

DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY

DROITS FONDAMENTAUX : UNE ANALYSE A LA LUMIERE DE LA THÉORIE DES DROITS FONDAMENTAUX DE ROBERT ALEXY

Francelize Alves Mörking¹

RESUMO

O presente texto tem como objetivo a análise da pertinência do modelo de diferenciação entre regras e princípios na célebre obra de Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*. Relevante e atual é o tema, pois trata dos princípios elencados nas Constituições de Estados Democráticos de Direito garantidores dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: direitos fundamentais; otimização; norma atribuída

RÉSUMÉ

Le présent texte vise à examiner la pertinence du modèle de différenciation de règles et principes dans la célèbre oeuvre de Robert Alexy, *Théorie des Droits Fondamentaux*. Le thème est important et actuel car il concerne les principes présents dans les Constitutions d'Etats Démocratiques de Droit garants des droits fondamentaux.

Mots-clés : droits fondamentaux; optimisation; norme attribué

1. INTRODUÇÃO

Como falar de regras, princípios e normas e não pensar na noção de Sociedade e de Estado, qual seja ele, democrático ou não. Duguit, por exemplo, propõe a reflexão sobre uma sociedade ideal na qual não existiria nem autoridade política, nem leis escritas e se nelas existiria o direito e qual seria seu fundamento².

¹ Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pela UNIBRASIL – Curitiba. Advogada em Curitiba. Email: ellen-carina@hotmail.com

² DUGUIT, Léon. **Manuel de Droit Constitutionnel**. Quatrième édition, revue et mise au courant. Paris: Anciennes Maisons Thorin et Fontemoing, 1923.

Para ele, é claro que existe tal direito, porque é preciso que ele exista. E existe antes mesmo do Estado e talvez seja até superior a ele. Tal reflexão data da época em que se pensava nas relações sociais. De fato, como interagir em sociedade sem normativa que regulamente tais relações?

Duguit afirma que o homem pertence a uma sociedade, nasce membro de uma coletividade e assim sendo deve se sujeitar às obrigações inerentes à manutenção e ao desenvolvimento da vida coletiva. Sempre houve grupos sociais e os homens pertencentes a esses grupos têm consciência de sua individualidade e dos laços que os unem aos outros homens. Trata-se de interdependência social. Surge a necessidade de regras de conduta, a saber, regras de direito que nascem da interdependência social³.

Regras de direito que se aplicam aos homens, mas também ao Estado. Passa-se do Direito Natural ao Direito positivado. O Estado, legislador, é obrigado, pelo direito, a fazer certas leis e não fazer outras. Tendo feito determinada lei, ele mesmo está sujeito à lei que fez, ele pode modifica-la, revoga-la, mas enquanto ela vige deve obedecer tal qual seus cidadãos, seus juízes, seus funcionários. Trata-se da legalidade que rege o Estado de direito.

O princípio da legalidade está ligado à “artificialidade do direito”, posto que é o resultado de decisões humanas. As leis trazem uma garantia, a saber, sua aplicação de maneira taxativa. Nesse sentido, “o princípio da legalidade não é somente a norma de reconhecimento do direito existente, mas também o pressuposto de todas as garantias do estado de direito: da certeza, da igualdade dos cidadãos perante a lei, de sua imunidade perante a arbitrariedade judicial e da sujeição do juiz ao direito, e mais amplamente, sujeição de todos os poderes públicos”.⁴

2. DO REGIME CONSTITUCIONAL

Cumprindo o ditame da legalidade do Estado de Direito, surge uma limitação normativa ao poder estatal. Normativa fundada em conjunto de valores, direitos e liberdades, unificados nos Direitos Fundamentais. Entretanto, tais garantias deveriam ser concretizadas e assim o foram em um instrumento que não somente limitou a ação estatal como determinou parâmetros fundamentais de todo ordenamento jurídico, a saber, a Constituição.

³ DUGUIT, Léon. **Manuel de Droit Constitutionnel**. Op. Cit. p. 8.

