

A ÉTICA, A MORAL E O DIREITO: REFLEXÕES SOBRE A FORMAÇÃO JURÍDICA.

Massillania Gomes Medeiros¹

Saulo Medeiros da Costa Silva²

RESUMO

A consciência individual do que é ética, moral e Direito é de extrema importância quando se trata da formação de um jurista. Infelizmente, parece que a sociedade não tem mais tempo para refletir sobre conceitos abstratos - e.g. Democracia, Liberdade etc. -, o que nos torna mais dependentes dos conceitos preconcebidos e, deixando de produzir, passamos a simplesmente reproduzir as idéias já sedimentadas. Percebe-se que, na medida em que o homem não capta a essência dos princípios maiores, cria-se um descompasso entre o direito positivo e o direito natural, com resultados perniciosos a sociedade. Assim, considerando a vulnerabilidade histórica do Direito Natural, bem como as experiências negativas do Direito puramente Positivo, reforça-se a necessidade de integração entre o Direito Natural e o Direito Positivo, de forma a viabilizar a mútua compensação pelas suas ditas insuficiências isoladas, possibilitando a gradativa positivação do Direito Natural, o que, por reflexo, fornece ao Direito Positivo o benefício de uma alma legitimadora jusnaturalista, o que termina por refletir numa melhor formação de nossos juristas, com contornos éticos e morais.

PALAVRAS-CHAVE: Ética. Moral. Direito. Direito Positivo. Direito Natural. Formação Jurídica.

ETHICS, AND THE MORAL LAW: REFLECTIONS ON LEGAL EDUCATION.

ABSTRACT

The individual conscience of what is ethical and what is moral is of paramount importance when it comes to the formation of a lawyer. Unfortunately, it seems that society no longer has time to reflect on abstract concepts - eg Democracy, Freedom etc.. - Which makes us more dependent on preconceived notions, and failing to produce, we now simply reproduce ideas

¹ Graduada em Direito e doutoranda do PPGLI, pela UEPB. Graduada em Letras e mestre, pela UFCG. Especialista em Direito Público pela Unisul. Professora dos cursos de Direito da CESREI e Unesc Faculdades. Assessora Jurídica do TJPB. massillania@gmail.com.

² Doutorando em Direito e Ciências Sociais pela UMSA/AR. Especialista em Direito Tributário pelo IESP. Presidente da Comissão de Estudos Tributários da OAB/PB - Subseção de Campina Grande. Membro do Instituto Paraibano de Estudos Tributários – IPBET. Professor de Direito Tributário e Processo Constitucional da CESREI e do LEXUS Cursos Jurídicos. Advogado. saulomedeiros@hotmail.com.

already sedimented. It is noticed that, to the extent that man does not capture the essence of the major principles, it creates a disconnect between positive law and natural law, the latter shall prevail. Thus, considering the historical vulnerability of natural law, as well as negative experiences purely positive law, it reinforces the need for integration between natural law and positive law, in order to facilitate the mutual compensation for their individual shortcomings said, allowing the gradual positivation of natural law, which, by reflection, provided the positive law the benefit of a legitimating *jusnaturalist* soul.

KEYWORDS: Ethics. Moral. Right. Positive Law. Natural Law. Legal Training.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

A sociedade contemporânea, segundo HALL (2010, p. 10-11), com o advento do capitalismo e da globalização, encontra-se entorpecida com a presença do poder econômico, associado ao consumismo desenfreado, resultante das influências midiáticas que lançam tendências e modas, distanciando-se das questões essenciais ao progresso da sociedade e da humanidade - como a Democracia, a Liberdade, a Felicidade, a Moralidade, a Ética, a Justiça Fiscal e Social -, para manter-se limitada às questões imediatas e econômicas³.

De acordo com BAUMAN (2009, p. 20), vivemos em uma sociedade que busca fins imediatistas, quase sempre voltados para a produtividade, para a eficiência e, principalmente, para o mercado, despiando-se, inclusive, de reflexões sobre as suas próprias condutas.

Neste sentido, BITTAR (2010, p. 9-10) enfatiza que a sociedade pós-moderna treina as consciências pela sedução dos objetos de desejo no consumo; pela fluidez das relações humanas superficiais nos diversos ambientes de alta rotatividade humana; pelo imediatismo e pelo efficientismo cobrados pelo mercado de trabalho e pela pressa acumulativa e de resultados, inerentes à maximização do capital; pela aceleração do ritmo de vida, marcada pela contingência e pela fugacidade; pela depreciação da formação humana diante dos imperativos pragmáticos e as exigências de qualificação exclusivamente técnicas ou tecnocráticas das profissões.

