



*COORDENAÇÃO GERAL*

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

# ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP

---

**TOMO 1**

## **TEORIA GERAL E FILOSOFIA DO DIREITO**

*COORDENAÇÃO DO TOMO 1*

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUC-SP  
TEORIA GERAL E FILOSOFIA DO DIREITO

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA**  
**DE SÃO PAULO**  
FACULDADE DE DIREITO

DIRETOR  
*Pedro Paulo Teixeira Manus*  
DIRETOR ADJUNTO  
*Vidal Serrano Nunes Júnior*

**ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP | ISBN 978-85-60453-35-1**

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>

CONSELHO EDITORIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello	Nelson Nery Júnior
Elizabeth Nazar Carrazza	Oswaldo Duek Marques
Fábio Ulhoa Coelho	Paulo de Barros Carvalho
Fernando Menezes de Almeida	Ronaldo Porto Macedo Júnior
Guilherme Nucci	Roque Antonio Carrazza
José Manoel de Arruda Alvim	Rosa Maria de Andrade Nery
Luiz Alberto David Araújo	Rui da Cunha Martins
Luiz Edson Fachin	Tercio Sampaio Ferraz Junior
Marco Antonio Marques da Silva	Teresa Celina de Arruda Alvim
Maria Helena Diniz	Wagner Balera

**TOMO DE TEORIA GERAL E FILOSOFIA DO DIREITO | ISBN 978-85-60453-36-8**

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo I (recurso eletrônico)  
: teoria geral e filosofia do direito / coords. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro  
Gonzaga, André Luiz Freire - São Paulo: Pontificia Universidade Católica de São Paulo, 2017  
Recurso eletrônico World Wide Web  
Bibliografia.  
O Projeto Enciclopédia Jurídica da PUCSP propõe a elaboração de dez tomos.

1. Direito - Enciclopédia. I. Capilongo, Celso Fernandes. II. Gonzaga, Álvaro. III. Freire, André  
Luiz. IV. Pontificia Universidade Católica de São Paulo.

## TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO

*Guilherme Scotti*

### INTRODUÇÃO

A *Teoria Discursiva do Direito* foi desenvolvida pelo filósofo alemão Jürgen Habermas, especialmente em sua obra *Direito e Democracia: entre facticidade e validade* (HABERMAS, 1997), no original “*Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*”.<sup>1</sup> A teoria envolve uma reflexão sobre o direito e sua relação com o estado, a sociedade e a democracia. É, em sua acepção mais ampla, como evidenciado pelo título original da obra central, uma *Teoria Discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito*, ou, simplesmente, uma *Teoria Discursiva do Direito e da Democracia*. Nessa obra Habermas buscou aplicar as reflexões filosóficas da *Ética do Discurso*<sup>2</sup> ao direito da sociedade moderna.

### SUMÁRIO

Introdução .....	2
1. Tensão entre facticidade e validade .....	2
2. Discursos jurídicos, éticos, morais e pragmáticos .....	3
3. Os paradigmas jurídicos e a legitimidade do direito .....	7
Referências .....	11

#### 1. TENSÃO ENTRE FACTICIDADE E VALIDADE

Habermas situa o direito numa dupla tensão entre *facticidade* e *validade*, ou seja,

---

<sup>1</sup> HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*.

<sup>2</sup> Sobre a *Ética do Discurso*, conferir: HABERMAS, Jürgen. *Aclaraciones a la ética del discurso*. Tradução Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 2000.

entre o plano factual e o normativo.<sup>3</sup> Trata-se de uma dupla tensão pois presente tanto internamente quanto externamente ao próprio direito. Haveria, nas sociedades contemporâneas - em que o positivismo jurídico não mais mantém sua força explicativa - uma *tensão interna* ao direito entre facticidade e validade: entre a *positividade* do direito, seu caráter coercitivo que independe da aceitação do destinatário para sua aplicação (facticidade), e a pretensão de *legitimidade* do direito, condição necessária para sua validade em um Estado Democrático de Direito. A *tensão externa* ao direito seria entre, por um lado, no plano da facticidade, a capacidade sempre parcial do direito de alterar a realidade, garantindo sua *efetividade* e, por outro, no plano da validade, a normatividade contrafactual das normas jurídicas, que não podem depender da completa efetividade para a manutenção da validade da ordem jurídica. Por meio deste raciocínio a Teoria Discursiva se afasta tanto do positivismo jurídico, que situa o direito apenas no plano normativo, quanto das correntes realistas e céticas, que o entendem apenas a partir da facticidade.

