

**FORADESÉRIE**

**Alexy**

**Robert**

# **Teoria Discursiva do Direito**

ORGANIZAÇÃO, TRADUÇÃO E ESTUDO INTRODUTÓRIO  
ALEXANDRE TRAVESSONI GOMES TRIVISONNO

**3<sup>a</sup>**  
EDIÇÃO



- A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

Copyright © 2019 by

**EDITORA FORENSE LTDA.**

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar – 20040-040 – Rio de Janeiro – RJ

Tel.: (21) 3543-0770 – Fax: (21) 3543-0896

faleconosco@grupogen.com.br | www.grupogen.com.br

- O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998). Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

- Capa: Danilo Oliveira

- Fechamento desta edição: 11.09.2018

- Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno

- 1ª edição – 2014 / 2ª edição – 2015

- **CIP – BRASIL. CATALOGAÇÃO NA FONTE.  
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ.**

A371t

Alexy, Robert

Teoria discursiva do direito / Robert Alexy; organização Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno – 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Inclui bibliografia

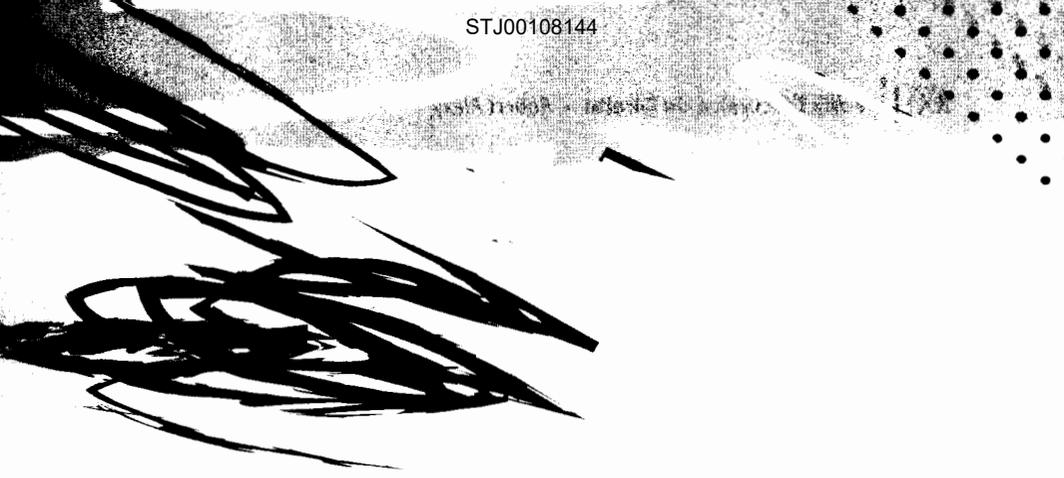
ISBN 978-85-309-8145-7

11410<sup>5</sup> 9

1. Direito – Filosofia. I. Trivisonno, Alexandre Travessoni Gomes. II. Título. III. Série.

18-49972

CDU: 340.12



# SUMÁRIO

## ESTUDO INTRODUTÓRIO

A TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO DE ALEXY E AS DUAS QUESTÕES  
FUNDAMENTAIS DA FILOSOFIA DO DIREITO

*Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno* ..... 1

## PARTE I

### DISCURSO E ARGUMENTAÇÃO

<b>CAPÍTULO 1 – UMA TEORIA DO DISCURSO PRÁTICO</b> .....	33
1.1. Sobre o problema da fundamentação de enunciados normativos...	33
1.2. As noções fundamentais da teoria do discurso .....	37
1.3. A fundamentação das regras do discurso .....	39
1.3.1. A fundamentação técnica .....	40
1.3.2. A fundamentação empírica .....	41
1.3.3. A fundamentação definitiva .....	42
1.3.4. A fundamentação pragmática-universal .....	43
1.3.5. O discurso teórico-discursivo .....	45