Infelizmente, parece que a sociedade não tem mais tempo para refletir sobre os conceitos abstratos, acima mencionados, - e.g. Democracia, Liberdade etc. -, o que nos torna mais dependentes dos conceitos preconcebidos e, deixando de produzir, passamos a simplesmente reproduzir as idéias já sedimentadas.

³ Nalini (2008, p. 17) adverte que “uma civilização tangida pelo consumo torna-se materialista, egoísta e hedonista. Se o ser humano passa a ser o consumidor, só interessa cuidar de bens de consumo. Tudo é consumível e, portanto, descartável.

É neste cenário que nos propomos a refletir sobre a Moral, a Ética e o Direito.

1. CONSIDERAÇÕES SOBRE A ÉTICA, A MORAL E O DIREITO.

1.1 Noções de Ética.

A ética encontra na mais robusta fonte de inquietações humanas o alento para sua existência. É na balança ética que se devem pesar as diferenças de comportamentos, para medir a utilidade, a finalidade, o direcionamento e conseqüências das ações humanas (BITTAR, 2002, p. 3). Mas, afinal, o que seria ética? Cumpre esclarecer que, pela complexidade do tema, não iremos conceituá-la, mas apenas traçar algumas características necessárias para a sua compreensão.

A origem etimológica de Ética, conforme leciona Nalini (2008, p. 114), é o vocábulo grego “ethos”, a significar “morada”, “lugar onde se habita”. Mas também pode ser entendido como “modo de ser” ou “caráter”.

Preferimos abordar a ética não como morada e sim sob o modo de ser dos homens em sociedade. Nesse sentido, a ética traz na sua essência um conjunto de valores que norteiam o comportamento do homem em relação aos outros em busca da pacificação social. Todavia, a Ética não pode se limitar ao conjunto de regras ou valores, nem apenas ao estudo do comportamento humano.

Conforme ensina Korte (apud Bittar, *idem*, p. 10, nota de rodapé), a ética:

“é um campo de conhecimento em que, à medida que avançamos, são feitas descrições, constatações, hipóteses, indagações e comprovações [...] estudando as relações entre o indivíduo e o contexto em que está situado. Ou seja, entre o que é individualizado e o mundo a sua volta”.

A ética não deve ser posta, apenas, no plano abstrato, em que se busca o seu aprimoramento teórico, bem como não pode servir para engrandecer os discursos. Pelo contrário, deve ser utilizada para fortalecer a moral e inspirar as condutas humanas voltadas para a prática do bem, para o ético.

Diz-se isso porque a ética, no Brasil, encontra-se nos discursos, os mais variados possíveis. Contudo, vem distanciando-se cada vez mais da sua essência valorativa positiva, tornando-se termo vago, trivial, anêmico, causando, em determinadas pessoas, verdadeira

fobia por ser utilizada por personalidades envolvidas em escândalos morais e submersas na corrupção.

Nesse sentido, o essencial é reconhecer, como o fez Nalini (2008, 111), que:

“nunca foi tão urgente, como hoje se evidencia, reabilitar a ÉTICA em toda a sua compreensão. A crise da Humanidade é uma crise de ordem moral. Os descaminhos da criatura humana, refletidos na violência, na exclusão, no egoísmo e na indiferença pela sorte do semelhante, assentam-se na perda de valores morais”.

Assim, faz-se necessário - de forma urgente, em nossa sociedade - uma reabilitação e conscientização, não só em relação aos estudos do conceito de ética, mas também da construção do seu sentido na prática, em busca de tornar os indivíduos mais humanos, menos individualistas e crentes na construção de uma sociedade mais justa a partir de ações éticas coletivas.

1.2 Ética e Moral.

Bittar e Almeida (2010, p. 542) elencam que a Moral se “constitui por um processo acumulativo de experiências individuais, que vão ganhando assentimento geral, até se tornarem regras e normas abstratas”. Acrescenta, ainda, o primeiro autor citado, que “a moral é o conteúdo da especulação ética, pois se trata do conjunto de hábitos e prescrições de uma sociedade; é a partir de experiências conjunturais e contextuais que surgem os preceitos e máximas morais” (BITTAR, 2002, p.10).

Neste sentido, por mais que a ética e a moral se apresentem como institutos filosóficos diferenciados, aquela especula sobre esta e desta não pode se desvincular, considerando-a objeto de avaliação, discussão e crítica. Sobre esse assunto, Guisán (apud BITTAR, 2002, p. 11) dispõe que:

“La ética no debe ser confundida con la moral [...] pero tampoco puede permanecer desligada de la moralidad positiva, de la que debe partir para corregirla y modificarla”.

