

ROBERT ALEXY

***TEORIA DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS***

tradução de
VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA

3ª edição

2024

TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

ROBERT ALEXY

© SUHRKAMP VERLAG FRANKFURT AM MAIN 1986.

All rights reserved by and controlled through Suhrkamp Verlag Berlin.

© Tradução de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA
da 5ª edição alemã

Theorie der Grundrechte

publicada pela Suhrkamp Verlag (2006)

1ª ed., 04.2008; 2ª tiragem, 09.2008; 3ª tiragem, 09.2009;

2ª ed., 03.2011; 2ª tiragem, 07.2012; 3ª tiragem, 03.2014;

4ª tiragem, 01.2015; 5ª tiragem, 01.2017.

Direitos reservados desta edição por

EDITORA JUSPODIVM

Rua Canuto Saraiva, 131 Mooca CEP: 03113-010 São Paulo São Paulo

Tel: (11) 3582.5757

<https://www.editorajuspodivm.com.br/central-de-relacionamento>

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

2024

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

A384t Alexy, Robert.

Teoria dos direitos fundamentais / Robert Alexy; tradução de Virgílio Afonso da Silva. – 3. ed. - São Paulo: Editora JusPodivm, 2024.

672 p. ; 23 cm.

Inclui bibliografia e índice.

ISBN 978-65-5860-041-1

1. Direitos fundamentais. 2. Direito constitucional. I. Alexy Robert.
II. Silva, Virgílio Afonso da. III. Título.

CDU 341.27

Índice para catálogo sistemático:

(Bibliotecária responsável: Ana Carolina Ribeiro Mois – CRB7 – RJ 007348/0)

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

II – A Norma de Direito Fundamental	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 – REGRAS E PRINCÍPIOS	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
II – TRÊS MODELOS	
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	

3.4	<i>Exercícios de competência como ações institucionais</i>	239
3.5	<i>Competência, sujeição, não-competência, não-sujeição</i> ...	242
3.6	<i>Direitos fundamentais e competências</i>	244
3.6.1	Competências do cidadão	244
3.6.2	Competências do Estado.....	247
III	<i>O DIREITO FUNDAMENTAL COMPLETO</i>	248
CAPÍTULO 5 – DIREITO FUNDAMENTAL E STATUS		
I	<i>A TEORIA DOS STATUS DE JELLINEK</i>	254
1.	<i>O status passivo</i>	256
2.	<i>O status negativo</i>	258
3.	<i>O status positivo</i>	263
4.	<i>O status ativo</i>	267
II	<i>SOBRE A CRÍTICA À TEORIA DOS STATUS DE JELLINEK</i>	269
CAPÍTULO 6 – DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS RESTRIÇÕES		
I	<i>CONCEITO E TIPOS DE RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS</i>	276
1.	<i>A possibilidade lógica de restrições a direitos fundamentais</i>	276
2.	<i>O conceito de restrição a direitos fundamentais</i>	281
3.	<i>Espécies de restrições a direitos fundamentais</i>	285
3.1	<i>Restrições diretamente constitucionais</i>	286
3.2	<i>Restrições indiretamente constitucionais</i>	291
4.	<i>Da garantia do conteúdo essencial como restrição das restrições</i>	295
II	<i>SUPORTE FÁTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E RESTRIÇÕES A ESSES DIREITOS</i>	301
1.	<i>Âmbito de proteção e suporte fático</i>	302
2.	<i>Teorias restritas e amplas sobre o suporte fático</i>	307
2.1	<i>Teorias restritas do suporte fático</i>	
2.1.1	<i>A teoria do alcance material, de Friedrich Müller</i>	309
2.1.2	<i>Restrição ao suporte fático em virtude de leis gerais</i>	316

2.2 <i>Uma teoria ampla do suporte fático</i>	321
III – RESTRIÇÃO E CONFIGURAÇÃO	332
CAPÍTULO 7 O DIREITO GERAL DE LIBERDADE	341
<i>I – O CONCEITO DE DIREITO GERAL DE LIBERDADE</i>	341
<i>II – UMA CONCEPÇÃO FORMAL-MATERIAL DO DIREITO GERAL DE LIBERDADE</i>	345
1. A objeção da falta de conteúdo	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. A vinculação entre princípios formais e materiais	354
III – ESFERAS DE PROTEÇÃO E DIREITOS DE LIBERDADE IMPLÍCITOS	360
1. A teoria das esferas	360
2. Direitos de liberdade implícitos	364
2.1 <i>Direitos relacionados a ações</i>	365
2.2 <i>Direitos relacionados a situações</i>	367
IV – PROBLEMAS DO DIREITO GERAL DE LIBERDADE	370
1. Direito geral de liberdade e garantias pontuais	370
2. Direito geral de liberdade e o sistema dos direitos fundamentais	372
3. Direito geral de liberdade e “indivíduo isolado”	376
4. Direito geral de liberdade e outras normas constitucionais	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
<i>II – A ESTRUTURA DO DEVER DE IGUALDADE NA CRIAÇÃO DO DIREITO</i> ...	396
<i>III – AS FÓRMULAS DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL</i>	401
<i>IV – TRATAMENTO IGUAL E TRATAMENTO DESIGUAL</i>	
1. O dever de tratamento igual	407
2. O dever de tratamento desigual	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 justiciabilidade 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 sope- samentos	612
2. A discricionariedade epistêmica e a vinculação à consti- tuição	623
BIBLIOGRAFIA	629
ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO	661