

É POSSÍVEL INSTITUCIONALIZAR A ÉTICA? : UMA PROPOSTA A PARTIR DA ABERTURA DEMOCRÁTICA DO JUDICIÁRIO.

Cláudia Albagli Nogueira Serpa¹

claudiaalbagli@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Falar em institucionalização da ética é afirmar a possibilidade de que esteja a moral refletida no direito de maneira permanente. A institucionalização autoriza falar num diálogo perene e, embora não seja garantia de que a relação direito/moral se tornará definitiva, é extremamente importante pensarmos em como se institucionaliza. Assim, institucionalizar a ética é converter argumentos morais em orientações normativas para os sujeitos alcançados pela decisão judicial.

A legislação brasileira, através da lei 9868/99, prevê a possibilidade dos ministros da Suprema Corte abrirem espaço para colaboração da sociedade nas suas decisões, realizando audiências públicas, que são espaços de escuta social e formação de lastro argumentativo.

A audiência pública aparece como mais um elemento resultante do Estado democrático de direito e que tem a pretensão de dar azo à positivação da justiça pela ampliação do espaço de participação social. O Estado constitucional democrático é a realidade fundamental para movimento jurídico como esse, que pretende ampliar a efetiva cooperação da sociedade no processamento judicial das questões.

Sustenta-se a hipótese de que a possibilidade do uso de argumentos morais nessas condições leva à institucionalização da ética, considerando que esses são formulados em condições ideais de liberdade e participação equitativa de sujeitos e que são assimilados e incorporados à sentença, resultando assim em instituição pela possibilidade de oficialidade, racionalidade, permanência e obrigatoriedade da decisão.

.

¹ Doutora em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia.

A convocação da audiência pública decorre do reconhecimento do próprio Judiciário de que algumas questões jurídicas não podem ser resolvidas sem uma consulta moral à sociedade. Entende-se que este procedimento de abertura democrática e construção de decisões a partir de ouvida plural da sociedade, permite sustentar a institucionalização da ética desde quando a abertura democrática do Judiciário deu espaço à consideração de argumentos morais.

2. AUDIÊNCIA PÚBLICA : CABIMENTO E LIMITES LEGAIS

O STF tem procurado aperfeiçoar os mecanismos de abertura processual adequando gradualmente o formalismo dos procedimentos à conjuntura democrática da ordem jurídica brasileira atualmente vigente. Dessa maneira, criaram-se modos de participação nos processos constitucionais que permitem a pluralização dos sujeitos processuais e, por conseguinte, da própria interpretação da Carta Magna brasileira.

Prova disto é a introdução de institutos processuais que indicam ampliação do espaço dos sujeitos no processo, a exemplo do *amicus curiae*² e das audiências públicas, apresentando resultados para a democratização do Judiciário e para a interpretação da Constituição Federal.

As audiências públicas, de maneira mais específica, surgem como uma forma de escuta da sociedade, tanto assim que não são previstas exclusivamente nos processos de controle concentrado de constitucionalidade³, atendendo ao propósito de abertura democrática do Judiciário.

² O *amicus curiae* ou “amigo da corte” se constitui numa ampliação subjetiva do processo, onde alguém que mesmo sem ser parte, em razão de sua representatividade, é chamado ou se oferece para intervir em processo relevante, com o objetivo de se manifestar sobre a questão constitucional em debate, fazendo com que o discurso se amplie e o órgão julgador tenha mais elementos para a decisão. Difere-se da audiência pública pela forma da iniciativa (o *amicus curiae* é de iniciativa voluntária), pelos propósitos do instituto (colaborar diretamente na causa) e pela amplitude da abertura para participação.

³ Além da previsão da realização de audiências públicas nos processos de controle concentrado, também são elas cabíveis em diversos outros procedimentos, a exemplo dos processos administrativos previstos nas Leis 9784/99, 8.666/93, 8987/95, 9427/96, 9476/97, 10.257/2001. Também o Ministério Público pode convocar audiência pública, no interesse da defesa de direitos, de acordo com o que dispõe a Lei 8625/93.

Aqui, contudo, interessa a análise das audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de ações de controle concentrado de constitucionalidade. A audiência pública aparece como recurso auxiliar à formação da convicção do julgador, munindo-o de informações necessárias ao deslinde da ação.

O art. 9º da Lei 9868/99 determina que, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato, poderá o STF requisitar informações adicionais, designar peritos ou comissão de peritos para que emitam parecer sobre questão constitucional em debate, além de realizar audiências públicas destinadas a colher o depoimento de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Assim, surge a audiência pública traz a peculiaridade de implicar a participação de entidades e/ou profissionais que não são bacharéis e que ali estão como membros da sociedade, o que demonstra a amplitude do recurso a informações adicionais que municiem a formação da convicção dos ministros do STF. Tem o intuito de flexibilizar formalismo processual, especialmente para que haja abertura para a sociedade e a sua participação no processo e configuração da decisão judicial.

Acresce-se o fato de realizar a abertura pelo espaço discursivo, portanto, na interpretação e argumentação em torno da situação tratada. A abertura processual se dá no espaço procedimental-discursivo, onde pela dialética (troca de ideias) passa a sociedade a ser mais do que mera receptora da decisão judicial, como também colaboradora, conformadora.

A própria leitura do artigo 9º da referida Lei mostra a que serve a audiência pública, sugerindo o seu uso para valer-se da experiência e autoridade sobre matérias fora do âmbito jurídico e das quais naturalmente desconhece o julgador. O raciocínio nas audiências públicas é indutivo, posto que vem de argumentos derivados de situações particulares e constrói-se na intersubjetividade desses argumentos a base para a decisão judicial, que formulará norma geral para situações semelhantes. Por si só, esta condição já é prova de que o que temos na atualidade do direito é diferente do modo como tradicionalmente se construiu o pensamento jurídico, antes baseado no chamado raciocínio dedutivo ou lógica da subsunção.

Ademais, considera-se ainda a formação da consciência cidadã, pois se exige em algumas hipóteses a organização de Associações, a formação de conglomerados sociais que comunguem interesses e, em defesa destes, chegue-se até o desenvolvimento do instituto tratado. Dessa maneira, passa a sociedade a se apoderar do processo não somente por meio da representação técnica especializada, mas diretamente por seus pares.