Ou seja, o objeto da ética é a moral. Ressalve-se que, considerando a internalidade da moral na ética, há quem não se preocupe em distinguir os dois termos, preferindo enfatizar a interdependência existente entre eles. Por outro lado, outros preferem, seja por questão metodológica ou por entender que se tratam de termos distintos, defini-los separadamente,

como fez Kant (apud Nalini, 2008, p. 112), ao dispor que “a moral designa o conjunto dos princípios gerais, e a ética, sua aplicação concreta”.

Nesse ínterim, Bittar e Almeida (2010, p. 544) elencam que:

“todo conteúdo de normas morais tem em vista sempre o que a experiência registrou como bom e como mau, como o que é capaz de gerar felicidade e infelicidade, como sendo o fim e a meta da ação humana, como a virtude e o vício”.

Assim, se, por um lado, a moral se apresenta como conjunto de hábitos oriundos das práticas reiteradas que, pela sua constância, tornam-se normas; por outro, a ética é a ciência que estuda o conteúdo das normas morais, ou seja, o comportamento moral dos homens em sociedade.

1.3 Moral e Direito.

Pela importância e consistência do pensamento do jusfilósofo brasileiro Miguel Reale (2002, p. 41), iniciamos este subitem com as suas considerações ao se deparar com a diferença entre Moral e Direito, dispondo que:

“Encontramo-nos, agora, diante de um dos problemas mais difíceis e também dos mais belos da Filosofia Jurídica, o da diferença entre a Moral e o Direito (...). Nesta matéria, devemos lembrar-nos de que a verdade, muitas vezes, consiste em distinguir as coisas, sem separá-las (...). Muitas são as teorias sobre as relações entre o Direito e a Moral, mas é possível limitar-nos a alguns pontos de referência essenciais, inclusive pelo papel que desempenharam no processo histórico”.

Para a teoria do mínimo ético – desenvolvida pelo filósofo alemão Jellinek –, o Direito representa o mínimo de preceitos morais necessários ao bem-estar social. Segundo os fundamentos que a embasam, a Moral possui maior amplitude do que o Direito, já que este está inserido naquela, de modo que tudo que venha a ser Direito tem que ser Moral.

Reale (2002, p. 43) discorda desta teoria, afirmando que existem atos juridicamente lícitos que não são morais, assim como existem dispositivos legais que não são imorais, todavia também não são morais, seriam, dessa forma, amorais, como os prazos processuais que possuem “razões puramente técnicas”.

Em que pese a crítica do respeitável jurista brasileiro, entendemos que a teoria do mínimo ético é pertinente, pois a influência dos preceitos morais deve ser respeitada pelo legislador ao editar todas as normas de Direito. Porém, discordamos de Reale, quando

assevera que “no Código de Processo Civil, segundo o qual o réu, citado para a ação, deve oferecer a sua contrariedade no prazo de 15 dias. E por que não de 10, de 20, ou de 30? Se assim fosse, porém, influiria isso na vida moral? Também não”. Entendemos, neste caso, que o legislador, até mesmo para dispor sobre prazos processuais, deve buscar a sua fundamentação na moral, pois, se assim não o fizer poderia criar este mesmo prazo de defesa em 3 (três) dias, o que certamente colidiria com a moral, pois, não seria moralmente exigível que a parte em 3 dias constituísse advogado - que iria estudar a matéria, analisar os documentos da inicial, preparar defesa -, com o fim de apresentá-la, sob pena de não o fazendo sofrer os efeitos da revelia⁴.

Noutro giro, outra teoria que tenta explicar a relação entre Direito e Moral é a da bilateralidade atributiva que, na visão de Reale (2002, p. 51), seria “uma proporção intersubjetiva, em função da qual os sujeitos de uma relação ficam autorizados a pretender, exigir, ou a fazer, garantidamente, algo”.

Para essa teoria, com a bilateralidade (existência de mais de uma pessoa envolvida na relação), estarão presentes o Direito e a Moral, desde que a relação traçada entre dois sujeitos seja objetiva e, por fim, que “a proporção estabelecida resulte da atribuição garantida de uma pretensão ou ação, que pode se limitar aos sujeitos da relação ou estender-se a terceiros (atributividade)” (REALE, p.52).

