

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO

Guilherme Dorneles da Silva

APOLOGIA AO DIREITO NATURAL:
UMA ANÁLISE DA ÉTICA JUSNATURALISTA
CONCILIADA COM O DIREITO POSITIVO

Passo Fundo

2018

Guilherme Dorneles da Silva

**APOLOGIA AO DIREITO NATURAL:
UMA ANÁLISE DA ÉTICA JUSNATURALISTA
CONCILIADA COM O DIREITO POSITIVO**

Monografia apresentada ao curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob a orientação da Ms. Salma Ribeiro Makki.

PASSO FUNDO – RS

2018

Guilherme Dorneles da Silva

**APOLOGIA AO DIREITO NATURAL:
UMA ANÁLISE DA ÉTICA JUSNATURALISTA CONCILIADA COM O DIREITO
POSITIVO**

Monografia apresentada ao curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob a orientação da Ms. Salma Ribeiro Makki.

Aprovado em ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Ms. Salma Ribeiro Makki

Nome

Nome

RESUMO

O presente trabalho terá como ponto central o estudo da ética e sua interação com o direito. Para tanto, partir-se-á de uma visão jusnaturalista que valida a lei positiva por meio desta. Também será apresentada a ética como a principal fonte de desenvolvimento para construção das relações intersubjetivas, que servem de base para a estruturação da máquina jurídica. Será apresentada uma breve explanação sobre a essência o jusnaturalismo e suas variantes, bem como os motivos que a fundamentam e o porquê da sua observância. Adiante irá ser demonstrado a influência do direito natural na constituição brasileira no que tange aos direitos e garantias fundamentais, juntamente como o dever de conservação dos valores cívicos e o direito de resistência ante a norma injusta. Por último, este trabalho trará uma conciliação mais apurada entre o direito natural e o direito positivo, demonstrando a importância que ambos exercem na formação das organizações estatais e na criação das leis.

Palavras-chave: Direito – Leis – Ética – Moral – Valor – Direito natural – Direito positivo – Estado de natureza – Jusnaturalismo – Estado civil – Contratualismo.

ABSTRACT

The present work will focus on the study of ethics and its interaction with law. To do so, we will start from a jusnaturalist view that validates positive law through it. Ethics will also be presented as the main source of development for construction of intersubjective relations, which serve as the basis for structuring the legal machine. It will be a brief explanation of the essence of jusnaturalism and its variants, as well as such as the reasons for it and the reason for its compliance. Ahead will be demonstrated the influence of natural law in the Brazilian constitution with regard to human rights. And fundamental guarantees, together with the duty of preserving civic values and the right to resist the unjust rule. Finally, this work will bring about a more natural law and positive law, demonstrating the importance the formation of state organizations and the creation of laws.

Key words: Law - Laws - Ethics - Moral - Value - Natural law - Positive right – State of nature - Jusnaturalism - Civil status - Contractualism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 FUNDAMENTOS GERAIS DA ÉTICA E DO DIREITO	8
1.1 Correntes de pensamento ético.....	8
1.2 Ética e os conceitos gerais	24
1.3 A relação entre o direito e a moral.....	30
2 DIREITO NATURAL E CONTRATUALISMO	38
2.1 O direito natural e o seu significado histórico	38
2.2 O jusnaturalismo moderno	44
2.3 Da criação a organização do poder civil.....	50
3 A ÉTICA JUSNATURALISTA NO ESTADO DE DIREITO	56
3.1 O dever de conservação da lei natural.....	56
3.2 A lei moral e o direito de resistência	60
3.3 Um meio termo entre extremos	64
4 CONCLUSÃO.....	70
REFERÊNCIAS.....	75

INTRODUÇÃO

Analisando o rumo que as correntes jusfilosóficas tomaram durante o avanço das instituições jurídicas, bem como a sua efetiva presença em tais ordenamentos legais, torna-se indispensável à observância destas na hora da elaboração dos mais variados sistemas normativos de direito. De modo que, estas, exercem um papel regulador, tanto das condutas morais, que formam o âmago da sociedade, quanto dos ordenamentos positivos – instituto de caráter coercitivo de desempenho. Pois, um ordenamento civil que se limita apenas à formalidade de suas leis, sem levar em conta o fator moral e os pressupostos do direito natural, corre o risco de acobertar os atos mais infelizes e injustos do agir humano, unicamente por existir previsão legal que os convalide, ou mesmo, que não os descrimine. Isso torna indispensável o estudo de tais correntes de pensamento, pois a análise teórica de tal fenômeno ajuda a entender a prática das relações jurídicas.

A interligação entre o direito natural e o direito positivo para o avanço do direito como movimento equalizador das vontades conflitantes, permite o desenvolvimento das relações intersubjetivas, visando assim, à harmonia do coletivo.

O presente trabalho tem como tema a relação do direito com a moral e a importância da aplicabilidade da lei natural no ordenamento jurídico positivo, bem como os seus efeitos e influencia social, por exemplo, no processo de elaboração e operação das leis civis.

Visto isso, o objetivo geral aqui buscado é analisar a relação do direito com a moral e indicar qual o impacto que os direitos naturais exercem no sistema positivo de direito, bem como os resultados dessa interligação. De modo a indicar quais são as consequências decorrentes de tal prática e quais as medidas a serem tomadas no caso da lei civil se mostrar inviável ao interesse da sociedade e retardatária ao progresso da companhia.

Analisando mais especificamente os objetivos desse trabalho se dividem em três objetivos. O primeiro é o estudo da relação da moral com o ordenamento jurídico positivo.

O segundo é a caracterização do jusnaturalismo, apresentando o contratualismo Lockeano como ponto de partida perante determinada concepção de direito natural.

Já o terceiro objetivo se baseia em descrever a interação entre o direito natural e o direito positivo, apresentando a necessidade da relação entre ambas as espécies de norma.

Passando para a prévia do primeiro capítulo, a pesquisa se inicia com um estudo mais aprofundado entre o direito e a moral. Também serão analisados os valores objetivos que conferem autoridade aos pressupostos legais bem como o pensamento ético entendido como um sistema organizado em determinadas premissas nas quais agem os pressupostos morais

individuais e coletivos. A partir desse estudo, a compreensão da relação entre direito natural e direito civil se torna mais acessível.

O segundo capítulo tem como enfoque caracterizar a diversidade das correntes jusnaturalistas. Apresentando o referido sistema e as suas variantes. Doutrina está na qual decorre o princípio dos direitos naturais.

Já o terceiro capítulo pretende demonstrar a importância da interligação entre o direito natural e o direito positivo. De modo a fazer uma ponte entre os dois primeiros capítulos. A ratificação deste ponto se dá pela necessidade do intercâmbio entre ambas as espécies de norma para o desenvolvimento das relações intersubjetivas. Também se pretende alcançar quais são os resultados decorrentes dessa união, isto é, apresentar os benefícios providos do seu desenvolvimento e as consequências decorrentes da sua inobservância.

A proposta metodológica do presente trabalho é a produção de um texto científico, de compreensão teórica em um primeiro momento e em seguida incorporação para a aplicação prática. No que se refere ao tipo de pesquisa realizada é utilizado o método qualitativo, explorando dados como percepções e sentimentos para tal desenvolvimento. Assim, o trabalho é redigido a partir do estudo de alguns dos mais renomados autores que se dedicaram ao assunto, aliado ao método explicativo de pesquisa. Para tanto, são utilizados livros, vídeo aulas, conversas com especialistas no assunto. Sobre o procedimento de análise, por conta do método qualitativo de abordagem, buscou-se a interação dos diversos dados e informações incorporadas nesse texto.

Ao final verificou-se que os objetivos pretendidos foram alcançados. Pelo levantamento e análise dos dados aqui utilizados, foi possível elaborar uma resposta aos problemas levantados.

Nesse sentido se percebe a relação da moral dentro de um sistema jurídico legal, bem como a importância que a lei natural possui na convalidação das normas positivas.

Para fins didáticos e de melhor compreensão do leitor, os termos, direito natural e lei natural são aqui trabalhados como sinônimos.