Com a realização das audiências públicas não se pretende formar maiorias, nem ir em busca de opiniões conjunturais tomadas pelas massas derivadas da grande mídia e que de maneira passageira aderem a uma dada linha opinativa. Ao contrário, se vale da abertura cognitiva para desvendar o senso ético da sociedade, o senso comum como extrato ético do social⁴, dessa maneira dando legitimidade à decisão resultante do seu procedimento exatamente pela sua capacidade de juridicizar e universalizar o sentido subjetivo das questões levadas ao Judiciário.

Em pesquisa no site do Supremo Tribunal Federal⁵, constatamos a realização de onze audiências públicas em ações de controle de constitucionalidade, observando-se que é um instituto ainda timidamente usado, considerando que a lei tem dezesseis anos de existência, muito embora utilizado em ações de grande repercussão social.

Peter Häberle chama a atenção que quem vive a norma acaba por interpretá-la⁶ e convoca à ideia de que a interpretação da Constituição dever ser feita pelos participantes do processo social, já que a Constituição Federal é fruto e elemento conformador desta sociedade. Segundo ele, quanto mais a sociedade é pluralista, mais aberto deve ser o processo de interpretação constitucional⁷.

Parece ser este o intento da audiência pública: chamar à Corte aqueles que vivenciam a norma, na crença de que a democratização da interpretação constitucional possibilitará a

⁴ MURICY, Marília. *Senso Comum e Direito*. São Paulo: Atlas, 2015, p 13. De maneira bem apropriada diz a autora: “O senso comum é o lugar privilegiado da ética, o acesso a questões do justo e do injusto de que, afinal, dependem o direito e a moral”.

⁵ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 2 mar. 2015.

⁶ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 14.

⁷ HÄBERLE, 2002, p. 13.

produção de sentenças mais próximas da realidade social. A liberdade na construção de argumentos, formando uma cadeia comunicativa determinante para a decisão final do STF.

A audiência pública é recurso usado para alcançar a melhor resposta à demanda proposta, reconhecendo-se que, para isso, necessário se faz ultrapassar os limites das partes e ouvir a sociedade na possibilidade de argumentos que ajudem para a melhor sentença⁸. Toda a construção procedimental das audiências públicas e a possibilidade do lastro argumentativo nela desenvolvido servir à decisão tem uma única finalidade, que é permitir alcançar a decisão mais correta possível, ou melhor fundamentada, que não gere contestações, ou gere poucas e por isso se legitime.

A mesma intersubjetividade que condiciona a pluralidade de argumentos a formar a base para futura decisão judicial na audiência pública, é também o alvo a que se dirige a decisão e que deverá nela encontrar receptividade para se dizer legítima.

Agora, pergunta-se: é a decisão resultante das audiências públicas uma tomada de posição do julgador perante uma situação valorativa a ser decidida?

Considerando que no âmbito das audiências públicas são formulados argumentos morais, colocar-se o julgador contra ou a favor destes, pode, sim, ser considerado tomada de posição. As audiências públicas tem uma dupla finalidade nos processos em que é conclamada: atende a uma perspectiva substancialista, já que através do seu espaço de comunicação o Supremo Tribunal Federal abre para o debate amplo de questões morais e existenciais, interessando à audiência responder conteudisticamente às demandas em que ela acontece. Portanto, tem a audiência pública função colaborativa em relação ao conteúdo da decisão.

Da mesma maneira uma função procedimentalista é extraída da audiência pública, já que parte da legitimidade da decisão judicial resulta do modo democrático pelo qual se constroem os argumentos a subsidiar a convicção do julgador, ressaltando a participação

⁸ ATIENZA, Manuel. *Trás la justicia: una introducción al derecho e al razonamento jurídico*. Barcelona: Ariel, 1993, p. 16.

da sociedade através de entidades organizadas, ou através de pessoas físicas, em quaisquer dos casos sendo a audiência espaço fundamental.

É no procedimento que se viabiliza a real proposição dos argumentos durante o curso da audiência e, desse modo, a colaboração contadista de que se falou há pouco. É também o aspecto procedimental que permite falar em abertura democrática do Judiciário, pois passou-se de um modelo processual subjetivamente limitado, para o ingresso e participação de colaboradores da sociedade habilitados à fala. Portanto, o procedimento, ao mesmo tempo que possibilita participação social na formação da *opinio iudicio*, é também fonte de legitimação da decisão.

É bom lembrar, por fim, que a audiência pública não substitui o espaço de representação popular exercido pelos demais poderes. O fato de o Judiciário conchamar e ouvir a população não faz com que a audiência pública substitua formas outras de participação da sociedade nos poderes estatais. O Judiciário não quebra a harmonia e independência dos poderes ao autorizar que a sociedade venha até o Supremo Tribunal formular argumentos que possam colaborar com o deslinde da demanda.

A audiência pública gera poder através da comunicação, através da possibilidade do exercício livre do discurso, da participação direta nas decisões do Estado, fazendo frente ao poder administrativo racionalizado em decisões que se valem de normas estabelecidas e de políticas escolhidas.

3 DA INTRÍNSECA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL NA CONTEMPORANEIDADE

O entendimento do sentido e diretrizes para a institucionalização da ética impõe que antes se ofereça uma compreensão da relação entre direito e moral e como vem sendo pensada na contemporaneidade.

Historicamente, a relação direito/moral pautou o desenvolvimento do pensamento jurídico e esteve como razão para inflexões no curso das afirmações filosóficas do direito e do próprio modo de estruturação dos ordenamentos jurídicos. Dessa maneira, a

relação que aqui se afirma como possível - a possibilidade de institucionalização da ética no espaço procedimental-discursivo - decorre antes e principalmente de mudanças que se operam no pensamento jurídico, transpondo as colocações positivistas que negavam a relação direito/moral e, ao contrário disso, afirmando-as como necessárias à construção de um direito discursivamente elaborado e produto do modo de existência humana que é a compreensão.

