

FORADESÉRIE

Alexy

Robert

Teoria Discursiva do Direito

ORGANIZAÇÃO, TRADUÇÃO E ESTUDO INTRODUTÓRIO
ALEXANDRE TRAVESSONI GOMES TRIVISONNO

3^a
EDICÃO



- 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

11410⁵ 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

CAPÍTULO 1 – UMA TEORIA DO DISCURSO PRÁTICO	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
CAPÍTULO 2 – TEORIA DO DISCURSO E SISTEMA JURÍDICO	69
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
CAPÍTULO 3 – A TESE DO CASO ESPECIAL	83
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

CAPÍTULO 1 – DIREITOS HUMANOS SEM METAFÍSICA?	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
CAPÍTULO 2 – DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL	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
CAPÍTULO 3 – A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	131
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**

CAPÍTULO 1 – SOBRE O CONCEITO DE PRINCÍPIO JURÍDICO.....	147
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
CAPÍTULO 2 – DEVER SER IDEAL	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
CAPÍTULO 3 – DOIS OU TRÊS?	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

CAPÍTULO 1 – CRÍTICA AO POSITIVISMO JURÍDICO	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
CAPÍTULO 2 – DEFESA DE UM CONCEITO DE DIREITO NÃO-POSITIVISTA	243
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

CAPÍTULO 3 – A DUPLA NATUREZA DO DIREITO	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

CAPÍTULO 1 – ENTREVISTA A ATIENZA	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
CAPÍTULO 2 – CINCO QUESTÕES.....	307
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
CAPÍTULO 3 – ENTREVISTA A AGUIAR DE OLIVEIRA E A TRAVESSONI GOMES TRIVISONNO.....	317
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
BIBLIOGRAFIA.....	329