
teoria & direito público

TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Robert Alexy

tradução

Virgílio Afonso da Silva

2^a edição,
4^a tiragem



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. <i>Teoria dos direitos fundamentais da Constituição alemã</i> | 32 |
| 2. <i>Teoria jurídica dos direitos fundamentais da Constituição alemã</i> | 32 |
| 3. <i>Teoria jurídica geral dos direitos fundamentais da Constituição alemã.....</i> | 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 | |
| <i>I – Do CONCEITO DE NORMA.....</i> | 50 |
| 1. <i>Da polêmica acerca do conceito de norma</i> | 51 |
| 2. <i>O conceito semântico de norma</i> | 52 |
| 3. <i>A separação entre questões semânticas e questões relativas à validade</i> | 53 |
| 4. <i>A conexão entre questões semânticas e questões relativas à validade</i> | 58 |
| 5. <i>Asserção sobre normas e criação de normas</i> | 60 |
| | 62 |

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

CAPÍTULO 3 – A ESTRUTURA DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

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

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>2.3 Direitos fundamentais com reserva qualificada</i> | 132 |
| 3. O modelo de regras e princípios..... | 135 |
| <i>3.1 O nível dos princípios.....</i> | 135 |
| <i>3.2 O nível das regras.....</i> | 139 |
| <i>3.3 O duplo caráter das normas de direitos fundamentais ...</i> | 141 |
| III – TEORIA DOS PRINCÍPIOS E TEORIA DOS VALORES | |
| 1. Princípio e valor..... | 144 |
| <i>1.1 Conceitos deontológicos, axiológicos e antropológicos...</i> | 145 |
| <i>1.2 Sobre o conceito de valor</i> | 147 |
| 1.2.1 Juízos classificatórios, comparativos e métricos ... | 147 |
| 1.2.2 Valores como critérios de valoração | 149 |
| <i>1.3 A diferença entre princípios e valores</i> | 153 |
| 2. Objeções às teorias de princípios e de valores | 153 |
| <i>2.1 Objeções filosóficas</i> | 155 |
| <i>2.2 Objeções metodológicas.....</i> | 158 |
| 2.2.1 A concepção de uma ordem hierarquizada de valo- res..... | 158 |
| 2.2.2 A idéia de sopesamento..... | 163 |
| 2.2.2.1 <i>O modelo decisionista e o modelo funda- mentado.....</i> | 165 |
| 2.2.2.2 <i>A fundamentação de enunciados de prefe- rências condicionadas não relacionada especificamente ao sopesamento</i> | 165 |
| 2.2.2.3 <i>A fundamentação relacionada especifica- mente ao sopesamento</i> | 166 |
| <i>2.3 Objeções dogmáticas.....</i> | 176 |

CAPÍTULO 4 – DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO DIREITOS SUBJETIVOS

| | |
|-------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>I – SOBRE A DISCUSSÃO ACERCA DOS DIREITOS SUBJETIVOS</i> | 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 deônticas 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 protégidas..... | 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 |

| | |
|-----------------------------------------------------------------------|------------|
| SUMÁRIO | 19 |
| <i>1.3.4 Exercícios de competência como ações institucionais</i> | <i>239</i> |
| <i>1.3.5 Competência, sujeição, não-competência, não-sujeição....</i> | <i>242</i> |
| <i>1.3.6 Direitos fundamentais e competências</i> | <i>244</i> |
| <i>1.3.6.1 Competências do cidadão</i> | <i>244</i> |
| <i>1.3.6.2 Competências do Estado.....</i> | <i>247</i> |
| <i>III – O DIREITO FUNDAMENTAL COMPLETO</i> | <i>248</i> |

CAPÍTULO 5 – DIREITO FUNDAMENTAL E STATUS

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

CAPÍTULO 6 – DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS RESTRIÇÕES

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

| | | |
|--------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------|-----|
| <i>QES</i> | <i>2.2 Uma teoria ampla do suporte fático.....</i> | 321 |
| <i>III – RESTRIÇÃO E CONFIGURAÇÃO.....</i> | 332 | |
| <i>CAPÍTULO 7 – O DIREITO GERAL DE LIBERDADE</i> | 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 | |
| <i> 1. A objeção da falta de conteúdo</i> | 346 | |
| <i> 1.1 A tese da ausência de suporte fático</i> | 347 | |
| <i> 1.2 A tese da ausência de substância</i> | 348 | |
| <i> 2. A vinculação entre princípios formais e materiais</i> | 354 | |
| <i>III – ESFERAS DE PROTEÇÃO E DIREITOS DE LIBERDADE IMPLÍCITOS.....</i> | 360 | |
| <i> 1. A teoria das esferas</i> | 360 | |
| <i> 2. Direitos de liberdade implícitos.....</i> | 364 | |
| <i> 2.1 Direitos relacionados a ações</i> | 365 | |
| <i> 2.2 Direitos relacionados a situações</i> | 367 | |
| <i>IV – PROBLEMAS DO DIREITO GERAL DE LIBERDADE</i> | 370 | |
| <i> 1. Direito geral de liberdade e garantias pontuais</i> | 370 | |
| <i> 2. Direito geral de liberdade e o sistema dos direitos fundamentais</i> | 372 | |
| <i> 3. Direito geral de liberdade e “indivíduo isolado”</i> | 376 | |
| <i> 4. Direito geral de liberdade e outras normas constitucionais</i> | 381 | |
| <i> 4.1 Normas de competência</i> | 381 | |
| <i> 4.2 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> | | |
| <i> 1. O dever de tratamento igual</i> | 407 | |
| <i> 2. O dever de tratamento desigual</i> | 409 | |

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>V – ENUNCIADO DE IGUALDADE E VALORAÇÃO</i> | 411 |
| <i>VI – IGUALDADE JURÍDICA E IGUALDADE FÁTICA</i> | 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 |
| <i>VII – A ESTRUTURA DOS DIREITOS DE IGUALDADE COMO DIREITOS SUBJETIVOS</i> | 429 |

**CAPÍTULO 9 – DIREITOS A AÇÕES ESTATAIS POSITIVAS
(DIREITOS A PRESTAÇÕES EM SENTIDO AMPLO)**

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>I – CONCEITOS FUNDAMENTAIS E CONCEPÇÃO FUNDAMENTAL</i> | 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 |
| <i>II – DIREITOS A PROTEÇÃO</i> | |
| 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 |
| <i>III – DIREITOS A ORGANIZAÇÃO E PROCEDIMENTO</i> | |
| 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 |

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

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