Ainda quanto à análise do Direito e da Moral, não poderíamos deixar de mencionar que a diferença primordial entre eles é a coercibilidade, já que a Moral é incoercível e o Direito coercível, ou seja, para o cumprimento das normas jurídicas, pode o Direito utilizar a força para que o seu comando seja obedecido.

2. OS SISTEMAS NORMATIVOS E O DIREITO.

Toda sociedade exige de seus membros condutas adequadas ao interesse comum, e o meio de que se serve para consegui-lo são as normas. Para cada interesse fundamental da sociedade, forma-se uma rede protetora de normas, através de um sistema que regula a satisfação e proteção desse interesse. As normas surgem por imposição de nossas necessidades, que são ilimitadas, e dos bens dispostos pela natureza que são limitados. Sem as

⁴ Art. 319 do CPC - Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.

normas, o homem viveria em guerra constante com o seu semelhante, objetivando satisfazer suas necessidades sem qualquer limitação.

Dentre os sistemas normativos, nos quais se inclui a religião, a moral, a política, a educação, a etiqueta, temos o Direito. Este último é o único que possui coercibilidade, o que significa que a norma jurídica deve ser cumprida independente da vontade do agente. Carvalho (2002, p. 30) leciona que:

“Só o Direito coage mediante o emprego da força, com a aplicação, em último grau, das penas privativas de liberdade ou por meio da execução forçada. Essa maneira de coagir, de garantir o cumprimento dos deveres estatuídos em suas regras, é que assinala o Direito, apartando-o de outros sistemas de normas”.

Além da coercibilidade, não poderíamos nos olvidar de mencionar que outro traço distinto do Direito é o fato de possuir o atributo da bilateralidade, pois se afirma na estrutura imperativo-atributiva da norma jurídica que prescreve um dever e confere ao mesmo tempo uma pretensão, ou poder de exigir o cumprimento deste dever, conforme mencionado acima.

2.1 Visão de Hans Kelsen sobre o ordenamento jurídico como sistema dinâmico e a Teoria Pura do Direito.

Para o ilustre Kelsen (2010, p.111) “una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única”. Esta norma, dita fundamental, se encontra na base do ordenamento jurídico, servindo de fonte para se buscar e conferir a validade de todas as normas que compõem o sistema jurídico.

Continua, ao dispor que “una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico” (KELSEN, 2010, p.112), concluindo que o único direito válido é o direito positivo, como sendo aquele resultante de um ato produzido, legislado, criado por uma vontade soberana, independente da moral ou do direito natural.

O jurista em comento elaborou uma teoria geral dos sistemas normativos, segundo a qual existem duas espécies de sistemas normativos, os sistemas estáticos, constituídos por normas que se deduzem uma das outras, e os sistemas dinâmicos, em que as normas se produzem umas por meio de outras, mediante uma relação de delegação de um poder superior a um poder inferior (BOBBIO, 2008, p.126).

De acordo com essa classificação, o Direito enquadra-se no sistema dinâmico, pois uma norma só pertence ao ordenamento jurídico quando for produzida de acordo com o procedimento previsto na norma fundamental. Ou seja, uma norma será jurídica quando obedecer à norma superior que regulamenta a produção das normas inferiores, mediante relação de delegação de um poder superior a um poder inferior.

Diferentemente do Direito, as normas de direito natural e da moral fazem parte do sistema estático porque não são criadas a partir de uma norma fundamental e sim são deduzidas a partir do conteúdo de outras normas, possuindo como fundamento a vontade divina, a natureza ou a razão.

Como visto, para Kelsen, o direito não é declarado, não é descoberto na natureza, nem nos conflitos sociais, mas é produzido e posto pela vontade soberana, tendo como fundamento o próprio Direito. Ressalve-se que não há preocupação, para o autor, em relação à justificação axiológica das normas, apenas quanto a garantir que as normas serão produzidas obedecendo ao procedimento legal, ou constitucional, para sua elaboração. Dessa forma, o Direito pode assumir qualquer conteúdo, considerando que os positivistas entendem que “a existência da lei é uma coisa; seu mérito ou demérito é outra”⁵.

Não é por outra razão que Riddall (2008, p.164) afirma que “Kelsen se le ha llamado <doblemente puro>: puro en cuanto que excluye elementos ajenos como la sociología de su teoría y en cuanto excluye la moral de la pregunta sobre la validez jurídica”.