## 2. DISCURSOS JURÍDICOS, ÉTICOS, MORAIS E PRAGMÁTICOS

Para se valer da categoria do direito Habermas retoma a distinção entre as variadas formas de discurso prático. O autor resgata a tradição kantiana de razão prática, compreendendo a *moral* como o âmbito de atribuição de normas universais. O faz, entretanto, não mais nos termos de uma filosofia da consciência (que tomava o sujeito cognoscente como ponto de partida e referencial epistêmico) mas de uma filosofia da linguagem (baseada no caráter intersubjetivo de validação de todo saber). Discursos *pragmáticos*, *éticos* e *morais* são distintos usos para uma mesma forma de racionalidade: a *razão prática*.<sup>4</sup> Para além dos discursos *pragmáticos*, que tratam da adequação causal entre meios e fins, interessa-nos aqui, principalmente, a distinção entre questões *morais* de justiça e questões *éticas* do auto-entendimento:

“Em um dos casos abordamos um problema sob o ponto de vista que se pergunta sobre qual a regulamentação mais adequada ao interesse equânime de todos os atingidos (sobre ‘o que é bom em igual medida para todos’); no

---

<sup>3</sup> Cf. o capítulo IV de *Direito e Democracia*.

<sup>4</sup> HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. *Dialética e liberdade*.

outro caso, ponderamos as alternativas de ação a partir da perspectiva de indivíduos ou de coletividades que querem se assegurar de sua identidade, bem como saber que vida devem levar, à luz do que são e do que gostariam de ser (ou seja, querem saber ‘o que é bom para mim, ou para nós, no todo e a longo prazo’).<sup>5</sup>

Os discursos jurídicos, por sua vez, incorporam argumentos das mais variadas ordens. Enquanto argumentação prática, a argumentação jurídica se vale, no plano da justificação<sup>6</sup> das normas – que se dá, de maneira central, nas arenas parlamentares –, tanto de discursos pragmáticos quanto éticos e morais, além das negociações reguladas por procedimentos.<sup>7</sup>

Isso se revela no espectro amplo de razões que desempenham um papel na formação racional da opinião e da vontade do legislador político: ao lado de ponderações morais, considerações pragmáticas e dos resultados de negociações justas e honestas, também as razões éticas desempenham um papel nos aconselhamentos e justificações de decisões políticas.<sup>8</sup>

Uma vez integrados na norma jurídica, entretanto, tais argumentos morais (que dizem respeito ao que é justo), ético-políticos (referentes à auto-compreensão valorativa dos cidadãos e aos projetos de vida coletivos que pretendem empreender), bem como pragmáticos (de adequação de meios a fins) passam a obedecer à lógica deontológica dos discursos *jurídicos*, com seu *código binário* de validade.<sup>9</sup>

O direito (com seu código *jurídico/não-jurídico*) é deontológico como a moral (cujo código binário implica na distinção *justo/injusto*), mas dessa se diferencia, para além de seu espectro argumentativo, por ser um *sistema de ação*, além de um *sistema de conhecimento*. Disso decorre que o direito se compromete com resultados e necessita de

---

<sup>5</sup> HABERMAS, Jürgen. O estado democrático de direito - uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? *Era das transições*. p.303.

<sup>6</sup> Sobre a distinção entre discursos de *justificação* e de *aplicação*, cf. GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*.

<sup>7</sup> Contra um conceito “puramente dialógico” de processo legislativo, conferir a réplica de Habermas a Frank Michelman. ROSENFELD, Michel and Andrew ARATO. *Habermas on law and democracy: critical exchanges*.

<sup>8</sup> HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro - estudos de teoria política*.

<sup>9</sup> “(...) a expressão ‘deontológico’ refere-se em primeiro lugar apenas a um caráter obrigatório codificado de maneira binária. Normas são ou válidas ou inválidas, enquanto valores concorrem pela primazia em relação a outros valores e precisam ser situados *caso a caso* em uma ordem transitiva”. HABERMAS, Jürgen. *Idem*. p. 356.

um aparato coercitivo que lhe empreste efetividade. O direito não pode depender apenas, como a moral, da motivação interna de cada indivíduo. Além disso, o ordenamento jurídico se refere a uma comunidade política concreta, a uma república de cidadãos. Dessa forma, seu âmbito de universalidade é reduzido em relação à moral, que se refere a toda a humanidade. Os Direitos Humanos, se reduzidos à ideia de *soft law*, se situam muito mais no âmbito moral do que no jurídico. É nos Estados de Direito, enquanto Direitos Fundamentais, que podem ganhar densidade e efetividade.