Afirmar a possibilidade de institucionalização da ética passa necessariamente pelo prévio entendimento de que o direito hoje não mais se apresenta apartado da moral. John Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo⁹ falam num movimento gradual de transformação da Civil Law ao longo do século XX, destacando o distanciamento do modelo positivista herdado da Revolução Francesa, especialmente, segundo eles, em razão do processo de judicialização¹⁰, da ampliação do poder de interpretação jurídica pela Justiça ordinária, da publicação de sentença e outros atos que questionam o dogma da separação de poderes, do deslocamento do foco do direito civil para o constitucional, do privado para o público, do positivismo legal para os princípios constitucionais.

Igualmente influencia a teia de relações que surgem como decorrência das inovações tecnológicas, da reconfiguração das relações sociais, do avanço da biogenética, das mudanças climáticas e ambientais, fazendo com que o direito se veja obrigado a responder a novas e diferentes demandas que, por sua complexidade, pedem outro modo de realizá-lo. É desse contexto que se impõe um modelo que se costuma denominar direito discursivo, ou seja, que se vale da estrutura linguística para complementar as insuficiências das normas ou declarar o sentido dos princípios ou, ainda, integrar sentidos não jurídicos que venham a servir à solução das demandas.

Todo o contexto apresentado e identificado como sendo uma mudança paradigmática do direito ocorrida no bojo das transformações do século XX e neste princípio de século XXI é absolutamente necessária para que possamos sustentar a afirmação de que é, sim,

⁹ MERRYMAN, Jonh Henry; PÉREZ-PORDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas legais da Europa e América Latina*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2009, p. 196-198.

¹⁰ Dizem os autores: “Tem havido uma substancial transposição do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, correndo assim o ideal de supremacia do Legislativo. Os poderes atribuídos ao Judiciário, tanto o de revisão da legalidade da ação administrativa e de controle da constitucionalidade da ação legislativa, como também o de interpretação das leis, colocam em cheque o dogma da estrita separação de poderes” (Ibidem, p.197).

possível falar-se em institucionalização da ética. A pluralidade de argumentos colaborativa na elaboração da decisão judicial, decorrência da aplicação de princípios ou do uso da hermenêutica filosófica, entre outras razões, é o que determina a abertura desse espaço para falar-se em institucionalizar a ética e isso só se torna possível graças ao momento que vive o direito.

A questão do direito e da moral só se pôs quando a modernidade se deteve na questão da ciência e se o direito era ou não ciência. Isso foi determinante para que houvesse a preocupação em afastar questões valorativas e se disseminasse uma visão da moral como algo diverso do direito. A partir disso a relação entre o direito e moral passou a ser uma questão fundamental para situar o pensamento jurídico, prevalecendo a tese da separação.

O positivismo jurídico, que encontrou em Hans Kelsen¹¹ sua face melhor definida, trazia a afirmação da separação entre direito e moral como pressuposto para a compreensão do fenômeno jurídico normativo e sua autonomia científica. O referido autor afirmava que a tarefa da ciência jurídica seria uma descrição alheia a valores e, portanto, distinta da moral. Assim, a ordem jurídica considera-se válida independente da sua discordância ou concordância com o sistema moral¹².

O equívoco do positivismo, entre outros, foi dar um enfoque exclusivamente do direito como ordenamento e não do direito como prática social, sendo esse o fundamento para a defesa da aproximação entre direito e moral na contemporaneidade: o resgate do indivíduo como preocupação central do direito.

Passada a segunda grande guerra, o pensamento jurídico passa a ser alvo de críticas por permitir sustentar, com a tese positivista, a possibilidade de sistemas jurídicos atentatórios à dignidade humana. Resgata-se a exigência da proteção à pessoa humana e a relação direito/moral passa a estar no cerne do condicionamento do pensamento jurídico.

¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

¹² KELSEN, 1998, p. 76.

O discurso, como fio condutor da moral pós-convencional que adentra ao direito e à política, mostra-se capaz de possibilitar a convivência de diferentes tradições e formas de vidas socioculturais, algo tão caro na atualidade. A alteridade é construída a partir do discurso que autoriza e, ao mesmo tempo, conscientiza o sujeito participante de que na convivência com o outro através do discurso é ele corresponsável pelas consequências de todos.

A moral passa a ser apresentada como fundamento primeiro do direito, que não deve distanciar-se de um pressuposto axiológico que garanta a proteção do indivíduo na sua dignidade. É estar certo de que o direito não pode ser construído sem ter como base fundamentos morais, pois o contrário disso é a abertura para a justificação de sistemas atentatórios à pessoa humana.

Apel¹³, tratando da moral pós-convencional e da perspectiva discursiva, coloca de maneira evidente a impossibilidade de a moralidade ser eliminada das áreas do direito e/ou da política, como quis o positivismo jurídico o século XIX. A eliminação da moral significaria infringir o imperativo ético da corresponsabilidade discursiva pelas consequências de todos, inclusive e justamente das atividades coletivas. Ao contrário, o que pede a moral pós-convencional é que os indivíduos se sintam responsáveis ou corresponsáveis e que isso se dê através do discurso organizado.

É, pois, na dimensão discursiva que os dois elementos convergem e justificam as formas do direito na pós-modernidade. Direito e moral, discursivamente relacionados, implicam ainda no reconhecimento recíproco dos sujeitos do discurso como portadores de iguais direitos e, portanto, corresponsáveis¹⁴. A relação intersubjetiva é que concretiza a possibilidade de equilíbrio porque com condições iguais de direitos para os partícipes e tendo como resultado prático direito e moral em relação direta.

Não há como negar espaço aos valores no direito. É ele construído na tessitura do diálogo social, prene de referências axiológicas próprias das relações múltiplas entre os indivíduos e dele extrai as suas “verdades”. Serve ao direito a abertura argumentativa

¹³ APEL, 2004a, p. 110.

¹⁴ APEL apud OLIVEIRA, 2004, p. 159.

sob o crivo do procedimento, permitindo a consideração de argumentos morais e procurando aproximá-la da realidade, a torná-lo mais efetivo.

Assim, na perspectiva contemporânea, direito e moral se encontram numa relação de complementaridade, já que se referem aos mesmos problemas: a regulação legítima das relações interpessoais, a coordenação de ação mediante normas justificadas e a solução consensual de conflitos com base em regras e princípios normativos reconhecidos intersubjetivamente.