2.2 Visão de Miguel Reale e a Teoria Tridimensional do Direito.

O jusfilósofo brasileiro Miguel Reale – mesmo considerando Hans Kelsen o maior jurista do século XX, chegando a afirmar que ele representa o meridiano de Greenwich da Jurisprudência; bem como que o jurista ocupa uma posição no espaço jurídico conforme se está mais perto ou mais longe de Kelsen – contrapõe-se à Teoria Pura do Direito, pela visão reducionista do Direito à norma.

Reale leciona que o Direito não é só norma, como quer Kelsen; também não é só fato, como rezam os marxistas ou os economistas do Direito, porque o Direito não é economia, não é produção econômica, mas é claro que envolve a produção econômica e nela interfere; o Direito também não é principalmente valor, como pensam os adeptos do Direito Natural tomista, porque o Direito, ao mesmo tempo, é norma, é fato e é valor.

⁵ Famoso enunciado de John Austin que é apontado como um dogma do positivismo jurídico.

O jurista brasileiro percebe o Direito como “uma integração normativa de fatos segundos valores”, ou seja, sob uma realidade tridimensional em que o fato, o valor e a norma interagem através da dialetização destes três fatores. E continua ao dispor que “O Direito é sempre fato, valor e norma, para quem quer que o estude, havendo apenas variação no ângulo ou prisma de pesquisa. [...] o jurista vai do fato ao valor e culmina na norma; o discurso do sociólogo vai da norma para o valor e culmina no fato; e, finalmente, nós podemos ir do fato à norma, culminando no valor, que é sempre uma modalidade do valor do justo, objeto próprio da Filosofia do Direito” (REALE, 2010, p. 119).

Diferentemente do positivismo de Kelsen, que reduz o Direito à norma, limitando-se a buscar a sua validade na norma fundamental, desconsiderando os valores, inclusive o de Justiça⁶, Reale traz ao ordenamento jurídico uma definição do Direito contemporânea, que não visa à pureza do Direito. Pelo contrário, denuncia que as “estruturas lógicas da Dogmática Jurídica tradicional não correspondem mais às transformações operadas na sociedade atual, nem às exigências morais e técnicas do Estado do bem estar-social ou da Justiça social” (REALE, 2010, p. 8).

Nesse sentido, define o Direito como “concretização da idéia de justiça na pluridiversidade de seu dever-ser histórico, tendo a pessoa como fonte de todos os valores” (REALE, 2010, p.128).

Percebe-se, dessas lições irretorquíveis, que o centro do ordenamento jurídico não é a norma e sim a pessoa humana – em que os seus valores devem ser tutelados pela norma, entendida esta como:

“a integração de algo da realidade social numa estrutura regulativa obrigatória (...), a forma que o jurista usa para expressar o que deve ou não deve ser feito para a realização de um valor ou impedir a ocorrência de um desvalor” (REALE, 2010: 124).

Frise-se que a concepção tridimensional do Direito viu o início de sua elaboração na Alemanha, no início do século passado, na chamada Escola de Baden. Todavia, seu principal representante e disseminador foi o filósofo paulista Miguel Reale. (NALINI, 2008, p. 426).

2.3 Concepção de Javier Hervada e John Finnis sobre o Direito.

⁶ Segundo Bobbio (2007, p. 31) “el problema de la justicia es para Kelsen un problema ético muy diferente del problema jurídico de la validez”.

Javier Hervada, como um dos grandes renovadores da tradição jusnaturalista do século XX, buscou não apenas resgatar a ciência do direito natural, como também criticar a visão positivista fortemente defendida no século anterior e em menor escala na atualidade. Resgatando a concepção do justo em Aristóteles, Hervada (2008, p. 46) reafirma que “Dar a cada uno lo suyo es una necesidad social y, en la medida em que se cumple, es un hecho social” e que a constante vontade de realizar a justiça de dar a cada um o que lhe é devido, desde a antiguidade, chama-se de justiça.

Hervada (2008, p. 52) possui como ponto de partida para defender sua tese a idéia de que “las cosas están atribuídas a distintos sujetos, o dicho de otro modo, las cosas están repartidas”. E, decorrência lógica desta assertiva, é que “la justicia no atribuye las cosas, sino que sigue al hecho de que ya están atribuidas” afirmando ao final que “La justicia es la virtud de cumplir y respetar el derecho, no la virtud de crearlo”. Logo, a justiça não cria o direito, mas busca encontrá-lo, já que este é preexistente às próprias leis. E continua afirmando que o que antecede ao direito não é a justiça e sim o direito natural, sendo a justiça a disposição, com base no direito natural, de dar a cada um o que lhe é devido.