⁴ Tradução livre de: “el principio de la legalidad no es solamente la norma de reconocimiento del derecho existente, sino también el presupuesto de todas las garantias del estado de derecho: de la certeza, de la igualdad de los ciudadanos ante la ley, de su inmunidad frente a la arbitrariedad judicial y de la sujeción al derecho del juez y, más en general, de todos los poderes públicos”. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y democracia em el pensamiento de Norberto Bobbio**. Doha : Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 28 (2005), pp. 15-36. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/derecho-y-democracia-en-el-pensamiento-de-norberto-bobbio-0/>>.

A Constituição, texto máximo do Estado de direito, dita o respeito da hierarquia das normas, a separação dos poderes e os direitos fundamentais. Canotilho diz que a Constituição é um sistema aberto entre regras e princípios. Segundo ele, um sistema constituído só de regras conduziria a um modelo jurídico de limitada racionalidade prática, porque demandaria uma disciplina legislativa exaustiva e completa. Entretanto, um sistema unicamente baseado em princípios levaria a “consequências inaceitáveis”. Canotilho afirma que regras e princípios são duas espécies de normas, mas ele não indica qual a distinção entre normas e regras.⁵

Já Dworkin distingue regras, princípios e diretrizes. Para o autor, regras jurídicas não têm exceções, são aplicadas em modo de “tudo-ou-nada”, diferentemente dos princípios. Os princípios são medidos, são pesados em função do caso concreto. Outrossim, o conflito entre regras gera antinomia, uma exclui a outra⁶.

A diferenciação de normas de Dworkin é uma das bases para o aprofundamento elaborado por Robert Alexy.

O doutor alemão apresenta um estudo a partir da Constituição Alemã sobre a teoria jurídica geral dos direitos fundamentais. Segundo ele, a concepção de tal teoria expressa um ideal teórico que não pode ser atingido concretamente. Isso somente seria possível se várias teorias verdadeiras ou corretas sobre direitos fundamentais fossem reunidas.⁷

Entretanto, Alexy conceitua norma de direito fundamental alegando que tal conceito é bem mais amplo do que o próprio conceito de direito fundamental. A norma de direito fundamental é dividida em dois grupos, a saber, norma de direito fundamental diretamente estabelecida pelo texto constitucional e norma de direito fundamental atribuída.

Tal conceito de normas pode ser dividido em três níveis, a saber:

- (a) Definição com base em enunciados normativos estatuídos por autoridade, o legislador constituinte. São aquelas inseridas nos títulos dos Direitos Fundamentais da Constituição alemã;
- (b) Normas de direitos fundamentais atribuídas, cujo conceito está vinculado à correção da atribuição a disposições dotadas de autoridade, seriam normas produzidas por “relação de refinamento”;
- (c) Definição baseada no conceito de fundamentação. Correta e generalizada e passa a valer tanto para as normas estabelecidas diretamente quanto para as normas atribuídas.⁸

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 4ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1986. p. 172-175

⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando dos direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2011.

⁸ ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 69-76

E o que seria norma? Nada mais seria do que regra e princípio, porque ambos dizem o que deve ser e são razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécies diferentes.⁹

Mais ainda, para Alexy “o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.”¹⁰

Assim sendo, os princípios se caracterizam como mandamentos de otimização:

“Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes”.¹¹

Já as regras, “são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas (...) Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.”¹²

Assim sendo, os direitos fundamentais têm a natureza de princípios e são mandamentos de otimização.

Em caso de conflito, como proceder? Para Alexy, no caso das regras, basta introduzir uma cláusula de exceção em uma delas. Quando isso não for possível, uma delas deve ser declarada inválida e “extirpada” do ordenamento jurídico.

Para tanto, recorre-se às máximas tão conhecidos no mundo jurídico, *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*.

Diferentemente ocorre com os princípios. Havendo colisão entre os princípios, um deles deve ceder frente ao outro. Alexy fala de “lei de colisão”, onde há “sopesamento” de interesses conflitantes em cada caso concreto. Ainda seguindo a linha de Dworkin, a solução está fundamentada no “peso”.