4 DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DA ÉTICA

4.1 Institucionalização da ética: diretrizes

A institucionalização da ética, como é sustentada ao longo deste texto, quer expressar possibilidade de dar a ética o caráter institucional, portanto, o caráter de permanência, de oficialidade, de objetividade, valendo-se que isso ocorre no bojo do procedimento judicial em que é dada a oportunidade à sociedade da formulação de argumentos morais através do mecanismo da audiência pública.

Para que esse processo de institucionalização ocorra, sugere-se, contudo, que são necessárias algumas premissas ou requisitos a serem observados para que efetivamente o argumento de caráter moral se converta numa ética institucionalizada, ganhando obrigatoriedade no bojo da sentença proferida ao final do processo.

São requisitos necessários à racionalidade da decisão judicial: o discurso como espaço de liberdade comunicativa; a pretensão de correção do direito; o consenso como teleologia da decisão e o procedimento como condição necessária.

Na sequência analisaremos cada uma das premissas elencadas e depois retornaremos à consideração da institucionalização da ética.

4.1.1 Do discurso como espaço de liberdade comunicativa

O espaço do discurso é elemento primeiro para sustentar-se a institucionalização da ética, porque sem ele não haveria abertura para consideração de argumentos morais. O discurso resulta do uso da linguagem e da necessidade de chegar ao outro através de argumentos que pretendem o convencimento. É a liberdade de comunicação.

O termo liberdade comunicativa refere-se especialmente às condições objetivas em que se desenvolve o diálogo dirigido ao consenso. A liberdade se constitui não só na possibilidade de formulação de argumentos, adstrito apenas aos limites procedimentais, mas também pelas possibilidades abertas a cada um dos participantes de refutar as razões do outro. É premissa fundamental para a realização de um projeto democrático e da possibilidade de dentro deste projeto afirmar-se a institucionalização da ética. Se não houver a chance dos indivíduos livremente produzirem suas razões e com isso ofertar argumentos morais no espaço do procedimento, tornar-se-ia impossível, ao final, sustentar a institucionalização da ética.

A prática pública do poder comunicativo é autoreferencial, ou seja, com cada contribuição importante os discursos devem manter vivo tanto o significado de uma esfera pública política não falseada, como também o objetivo de formação democrática da vontade. Essa autorreferencialidade revela o ritmo da expectativa de uma auto-organização soberana da sociedade que tenha sido historicamente retirada. A ideia de soberania popular é dessubstancializada e dissolvida intersubjetivamente. Definido o fluxo comunicativo a soberania se faz sentir no poder dos discursos públicos.

Assim, o que é levado às audiências públicas são formas de ver o mundo convertidas em argumentos para a colaboração na busca da verdade dialógica. Embora livre a comunicação, existe a ideia reguladora do alcance do consenso, sendo no caso das audiências públicas este consenso conotado pela solução do conflito jurídico e produção da sentença.

4.1.2 Da pretensão de correção do direito

A pretensão de correção é um dos fundamentos do direito na compreensão contemporânea e deve aqui ser entendido como limite à atividade judicial, em razão da exigência da adequada racionalidade da decisão judicial. Significa a aceitabilidade racional apoiada em argumentos.

É uma pretensão geral vinculada com qualquer direito, base para a construção de uma linguagem, porque leva os interlocutores a comportarem-se afirmando assertivas. Se renunciássemos à pretensão de correção, nossa linguagem mudaria essencialmente, pois passaria a ser somente sentimentos e opiniões, ao invés de juízos e afirmações. Tudo seria subjetivo e impossibilitaria o desenvolvimento eficaz do diálogo.

Robert Alexy¹⁵ diz que a pretensão de correção é um objetivo do direito, quando justifica a intrínseca relação deste com a moral. O direito tem a pretensão de correção e, para isso, acaba por abarcar princípios morais. É o chamado “positivismo inclusivo”¹⁶.

É conexão entre direito e moral, pois se define como um limite externo naquelas hipóteses em que se é obrigado a trabalhar com a textura aberta do direito. Nessas situações o juiz ganha amplitude para a definição de sua decisão e encontra na pretensão de correção, enquanto exigência do direito, um limite externo à margem de flexibilidade derivada do direito.

A pretensão de correção é jurídica e não apenas moral, em razão da inexcedível conexão com a decisão judicial. Sustenta-se o entendimento desta como um dos critérios de institucionalização da ética, já que cumpre esse papel de mediação entre o exclusivamente jurídico e o moral. É requisito a ser considerado para que se faça uso dos argumentos extrajurídicos como parte da fundamentação da decisão, servindo a pretensão de correção como um norte para o modo de definição da sentença.

¹⁵ ALEXY, 2010.

¹⁶ DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Suzanna, Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy, 2006, p. 46.

Inclui, igualmente, considerações gerais de conveniência, concepções transmitidas sobre o bem e o mal e considerações de justiça. A pretensão de correção abarca aquilo que está na sociedade e que é nutrido pelos indivíduos, mas também o que é da sociedade, como os costumes e tradições e as considerações de justiça, referindo-se às ideias de equidade e, principalmente, alteridade.

Portanto, a pretensão de correção deve ser entendida como limite e mediador na relação direito e moral. O que permite sustentar a consideração do argumento moral juridicamente e a sua institucionalização através da decisão é a sua correção material. É disto que deriva o dever jurídico de considerá-los.

Outro ponto que é válido destacar é que a pretensão de correção, como o próprio nome diz, é uma pretensão e não uma certa correspondência com a realidade social. O fato do direito trazer uma pretensão de correção não significa que esta se concretize, ou seja, não significa que ele realmente seja justo. Não há, pois, uma relação necessária entre o ideal e o real. A pretensão não fundamenta nenhuma correspondência substantiva entre direito e moral. Não implica na afirmação de uma moral compartilhada por todos, ao contrário, é compatível com a disputa moral¹⁷.