Por fim, Hervada (2008, p.193), ao analisar o sistema jurídico na sua complexidade, conclui que:

“el derecho natural y el derecho positivo se integran en un único sistema jurídico, el cual es en parte natural y en parte positivo, [...] dentro de un sistema jurídico vigente, lo natural y lo positivo suelen estar unidos, conformando conjuntamente los distintos derechos, de modo que la determinación de cada uno de ellos pide la utilización simultánea de criterios naturales y positivos. [...] La exclusiva utilización de criterios positivos conduce, de uno o otro modo, a la injusticia”.

Ainda no século XX, mereceram destaque as idéias do jusnaturalista Australiano, Doutor pela Universidade de Oxford, John Finnis.

Para Finnis (2000, p.379), “una teoría de la ley natural no necesita tener como principal preocupación, ni teórico ni pedagógica, la afirmación de que las leyes injustas no son leyes”, isso porque o foco de uma teoria da lei natural é explorar as exigências da “razonabilidad práctica” em relação aos bens dos seres humanos, considerando que estes vivem em comunidade enfrentando problemas de justiça e direito, autoridade, direito e obrigações. Conclui que em toda lei positiva bem elaborada existe uma referência às leis da razão.

Riddall (2008, p.178) nos lembra que Finnis “considera el derecho natural como sinônimo de derechos humanos, hasta tal punto que los humanos tienen derechos que son los derivados de aquél”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

A importância da consciência individual do que é ética e do que é moral é de extrema importância quando se trata da formação de um jurista. Ele precisa ter bem formados tais conceitos, bem como entendê-los a partir das visões dos filósofos jurídicos de teorias expoentes.

Ocorre, porém, que, numa análise ampla do contexto atual, o ensino jurídico ou mesmo a produção de conhecimento jurídico, em seus diversos âmbitos, não parece demonstrar preocupação com a formação do jurista nesse sentido.

No Brasil, por exemplo, a difusão do conhecimento jurídico é, de uma forma geral e em grande parte, fundada na memorização e reprodução de textos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais, sem buscar a essência, história, formação, eficiência e problematização dos institutos jurídicos. Não há uma preocupação nítida na formação de profissionais com alicerces éticos, morais e jurídicos, e sim apenas legalistas, já que nas faculdades estuda-se o positivismo como dogma, desconsiderando as demais correntes jus-filosóficas, entre elas o jus-naturalismo e o realismo judicial.

Pouco se aborda sobre o neoconstitucionalismo - com a busca pela efetivação dos direitos humanos, tendo a pessoa humana como centro do ordenamento jurídico e a supremacia da Constituição em detrimento dos demais atos normativos; quase não se discute sobre a necessidade da confrontação das normas com os valores de justiça e equidade; a disciplina de ética, normalmente, não goza de prestígio nas academias, sendo matéria relegada para o estudo positivista do Direito Civil e Penal.

Percebe-se a “prevalência das interações econômicas sobre as interações políticas e sociais” (FERREIRA e FEITOSA, 2010, p.8) e tal fato mostra-se quase imperceptível pela sociedade contemporânea.

Ao se debruçar sobre o Direito Tributário, por exemplo, preferem os acadêmicos ensinar/estudar a teoria da norma tributária, dissecando-a em elementos, ao invés de priorizar o estudo e aperfeiçoamento dos princípios constitucionais tributários que limitam o poder de tributar do Estado, ou os impactos da tributação na economia, ou ainda perquirir se as políticas públicas tributárias se aproximam da justiça fiscal ou da injustiça social etc.

Quanto ao Direito e à Moral, vimos que Reale discorda da teoria do mínimo ético - que prega que o Direito representa o mínimo de preceitos morais necessários ao bem-estar social-, afirmando que existem dispositivos legais que não são imorais; todavia, também não são morais, seriam, dessa forma, amorais, como os prazos processuais que possuem “razões puramente técnicas”. Em que pese a crítica do respeitável jurista brasileiro, entendemos que a teoria do mínimo ético é pertinente, pois a influência dos preceitos morais deve ser respeitada pelo legislador ao editar todas as normas de Direito.

Discordamos de Reale quando assevera que “no Código de Processo Civil, segundo o qual o réu, citado para a ação, deve oferecer a sua contrariedade no prazo de 15 dias. E por que não de 10, de 20, ou de 30? Se assim fosse, porém, influiria isso na vida moral? Também não”. Entendemos que o legislador, até mesmo para dispor sobre prazos processuais, deve buscar a sua fundamentação na moral, pois, se assim não o fizer poderia criar este mesmo prazo de defesa em 3 (três) dias, o que certamente colidiria com a moral, pois não seria moralmente exigível que a parte, em 3 dias, constituísse advogado - que iria estudar a matéria, analisar os documentos da inicial, preparar defesa -, com o fim de apresentá-la, sob pena de não o fazendo sofrer os efeitos da revelia⁷.