Há uma declarada influência da teoria do direito de Ronald Dworkin na perspectiva jurídica adotada pela Teoria Discursiva do Direito<sup>10</sup>. A diferenciação entre um discurso jurídico sobre normas – entendidas, com Ronald Dworkin, como referidas em primeiro lugar a uma ordem de *princípios* – e discursos éticos sobre valores preferíveis é central para a teoria discursiva do Direito:

“ (...) a teoria dos direitos afirma de fato uma precedência absoluta dos direitos em relação aos bens comuns, de modo que, como mostra Dworkin, argumentos sobre a demarcação de objetivos só podem ‘bater’ reivindicações subjetivas de direitos se estas últimas puderem ser fundamentadas à luz de direitos precedentes. ”<sup>11</sup>

Para ambos os autores a *razão prática* implica a possibilidade de um ponto de vista moral (universal e deontológico), indicador da prevalência normativa do *justo* sobre o *bom*, a exigir que a sociedade (por meio de suas instituições, no caso do direito) trate a todos os seus membros como merecedores de *igual respeito e consideração*.<sup>12</sup> Esse conteúdo moral *traduzido* para o código especificamente jurídico confere aos direitos fundamentais o status de incondicionalidade em face dos demais bens ou valores sociais. Da incondicionalidade dos *direitos* resulta seu funcionamento como *trunfos* em face de possíveis abusos justificados com base em *políticas* de maximização de finalidades coletivas.

“Naturalmente a moral, no papel de uma *medida para o direito correto*, tem a sua sede primariamente na formação política da vontade do legislador e na comunicação política da esfera pública. Os exemplos apresentados para uma

---

<sup>10</sup> HABERMAS, Jürgen. Ronald Dworkin - a maverick among legal scholars. *Europe: the faltering project*. Cambridge: Polity Press, 2009.

<sup>11</sup>HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro - estudos de teoria política*. p. 245.

<sup>12</sup>HABERMAS, Jürgen *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. p. 252

moral *no direito* significam apenas que certos conteúdos morais são traduzidos para o código do direito e revestidos com um outro modo de validade. Uma sobreposição dos conteúdos não modifica a diferenciação entre direito e moral (...).”<sup>13</sup>

A justificação o de decisões jurídicas com base em princípios de conteúdo moral, portanto, não é *extra-jurídica* na medida em que tais conteúdos possam ser identificados como assimilados aos princípios fundamentais do próprio ordenamento.

A precedência incondicional de *argumentos de princípio* (morais) sobre *argumentos de política* (éticos e pragmáticos) é condição para a manutenção do sistema dos direitos e do próprio código jurídico deontológico:

“A maneira de avaliar nossos valores e a maneira de decidir o que ‘é bom para nós’ e o que ‘há de melhor’ caso a caso, tudo isso se altera de um dia para o outro. Tão logo passássemos a considerar o princípio da igualdade jurídica meramente como um bem entre outros, os direitos individuais poderiam ser sacrificados caso a caso em favor de fins coletivos (...).”<sup>14</sup>

A semelhança entre os códigos do direito e da moral, quanto à incondicionalidade de suas normas, bem como o teor universalista dos direitos fundamentais não afasta, entretanto, a “impregnação ética” do Estado de Direito. A neutralidade ética do direito, essencial em sociedades pluralistas, não importa num desacoplamento entre as formas de vida e o sistema dos direitos:

“ (...) toda ordem jurídica é *também* expressão de uma forma de vida em particular, e não apenas o espelhamento do teor universal dos direitos fundamentais. Por certo, é preciso poder entender as decisões do legislador político como efetivação do sistema de direitos, e suas políticas como configuração desse mesmo sistema; mas quanto mais concreto for o talhe da matéria, tanto mais *também* se expressará, na aceitabilidade de uma regulamentação jurídica correspondente, a autocompreensão de uma coletividade e de sua forma de vida (...).”<sup>15</sup>

Entretanto, da mesma forma como as normas morais, de conteúdo universal, se sobrepõem a determinados valores éticos, também os direitos fundamentais, no âmbito

---

<sup>13</sup> *Idem.* p. 256.