A Lei de Colisão é assim apresentada por Alexy:

“(K) Se o princípio P1 tem precedência em face do princípio P2 sob as condições C: (P1 P2)C, e se do princípio P1, sob as condições C, decorre a consequência jurídica R, entretanto, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: C → R.”¹³

Tal lei, solução baseada em cada caso concreto, reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização, pois inexistente relação absoluta de precedência e sua referência a ações e

⁹ ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 87

¹⁰ ALEXY, Robert. Op. Cit., p.90

¹¹ ALEXY, Robert. Op. Cit. p.90

¹² ALEXY, Robert. Op. Cit. p.91

¹³ ALEXY, Robert. Op. Cit. p.97

situações não são quantificáveis. Surgiria a necessidade de hierarquização de diferentes critérios de valoração jurídica conflitantes entre si.

Alexy vê o “mundo dos princípios” como “espaçoso”, havendo lugar para muita indeterminação. Seria o mundo do “dever-ser ideal”¹⁴. E os conflitos, tensões, antinomias ou colisões surgem quando justamente passa-se do mundo do dever-ser ideal para o mundo do dever-ser real.

O mundo do dever-ser real exige aplicação das regras e dos princípios nos casos concretos, mas para tanto, há a necessidade de regulamentação de tais regras e princípios.

3. DO REGIME JURÍDICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Muitos direitos e deveres nasceram do convívio social. Vários estágios foram superados até que tais ditames figurassem nas Constituições dos Estados Modernos estabelecendo assim regras de coexistência entre o Estado e o cidadão.

A Revolução Francesa foi um marco importante para o mundo ocidental, pois alguns princípios, como o da liberdade, fossem impostos face ao exercício arbitrário do poder do soberano.

As Constituições modernas elencam vários direitos, mas podem ser diferenciados segundo o seu objeto, segundo Alexy. Ou trata-se de ação negativa do destinatário, ou de ação positiva. As ações negativas seriam os “direitos de defesa”, já as positivas, “direito a prestações”.

Para Alexy, os direitos de defesa, ou ações estatais negativas, dividem-se em três grupos, a saber:

- (a) Direitos a não-embaraço de ações: onde estão incluídos a locomoção, a manifestação da crença, a expressão da opinião, a escolha de uma profissão, entre outros, são ações que podem ser impedidas ou dificultadas¹⁵;
- (b) Direitos à não-afetação de características e situações: como exemplo, a inviolabilidade de domicílio;
- (c) Direitos à não-eliminação de posições jurídicas: impossibilidade do Estado criar regras que suprimam direitos de que os indivíduos são titulares.¹⁶

Já os direitos a ações positivas, segundo o autor, podem ser divididos em dois grupos, um cujo objeto é uma ação fática e outro cujo objeto é uma ação normativa.

¹⁴ ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 139

¹⁵ Ainda segundo Alexy, impedimento: circunstâncias que tornam ação faticamente impossível; dificuldade: circunstâncias que podem deter ação.

¹⁶ ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 195-201

Independentemente de se tratar de abstenção ou de um fazer, há de se falar em direito fundamental completo, não mais fazendo menção a posições individuais. As mesmas unidades formam um direito fundamental, que nada mais seria senão um feixe de posições, de normas.

Tais normas e posições, para Alexy, podem subdividir-se a partir de três perspectivas: “(1) de acordo com as posições que se trate no sistema de posições jurídicas fundamentais; (2) segundo seu grau de generalidade; e (3) segundo se trate de posições com caráter de regra ou de princípio ou, respectivamente, de posições definitivas ou *prima facie*”.¹⁷

As relações que se estabelecem dentro desse direito fundamental completo também são bastante complexas, porém de estruturas bem definidas fundadas nas posições individuais dos cidadãos e do Estado.

Dentro dessas estruturas, encontram-se os princípios norteadores dos direitos fundamentais, mas também suas restrições. Muito se fala de direitos fundamentais, pouco se fala a respeito de restrição aos mesmos.

4. DAS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Alexy cita Friedrich Klein quando traz o conceito de restrição aos direitos fundamentais, para explicar duas teorias, a saber, teoria externa e teoria interna.

Para definir restrição a um direito levam-se em consideração duas coisas, o direito e sua restrição. Para a teoria externa o conceito de direito e o conceito de restrição não possuem relação necessárias. A relação somente é criada quando há tentativa de conciliar os direitos de diversos indivíduos. Ou seja, quando aplicada a um caso concreto.

