamentais e a natureza do sistema jurídico ..	543
2.	Sobre o problema da competência de controle do tribunal constitucional	544
3.	Argumentação e decisão	548
3.1	<i>Sobre a teoria geral da argumentação jurídica</i>	548
3.2	<i>A base da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais</i>	551
3.2.1	<i>Texto e vontade</i>	552
3.2.2	<i>Precedentes</i>	554
3.2.3	<i>Teorias materiais dos direitos fundamentais</i>	559
3.3	<i>O processo da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais</i>	573

POSFÁCIO (2002)	575
I INSUFICIÊNCIA E DEMASIA	575
II – MOLDURA E FUNDAMENTO	578
1. O conceito de ordem-moldura	579
2. O conceito de ordem-fundamento	583
III – DISCRICIONARIEDADE ESTRUTURAL E SOPESAMENTO	584
1. Discricionariedade para definir objetivos	585
2. Discricionariedade para escolher meios	586
3. Discricionariedade para sopesar	587
3.1 Adequação e necessidade	588
3.2 Proporcionalidade em sentido estrito	593
IV – PRINCÍPIOS FORMAIS	611
1. A discricionariedade epistêmica como resultado de sopesamentos	612
2. A discricionariedade epistêmica e a vinculação à constituição	623
BIBLIOGRAFIA	629
ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO	661