A pretensão de correção não impede a existência de direito injusto, pois continuaria ele a ser válido e eficaz, contudo, é muito mais fácil denegar o caráter de direito à extrema injustiça se todo direito formular uma pretensão de correção¹⁸. Cumpriria papel essencial na fundamentação da tese de que a extrema injustiça não é direito. E mesmo nos casos em que não for injustiça extrema a pretensão de correção cumpre função que é apontar a dimensão ideal e que serve para questionar, por exemplo, as sentenças injustas. Assim, embora o direito seja válido e eficaz, não é ele ideal com base na pretensão de correção.

Do conceito de pretensão de correção como dever jurídico de decidir corretamente é que se entende estar o limite à atividade jurisdicional. Com as mudanças na Teoria do Direito cresce a preocupação com o dever de construir, interpretar e aplicar corretamente o Direito, procurando sempre alcançar o maior grau de correção possível.

¹⁷ Ibidem, p. 143.

¹⁸ ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Granada: Comares, 2005, p. 51.

Não que esta preocupação não fosse presente, mas ela é muito maior à medida que houver a valorização do espaço do discurso no direito, implicando numa margem de abertura que, ao mesmo tempo que permite maior efetividade da decisão jurídica, passa também a exigir maior demonstração de que se age de maneira correta.

O princípio da moralidade que é trazido para dentro do Direito por meio da pretensão de correção, vale como um princípio geral dos ordenamentos jurídicos¹⁹ e como um guia à tarefa dos juízes que não estão, por essa razão, livre de amarras. A consideração desse aspecto moral, no caso aqui analisado pela via argumentativa, é que nos permite pensar na institucionalização da ética.

Na composição atual do Direito, está a responsabilidade em trabalhar em favor de um modelo de fundamentação onde será possível estabelecer um enunciado controlável racionalmente, mesmo que no exercício plausível da atividade criativa do juiz. Não significa imaginarmos que estaremos livres das arbitrariedades, sempre passíveis de ocorrer quando se trata do raciocínio prático, mas que funciona a pretensão de correção como um limite racional que controlará a decisão.

4.1.3 Do consenso como teleologia da decisão

A argumentação racional de uma decisão busca alcançar o consenso, assim entendido como a legitimação social da decisão. O estudo do instrumento das audiências públicas e o seu recurso como meio para aprimoramento da decisão judicial permite afirmarmos o consenso como objetivo necessário à decisão. É requisito a ser posto na perspectiva da abertura argumentativa.

Funciona como ideia reguladora para procedimentos discursivos tendentes à solução de conflitos. Dessa maneira, aqueles partícipes do processo que pretendem colaborar com argumentos devem assumir uma posição eticamente responsável de busca do consenso. Funcionaria ele como regulação para comportamento desejável na área do discurso. Ao invés da disputa pelo melhor argumento, o jogo de argumento a argumento para alcance do consenso.

¹⁹ BUSTAMANTE, 2012, p.166.

A ideia do consenso deve estar sempre fundada em alguns pressupostos capazes de garantir o alcance do resultado. São eles: a racionalidade da argumentação e a intersubjetividade.

Explica Karl-Otto Apel²⁰ que a racionalidade da argumentação é que assegura que os argumentos sigam, no discurso comunicativo, regras que possibilitem chegar a um consenso, inclusive com a avaliação obrigatória para todos das consequências apuradas. Daí sustentar-se que o consenso vem acompanhado da pretensão de correção, enquanto limite externo à atividade argumentativa, ou uma exigência ética à liberdade na produção de argumentos, também acompanhado das regras procedimentais, enquanto limite formal para os sujeitos participantes do processo argumentativo. Uma e outra exigência é que permite falar em argumentação racional e, por decorrência, permite sustentar o alcance do consenso ainda que contingente.

A segunda premissa para pensarmos em consenso é a intersubjetividade, ou a relação sujeito/sujeito, própria da concepção do direito fundado no discurso. O consenso não é fruto de elementos impessoais, como resultado único da aplicação de uma racionalidade isolada. O consenso decorre exatamente da possibilidade dos sujeitos se encontrarem e exercerem a liberdade da formulação de argumentos, medindo consequências e rearrumando verdades pessoais que passam a ser verdades compartilhadas, quando e se do alcance do consenso.

A intersubjetividade proporciona a compreensão valorativa, portanto, não neutra e derivada do entendimento na qualidade de formação do consenso. A transmissão de sujeito a sujeito do que se pensa e se deseja do mundo proporciona a elaboração e vivência partilhada das relações humanas.

A formulação de argumentos gera entre os sujeitos um estado reflexivo de avaliação das razões e contrarrazões elaboradas na defesa ou rechaço da ideia que se sustenta,

²⁰ APEL, Karl-Otto. Fundamentação normativa da teoria crítica: recorrendo à eticidade do mundo da vida. In: MOREIRA, Luiz; MOLZ, Claudio; FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. (Org.). *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. São Paulo: Landy, 2004b, p. 45.

substitui o sujeito solitário de conhecimento (herança da ética kantiana)²¹ pelas relações comunicativas que lastreiam a vida social e que, nesse caso, são trazidas ou postas como condição das audiências públicas.

Desse modo, vê-se que o consenso decorre da intersubjetividade e da possibilidade de no conjunto das arrumações argumentativas alcançarem a convicção em torno do discurso proferido na decisão judicial. É a sentença que vai converter o debate produzido no contraditório em texto público, com a responsabilidade daí decorrente.

Podemos acrescentar a esse sentido a compreensão de que ao juiz cabe a função institucionalizante desse procedimento de compreensão intersubjetiva. Em outras palavras, concretizado o entendimento pela possibilidade de participação e argumentação das partes, a decisão judicial coroa o desenvolvimento do processo pretendendo por fim ao conflito e garantir a correção da decisão.

O consenso, assim como a pretensão de correção, não é definitivo nem incorrigível²², mas oferece até a sua falsificação a certeza de que necessita o discurso jurídico para por fim aos conflitos levados a juízo, bem assim àqueles semelhantes que venham a se apresentar. O aspecto contingencial do consenso, é válido observar, não acarreta descrédito à sua função na dimensão discursiva. É ele contingente porque relacionado a situações concretas, não se podendo em relação a elas formular princípios universais ou consensos inabaláveis.