**XX | Teoria Discursiva do Direito · Robert Alexy**

1.4. As regras e formas do discurso prático.....	47
1.4.1. As regras fundamentais.....	47
1.4.2. As regras da razão.....	49
1.4.3. As regras do ônus da argumentação.....	52
1.4.4. As formas de argumento .....	54
1.4.5. As regras de fundamentação .....	58
1.4.6. As regras de transição .....	61
1.5. A utilidade da teoria do discurso.....	62
1.5.1. Necessidade, impossibilidade e possibilidade discursivas...	63
1.5.2. A função da teoria do discurso como instrumento de crítica.....	63
1.5.3. A função da teoria do discurso como critério hipotético.....	64
1.5.4. A função da teoria do discurso como explicação .....	64
1.5.5. A função da teoria do discurso como definição de um ideal .....	65
1.5.6. Possibilidades e fronteiras da institucionalização de discursos.....	65
<b>CAPÍTULO 2 – TEORIA DO DISCURSO E SISTEMA JURÍDICO .....</b>	<b>69</b>
2.1. A teoria do discurso como uma teoria procedimental.....	70
2.2. Um conceito procedimental de correção.....	72
2.3. Discurso e sistema jurídico .....	79
<b>CAPÍTULO 3 – A TESE DO CASO ESPECIAL .....</b>	<b>83</b>
3.1. O caráter autoritativo e discursivo da argumentação jurídica.....	83
3.2. A tese do caso especial.....	84
3.3. Objeções.....	85
3.3.1. Procedimentos judiciais .....	85
3.3.2. Discurso moral, prático geral e jurídico.....	87
3.3.2.1. O discurso moral e a argumentação jurídica.....	87
3.3.2.2. O conceito de discurso prático geral.....	88
3.3.2.3. Relações de precedência entre os elementos do discurso prático geral.....	89
3.3.2.4. O discurso prático geral e a unidade da razão prática.....	89

3.3.3. O geral e o específico .....	90
3.3.3.1. O “modo de validade diferenciado” e a “mudança de significado”.....	90
3.3.3.2. A pressuposição do subconjunto .....	91
3.3.3.3. A pressuposição da especificação .....	92
3.3.3.4. Direito injusto e não-razoável .....	92
3.3.3.5. A integração dos argumentos e a institucionalização da razão prática.....	94

## PARTE II

### DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

<b>CAPÍTULO 1 – DIREITOS HUMANOS SEM METAFÍSICA?</b> .....	99
1.1. O conceito de direitos humanos.....	100
1.2. A fundamentação dos direitos humanos .....	101
1.2.1. Ceticismo e não-ceticismo .....	101
1.2.2. Oito fundamentações .....	102
1.2.2.1. A fundamentação religiosa .....	102
1.2.2.2. A fundamentação biológica .....	102
1.2.2.3. A fundamentação intuitiva .....	103
1.2.2.4. A fundamentação consensual .....	103
1.2.2.5. A fundamentação instrumental .....	104
1.2.2.6. A fundamentação cultural.....	105
1.2.2.7. A fundamentação explicativa .....	106
1.2.2.8. A fundamentação existencial.....	107
1.3. Direitos humanos e metafísica .....	108
1.3.1. Conceitos metafísicos negativos e positivos .....	108
1.3.2. O conceito enfático de metafísica .....	109
1.3.3. Metafísica e naturalismo .....	110
1.4. O conceito construtivo de metafísica .....	110
<b>CAPÍTULO 2 – DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL</b> .....	113
2.1. A posição dos direitos fundamentais no sistema jurídico.....	114

**XXII** | Teoria Discursiva do Direito • Robert Alexy

2.1.1. O grau mais elevado.....	115
2.1.2. A maior força executória.....	115
2.1.3. Objetos de maior importância.....	116
2.1.4. A maior medida de abertura.....	117
2.2. Direitos fundamentais e democracia.....	119
2.2.1. Três modelos.....	119
2.2.2. Representação política e argumentativa.....	120
2.3. O imposto sobre patrimônio como caso-teste.....	123
<b>CAPÍTULO 3 – A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>131</b>
3.1. A construção em regras.....	131
3.1.1. Regras e princípios.....	131
3.1.2. O postulado da rejeição da ponderação.....	132
3.1.3. Problemas da construção em regras.....	133
3.2. A construção em princípios e a máxima da proporcionalidade.....	134
3.3. Objeções contra a construção em princípios.....	135
3.4. A racionalidade da ponderação.....	137
3.4.1. A posição central do problema da racionalidade.....	137
3.4.2. A objeção da irracionalidade.....	137
3.4.3. A otimalidade de pareto.....	138
3.4.4. A lei da ponderação.....	138
3.4.5. A fórmula do peso.....	139