1 FUNDAMENTOS GERAIS DA ÉTICA E DO DIREITO

1.1 Correntes de pensamento ético

As primeiras concepções a respeito da ética surgiram na Grécia antiga, praticamente ao mesmo tempo em que a filosofia. No entanto, suas características axiológicas são praticadas entre os povos desde tempos remotos ao surgirem das primeiras *comunidades*. Assim, pelo entrelaçamento de fatores míticos e religiosos, operava-se uma tentativa de criar normas de convivência que permitissem o aperfeiçoamento da vida em comum acordo. Mas é com Sócrates que surge um novo olhar a respeito da problemática voltada à ética. O filósofo inaugura a época do racionalismo ético, antagonizando seus antecessores, dizendo que todos os homens são seres racionais, e por tanto, podem agir de acordo com a lógica e com a razão, construindo assim uma moral universal. Visto isso, de acordo com Sciacca “O homem não é apenas sentido, mas também razão: mais que ser capaz de sensações subjetivas e opiniões variáveis, como queriam os sofistas, é também capaz de conceitos imutáveis e universais” (SCIACCA, 1968, p. 54).

A respeito da concepção socrática de moral, o mesmo acreditava que aquilo que é bom vinha do proveito do coletivo sobre o individual e virtuoso era o homem que sabendo disso, agia em prol da *polis*¹ antes de seus interesses pessoais. Tal modelo é conhecida por *eudaimonia*², sobre isso o mesmo autor afirma “Para Sócrates, o bem consiste no proveito de todos. O homem agindo pelo interesse comum, ganha também a própria felicidade, que reside precisamente na consciência de agir de acordo com a justiça, no domínio de si mesmo e dos próprios impulsos” (SCIACCA, 1968, p. 57).

Para tanto, é necessário privilegiar o pensamento sobre os afetos. Desse modo o homem estaria num estado de lucidez elevado para ponderar sobre as questões da experiência. E se mesmo assim o indivíduo ainda agir de maneira irracional, seria por ignorância, ainda que, dentro de uma possível “esperteza” momentânea ele acredite que aquilo possa lhe ser o mais benéfico, fazendo do desconhecimento o maior dos males. Sobre esse tema relata Siqueira:

[...] - só pratica o mal quem ignora o que seja a virtude. E quem tem o verdadeiro conhecimento só pode agir bem. Desse modo conhecimento e virtude tornam-se

¹ Era o nome das antigas cidades gregas. Tendo em vista o modo como essas eram organizadas, também são conhecidas como Cidade-Estado.

² É um estado de plenitude do ser. Uma condição de bem estar e vida feliz. Realização da própria existência pelo encontro e aperfeiçoamento das potências do homem.

sinônimos. Com Sócrates, as questões morais deixam de ser tratadas como convenções baseadas nos costumes, as quais se modificam conforme as circunstâncias e os interesses, para se tornar problemas que exigem do pensamento uma elucidação racional. Nesse sentido, ele é o fundador da Ética (SIQUEIRA, 1999, P. 45)

Para Sócrates, a alma humana é o verdadeiro objeto do conhecimento, sendo esta entendida em conjunto com a razão do homem, meio pelo qual o mesmo pode agir de forma justa. Na razão reside a verdadeira possibilidade de alcançar a felicidade e a plenitude da vida. Nota-se então a dicotomia que Sócrates estabelece em relação ao homem, quando distingue o corpo da alma, em outras palavras, na concepção de Antiseri e Reale:

Finalmente a resposta é precisa e inequívoca: *o homem é a sua alma*, enquanto é precisamente a sua alma que o distingue especificamente de qualquer outra coisa. E por “alma” Sócrates entende a nossa razão e a sede de nossa atividade pensante e eticamente operante (ANTISERI: REALE, 1999, p. 87).

Em vista do seu método maiêutico³ de filosofar, Sócrates começou a ganhar a admiração dos jovens atenienses, porém também fez muitos inimigos. Sendo acusado de corromper os jovens da cidade e colocar em dúvida a crença nos valores da época. Assim relata Platão “-Sócrates- diz a acusação- *comete crime corrompendo os jovens e não considerando como deuses os deuses que a cidade considera, porém, outras divindades novas.*” (PLATÃO, 2000, p. 48-49).

Após ser condenado à pena morte por ingestão de cicuta e mesmo tendo a chance de fugir da prisão, Sócrates se negou a ir contra a decisão decretada pela cidade, consolidando assim sua ética diante da *polis*. Nas palavras de Bittar:

É certo que se Sócrates desejasse, poderia ter fugido a aplicação da pena de morte que lhe havia sido imposto, e os discípulos ao seu lado estavam para auxiliá-lo e acobertá-lo. No entanto a ética do respeito às leis, e, portanto, à coletividade não permitia que assim agisse (BITTAR, 2014, p. 152).

Assim, ao optar por se manter fiel a sentença de condenação a ele imposta, Sócrates afirma a predominância das leis da cidade – estado, sobre as vontades individuais. Por mais que tal decisão viesse a lhe custar a vida, o descumprimento da ordem significaria para ele ir contra o princípio da eficácia governamental, e o bem comum que tanto defendeu em seus ensinamentos. Pois se a vontade individual começar a sobressair-se sobre a vontade coletiva,

³ Método socrático de filosofar, buscando através do questionamento e da investigação, dar “luz” ao conhecimento. Pressupõe que a verdade já reside no ser humano, devendo ser extraída pela reminiscência.

logo, isso desencadearia uma sequência de vontades egoísticas dos cidadãos contra a *polis*, negando sua autonomia em prol do bem-estar individual. Desse modo, afirma o mesmo autor:

O homem enquanto integrado ao modo político de vida deve zelar pelo respeito absoluto, mesmo em detrimento da própria vida, às leis comuns a todos, às normas políticas (*nómos póleos*). O homem, assim radicado naturalmente na forma de vida comunitária, tem como dever o cumprimento de seu papel como cidadão participativo e assim integrado nos negócios públicos, deve buscar a manutenção da sacralidade e da validade das instituições convencionadas que consentem o desenvolvimento da harmonia comunitária (BITTAR, 2014, p. 158).

Platão, discípulo de Sócrates, leva adiante os ensinamentos racionalistas de seu mestre. Porém ao separar o mundo dos instintos (o mundo da vida) do mundo das ideias (mundo espiritual), ele afirma que o homem já nasce sabendo distinguir o certo do errado. Na concepção de Sciacca “O homem não poderia conhecer as essências, se tal conhecimento já não estivesse nele” (SCIACCA, 1968, p. 73).

Ele atesta que todas as coisas, além de suas particularidades instáveis, têm uma essência imutável que as fazem ser o que são, descartando a ideia de somente um sistema lógico, para uma realidade ontológica das coisas, tomado essas como verdadeiras. Sendo assim, conclui Platão que além da realidade sensível a qual o homem está acostumado, existe uma realidade superior e primeira, da qual ele chama de mundo das ideias ou mundo inteligível. Para Luckesi e Passos a respeito do mundo das ideias:

Há um mundo próprio das ideias, transcendente, fora do espaço e do tempo, além das esferas do sentir e do pensar. As ideias são a realidade, o que nós vemos como coisas e seres existentes, em nossa experiência imediata, são sombras reflexas das verdadeiras coisas (LUCKESI; PASSOS, 2000, p. 136).

As reais concepções de justiça, beleza, bondade e todas as coisas que são perfeitas e eternas, estão presentes nesse mundo transcendental, e o nosso corpo como sendo transitório entre os dois, apenas capta sentidos distorcidos dessas mesmas realidades. Sobre esse conceito Sciacca afirma:

No fundo de sua alma tem ele como um tesouro escondido que deve ser desenterrado e restituído ao primitivo esplendor que o corpo ofuscou caminho do estímulo das coisas sensíveis. As belas coisas, por exemplo, não são o belo, mas para despertar na alma a intuição primitiva de beleza, a fazê-la recordar a verdade esquecida. O conhecimento para Platão é lembrança (anamnésia). A experiência externa é um ensejo para fazê-las recordar a verdade que já está nela, anterior aquela (SCIACCA, 1983, p. 73).

Em oposição, o mundo dos sentidos seria o mundo das aparências, o espaço onde as coisas ganham novas formas a depender das interações e das interpretações. Nas palavras de

Siqueira “As aparências constituem assim o mundo dos sentidos, o mundo sensível em que tudo é instável e variável, de acordo com as circunstâncias e os pontos de vista” (SIQUEIRA, 1990, p. 50).

Para Platão a transitoriedade dos instintos não é a veracidade da existência do homem. Esta só é encontrada na dimensão inteligível, alcançada em plenitude depois de superado a percepção sensível, tomando como vida boa, aquela devotada ao pensamento, considerada por ele a essência da alma do homem. Pois, como afirma de Sciacca “A existência veraz não é a vida mundana, sempre sujeita às perturbações dos sentidos, ao variar das vicissitudes externas, mas a que começa depois da morte do corpo” (SCIACCA, 1983, p. 80).