A própria sazonalidade da situação tratada imprime aos consensos nela alcançados a condição de serem suficientes para aquela circunstância ou naquelas condições, de modo que o consenso não persevera se modificados substancialmente os pressupostos gerados. Apel²³ dá como exemplo os “princípios de justiça” de Rawls, que se tornam passíveis de consenso quando este é formado considerando as condições contingenciais que o geraram. Os princípios são aceitos porque resultantes de um consenso proporcionados por dada condição da sociedade. Alteradas as condições determinantes ao consenso, não se pode garantir a sua subsistência.

²¹ Ibidem, p. 80.

²² KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 4. ed. Tradução: António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2010, p. 429.

²³ APEL, 2004b, p. 59.

O consenso legitima a decisão judicial e, para isso, fundamental estar alicerçada no conjunto de argumentos construídos ao longo do procedimento. É a somatória desses elementos que ajuda a afirmar como racional a decisão judicial ainda que não fundamentada em regras jurídicas, ou somente nelas. A possibilidade da construção do entendimento sentencial a partir dos argumentos coletados ao longo do procedimento e arrumados de modo a alcançar o consenso do auditório a que se dirige.

4.1.4 Do espaço procedimental como condição necessária

A audiência pública como instrumento de democratização do Judiciário e de legitimação social das decisões oriundas de processos que tenham feito o seu uso, não se resume à existência de etapas que obrigam as partes ao atendimento de prazos, exigências de provas ou formas de proceder. É baliza para o movimento dos sujeitos que atendem ao chamado e colaboram com a oferta de opinativos, servindo de subsídio ao posicionamento dos juízes. Não se reduz a ser forma jurídica, manifestando-se também e principalmente no conteúdo.

O procedimento é elemento normativo a balizar a liberdade discursiva e assegurar a possibilidade de converter o argumento ético em fundamento racional da decisão jurídica. Resguarda em uma linha temporal, social e material, o quadro institucional para o desdobramento discursivo. O procedimento de que se fala a propósito de afirmar a institucionalização da ética, é o procedimento valorativo, que oferece liberdade discursiva aos sujeitos processuais, mas impõe a eles poderes, faculdades e deveres, coordenando suas atividades, tudo com vistas a que seja atingida a finalidade última do processo, que é ofertar decisão socialmente legitimada.

O valor da dimensão procedimental é a possibilidade de coagular os indivíduos em torno da forma de agir. A uniformidade quanto ao proceder permite, por exemplo, que convivam as diferentes opiniões políticas e jurídicas quanto a valores e interesses, sem que isso gere conflito e chegando a um denominador comum, no caso aqui analisado, a decisão. Portanto, o procedimento é parte legítima e indispensável do chamado Estado democrático de direito, assegurando na complexidade da sociedade atual, a

possibilidade de participação e coexistência das diferenças, sem impedir a conclusão do processo.

O procedimento, ao mesmo tempo em que é garantia, é também estrutura intrínseca da normatividade estatal. É instituição do Estado democrático de direito porque estabelece as regras a serem utilizadas para a realização da democracia. Tem por finalidade efetivar a justiça e a liberdade e desse modo funcionar como instrumento a corrigir eventuais falhas do próprio direito²⁴. É forma de percorrer e reconstruir os caminhos da argumentação, utilizando isso como base da fundamentação ética²⁵.

A autoconstituição da liberdade comunicativa tão cara à democracia e ao tema aqui especificamente tratado depende desse espaço procedimental. As regras definidas resguardam a possibilidade dos sujeitos usarem a sua liberdade de comunicação de modo autônomo, mas nos limites traçados no seu espaço. Aliás, são esses limites que garantem a liberdade comunicativa, pois o exercício do direito por um sujeito não invade a esfera do outro no respeito às regras procedimentais. É a liberdade plena decorrente do limite da própria liberdade.

Assim, quando a juridicização das questões torna-se necessária porque não há acordo quanto às razões morais que estão em torno dela, subsiste o acordo quanto à necessidade de uma resposta comum. O procedimento passa a ser o caminho para a resolução das incongruências entre as questões morais postas, ofertando uma resposta válida para os sujeitos envolvidos no debate. Quanto mais esse procedimento possibilita a discussão de maneira pública, com a consideração das mais diferentes visões e garantindo o respeito mútuo, mais legitimada estará a resposta daí originada.

A decisão resultante de processo em que se fez uso da audiência pública tem diferença no conteúdo produzido, no fundamento e dispositivo da sentença, em vista do espaço ofertado para a produção de argumentos e a forma como isso se dá, de maneira livre e igual.

²⁴ MOREIRA, Luiz. Direito, procedimento e racionalidade. In: MOREIRA, Luiz; MOLZ, Claudio; FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. (Org.). *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. São Paulo: Landy, 2004, p. 191.

²⁵ MURICY, 2015, p. 90.

Do mesmo modo para que se fale em institucionalização da ética. Só assim é possível associar valores díspares, atendendo ao que Joshua Cohen chama de pluralismo razoável²⁶, onde a razoabilidade estaria nos processos através dos quais decisões coletivas são tomadas. Na abertura processual, na igualdade de oportunidades para apresentar alternativas e consideração imparcial dessas alternativas.

A democracia deliberativa, que se origina de decisões coletivas de membros da comunidade para autorização do exercício do poder estatal, institucionaliza este ideal. É quadro de condições sociais e institucionais que facilitam a livre discussão entre cidadãos iguais, proporcionando condições favoráveis para a participação de associação e expressão. É onde a razão pública torna-se o centro da justificativa política e onde há um sentimento de cooperação e aceitação do resultado.

O que são institucionalizados são os discursos jurídicos que operam sob as restrições exteriores dos procedimentos e restrições internas da criação argumentativa das razões²⁷. As vias de fundamentação institucionalizadas por procedimentos jurídicos permanecem abertas do ponto de vista lógico-argumentativo, sendo que o filtro procedimental dá ao argumento moral o caráter institucionalizado, gerando legalidade através da legitimidade e tornando possível a produção de normas jurídicas originadas das decisões judiciais.