Já para a teoria interna, o direito e sua restrição são a mesma coisa, o direito com determinado conteúdo, e o conceito de restrição é substituído pelo “limite”. Entretanto, ambas as teorias podem ser refutadas dependendo de qual a abordagem feita. De acordo com Alexy, “partindo-se de posições definitivas, então, a teoria externa pode ser refutada; partindo-se de posições *prima facie*, então, é a teoria interna que o pode ser”.¹⁸

Para Alexy restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental. Assim, tais normas devem ser compatíveis com a Constituição e entre elas diferenciam-se as normas de competência, que fundamentam a competência do Estado para criar normas, e as mandatórias e proibitivas dirigidas aos cidadãos.¹⁹

¹⁷ ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 251

¹⁸ ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 278

¹⁹ ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 281

Ele afirma ainda que o que pode ser restringido não é o direito fundamental, mas sim a “liberdade jurídica geral” que também é designada como “bem protegido”. Assim, “restringíveis” são os bens protegidos e as posições *prima facie* garantidas por princípios de direitos fundamentais.

De fato, as restrições a direitos fundamentais são normas de hierarquia constitucional ou normas infraconstitucionais autorizadas pela Constituição.

De acordo com Alexy, “as restrições de hierarquia constitucional são restrições *diretamente constitucionais*, e as restrições infraconstitucionais são restrições *indiretamente constitucionais*.”²⁰

As normas indiretamente constitucionais são formuladas por pessoas autorizadas expressamente pela Constituição, mas há garantia de respeito à proporcionalidade e ao sopesamento.

Sendo assim, quando da proteção de interesses individuais, se estes tiverem maior peso, na perspectiva do direito constitucional, eles podem ultrapassar a proteção da vida privada. Entretanto, nem todas as normas de direito ordinário, que tenham como núcleo algo que esteja ligado a um direito fundamental, podem ser consideradas restrições a esse direito.

Contudo, as restrições que são permitidas em um ordenamento jurídico não estão isentas de fundamentação que é de suma importância para sua existência.

5. DOS DIREITOS DE FUNDAMENTAIS

Alexy, quando trata do direito geral de igualdade, distingue dois tipos: o direito geral de igualdade e o direito de igualdade específico, em ambos os casos tal direito existe tanto na sua aplicação, quanto na sua criação.²¹

A citação clássica: “O igual deve ser tratado igualmente, o desigual, desigualmente” serve de suporte teórico para uma reflexão sobre em que medida o legislador poderia elaborar normas que fossem compatíveis com a finalidade da igualdade, mas que ao mesmo tempo fossem impregnadas de conteúdo e justas.

Nesse sentido não pode haver uma exigência de que todos sejam tratados exatamente da mesma forma e que sejam iguais em todos os aspectos. Isso significa que o legislador deve criar “normas universais condicionadas”²² que devem ser analisadas em relação a um aspecto qualquer. Deve existir uma “relativização em relação ao critério de valoração, que permite dizer o que é valorativamente igual e desigual”.²³

²⁰ ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 286

²¹ ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 395

²² ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 397

²³ ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 400

Os julgados do Tribunal Constitucional Federal são a base para fundamentar dois deveres, o dever de tratamento igual e o dever de tratamento desigual. Extrai-se o princípio de igualdade “que exige *prima facie* um tratamento igual e que permite o tratamento desigual apenas se isso for justificado por princípios contrapostos”.²⁴

As colisões podem ser evitadas quando da aplicação dos valores defendidos pelo Estado. Entretanto, tratando-se de igualdade existe grande controvérsia. De fato, a ideologia defendida por um Estado pode não ser consenso para sua população. Isso pode ser entendido quando se trata de mínimo existencial em relação aos limites a serem estabelecidos.

O mínimo existencial dá ensejo à fundamentação de direitos concretos que delineiam a igualdade fática, mesmo porque a igualdade material nesse caso seria impossível de definir.

O mínimo existencial traz à tona a questão dos direitos sociais, amplamente discutidos nos Estados Democráticos de Direito, pois há previsão constitucional para tanto. De acordo com Alexy, o principal argumento para os direitos sociais está baseado na liberdade.