Porém o mesmo também entende que pelo tempo em que a alma for um hospede no corpo, este por vez, precisa ser disciplinado a não ceder aos apetites da vontade irracional, inclinando-se sempre ao mundo inteligível, embora para Platão, a educação do corpo e dos sentidos não era o ápice de sua filosofia ascética, tarefa essa desempenhada por seu antecessor Sócrates. Ainda para a mesma autora.

A “disciplina dos sentidos” e o domínio de si mesmo, em que reside toda a ética de Sócrates, em Platão representam apenas um momento transitório de ascese moral (como o conceito nos resultou um momento transitório de ascese dialética), que culmina na mortificação dos sentidos”, a condição necessária para que a alma goze de perfeita e completa beatitude no reino do completíssimo e perfeitíssimo ser. (SCIACCA, 1983, p. 82).

Já a ética aristotélica não se baseia nessas premissas. Apesar de Aristóteles ser discípulo de Platão, ele não concorda com uma distinção entre mundos, mas vê o corpo e a alma como parte do mesmo ser. Na concepção de Passos “Diferentemente de Platão, seu mestre, não desprezou o mundo sensível, muito pelo contrário, buscou unir as observações dessa ciência e a filosofia” (PASSOS, 2004, p. 34).

Aqui a virtude consiste em viver de acordo com a razão e a finalidade do homem passa a ser a busca pela felicidade. Nessa linha de pensamento ressalta a autora supracitada “Entendia a moral como um conjunto de qualidades que definia a forma de viver e de conviver das pessoas, uma espécie de *segunda natureza* que guiaria o ser humano para a *felicidade*, considerada a aspiração da vida humana” (PASSOS, 2004, p. 34).

Para Aristóteles o bem viver é alcançado pelo bem agir, e as virtudes morais são resultados do hábito harmônico com a razão, oscilando entre dois meios viciosos, a falta e o excesso, ou seja, para Aristóteles o conhecimento é adquirido ao longo das experiências por meio do exercício equilibrado entre ambos os extremos. Assim, a ética da virtude consiste na

vontade do ser em se manter equilibrado. A respeito do equilíbrio de Aristotélico, Passos coloca:

O bem moral consistia em *agir de forma equilibrada* e sob a orientação da razão. O “meio termo”, o ponto justo levaria à felicidade, a uma “vida boa e bela”, não como privilégio individual e sim coletivo, pois considerava que o bem individual não poderia estar em desacordo com o bem social (PASSOS, 2004, p. 35).

Desse modo, com o passar do tempo o homem se adaptaria a prática das boas ações, passando então a sentir prazer em fazê-la, tarefa essa, segundo Aristóteles, cabível aos legisladores. Em suas palavras “[...], os legisladores tornam os cidadãos bons cidadãos habituando-os a agir bem - é este de resto o seu propósito” (ARISTÓTELES, 2009, p. 41). Porém, mesmo diante da mesma situação, comportamentos distintos podem ser observados em diferentes indivíduos, ou seja, mesmo em situações semelhantes, o homem pode optar entre ser corajoso ou se acovardar. Pois para o mesmo autor:

Uns conseguem tornar-se temperados e gentis, outros, porém, tornam-se devassos e são irascíveis. Resulta, então, destas considerações que é a respeito das mesmas situações, que definem comportamentos contrários, ou seja, que é possível portarmo-nos de modos diferentes (ARISTÓTELES, 2009, p. 41).

Aristóteles afirma que a justiça não está na ideia de igualdade geral, mas na premissa de justa proporção das ações, sendo necessário tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Desse modo, traz Sciacca “Aristóteles acha que a justiça implica não em igualdade, mas em proporção correta, o que somente *algumas vezes* é igualdade” (SCIACCA, 1983, p. 202). Assim um dos fatores determinantes desse ideal de justiça é a condição em que os envolvidos se encontram em especial, a condição social, visto que, Aristóteles era um adepto da escravidão. Assim, aquele que possui (senhor) não pode ser tido como injusto com o seu possuído (escravo) unicamente pelo ato de possuí-lo.

Por conta disso, ele acredita que exista uma evidente distinção entre os homens, sendo alguns mais virtuosos e mais dignos de honra que outros, ou como ele chama o homem “magnânimo”. Seriam esses aqueles seres de “alma grande”, os mais elevados, dotados das mais altas virtudes, e pelo esplendor de sua grandeza, devem ser bons. Poucos homens podem ser classificados nessa categoria, pois as virtudes desses dependem de grande parte da sua posição social. E na condição de homens livres, são membros ativos da comunidade, utilizando-se da ética na política. Ainda para o mesmo autor “Aristóteles considera a ética como um ramo da política, e não é de se estranhar que, depois de seu elogio do orgulho, a

gente verifique que ele acha a monarquia a melhor forma de governo e, depois dela a aristocracia.” (SCIACCA, 1983, p. 204).

Aristóteles é também um adepto da soberania do direito natural sobre o direito estritamente legal, embora não o desclassifique. Define o primeiro por ser um direito que possui vigência em qualquer tempo e lugar, isto é, dota-se de validade universal, pois tais normas não dependerem da observância pessoal, classificando o justo e o injusto como valores absolutos, representados pelo operar humano. Encontrasse essa ideia no seguinte trecho:

Da justiça política, uma é parte *natural*, a outra é *legal*. A natural tem em qualquer lugar a mesma eficácia, e não dependem das nossas opiniões; a legal é, em sua origem, indiferente que se faça assim ou de outro modo; mas uma vez estabelecida, deixa de ser indiferente (ARISTÓTELES *apud* BOBBIO, 1997, p. 33).

Porém o direito natural não regula todas as ações possíveis, assim, aquelas que não são abrangidas por este, passam a valer na esfera do direito positivo, tornando a lei civil uma obrigatoriedade por meio de comandos e restrições, baseadas nos princípios da lei natural. Nas palavras de Bobbio “as ações regidas pelo direito positivo são aquelas que seriam livres, não fosse o comando ou a proibição do direito positivo” (BOBBIO, 1997, p. 34).

Desse modo, a matéria do direito natural é aquela que se refere aos comportamentos anteriores a validação da norma legal, servindo de referência para a construção do direito positivo, que por vez, atua como reforço para o direito natural.

Saindo da idade antiga e entrando na idade média, o pensamento filosófico grego passa por um processo teológico. Em consequência, novas concepções de ética se fazem presentes. Agora, no mundo ocidental, a igreja católica na sua predominância estatal era o que havia de mais influente entre instituições organizadas, e passa a reger a vida dos homens com uma ética institucionalizada na lei divina, resultando nas mudanças que se seguiram. Sendo assim, as excelências do mundo grego perdem espaço para novas virtudes morais que fundariam os alicerces das gerações futuras. Quase tudo seria reconfigurado. Assim, na visão de Bittar:

A ética cristã estabelece parâmetros revolucionários para a história da ética. Profundamente imbricados à cultura ocidental, esses parâmetros se veem vivamente presentes e atuais na consciência popular, nos atos, nos gestos, nas cobranças, nos comportamentos, nos padrões de moralidade... (BITTAR, 2014, p. 234).

Aqui as virtudes do homem “magnânimo”, antes tão aclamadas pelos gregos não são mais compatíveis ao pensamento cristãos, pois nesse período histórico a ideia de igualdade é predominante a de superioridade, e valores como a honra e orgulho, são substituídos pela humildade e servidão a Deus – embora não percam total importância. Nesse contexto Sciacca acrescenta:

O ponto de vista estoico-cristão requer uma concepção da virtude muito diferente da de Aristóteles, já que deve afirmar que a virtude é possível tanto para o escravo como para o amo. A ética cristã desaprova o orgulho, que Aristóteles considera uma virtude, e louva a humildade, que ele considera um vício. As virtudes intelectuais, que Platão e Aristóteles valorizam acima de todas as outras, tem de ser arrancadas da lista para sempre, afim de que o podre e o humilde possam ser tão virtuosos como qualquer outro. (SCIACCA, 1983, p. 205).

Para o cristão, as ações devem ser antes de tudo desinteressadas de benefício próprio, sendo a boa conduta aquela que não se preocupa em obter um resultado vantajoso, mas que a própria ação seja vista como virtuosa, ou seja, o ato é bom quando movido pelo desinteresse, resultado do amor ao próximo. Nesse ponto, ainda para a mesma autora “os moralistas cristãos afirmam que, conquanto as consequências das ações virtuosas são, em geral, boas, não são *tão* boas como as próprias ações virtuosas, que devem ser valorizadas por si próprias, e não devido a seus efeitos” (SCIACCA, 1983, p. 207).