**PARTE III****TEORIA DOS PRINCÍPIOS E APLICAÇÃO DO DIREITO**

<b>CAPÍTULO 1 – SOBRE O CONCEITO DE PRINCÍPIO JURÍDICO.....</b>	<b>147</b>
1.1. Introdução.....	147
1.2. A distinção entre regras e princípios.....	151
1.2.1. O caráter tudo ou nada.....	157
1.2.2. O teorema da colisão.....	160
1.2.2.1. Colisões de regras.....	161
1.2.2.2. Colisões de princípios.....	164
1.2.3. O caráter <i>prima facie</i> de regras e princípios.....	168

1.2.4. Dever ser real e ideal .....	169
1.3. Fundamentação e aplicação de princípios .....	172
<b>CAPÍTULO 2 – DEVER SER IDEAL</b> .....	179
2.1. Duas objeções teórico-normativas .....	180
2.1.1. Dever ser ideal .....	180
2.1.1.1. A existência do dever ser ideal .....	181
2.1.1.2. $O_i$ .....	183
2.1.1.3. A normatividade dos objetos da ponderação .....	190
2.1.1.4. A inviolabilidade do princípio retrocedente.....	191
2.1.1.5. O dever ser ideal e a construção de direito funda- mental.....	193
2.1.2. O caráter normativo do dever ser ideal .....	194
2.2. Duas objeções teórico-argumentativas .....	196
2.2.1. O intuicionismo .....	196
2.2.2. O escalonamento.....	198
<b>CAPÍTULO 3 – DOIS OU TRÊS?</b> .....	203
3.1. A questão .....	203
3.2. A ideia de operação básica .....	204
3.3. A estrutura da comparação de casos .....	206
3.4. Caso e regra .....	208
3.5. Caso e princípio .....	211
3.6. Reformulação do esquema da analogia .....	213
3.7. O caráter básico do esquema da analogia .....	214

## PARTE IV O CONCEITO DE DIREITO

<b>CAPÍTULO 1 – CRÍTICA AO POSITIVISMO JURÍDICO</b> .....	217
1.1. A tese da separação e a tese da conexão .....	218
1.2. Um quadro conceitual.....	221
1.2.1. Conceito e validade .....	221
1.2.2. Norma e procedimento.....	222

1.2.3. Observador e participante .....	222
1.2.4. Definição e ideal.....	223
1.2.5. Combinações .....	223
1.3. O argumento da injustiça.....	225
1.3.1. Normas isoladas .....	225
1.3.2. Sistemas jurídicos .....	227
1.4. O argumento da correção .....	230
1.4.1. A teoria da pretensão.....	231
1.4.2. A teoria dos princípios.....	235
1.4.2.1. A tese da incorporação.....	235
1.4.2.2. A tese moral.....	238
1.4.2.3. A tese da coerência.....	239
1.4.3. A teoria do discurso.....	240
<b>CAPÍTULO 2 – DEFESA DE UM CONCEITO DE DIREITO NÃO-POSITIVISTA .....</b>	<b>243</b>
2.1. A tese da separação e a tese da conexão .....	243
2.2. Distinções.....	244
2.2.1. Argumentos analíticos e normativos .....	244
2.2.2. Normas isoladas e sistema jurídico como um todo .....	246
2.2.3. O Argumento da injustiça e o argumento dos princípios.....	247
2.2.4. Conexões classificatória e qualificatória.....	248
2.2.5. Norma e procedimento .....	248
2.2.6. Perspectivas do observador e do participante .....	248
2.2.7. Tese .....	249
2.3. O argumento da correção .....	249
2.4. Oito argumentos .....	250
2.4.1. O argumento linguístico .....	250
2.4.2. O argumento da clareza.....	252
2.4.3. O argumento da efetividade .....	254
2.4.4. O argumento da segurança jurídica .....	259
2.4.5. O argumento do relativismo .....	260
2.4.6. O argumento da democracia .....	263
2.4.7. O argumento da inutilidade .....	263
2.4.8. O argumento da honestidade.....	265
2.4.9. Resultado.....	268