5 INSTITUCIONALIZAÇÃO DA ÉTICA: UM CAMINHO POSSÍVEL.

Inicialmente, cumpre pontuar que a ética aqui compreendida como institucionalizada é a ética pública, ou seja, a ética pensada para as relações humanas travadas no espaço público. Essa ética pública deriva de uma cidadania concretizada na prática, no cotidiano dos sujeitos e como resultado de cada momento histórico e em cada espaço político específico. O que se visualiza na atualidade quando do estudo das audiências públicas é a dimensão política da cidadania, porque relacionada aos direitos políticos, ou direito de participação na vida política do país.

²⁶ COHEN, Joshua. "Procedure and substance in a deliberative democracy". In: **Deliberative Democracy: essays on reason and politics**. BOHMAN, James; REHG, William. Massachusetts: The MIT Press, 1997, p.409.

²⁷ HABERMAS, 1986, p. 32.

Para isso depende sempre de uma cultura política flexível mediada pela tradição e socialização, de uma população acostumada à liberdade política. Determina a possibilidade da institucionalização haver uma cultura política que assegure à população consciência para participação num processo discursivo de formação da vontade, o que, por sua vez, pressupõe prática, tradição. A realidade brasileira não permite ainda falar numa tradição em relação a prática pública, mas o que se tem visto é a consolidação desta rotina política como resultado imediato do amadurecimento democrático que vivenciamos.

Ao sustentar a institucionalização da ética, buscou-se delinear limites de racionalidade para a possibilidade de decisão que recorre a argumentos morais e com isso incorpora ao direito uma fundamentação ética. Em um tempo em que autoridade e tradição não prevalecem mais no direito e, concomitantemente, tem-se a crescente complexidade das demandas da sociedade contemporânea, vem o direito à procura de uma forma de aplicação que lhe resguarde a legitimidade.

O discurso como liberdade argumentativa, a pretensão de correção, o consenso como fim, o procedimento como condição necessária, são todos limites racionais para se trabalhar com uma fundamentação ética válida e que não deixe aspectos morais apenas como relativizadores da norma, mas como argumentos institucionalizados a partir da decisão judicial.

A possibilidade de institucionalização da ética se torna possível, como já dito, quando analisado o processo judicial mediado pela audiência pública culminando na decisão judicial. Isto porque, fica perceptível que o universo do direito pode abrir-se a partir de dentro para alegações, através das quais argumentos éticos, morais, têm acesso à linguagem do direito sem que reste desnaturada a argumentação ou mesmo o regramento jurídico. Esses argumentos são incorporados através das limitações temporais, sociais e objetivas impostas pelas normas procedimentais e na busca do alcance do consenso.

E porque se institucionaliza? Ou o que se quer dizer com a institucionalização?

Sustenta-se que há institucionalização em primeiro lugar porque o argumento moral é filtrado pelo procedimento da audiência pública ganhando caráter oficial em razão da chancela estatal. A oficialidade independe da aplicação deste para a decisão da celeuma jurídica, ou seja, mesmo que o argumento permaneça apenas como um daqueles trazidos ao espaço da audiência pública sem que seja aproveitado para a solução do conflito jurídico, a sua simples alegação no contexto do procedimento estatal já faz com que deixe de ser apenas argumento desconexo e passe a ser, indiretamente, um dos fundamentos da decisão. Até mesmo porque, quando é ele rechaçado no bojo de uma decisão, torna-se igualmente fundamento do posicionamento definitivo do julgador.

Uma segunda razão para afirmar-se a institucionalização é a força obrigatória que adquire ao incorporar-se à decisão judicial. Expectativas de comportamento institucionalizadas juridicamente ganham força obrigatória através do acoplamento ao potencial estatal de sanção²⁸.

O argumento moral ao ganhar formato jurídico autoriza torná-lo coercitivo, deixando estado reflexivo e individual da moral, para ganhar a conotação permanente, obrigatória e coletivizada da ética institucionalizada. Deixa de ser argumento do sujeito que expõe e passa a ser o fundamento da decisão da Suprema Corte, portanto, com impacto e ressonância em todo aquele que direta ou indiretamente for alcançado pela decisão.

Outro fator importante para a institucionalização é a presença de um coordenador que exerce certas funções de dominação e coação, sendo, no caso analisado, este coordenador, o próprio Supremo Tribunal Federal, através do relator que convoca a audiência pública. Estas funções de dominação e coação não representam forçar a validade de argumentos, mas possibilitar o máximo de liberdade para o aproveitamento de argumentos²⁹. O STF, neste caso, deve exercer o papel de agente independente que organiza e assegura as melhores condições para a formulação dos argumentos válidos à decisão.

Esse requisito converge com a observação crítica feita em relação às regras da audiência pública, quanto a restar resguardadas as condições equitativas de participação. Para que

²⁸ HABERMAS, 1986 p.61.

²⁹ APEL, 2004a, p. 124.

se possa falar em liberdade na formulação de argumentos deve haver o mínimo de certeza que os sujeitos habilitados à participação no processo encontrem equilíbrio no procedimento de formação da audiência pública, sempre tendo como norte o interesse na pluralidade de argumentos a serem trazidos aos julgadores. Em outras palavras, quanto mais diverso for o universo de partícipes da audiência pública, maior será a riqueza argumentativa que subsidiará a futura decisão da Corte Suprema e, por decorrência, maior a probabilidade de legitimar-se a decisão.

São esses motivos para afirmar-se a institucionalização da ética, que com a oficialidade do argumento e o caráter obrigatório adquirido a partir da decisão perde a relatividade da moral e ganha a racionalidade e coercitividade jurídica. Há um aperfeiçoamento público (porque o procedimento o é) e sistemático (porque com regras específicas) dos argumentos o que garante a institucionalização.

A institucionalização não é a finalidade da incorporação dos argumentos morais, é o caminho para a solução dos problemas jurídicos, que não encontrando resposta no direito positivo vigente, busca através da abertura discursiva dar tratamento argumentativo às questões morais práticas. Compreender e admitir a institucionalização da ética como um caminho produzido pelo procedimento da audiência pública é assegurar a possibilidade de oferecer respostas jurídicas às questões difíceis não contempladas pelo modo tradicional de decisão e que tangenciam o entrelaçamento entre direito, moral e política.