Santo Agostinho é o principal pensador da era patrística. Em sua concepção a vida boa é aquela voltada a Deus, tendo como a maior virtude do homem a devoção ao divino e sua maior derrota a entrega ao pecado. A ética agostiniana tem como premissa central a redenção da alma, utilizando para tanto os textos sagrados, como uma espécie de código moral, juntamente com o exercício filosófico da descrição da realidade e argumentos lógicos. O homem desenvolve então em seu íntimo, com a “ajuda” de Deus, a própria personalidade moral, pois ele é antes de tudo, sua criação. A respeito dessa consciência moral Sciacca trás “Uma ação é subjetivamente boa se feita conforme a consciência da ordem dos seres; má, se disforme a ela. No caso afirmativo, a norma se torna consciência pratica” (SCIACCA, 1983, p. 243).

Ele adapta a concepção de mundo das ideias de Platão para o pensamento cristão, que passa a ser chamado então de paraíso. Assim, centraliza a busca da perfeição moral a devoção a Deus. Para os Reale e Antiseri “Na realidade, a doutrina agostiniana é a doutrina platônica transformada com base no criacionismo e a similitude da luz é aquela já usada por Platão *em a república*, conjugada com a luz de que falam as Sagradas Escrituras” (REALE e ANTISERI,

1999, p. 443). Neste primeiro período histórico cristão, salienta-se a soberania da fé e da razão, e a falta de distinção entre teologia e filosofia.

Diferentemente, no período da escolástica, São Tomás de Aquino, o filósofo de maior destaque desse movimento, enfatiza o uso da razão e da argumentação na filosofia, resgatando as concepções do pensamento aristotélico e moldando-as para o pensamento cristão, o que acabaria definindo o curso da igreja católica nos próximos séculos. Sendo assim, coloca Russell “Nas linhas gerais a filosofia de S. Tomás concorda com a de Aristóteles, e pode ser aceita ou rejeitada na mesma proporção. A originalidade de S. Tomás está na adaptação de Aristóteles ao dogma cristão com alteração mínima” (RUSSELL, 1961, p. 437). Encontra-se essa confluência de pensamentos quando ele trás o conceito de *sindérese*⁴, nomenclatura pautada sobre a ideia da ética exercida com a influência da razão prática, isto é, tanto em São Tomás quanto em Aristóteles à boa ação decorre a partir do conhecimento adquirido pelas experiências e pelos hábitos vivenciados pelo ser. Todavia, a capacidade de apreensão já se encontra no homem de modo natural.

Acredita que a beatitude maior do homem é aquela entregue a Deus e apesar do mesmo ter liberdade para escolher um caminho alternativo, este ao fazê-lo, cairia em desgraça. Nas palavras de Thonnard “Assim, porque o objeto do apetite intelectual é o bem como tal, a verdadeira beatitude do homem não pode ser outro senão a posse de Deus” (THONNARD, 1968, p. 379).

Assim como Aristóteles, São Tomás é um defensor dos direitos naturais, porém, os classifica sobre uma concepção teológica de mundo. Assim, a lei natural passa a ser a lei de Deus. O homem por ser uma criatura livre pode escolher segui-las ou não. No entanto, mesmo que prefira ignorá-las, essas não perderiam a validade, podendo ser alcançadas por intermédio da razão. Concernente a isso se tem a seguinte passagem “A lei natural é o modo como uma ordem cósmica, emanada de Deus, manifesta-se naquele aspecto da criação que é a criatura dotada de razão, isto é, o homem” (COTTA *apud* BOBBIO, 1997, p.38).

Portanto, fica claro na concepção tomista a superioridade do direito natural ante o direito positivo, pois segundo o mesmo, para uma lei possuir validade ela precisa ser justa, isto é, estar em conformidade com a lei natural.

Avançando alguns séculos, na idade moderna os alicerces da cultura clássica são retomados como valores éticos. Os movimentos renascentistas e iluministas começam a resgatar aquilo que antes havia sido as características principais do pensamento antigo,

⁴ Na filosofia moral do período escolástico, é a capacidade espontânea da razão prática para a apreensão dos princípios morais universais, isto é, uma orientação natural de compreensão do comportamento moral.

podendo essa época ser entendida como uma “revolução ante-escolástica”. Nas palavras de Passos sobre a modernidade “A modernidade, estabelecida entre os séculos XVI e XIX, difere da anterior em todos os aspectos: econômico, político, social e espiritual” (PASSOS, 2004, p. 40).

Baruch Spinoza, filósofo desse novo período, dedica grande parte de sua obra ao amor a Deus. Porém, agora diferente dos escolásticos, o classifica como entidade imanente do mundo, ou seja, ele é um só com a natureza, é parte dela, não está acima nem fora, mas dentro, e dentro do próprio homem, de modo que, Deus e a natureza constituem o mesmo ser. Na colocação de Antiseri e Reale:

Também se destaca claramente, no pensamento spinoziano, a centralidade da ideia de *Deus*, entendido como *ordem eterna da natureza*, uma só coisa com a própria natureza e com suas leis necessárias, ficando clara também a função determinante que tal ideia está destinada a desempenhar na reconstrução da vida do homem e do seu significado (ANTISERI; REALE, 1999, p. 412).

O homem novamente ganha a autonomia perdida no mundo medieval, e a liberdade passa ser a consciência daquilo que é necessário, e não a sua negação. Para Spinoza “Pertence à natureza da razão considerar as coisas não como contingentes, mas como necessárias” (SPINOZA *apud* SÁ, 1998, p. 29).

A moral spinosana é puramente “indicativa”, pois deriva de uma determinação universal, negando a liberdade do homem. Nas palavras de Thonnard “Mas a moral de Spinoza funda-se na negação da nossa liberdade e na afirmação do determinismo absoluto” (THONNARD, 1968, p. 517). Sendo os atos humanos, obras da vontade de Deus, e esse é pura bondade, todos os atos são moralmente bons, porém em graus de bondade diferentes. Assim as ações não seriam más, apenas desestimáveis. Ainda para o mesmo autor:

Deste ponto de vista o mal, mesmo moral, já não tem sentido; porque todos os acontecimentos são manifestações necessárias da província de Deus que é, por essência, a Bondade. Por tanto tudo é bom: os crimes como as virtudes, tudo está justificado pelo fato de existir. Somente nem tudo no mesmo grau de bondade (THONNARD, 1968, p. 517).

Ele também classifica a potência do homem como sendo a sua essência. Potência essa regida de forma oscilante entre os sentimentos de alegria e tristeza, que segundo Spinoza, são os mais célebres dos afetos. A alegria seria então provocada pelo mundo, quando o indivíduo é afetado de forma singular pelo mesmo, sofrendo assim um ganho de energia igualmente exclusiva, ou seja, ocorre a passagem de um estado mais potente e perfeito do próprio ser – aquilo que agrada alguém pode desagradar outro alguém. E a tristeza por vez, predomina

quando o mundo, sobre as mesmas premissas, alavanca a potência de agir, carecendo o indivíduo de energia. No entendimento de Thonnard:

Progredindo, o desejo fundamental ou tendência da alma subdivide-se necessariamente e unicamente em duas afeições: a tristeza e a alegria. Se, com efeito, encontra um obstáculo que o limita e o diminui, torna-se *tristeza* que é diz Spinoza “uma menor ação” e que define: “A paixão pela qual a alma passa a uma menor perfeição”. Se pelo contrário as circunstâncias o favorecem, o desejo expande-se na alegria que é “a paixão pela qual a alma passa a uma perfeição maior”. (THONNARD, 1968, p. 517).

Portanto, tanto as coisas quanto as ações, nunca poderiam ser boas ou más em si, por não possuírem valor intrínseco. Assim, dependem de atribuição de valores individuais impostos pelo homem. Essas atribuições, no que lhe concernem, são realizadas através do conhecimento adquirido pelas experiências vividas, seguidas de uma compreensão racional, ficando a cargo daquele que as vivenciou determinar com o uso da razão, quando algo é considerado bom ou mau. Desse modo entende-se que o primeiro princípio da filosofia de Spinoza é a auto conservação. Pois, como ressalta Bittar:

As coisas são avaliadas, no campo da ética, ou como boas, ou como más, ou como indiferentes, nem boas nem más. Conforme essa avaliação é que serão evitadas ou perseguidas, de modo que aquilo que é causa de tristeza, e que diminui uma capacidade de realizar algo, será afastada, enquanto aquilo que é causa de alegria, dará origem à aproximação, à afinidade, à busca, á perseguição (BITTAR, 2011, p. 319)

O homem é habilitado ao exercício da ética por conta da sua racionalidade, diferenciando-se dos demais seres que agem por instinto. Pois a ideia de virtude está ligada a consciência perceptiva das coisas, isto é, da compreensão deriva a razão.