O estudioso alemão apresenta duas vertentes à liberdade: uma é a liberdade jurídica que permite a escolha entre diferentes alternativas; a outra a liberdade fática ligada às atividades estatais²⁵, garantida diretamente pelos direitos fundamentais.²⁶

Resta saber a quem cabe a definição dos direitos sociais. Caberia à Ciência do Direito, aos Tribunais ou ao legislador ao definir as políticas públicas? E quando os direitos fundamentais e sociais colidem, quem define quais regras a serem seguidas, caso a caso e de modo geral?

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Hoje os princípios são comumente qualificados como normas de direito diferente do que ocorria na dogmática tradicional. Robert Alexy apresenta um caminho para a distinção entre diferentes conceitos mais adequados à realidade fática, definindo regras como mandamentos definitivos e princípios como mandamentos de otimização.

Para a colisão de princípios o filósofo alemão propõe o sopesamento para a resolução dos conflitos, o que não criaria cláusulas de exceção, mantendo assim a unidade da Constituição alemã.

Constituição esta que inovou em 1949 quando trouxe em seu escopo os direitos fundamentais como intocáveis, inalteráveis, até mesmo pelo povo; e que hoje, frente a uma crescente crise mundial, questiona até onde o Estado pode tutelar as proteções aos direitos fundamentais sociais.

²⁴ ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 411

²⁵ De fato, o Estado deve regulamentar a liberdade em diferentes esferas, quais sejam, a privada, a pública incluindo a sua própria liberdade.

²⁶ ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 503-504

REFERÊNCIAS

ALEX, Robert. **Los principales elementos de mi filosofía del Derecho**. Doha: Cuadernos de Filosofía del Derecho, num. 32 (2009), pp. 67-84. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/los-principales-elementos-de-mi-filosofia-del-derecho/>>

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **8 preguntas a Norberto Bobbio. Doha : Cuadernos de Filosofía del Derecho**. núm. 2 (1985), pp.233-246. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/manuel-atenza-y-juan-ruiz-manero--8-preguntas-a-norberto-bobbio-0/>>

ATIENZA, Manuel. **Entrevista a Robert Alexy**. Doha : Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 24 (2001), pp. 671-687. Disponível em: < <http://www.cervantesvirtual.com/obra/entrevista-a-robert-alexey-0/>>

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CORONADO, Fernando. **Sobre Derecho y Razón de Luigi Ferrajoli**. Edición digital a partir de Isonomía : Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm 4 (abril 1996), pp. 173-177. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/sobre-derecho-y-razn-de-luigi-ferrajoli-0/>.

DUGUIT, Léon. **Manuel de Droit Constitutionnel**. Quatrième édition, revue et mise au courant. Paris: Anciennes Maisons Thorin et Fontemoing, 1923

FERRAJOLI, Luigi. **Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global**. Isonomía : Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 9 (octubre 1998), pp. 173-184. Disponível em: < <http://www.cervantesvirtual.com/obra/ms-all-de-la-soberana-y-la-ciudadana-un-constitucionalismo-global-0/>>

GOMES, Alexandre Travessoni. **A moral e o direito em Kant: ensaios analíticos** / Alexandre Travessoni Gomes, Jean-Christophe Merle. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

PISARELLO, Gerardo; SURIANO, Ramón. **Entrevista a Luigi Ferrajoli**. Isonomía : Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 9 (octubre 1998), pp. 187-192. Disponível em: < <http://www.cervantesvirtual.com/obra/entrevista-a-luigi-ferrajoli-0/>>

SILVA, Luis Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo: Abril, v.91, n. 798, 2002. Disponível em: <http://www.cella.com.br/conteudo/conteudo_45.pdf>

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

[SOBREVILLA, David](#). **El Modelo Jurídico de Reglas, Principios y Procedimientos de Robert Alexy**. Cuadernos Doxa: Isonomía : Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 4 (abril 1996), pp. 98-113. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/el-modelo-juridico-de-reglas-principios-y-procedimientos-de-robert-alexey-0/>>

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. **Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

VIRELY, Simon. **Harmonie sociale et ordre naturel. Les droits fondamentaux et leur développement dans la pensée libérale**. *RDLF* 2014, chron. n°4. Disponível em: <<http://rdlf.upmf-grenoble.fr/?p=4880>>

Recebimento: 17.02.2015

Aprovação: 03.06.2015