Em relação à decisão judicial, o recurso ao argumento moral como fundamento da decisão, se apresenta como uma solução frente à existência de demanda que não se vê resolvida com a aplicação da norma, ou que não encontra nela a melhor solução. Deve-se lembrar que o recurso ao direito normado é um compromisso moral do julgador, mas pode ser afastado quando razão maior houver, como, por exemplo, ofertar-se a solução mais justa para o caso concreto, ou decisão que em termos amplos respeite os direitos fundamentais. Não há que se visualizar nesse comportamento uma opção entre direito e moral, porque não são contraditórios.

Apesar do poder do discurso público se originar nas esferas públicas autônomas (no caso as audiências públicas), deve ele tomar forma nas decisões das instituições

democráticas de formação de opinião e vontade, na medida em que a responsabilidade pelas decisões momentâneas exige responsabilidade institucional clara. O poder comunicativo é, portanto, exercido na forma de um cerco, influenciando as premissas do julgamento e a tomada de decisão no sistema político sem a intenção de conquistar o próprio sistema.

O julgador no Estado democrático de direito não é mero transmissor, ou seja, não cumpre a tarefa de dizer a norma escrita apenas³⁰. Deve ir além e exercer a função de fiel da balança, buscando todos os meios possíveis para o deslinde das celeumas jurídicas. No Judiciário estão agentes ativos e alinhados à perspectiva democrática.

Toda essa evolução do direito pensada a partir da possibilidade da formulação de argumentos morais e sua incorporação ao discurso sentencial institucionalizando-os asseveram a exigência da fundamentação. O desenvolvimento judicial do direito, seja de que maneira for, precisa de uma fundamentação levada a cabo metodicamente caso se queira que o seu resultado haja de se justificar como direito, no sentido da ordem jurídica vigente. O dever de fundamentação sempre acompanha a decisão judicial, seja de que ordem for.

O processo de institucionalização tem o intento de enxertar os discursos morais e em sua racionalidade procedimental a busca por uma justiça processual, sendo a fundamentação o instrumento discursivo à disposição do julgador.

No uso de critérios supralegais aparece o *ethos* jurídico dominante na comunidade como uma bússola para as valorações do julgador³¹. O substrato social torna-se importante recurso para limitar a decisão do julgador, que encontra na multiplicidade de consciência dos indivíduos da comunidade mecanismos para delimitar a sua atividade.

A noção de *ethos* traz em si elemento empírico e elemento normativo. O elemento empírico no contexto das audiências públicas é a ouvida da sociedade, convocada para opinar e construir um aparato argumentativo extralegal para o juiz-relator. O elemento

³⁰ Cf. ZAGREBELSKY, 2008, p. 11.

³¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução: José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 192.

normativo vai desde as regras para o procedimento da própria audiência, até os fundamentos primeiros do ordenamento jurídico elencados na Constituição Federal.

Ademais, a institucionalização da ética deve ocorrer no espaço procedimental, pois argumentos morais não podem gerar uma obrigatoriedade geral na prática, não possuem força e nem fundamento para tanto. Assim, pensar na obediência a regras éticas implica na sua institucionalização através da absorção pelo procedimento, atingindo o nível da obrigatoriedade jurídica. É essa conversão garantida na procedimentalização que aproxima a moral e o direito e nos permite falar em institucionalização e obrigatoriedade jurídica.

A capacidade de comunicação e argumentação dos sujeitos encontra na institucionalização a possibilidade de circular na sociedade, porque é autorizada a ingressar no espaço racionalizado do direito com a garantia de iguais condições aos indivíduos de participação na vida do Estado e nas decisões coletivas.

Fica, assim, claro que para a institucionalização da ética, somam-se aspectos conteudistas (o recurso a argumentos morais e sua incorporação à decisão) e aspectos procedimentalistas (cumprimento de regras e prazos procedimentais) que derivam em decisões socialmente legitimadas pela condução do argumento moral a fundamento da sentença, oficializando-o e tornando-o coercitivo. É dessa maneira que tem o Supremo Tribunal Federal procedido através das audiências públicas, levando-nos à reflexão expandida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 3. ed. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. Direito e moral. Tradução: Paulo Gilberto Cogo Leivas. In: HECK, Luís Afonso (Org.). *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 115-122.

_____. On the thesis of a necessary connexion between law and morality: bulyngin's critique. *Ratio Juris: an international journal of jurisprudence and philosophy of Law*. v. 13, n. 2, june 2000.

_____. *La institucionalización de la justicia*. Granada: Comares, 2005.

APEL, Karl-Otto. A ética do discurso diante da problemática jurídica e política: podem as próprias diferenças de racionalidade entre moralidade, direito e política serem justificadas normativo-racionalmente pela ética do discurso. In: MOREIRA, Luiz; MOLZ, Claudio; FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. (Org.). *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. São Paulo: Landy, 2004, p. 105-143.

_____. Fundamentação normativa da teoria crítica: recorrendo à eticidade do mundo da vida. MOREIRA, Luiz; MOLZ, Claudio; FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. (Org.). *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. São Paulo: Landy, 2004.

ATIENZA, Manuel. *Trás la justicia: uma introdución al derecho e al razonamento jurídico*. Barcelona: Ariel, 1993, p. 16.

BUSTAMANTE, Thomas. *Teoria do precedente judicial*. São Paulo: Noeses, 2012.

COHEN, Joshua. "Procedure and substance in a deliberative democracy". In: In: *Deliberative Democracy: essays on reason and politics*. BOHMAN, James; REHG, William. Massachusetts: The MIT Press, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução: Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a, 2v.

_____. *Direito e moral*. Lisboa: Instituto Piaget, 1986, p.61

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 4. ed. Tradução: António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Kulbekian, 2010

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução: José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MERRYMAN, Jonh Henry; PÉREZ-PORDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas legais da Europa e América Latina*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2009.

MOREIRA, Luiz. Direito, procedimento e racionalidade. In: MOREIRA, Luiz; MOLZ, Claudio; FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. (Org.). *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. São Paulo: Landy, 2004.

MURICY, Marília. *Senso Comum e Direito*. São Paulo: Atlas, 2015.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Principios y votos: el tribunal constitucional y la política*. Madri: Minima Trotta, 2008.