Avançando por volta de um século, Immanuel Kant é o próximo nome a ser elencado no rol dos grandes pensadores. Uma das premissas de sua filosofia está em demonstrar a insuficiência do sistema racional como instrumento para se alcançar um esplendor de felicidade. Sua visão parte da crítica à razão pela sua incapacidade de prover todas as elucidações e de fornecer todos os silogismos imprescindíveis para esclarecer à consciência o porquê das coisas, ou mesmo, da própria existência humana e das escolhas morais.

Se por um lado, Kant está tentando expor esta insuficiência na resolução dos conflitos éticos e existenciais, por outro, ele afirma que não é unicamente voltando-se para as experiências sensíveis que se desfrutará dos meios para se alcançar esses quesitos. Evidencia-se essa racionalização no seguinte trecho de sua obra:

Eis aqui, pois, o limite supremo de toda a investigação moral. Determina-lo, entretanto, é de grande importância para a razão, por parte, não vá buscar no mundo sensível, de modo a prejudicial aos costumes, o motor supremo e um interesse concebível, sim, mas empírico, e, por outra parte, para que não articule infrutuosamente as suas asas no espaço, para ela vazio, dos conceitos transcendentais, sob a denominação de mudo inteligível, sem adiantar-se sequer em um passo e perdendo-se entre fantasmas (KANT *apud* BITTAR, 2011, p. 372).

Ao invés de colocar a felicidade como a finalidade da ação humana, o filósofo atribui ao dever esse propósito, usando para tanto uma regra apriorística racional e universal encarregada solucionar os conflitos da ética. Rejeitando todo ato que parecesse uma sujeição às leis morais motivadas pelo interesse pessoal, ele fundamenta a prática moral sobre uma máxima universal, acreditando que todos os homens são dotados de uma mesma racionalidade. Por conta disso, o mesmo desenvolve uma espécie de fórmula para os dilemas morais, denominando-a de imperativo categórico. Esse gira em torno de agir de tal maneira a poder, sem contradições, tornar uma ação universalmente reproduzível, fazendo da razão, a chamada lei moral.

Assim, a ação vale por si mesma, pois não se reporta a nenhuma outra finalidade, além da pretensão da máxima que decreta, ou seja, apenas visa tornar sua ação universal. De sua observância provem a felicidade, mas não a tem como fim.

Diferentemente, encontra-se em sua tese o imperativo hipotético, esse exige a prática da ação em casos específicos, isto é, a ação não se estende com a intenção de se tornar uma máxima absoluta, mas apenas determina um meio para se alcançar determinado resultado. Eis que coloca Kant “Ainda bem; se a ação é boa só como meio para alguma outra coisa, então é o imperativo *hipotético*; mas se a ação é representada como boa *em si*, isto é, como necessária numa vontade conforme em si mesma com a razão, como um princípio de tal vontade, então é o imperativo *categórico*” (KANT *imput* BITTAR, 2011, p. 374).

A respeito da moral kantiana, sua tese tem que como essência moral o agir pelo dever, contendo a finalidade da ação moral nela mesma e abolindo a ideia de exterioridade na prática, isso é não se projetar no ato um interesse posterior. Assim, a ética está baseada no compromisso de seguir um preceito moral com fim nele mesmo, seguir o dever pelo dever, e não pelo fato de se tratar de um dever. Nesses termos Russell coloca “A moral só existe quando o homem atua segundo o dever; não basta que o ato seja tal como o dever *pode* ser prescrito” (RUSSELL, 1961, p. 648). O que é relevante para ele não é se a ação foi boa ou má, mas sim, a intenção por trás do ato que motivou o agente, considerando virtuoso, aquele que age por desinteresse, faz o certo por ser o certo a se fazer. Referente a isso, autor

supracitado afirma, “Mas ele acentua que a virtude não depende do resultado da ação, mas do princípio de que ela resulta” (RUSSELL, 1961, p. 649).

Ele entende que a liberdade está autenticamente ligada à percepção de autonomia, pela capacidade de agir de acordo com as premissas do imperativo categórico. Por conta disso, no sistema moral kantiano, o homem configura-se por ser racional, tendo fim em si mesmo. Em outras palavras, tem o domínio de si e a capacidade de governar-se, de modo que, os homens em geral sempre devem enxergar suas relações como um fim e nunca como um meio. Nas palavras de Kant “Agora eu afirmo; o homem, em geral, todo ser racional, *existe como fim em si mesmo, não só como meio para qualquer uso desta ou daquela vontade*” (KANT *imput BITTAR*, 2011, p. 377).

Já ao tratar sobre a relação entre o Direito e a Moral, Kant, distingue ambos como sendo duas partes diferentes do mesma realidade, colocando o Direito como pertinente à exterioridade e a moral referente à interioridade. Enquanto o saber ético se preocupa com o cumprimento do dever pelo dever, o agir jurídico pauta-se sobre a coercibilidade da lei e a sua observância. Todavia, a mesma não é realizável exclusivamente por seu caráter positivista sendo que por trás dela, podem existir outros elementos que movem o homem ao seu cumprimento, como por exemplo, o medo da repreensão, o desejo de manter-se afastado das penalidades estatais, o constrangimento, exposição, etc.

Saindo do pensamento Kantiano, a próxima grande corrente digna de análise é o utilitarismo. Tese criada e desenvolvida por seu preceptor Jeremy Bentham influenciou diversos sistemas normativos bem como decisões judiciais e políticas.

Nessa concepção filosófica, aquilo que é tido como justo representa a boa conduta, conceituada pela obtenção da máxima extensão de felicidade, e a redução da dor para o maior número de pessoas possível, tendo então essa máxima como o caminho da verdade. Desse modo, afirmam Antiseri e Reale “Jeremy Bentham é o fundador do utilitarismo, cujo princípio fundamental *é a máxima felicidade possível para o maior número de pessoas possível*” (ANTISERI; REALE, 1986, p. 312).

Assim ele explica que no campo da moral utilitarista, só dois afetos são realmente relevantes no cotidiano, sendo eles o prazer e a dor. Por isso, os únicos motivos que incentivam o homem seria aumentar o prazer e reduzir a dor. Visto isso, colocam os autores supracitados “No domínio da moral sustentava Bentham, os únicos fatos verdadeiramente importantes são o *prazer* e a *dor*, alcançar o prazer e evitar a dor, esses os únicos motivos da ação” (ANTISERI; REALE, 1986, p. 312).

Desse modo, sua ética utilitária, justifica o fim de uma ação pelo seu meio, aonde o bom é classificado como útil, na média em que a ação seja capaz de proporcionar prazer. Porém, a máxima da felicidade não é o fim, mas uma consequência. No pensamento de Bentham, os resultados do cálculo social, dos ganhos e perdas, regidos pelos interesses conflitantes, devem direcionar a felicidade hedonista. Portanto, como coloca Bittar “A felicidade não é almejada em si por si, mas surge como decorrência das medidas empreendidas pelo legislador na sociedade, e pelo indivíduo na administração de si. Onde está a utilidade, está à felicidade” (BITTAR, 2011, p. 354). Todavia, para Bentham não existe distinção entre os prazeres, de modo que, os mesmos se fundamentam numa escala única de valor quantitativo.

John Stuart Mill, um estudioso do pensamento de Bentham, se espelhou em suas ideias para desenvolver a própria visão do utilitarismo. Para ele o indivíduo passa a ser considerado como a expressão da utilidade. Aqui o valor não está na conduta, mas na consequência, agindo bem o aquele que consegue promover o máximo de prazer e provocar o mínimo de dor, valendo-se desse preceito com um critério de moralidade. Na concepção de Mill:

O credo que aceita a utilidade, ou o Princípio Maior Felicidade, como fundamento da moralidade, depende que as ações estão certas na medida em que tendem a promover a felicidade e erradas na medida em que tendem a produzir o reverso de felicidade (MILL, 2005, p. 48).