Quanto ao positivismo, em que pese o avanço metodológico da Ciência do Direito, através da Teoria Pura de Hans Kelsen - que conseguiu “purificar” o Direito dos elementos sociológicos, filosóficos, valorativos etc., entendemos, na linha de pensamento de Miguel Reale, que o Direito não se limita à norma, pois aquele, como fenômeno social, não pode ser estudado abstraindo os fatos e valores.

Ademais, o estudo puro do Direito, desassociado do seu viés social, dos impactos econômicos das normas jurídicas indutoras de comportamentos e reguladoras do mercado, dos valores que devem inspirar os legisladores e os aplicadores da norma, não encontra respaldo no Estado Democrático de Direito. Diz-se isso porque, a nosso ver, no Brasil, o sistema normativo é dinâmico, já que as normas se produzem umas por meio de outras, sendo a

⁷ Art. 319 do CPC - Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.

Constituição Federal a norma fundamental que, nos seus artigos 59 e seguintes, dispõe sobre o processo legislativo, e, sendo desobedecido o procedimento constitucional de elaboração das normas lá previsto, estas mesmas normas serão tidas como formalmente inconstitucionais.

Por outro lado, a estrita observância dos ditames constitucionais e legais para a elaboração da norma não é suficiente para incluí-la no ordenamento jurídico brasileiro, já que, além dos requisitos formais, mostra-se indispensável que a matéria tratada não confronte os direitos fundamentais, previstos no art. 5º da Constituição Federal, que são cláusulas pétreas. No mesmo sentido, essas normas não poderão vilipendiar os Direitos Naturais não positivados.

Ressalve-se que o positivismo radical de Hans Kelsen transformou o Direito em um colaborador de qualquer regime, por mais abjeto, extremista, repugnante que seja, como o nazismo. Isso porque a Teoria Pura do Direito purifica o Direito dos valores morais, sociológicos, filosóficos etc., partindo da premissa de que, a norma sendo produzida em observância ao procedimento legal ou constitucional, será válida e legítima, independente das barbáries materiais que a componham. Conforme adverte Asensi (2006, p.5) “ao afastar qualquer valor moral ou ético da norma jurídica, Kelsen propicia um reduto para ação de regimes estruturalmente legais, porém materialmente imorais”⁸.

Razão pela qual, mesmo considerando interessante do ponto de vista metodológico, entendemos que a Teoria Pura do Direito não reflete as aspirações da sociedade, sendo a Teoria Tridimensional do Direito, de Miguel Reale, a que mais se aproxima da análise do Direito neoconstitucional em que os direitos basilares dos seres humanos devem ser efetivados, estejam eles positivados ou não.

Quanto ao Direito Natural, estamos convencidos da sua existência e de que ele rege as normas da sociedade, devendo ser respeitado independente da sua positivação, bem como que aquele direito, como ordem jurídica superior, ínsito na natureza humana e anterior ao próprio direito positivo, elege como bens sagrados a vida, a liberdade e a propriedade.

⁸ No mesmo sentido assevera Djacir Menezes, no II Encontro Nacional de Filosofia do Direito promovido pela Universidade Estadual de Maringá em 1981, “a tese de Kelsen, direito = normatividade, Direito o que o Estado diz que é Direito, mesmo aquelas barbaridades saídas da boca do “Führer”, no Estado alemão, contra os judeus, nada daquilo poderia passar a ser propriamente direito; mas era do “direito” alemão daquela fase, kelsianamente falando. Então é um problema muito interessante este do kelsianismo: esvaziar o direito da sua substância humana e ética para ficar valendo como uma hipótese, reduzida a uma proposição condicional da Teoria Pura do Direito.

Doutra sorte, não poderíamos desconsiderar as conquistas do direito positivo, como a positivação da tipicidade fechada, legalidade, irretroatividade da lei, vedação do confisco, que conferem segurança jurídica, pelo menos no plano abstrato, aos cidadãos.

Neste ínterim, as leis, atos normativos elaborados pelas autoridades competentes, são necessárias para organizar a sociedade tendo em vista que o direito natural, a priori, não possui coercitividade suficiente para que as suas regras sejam aceitas e cumpridas pelos indivíduos e pelo Estado. Diz-se isso porque, pela complexidade das condutas humanas, hodiernamente, o Direito Natural, pelo seu cunho abstrato, não seria capaz de regular a sociedade, bem como de limitar os poderes do Estado.