<sup>14</sup> HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro - estudos de teoria política.* p. 356

<sup>15</sup> *Idem.* p. 245

de aplicação normativa, adquirem primazia quando confrontados com valores. Tanto decisões pragmáticas de realização de preferências quanto valores constitutivos do autoentendimento de uma comunidade devem passar pelo crivo da compatibilidade com os direitos fundamentais.

### 3. OS PARADIGMAS JURÍDICOS E A LEGITIMIDADE DO DIREITO

O direito moderno, positivo, trouxe para si a pretensão de promover a integração social em sociedades pós-tradicionais, em que um *ethos* religioso ou um ideal homogêneo de bem-viver comum não mais operam como garantidores de estabilidade social. Os ideais abstratos do sistema de direitos e os princípios do Estado de Direito precisam ganhar densidade, contudo, em sociedades concretas e historicamente situadas. Assim, só podem ser encontrados em constituições históricas e sistemas políticos específicos. A interpretação e incorporação desses princípios se dão em ordens jurídicas concretas. Segundo Habermas, para além de variantes na realização de mesmos direitos ou dos mesmos princípios, essas ordens jurídicas concretas refletem também diferentes *paradigmas*.<sup>16</sup>

Para o autor, os dois paradigmas jurídicos mais bem-sucedidos na história do direito moderno são, respectivamente, o paradigma do Estado Liberal e o paradigma do Estado Social (*welfare state*). Cada um deles fornece um modelo de sociedade e de reprodução do poder político a partir do qual se pode compreender a relação entre autonomia privada e autonomia pública.<sup>17</sup>

Sobre o pano-de-fundo paradigmático do Estado Liberal, o papel do estado e dos direitos fundamentais pode ser resumido à garantia do indivíduo contra a invasão indevida do Estado em sua esfera de liberdade “natural”, tida como pré-política. Verifica-se a preponderância da ideia de autonomia privada, anterior e condicionante do exercício da autonomia pública. Já na concepção do Estado Social, há uma mudança na valoração do papel do estado e dos direitos fundamentais (agora responsável por prestações positivas

---

<sup>16</sup> O conceito de paradigma remonta à obra da Filosofia da Ciência de Thomas Kuhn. Cf. KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*.

<sup>17</sup> Sobre os paradigmas jurídicos modernos, cf. HABERMAS, Jürgen (1997). *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. pp. 123-192.



de bens e serviços aos cidadãos-clientes, de acordo com as necessidades determinadas pela burocracia estatal). Percebe-se a preponderância da ideia de autonomia pública, onde a própria esfera privada é vista como delimitada pela noção de *bem-comum*, programada a partir de uma burocracia tecnocrata. Em ambos as concepções a noção de *público* se remete unicamente ao estado.<sup>18</sup>

Para Habermas, entretanto, nenhum desses dois modelos é capaz de dar conta da complexidade da sociedade contemporânea, bem como do papel exercido pelo estado na efetivação dos direitos fundamentais. Para que se possa compreender o direito como um meio *legítimo* de integração social faz-se necessária uma concepção *procedimentalista* do sistema jurídico, adequada ao paradigma do *Estado Democrático de Direito*.<sup>19</sup> Os papéis do Estado e dos Direitos Fundamentais se tornam mais complexos, requerendo uma análise reconstrutiva que leve em consideração diferentes pontos de vista disciplinares, onde o papel de “observador” não se desliga do de cidadão, entendido como coautor das normas que o regem.

A Teoria Discursiva do Direito e da Democracia rompe com os modelos explicativos tradicionais ao fundar a legitimidade do direito moderno numa compreensão discursiva da democracia. O direito positivo, coercitivo, que se vale conhecer e impor pelo aspecto da *legalidade* precisa, para ser *legítimo*, ter sua gênese vinculada a procedimentos democráticos de formação da opinião e da vontade que recebam os influxos comunicativos gerados numa esfera pública política e onde um sistema representativo não exclua a potencial participação de cada cidadão, cujo status político não depende de pré-requisitos (de renda, educação, nascimento etc.). Aqui fica evidente, mais uma vez, a relação entre positividade e legitimidade (tensão *interna* entre facticidade e validade, pois presente no interior do próprio sistema do direito).

Como resposta ao problema da *legitimidade*, Habermas se vale então de um terceiro paradigma jurídico (ou jurídico-político), capaz, por sua vez, de absorver criticamente os outros dois. A concepção procedimentalista do direito importa numa específica compreensão de justiça política:

---

<sup>18</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, vol.3, 2000.

<sup>19</sup> HABERMAS, Jürgen *Direito e democracia: entre facticidade e validade*.