Segundo Mill, o valor da experiência reside tanto na sua durabilidade quanto na sua qualidade, de forma a qualificar os prazeres superiores pela apazibilidade resultante. No entendimento de Mill “De dois prazeres, se houver um ao qual todos ou quase todos aqueles que tiverem a experiência de ambos derem uma preferência decidida, independentemente de sentirem qualquer obrigação moral para preferi-lo, então será esse o prazer mais desejável” (MILL, 2005, p. 50). Desse modo, um prazer inferior só poderia sobrepujar-se em relação a um prazer superior caso ocorra uma modificação de qualificação pelos próprios agentes que o valide de tal forma. Para tanto, não bastaria apenas que a durabilidade da ação sofresse uma transformação, mas consigo a qualidade da mesma. Essa modificação pode ser resultado da congruência de novos valores propostos, porém o credo utilitário se manteria o mesmo.

Percebe-se então que sua teoria utilitária é pautada por princípios consequencialistas que instituem propriedades morais a depender do caso em particular, determinando a utilidade das condutas por sua efetividade prática, isto é, caso o resultado de uma ação for favorável ao maior número de pessoas, então essa ação será moralmente correta, porém, caso os resultados não forem positivos para a maioria, tal ação será considerada imoral. Assim, independente da

ação que venha a ser praticada o valor da conduta se encontra nas vantagens resultantes ou nas consequências desse ato.

Assim, entende-se que a ação humana está relacionada com a interação das causas de dor e prazer. Por conta disso, o homem busca ao máximo aumentar seus níveis de prazer e assim ser feliz, e com a mesma intensidade, tenta diminuir a proporção da dor, escapando da infelicidade. Nesse sentido o legislador fará o cálculo da gravidade dos afetos e então redigirá as leis. Se a soma dos atributos elencados resultar em malefícios para a sociedade, haverá de serem julgadas inadequadas. Mas se o oposto se der, gerando benefícios ao meio social, tais leis serão úteis e, portanto, verossímeis num sistema utilitário – supremacia do interesse público sobre o particular.

Passando para o pragmatismo americano, tendo como cofundador William James, a boa conduta é aquela em que o agente consegue alcançar o resultado que esperava com a prática da ação. Aqui não se age bem no fracasso nem se age mal na vitória. De acordo com Passos “No que se refere à moral, algo é bom quando conduz à obtenção de um fim exitoso” (PASSOS, 2004, p. 45).

Nessa doutrina tem-se a identificação da verdade com a utilidade, no sentido de ver o útil como o único caminho da verdade. Portanto, dizer que algo é bom é equivalente à obtenção eficaz de um resultado praticado pelo condutor da ação. Na mesma linha de pensamento a autora afirma que “Para ele a *verdade é o útil*, ou seja, o que melhor ajudar os seres humanos a viverem e conviverem” (PASSOS, 2004, p. 45).

Na moral pragmática não existem pretensões universais. Em decorrência disso, valores e princípios morais deixam de ser objetivos, pois agora o valor do bom é estipulado de acordo com cada situação em particular. Ainda para a referida autora “O que é bom ou mal é relativo, variando de situação. Depende da utilidade para atividade prática” (PASSOS, 2004, p. 45).

Entrando em outro campo do pensamento ético, com premissas até então pouco exploradas, os preceitos da razão, à luz da percepção Nietzscheana passam por um processo de transvaloração, deixando essa de ser o ponto central da vida do homem, para ser apenas uma alucinação do mesmo, uma forma de fuga do mundo da vida. Ele não aceita a moral tradicionalmente concebida, colocando que esta não é uma realidade em si mesma, e que apenas existem interpretações morais dos fenômenos. Em suas palavras “Não existem fenômenos morais, mas interpretação moral dos fenômenos” (NIETZSCHE, 1991, p. 102). Com isso ele pretende fazer um resgate as origens do homem, sobre uma investigação objetiva deste, sobre o propósito de refundar a moral até então consolidada, por meio desse método genealógico.

Alerta então sobre a opressão do passado moral que decorre pelos séculos, impedindo a verdadeira prática do pensamento livre, pelo fato de submeter o homem a padrões morais passados e opressores da vontade.

Nietzsche então critica os valores morais regradados no cristianismo, inspirados na metafísica platônica, afirmando que a religião cria uma moralidade de rebanho, ou como ele coloca uma moral de senhores e escravos, limitando assim o desenvolvimento das forças vitais do homem, impossibilitando-o de exercer sua máxima potência. Desse modo na visão de Antiseri e Reale sobre a moral de Nietzsche:

Moral é hoje, na Europa, moral de animal de rebanho: portanto, como entendemos as coisas, somente uma espécie de moral humana, ao lado da qual, antes da qual, depois da qual, muitas outras morais, e antes de tudo, superiores são possíveis, ou deveriam ser (ANTISERI; REALE, 1999, p. 391).

Segundo Nietzsche, a moral é de natureza cristã e inviável, criada pelos seres reativos com a intenção de restringir a capacidade dos ativos, trazendo-os assim para o seu nível. Nas palavras de Passos a respeito da moral Nietzscheana a autora declara que o mesmo “Disse que a sociedade ensina os indivíduos a viverem de acordo com um moralismo doentio, que desclassifica o que existe de mais humano, como os sentimentos e os instintos” (PASSOS, 2004, p. 44).

Nietzsche chega à conclusão de que os comportamentos morais predominantes na atualidade provem de uma vontade reativa dos homens alimentada pelo ressentimento. Enquanto a ação moral do aristocrata, classe muito aclamada por ele, nasce de uma afirmação de sua própria soberania, a moral escrava advém de uma reação da plebe, na tentativa de se igualar ao nobre. Percebe-se tal argumento em suas palavras:

Enquanto toda moral aristocrata nasce de uma triunfante afirmação de si mesma, a moral dos escravos opõe um “não” a tudo o que não é seu; este “não” é seu criador. Esta mudança total do ponto de vista é própria do ódio; a moral dos escravos necessitou sempre de estímulos externos para entrar em ação; a sua ação é uma reação (NIETZSCHE, 1991, p. 11).

Dessa disputa entre senhores e escravos surge a moral tradicional europeia, com todos os desgostos e inibição que traz consigo vista por Nietzsche como medíocre e degenerada, uma moral opressora, responsável pela fuga da responsabilidade dos homens, decorrente de um grande erro do passo que se alastrou até aos dias atuais. Percebe-se que não faz parte da sua filosofia a preocupação por uma moral universal e racional, como é típico na filosofia de Kant.

Pelo fato do mundo ser um espaço de acontecimentos inéditos e ininterruptos não se pode querer estabelecer valores e preceitos universais decorrentes de formulas morais. Assim, Nietzsche deseja que o homem seja inteiramente homem, que possa alcançar a plenitude de sua potência, que seja um espírito livre, e assim o fara quando romper com as amarras que o forçam a conformar-se com uma moral de escravos e livra-se da metafísica incansavelmente imposta.

Por não aceita nenhum tipo de transcendência, ataca fortemente o mundo das ideias de Platão, dizendo que o único mundo que existe é o mundo dos afetos, das pulsões, das inclinações, dos sentidos, em outras palavras, o único mundo que existe é o mundo da vida. Tendo essa concepção em mente, sua filosofia se baseia no que muitos autores chamam de vitalismo.

O último grande nome que fecha a caminhada ética desse capítulo é Jean-Paul Sartre. Filósofo considerado existencialista por centrar sua filosofia na existência humana. Tem a liberdade como característica fundamental do ser. Para ele o homem é em qualquer circunstância livre, pois sua existência precede a sua essência, isto é, não se pode definir a natureza de alguém, em atos isolados, mas somente no curso e conclusão de uma vida. Assim, somente após a análise de suas ações, seria possível determinar a sua essência, visto que, a sua existência antecede aquilo que ele é e vira a ser.

Mesmo diante das mais adversas situações, o homem pode escolher entre enfrenta-las, recuar ou até mesmo não fazer nada. Portanto, para se definir a essência de uma vida inteira é preciso que antes essa vida tenha se completado. A respeito da liberdade estudada por Sartre, Passos traz que para o ele “Só a *liberdade* decide, e como não existem parâmetros, leis, normas, a liberdade torna-se o fim da moral e o valor mais importante.” (PASSOS, 2004, p. 45).

Na perspectiva Sartriana, o homem é um ser *condenado* à liberdade, caso que muitos gostariam de não ser, tendo em vista que a liberdade implica na escolha de alternativas, estas que muitas vezes são angustiantes e entristecedoras de serem feitas, pois requerem atribuição de valores e o descarte das alternativas não escolhidas. Ainda segundo Passos:

A ética baseia-se na *liberdade* como fim, de modo que são os seres humanos que vão atribuir valor ao mundo, pois ele não tem valor nem sentido. Os seres humanos vão lhe atribuindo valor, a partir de sua experiência concreta e de suas escolhas. Assim, o valor do ato moral não se dá pela submissão a princípios estabelecidos e sim pelo uso que o sujeito fizer de sua liberdade (PASSOS, 2004, p. 45).