Por isso que se afirma que o Direito Natural possui a essência e o conteúdo do Direito, ao passo que o Direito Positivo se caracteriza como a sua forma para alcançar a sua plenitude efetiva. Frise-se que o Direito Positivo deve, obrigatoriamente, buscar o seu conteúdo no Direito Natural sob pena de, mesmo sendo legal, ser declarado ilegítimo e injusto, devendo, por esta razão, ser extirpado do ordenamento jurídico. Como um exemplo recente do que o Direito Positivo, sem conteúdo de Direito Natural, é capaz de criar, podemos citar as ditaduras implantadas no século XX, em que os ditadores, utilizando-se do positivismo, elaboravam leis vilipendiando e/ou limitando os direitos inatos dos cidadãos, entre eles o direito à vida e à liberdade.

Percebe-se que, na medida em que o homem não capta a essência dos princípios maiores, cria-se um descompasso entre o direito positivo e o direito natural, devendo prevalecer o último. Neste sentido, Santo Tomás de Aquino dispõe que:

“así como el artista posee en su mente cierta idea de la obra a realizar, que es la regla del arte, así también la razón determina lo justo de un acto conforme a una idea preexistente en el entendimiento. Si se formula por escrito recibe el nombre de ley; de ahí que la ley no sea el derecho mismo sino cierta razón del derecho. [...] La ley que no es justa no parece que sea ley [...] la fuerza de la ley depende del nivel de su justicia [...] toda ley humana tendrá carácter de ley en la medida en que se derive de la ley da natureza”. (QUINTANA, 2009: 32 e 82).

Assim, considerando a vulnerabilidade histórica do Direito Natural, bem como as experiências negativas do Direito puramente Positivo, reforça-se a necessidade de integração entre o Direito Natural e o Direito Positivo, de forma a viabilizar a mútua compensação pelas suas ditas insuficiências isoladas, possibilitando a gradativa positivação do Direito Natural, o que, por reflexo, forneceu ao Direito Positivo o benefício de uma alma legitimadora jusnaturalista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- ASENSI, Felipe Dutra. **Uma análise sobre os limites da hermenêutica jurídica em Hans Kelsen**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 4, no 170. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1143>> Acesso em: 15 out. 2011.
- BAUMAN, Zigmunt. **A vida líquida**. São Paulo: Jorge Zahar Editora, 2009.
- BITTAR, Eduardo C. B., ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 8ª ed. rev. e aumentada. São Paulo: Atlas, 2010.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988.
- _____. Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 17 de janeiro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm.
- BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Ética Jurídica: Ética Geral e Profissional**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BOBBIO, Norberto. **Teoría General del Derecho**. 3ª ed. revisada y corregida. Bogotá: Editora Temis S.A, 2007.
- _____. **Direito e Poder**. Tradução de Nilson Moulin. São Paulo: Editora Unesp, 2008.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FERREIRA, Alexandre Henrique Salema; FEITOSA, Raymundo Juliano Feitosa. **TEORIA DOS SISTEMAS E EXTRAFISCALIDADE: A QUESTÃO DA PREVALÊNCIA DA LÓGICA DO SUBSISTEMA DA ECONOMIA**. Orbis Revista Científica, V. 1, nº. 2, 2010. Disponível em: <http://www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/view/27>.
- FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.
- HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. São Paulo: DP&A Editora, 2010.
- HART, Herbert L. A. **El concepto del Derecho**. 3ª ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009.
- HERVADA, Javier. **Introducción crítica al derecho natural**. 1ª ed. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Desalma, 2008.
- JARACH, Dino. **O fato imponible**. São Paulo: RT, 1989.

- RIDDALL, J. G. **Teoría del Derecho**. 3ª ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 2008.
- KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho**. 4ª ed. 10ª reimp. Buenos Aires: Eudeba, 2010.
- NALINI, José Renato. **Filosofia e Ética Jurídica**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2008.
- PRADO, Luiz Regis; Karan, Munir. **Estudos de Filosofia do Direito: Uma visão integral da obra de Hans Kelsen**. Conferencistas Miguel Reale et al. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1984.
- QUINTANA, Eduardo Martín. **Notas sobre el derecho en el iusnaturalismo**. 1ª ed. Buenos Aires: Educa, 2008.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010

Artigo recebido em: 13-12-2011

Artigo aprovado em: 22-12-2011