<b>CAPÍTULO 3 – A DUPLA NATUREZA DO DIREITO</b> .....	269
3.1. Ideal.....	270
3.1.1. A pretensão de correção.....	270
3.1.1.1. O direito é capaz de levantar pretensões.....	270
3.1.1.2. A necessidade da pretensão de correção.....	270
3.1.1.3. O conteúdo da pretensão de correção.....	272
3.1.1.4. A racionalidade da pretensão de correção.....	274
3.1.2. A teoria do discurso.....	275
3.2. Real.....	277
3.3. A reconciliação entre ideal e real.....	277
3.3.1. O limite exterior do direito.....	279
3.3.2. O constitucionalismo democrático.....	282
3.3.2.1. A democracia.....	283
3.3.2.2. Os direitos fundamentais.....	283
3.3.3. A argumentação jurídica.....	284
3.3.4. “Dever ser” real e “dever ser” ideal.....	286

## **PARTE V ENTREVISTAS**

<b>CAPÍTULO 1 – ENTREVISTA A ATIENZA</b> .....	289
1.1. Pergunta 1 – Carreira acadêmica.....	289
1.2. Pergunta 2 – A Teoria da Argumentação Jurídica.....	290
1.3. Pergunta 3 – O positivismo jurídico.....	291
1.4. Pergunta 4 – Sobre Fuller e Hart.....	292
1.5. Pergunta 5 – Semelhanças e diferenças com a teoria de Dworkin....	292
1.6. Pergunta 6 – A crítica de Toulmin.....	293
1.7. Pergunta 7 – A influência de Habermas.....	293
1.8. Pergunta 8 – Diferenças com a teoria de Habermas.....	294
1.9. Pergunta 9 – A teoria dos princípios.....	295
1.10. Pergunta 10 – Os três maiores filósofos do direito.....	298
1.11. Pergunta 11 – Por que esses três são os maiores filósofos do direito.....	298
1.12. Pergunta 12 – Os três maiores filósofos do direito do século XX.....	298

1.13. Pergunta 13 – A filosofia do direito na Alemanha hoje.....	299
1.14. Pergunta 14 – A filosofia do direito na Alemanha de antes e em outros círculos culturais.....	301
1.15. Pergunta 15 – Larenz, Esser, Schmitt e Luhmann.....	302
1.16. Pergunta 16 – Questões centrais da filosofia do direito.....	303
1.17. Pergunta 17 – Projetos para o futuro.....	305
1.18. Pergunta 18 – O futuro da filosofia do direito.....	305
1.19. Pergunta 19 – Conselho ao jovem filósofo do direito.....	306
<b>CAPÍTULO 2 – CINCO QUESTÕES.....</b>	<b>307</b>
2.1. Pergunta 1 – Interesse pela filosofia do direito.....	307
2.2. Pergunta 2 – Contribuições à filosofia do direito.....	308
2.3. Pergunta 3 – Questões centrais da filosofia do direito.....	314
2.4. Pergunta 4 – Filosofia do direito e prática jurídica.....	315
2.5. Pergunta 5 – Questões da filosofia do direito que merecem atenção.....	316
<b>CAPÍTULO 3 – ENTREVISTA A AGUIAR DE OLIVEIRA E A TRAVESSONI GOMES TRIVISONNO.....</b>	<b>317</b>
3.1. Pergunta 1 – Argumentação prática geral e direito.....	317
3.2. Pergunta 2 – Utilidade da fórmula de Radbruch.....	318
3.3. Pergunta 3 – Ponderação e razão prática.....	320
3.4. Pergunta 4 – Resposta a algumas objeções contra a teoria dos princípios.....	321
3.5. Pergunta 5 – A questão da objetividade.....	325
3.6. Pergunta 6 – Futuros desenvolvimentos da teoria discursiva do direito.....	326
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>329</b>