Frente as correntes filosóficas apresentadas, percebe-se que o pensamento ético passou por diversas transformações e interpretações ao longo dos séculos, transitando por diferentes áreas de atuação e sendo incorporado em variadas formatações. Também se conclui que o valor por trás de uma ação, varia tanto em relação ao indivíduo quanto a época e o lugar em que ocorre o ato, caracterizando a ética como um fenômeno temporal. Sua relação com o direito não é estranha a esse padrão. Pois a norma jurídica está sempre em constante transformação e adaptação a depender das necessidades que se apresentam e das dificuldades específicas que são formadas. Todavia, existem alguns preceitos que atravessam os séculos e as eventuais reformas normativas, por serem indispensáveis ao desenvolvimento das relações intersubjetivas.

Sobre as diferentes correntes de pensamento ético, apresentadas nessa primeira parte, de alguma forma, todas influenciam na criação das leis e no aperfeiçoamento dos Estados. Não longe do sistema jurídico com estrutura de convivência, se relaciona a lei moral. Está, será vista com maiores esclarecimentos nos capítulos que se seguem.

1.2 Ética e os conceitos gerais

Classificado como uma criatura consciente, o homem é um ser dotado de atributos exclusivos que o diferem do restante da natureza. Em destaque, encontra-se a capacidade de deliberação sobre atos e escolhas. Envolvido por um processo seletivo dos afetos, direciona sua vontade e a converte em uma medida prática fundamentada pela liberdade racional. É nessa consciência moral que reside o pensamento ético. Portanto, a ética está relacionada tanto com a liberdade de escolha quanto com o ato moral e os motivos que o conduziram, sendo impossível o seu exercício sem a menção e a comunicação desses fenômenos.

A ética é a ciência que rege o campo das relações intersubjetivas, voltadas ao aperfeiçoamento do convívio social, por meio da troca acordada de valores. Assim, o agir ético é o conjunto de certas máximas morais convertidos em atos, direcionados ao desenvolvimento prático da sociedade. Esse movimento também é o princípio que estrutura o processo de elaboração e aplicação das leis civis.

Porém, tais medidas não se restringem apenas as forças e pulsões do próprio agente. Na intensidade em que esse é afetado pelo meio, suas vontades que inicialmente começaram com motivos exclusivos de benefício, podem vir a expandir-se para toda a coletividade alcançável. Assim, na medida em que um conjunto de ações individuais consente entre si,

moldando-se objetivamente e ampliando seus horizontes de consciência, surgem os aprimoramentos nas relações intersubjetivas. Sobre isso, coloca Bittar:

Nessa medida, pode-se adiantar que da composição de ações individuais dá-se início ao processo de aglomeração de ações individuais, até a formação da intersubjetividade, momento desse processo que se torna difícil separar uma ação individual da outra, uma contribuição individual da outra, dentro de um grande emaranhado de ações que se relacionam (BITTAR, 2014, p. 26).

Quando se trata do comportamento moral, este não pode ser definido por si só ou caracterizado por uma única operação, mas sim, por uma sequência de atos onde os pressupostos sensíveis são ponderados pela razão. Isto é, diante de uma ação moral isolada, não existe um conteúdo moral estabilizado, pois frente à mesma situação, o indivíduo que ocasionalmente teve uma determinada conduta, sobre outras condições, pode vir a agir em desacordo com o evento anterior. Sendo assim, uma ação moral aleatória não faz referência a uma prática com conteúdo fixo. Sendo tal fenômeno próprio da ação contínua e habitual.

O ato moral continuado confere ao homem a habilidade comportamental de ser único – característica essa atribuída ao poder de governar-se. Portanto, a partir da fidelidade de execução de certos valores e princípios morais, transparentes no curso da ação, é que se classificam os delimitadores do comportamento moral pessoal. Assim, a ética pressupõe escolha, estando associada à capacidade de deliberar sobre a própria conduta, de forma a optar pelos melhores feitos até que o indivíduo forme a sua personalidade moral.

Nota-se então que as ações humanas são compostas por intenções e finalidades, pois toda ação moral possui por trás uma intenção que vislumbra um determinado objetivo. Todavia, nem todo interesse é de benefício próprio. Assim, a ação pode se dar em prol de terceiros, tendo como intenção a prestação de auxílio.

Na realização do ato moral, a ação deve estar em equilíbrio com o desejo de praticá-lo, de modo que, entre efetividade e a consciência, não haja distanciamento na consumação. Padrão esse que deve acompanhar o agente em toda sua trajetória, sendo o âmago do comportamento ético definido pela continuidade e coerência entre ato e intenção. Pois como coloca Bittar “a prática ética deve representar a conjunção de atitudes permanentes de vida, em que se construam, interior e exteriormente, atitudes gerenciadas pela razão e administradas perante os sentidos e os apetites” (BITTAR, 2014, p. 30). Esse é o conteúdo efetivo da ética na sua ocorrência tanto de cunho individual quanto social.

Consta-se então, que o saber ético também recai sobre a compreensão das ações e dos hábitos humanos, e conseqüentemente, das suas virtudes e vícios, bem como a capacidade de administração entre esses extremos.

Nesse ponto é necessário fazer algumas considerações a respeito das distinções e semelhanças entre ética e moral. Embora estejam vinculadas entre si, ambas têm delimitações próprias. Enquanto a moral é norma de conduta direcionada para situações particulares do cotidiano, a ética tem papel de teorizar sobre essas condutas e estudar as concepções que dão condições aos atos morais. Sendo assim, a ética se ocupa em estudar o comportamento moral dos homens em convívio social.

Nota-se que a moral se classifica como objeto de investigação da ética, sendo definida como um conjunto de hábitos e normas sociais, ordenadas de forma hierárquica, girando em torno de determinadas máximas, capazes de moldar as instâncias das decisões individuais e coletivas. A moral, portanto, não pode ser compreendida caso separada da ética, pois trata-se de instrumento de ponderação e crítica da mesma.

Assim, a ação moral é determinada pela preferência designada a certos valores. Já a ética é capacidade autônoma de reflexão dos mesmos. Ou seja, é a aptidão daquele que está diante de uma situação específica, resistir às forças exteriores impostas a ele ou mesmo aos próprios impulsos, e assim, aproximar ao máximo a sua ação dos pressupostos morais. Dessa resistência do sujeito para com o seu íntimo, entende-se que o ato moral nem sempre é o objeto do desejo.

Quando o ato inicial da vontade não é o mesmo da norma moral propriamente reconhecida, não se tem no desejo um fundamento moral, mas uma vontade casuística. Nesse caso, entra a percepção moral, que age como um instrumento de ponderação e auxilia o agente no reconhecimento dos *juízos de valor*, regulados pelos princípios morais. Pode-se perceber o exposto nas palavras de Puig:

Em síntese, a consciência moral autônoma está constituída de instrumentos procedimentais como o juízo moral, a compreensão e auto regulação. Esses meio permitem lidar com situações morais pelas quais passam os sujeitos e ajudam a constitui formas de vida e modos de ser [...] O juízo moral é a faculdade que permite que sejam formadas opiniões racionais sobre o que deve ser (PUIG, 1998, p. 103).

Nesse sentido, a percepção moral atua como um instrumento de *harmonização social*. Visto isso, em certas ocasiões, “O homem “aplica” não “constitui” a lei moral: é seu dever reconhecê-la, isto é, agir em conformidade. Mas se a lei é reconhecida, é evidente que ela é objeto e não ato da vontade. Neste livre conhecimento reside a ação moral” (SCIACCA, 1968,

p. 10). Na mesma linha, uma obrigação pode induzir a um querer, quando à força de coação envolvida, mas nunca a um dever espontâneo. Pois uma ação constrangida por uma vontade estranha não pode ser o ato livre do desejo, visto que a consciência deve se achar livre na hora da escolha, mesmo que ao final os objetivos se complementem. Do mesmo modo, nas palavras de Radbruch “Só pode rigorosamente falar-se de normas jurídicas, dum dever ser jurídico, dum validade jurídica, e, portanto, de deveres jurídicos, quando o imperativo jurídico for dotado pela própria consciência dos indivíduos com a força obrigatória ou vinculante do dever moral” (RADBRUCH, 1979, 109).