“ (...) na razão prática corporalizada em procedimentos e processos está inscrita a referência a uma justiça (entendida tanto em sentido moral quanto jurídico) que aponta para além do *ethos* concreto de determinada comunidade ou da interpretação de mundo articulada em determinada tradição ou forma de vida.”<sup>20</sup>

A partir de uma compreensão procedimental do Estado de Direito a Teoria Discursiva busca desfazer o aparente paradoxo entre *Estado de Direito e Democracia* (ou entre Direitos Humanos e Soberania Popular) perceptível nos paradigmas jurídicos anteriores.<sup>21</sup> Com base nas tradições políticas do *Liberalismo* e do *Republicanismo*, respectivamente, cada um destes paradigmas conferia primazia seja à lógica individualista das garantias jurídicas, seja à dimensão coletiva da autodeterminação política dos cidadãos, numa necessária relação de subordinação. Habermas sustenta que Estado de Direito e Democracia são co-originários, guardam entre si uma relação não de subordinação, mas de necessária complementariedade:

“ (...) a ideia dos direitos humanos, vertida em direitos fundamentais, não pode ser imposta ao legislador soberano a partir de fora, como se fora uma limitação, nem ser simplesmente instrumentalizada como um requisito funcional necessário a seus fins. Por isso, consideramos os dois princípios [*Direitos Humanos e Soberania Popular*] como sendo, de certa forma, co-originários, ou seja, um não é possível sem o outro. Além disso, a intuição da "co-originariedade" também pode ser expressa de outra maneira, a saber, como uma relação complementar entre autonomia privada e pública. Ambos os conceitos são interdependentes, uma vez que se encontram numa relação de implicação material. Para fazerem um uso adequado de sua autonomia pública, garantida através de direitos políticos, os cidadãos têm que ser suficientemente independentes na configuração de sua vida privada, assegurada simetricamente. Porém, os "cidadãos da sociedade" (*Gesellschaftsbürger*) só podem gozar simetricamente sua autonomia privada, se, enquanto cidadãos do Estado (*Staatsbürger*), fizerem uso adequado de sua

---

<sup>20</sup> HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro - estudos de teoria política*. p. 303

<sup>21</sup> Habermas, Jürgen. 2003. *O Estado Democrático de Direito - Uma Amarração Paradoxal de Princípios Contraditórios? Era Das Transições*.

autonomia política - uma vez que as liberdades de ação subjetivas, igualmente distribuídas, têm para eles o 'mesmo valor'. ”<sup>22</sup>

No paradigma do Estado Democrático de Direito o *poder político*, para ser legítimo, deve derivar do *poder comunicativo* gerado a partir da esfera pública política. O Estado, embora ocupe o centro dessa esfera pública, destacadamente com os complexos parlamentares, não mais se confunde com a mesma, em seu todo (como se concebia nos paradigmas liberal e social, especialmente nesse último). A sociedade civil, seus movimentos sociais, organizações e associações de toda ordem, os meios de comunicação de massa, partidos políticos etc., compõem um complexo mais ou menos institucionalizado de formação, reprodução e canalização da opinião pública e da vontade política que, filtrados por sua pertinência, constituem o *input* dos órgãos políticos estatais. A oposição entre Estado e Sociedade, quanto à titularidade da interpretação do sistema dos direitos, mostra-se falsa se, tanto em sua gênese quanto na reprodução e reconstrução hermenêutica do sentido de suas normas, o direito puder ser visto como imposto pelos cidadãos por si mesmos.

---

<sup>22</sup> *Idem.* p.154-155

*REFERÊNCIAS*

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito. *Revista de direito comparado*, vol.3, 2000.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. *Justice in robes*. Cambridge: Mass., Belknap Press, 2006.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy Editora, 2004.

HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. *Dialética e liberdade*. E. STEIN e L. D. BONI. Porto Alegre: Editora Vozes, 1992.

\_\_\_\_\_. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt: Suhrkamp, 1994.

\_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

\_\_\_\_\_. *Aclaraciones a la ética del discurso*. Tradução Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 2000.

\_\_\_\_\_. *A inclusão do outro - estudos de teoria política*. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

\_\_\_\_\_. O estado democrático de direito - uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. Ronald Dworkin - A maverick among legal scholars. *Europe: the faltering project*. Cambridge: Polity Press, 2009.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1996.

ROSENFELD, Michel and Andrew ARATO. *Habermas on law and democracy: critical exchanges*. Berkeley: University of California Press, 1998.