Se não existisse a ética também não existiriam as variações na moralidade, uma vez que os princípios morais coletivos tenderiam a agarrar-se a uma força reacionária estabelecida por certos paradigmas sociais, consagrando determinados valores e tornado insuscetível qualquer pensamento contraditório. Isso implicaria no fim da evolução das relações intersubjetivas, pois limitaria o surgimento de novas ideias e premissas a respeito da moral, impossibilitando o exercício da ética. Em outras palavras, para Bittar “Sem a ética não há a efetiva realização do indivíduo, não há diferenciação entre as pessoas, não há possibilidade de exercer o seu *dasein* na vida social, mas apenas repetir mecanicamente os padrões e estereótipos morais já consagrados” (BITTAR, 2014, p. 33).

Nesse sentido, se por um lado à ética tende mais para o aspecto da coletividade, sendo ela um fenômeno genérico socialmente difundido, a moral, por sua vez, defende a subjetividade do homem, quando assume o papel de filtrar as forças e padrões emergentes da experiência, prezando pelas liberdades individuais e esculpindo o próprio senso de percepção.

Visto isso, é preciso entender agora o que leva cada escolha a prática da ação, quando a razão se harmoniza com os afetos. Em todas as correntes de ética, sem levar em consideração as premissas aplicáveis, as escolhas das ações são baseadas naquilo que é considerado como “o melhor” para o desenvolvimento das relações sociais. Pois todo caminho ético tem para si uma via preferencial de aperfeiçoamento dos atos, que uma vez eleita, segue por esse caminho e tenta convencer as demais forças a converterem-se a tal vontade.

Nota-se então, que primeiramente ao se falar em ética, prevalece à liberdade de escolha, sem se importar no momento com as possíveis consequências. Em seguida, surgem as responsabilidades decorrentes desse caminho, juntamente com os possíveis riscos e resultados que dele provierem. Desse modo, o conceito do que é considerado “o melhor”, corresponde à força centrípeta de toda indagação ética, pois apesar de todas concordarem com o fundamento do melhor direcionamento da ação humana, é justamente na definição do que é

entendido como “o melhor”, que está à divergência entre elas. Em outras palavras, as doutrinas éticas não divergem quanto ao que seja a sua busca, mas sim quanto ao seu conteúdo.

Como visto no capítulo anterior, ao longo da história da humanidade, várias correntes de pensamento ético foram surgindo e ganhando espaço nas gerações que se seguiram. Decorrente disso, os valores atribuídos a certos juízos morais foram constantemente alterados, e muitas vezes escarneados. Embora, alguns independam dos costumes da época e da observância coletiva para serem válidos.

Portanto, a ética não pode ser aceita como um fenômeno exclusivo do tempo e da sociedade que a pratica, pois se assim fosse, sua leviandade geraria uma aceitação de vários atos hediondos do passado. Nunca se ouvirá sobre um preceito moral a seguinte frase “essa lei entra em vigor a partir da data de sua publicação”, característica exclusiva das normas civis.

Ao tempo em que a escravidão era classificada como uma prática moral a um número considerável de pessoas, isto é, era tida como uma ação dotada de fundamentos éticos, nos períodos atuais, tal prática é encarada com extrema repulsa, por ser entendida como um ato imoral e antiético – ao menos na maioria das sociedades. Desse modo, aquele que afirma que a ética varia a depender do tempo e espaço, afirma a autenticidade de atos como o escravismo, ainda que não o perceba. Esse movimento denominado de relativismo moral.

Desse modo, tem-se que o estudo da ética também possui um caráter atemporal sobre os valores morais, pois alguns juízos de valor refletem mais do que apenas costumes e hábitos de uma época - como os *direitos naturais*. Sendo que, dependendo do tempo e espaço em que se estuda o comportamento moral de determinada sociedade, é notável a predominância de certos valores frente a outros, pois nunca houve um padrão acolhido por todas as sociedades. Nessa linha de pensamento, afirma Reale:

Examinando as diferentes expressões da cultura no tempo, verificamos que elas são governadas pela apreciação dominante de um valor em relação a outro. Esse fato é devido a serem os valores suscetíveis de ordenação ou de hierarquia enquanto que os objetos ideais não se ligam entre si por uma subordinação hierárquica, tal ligação não só é possível, quanto necessária no mundo dos valores (REALE, 2002, p. 228).

Assim, nem todo comportamento moral que aparentemente seja aceito pela hegemonia de determinada sociedade, pode ser tomado como um comportamento ético aceitável, pois existem valores que independem do tempo para dotar-se de validade, o que desconstrói o chamado relativismo moral. Assim, caso certos princípios morais não estejam sendo

praticados ou reconhecidos, não quer dizer que perderam sua eficácia, mas que apenas foram ignorados, visto que o caráter de uma lei não desaparece pela sua inobservância.

O relativismo moral também não consegue explicar a condição dos inconformados, pois caso um indivíduo que se manifesta contrário à escravidão, esteja inserido em uma sociedade majoritariamente escravagista, este seria visto como o antiético a luz daquela sociedade.

Nesse ponto, apesar dos valores culturais de determinada coletividade necessitarem de uma dose de respeito e consideração por fazerem parte de sua tradição, quando uma conduta se mostrar contrária ao princípio da dignidade da pessoa humana, e contra os direitos naturais, esta não poderá ser tolerada sobre os preceitos aqui exposto, e deve ser combatida na medida do possível. Por exemplo, no tempo da Alemanha nazista, os atos praticados por Hitler e suas tropas estavam em conformidade com as leis civis alemãs, todavia, tais atrocidades não podem ser toleradas, exclusivamente por serem legais, visto que a validade da norma se encontra no seu conteúdo e não na sua legalidade. Nesse sentido, Bobbio coloca a seguinte reflexão sobre os objetivos das correntes jusnaturalistas:

A grande batalha que se trava hoje, em nome do jusnaturalismo, tem por meta eliminar qualquer resíduo de *relativismo ético*, expressão que abrange todas as teorias que sustentam não haver valores absolutos, que ordem ser objetivamente constados e fundamentados, mas somente valores históricos, relativos ora à classe, ora à nação, a este ou aquele grupo de indivíduos, ou a indivíduo isolado que seria, em matéria moral, a única medida de todas as coisas (BOBBIO, 1997, p. 61).

Consta-se então que a razão exerce um papel fundamental no exercício da ética, ressaltando seu caráter objetivo. Pois, quando ao afirmar que determinados princípios morais possuem caráter universal e atemporal, se desconstrói o relativismo ético do tempo e espaço.

Como a vida passiva dos impulsos é por ela mesma moralmente irrelevante, sendo que a importância da ética reside na vontade ativa - resultado dos conflitos pela interação com o meio-, nota-se que a diferença entre ambas está na sua prática. Referente a isso, nas palavras de Radbruch “A vontade diferencia-se do impulso pela sua atividade, somente pela ação testemunha sua existência; e, por isso, com toda a razão, deve-se buscar o círculo de aplicação da moral justamente nas ações humana” (RADBURCH, 2014, p. 58).

Portanto, os fins éticos são o reconhecimento de valores objetivos fundados na razão de ser em numa máxima moral. Todavia, os mesmos princípios morais estão sujeitos a reflexão dos juízos valor, para as situações de dúvida ou contradições entre uma máxima moral e a sua aplicação no caso concreto. O mesmo se encontra no pensamento de Puig:

Os juízos morais pretendem, pois, esclarecer e caso seja possível conciliar as controvérsias práticas. Para conseguir isso devem ser apresentadas razões que permitam justificar aquilo que é correto e aquilo que não o é. Mediante uma reflexão baseada em razões deve-se alcançar uma decisão imparcial [...] No entanto, a validade de um juízo de moral depende do uso correto de princípios ou critérios que permitam o fundamentar cada um dos juízos concreto que os sujeitos formulam e trocam entre si (PUIG, 1998, p. 104).

Nesse sentido, a ética, é a doutrina da conduta enquanto inseparável da razão frente às normas, mediante a qual se expressam os valores e a percepção moral entre o agir bem e a má ação. Em conformidade as palavras de Bobbio “[...] não se constrói uma ética com boas definições: seu fundamento – diríamos hoje – são juízos de valor com os quais avaliamos se uma conduta é boa ou má” (BOBBIO, 1997, p. 141).

Como a moral sozinha, não é fator suficiente para conceber uma instituição civil organizada, se faz necessária à criação e validação da lei positiva. Desse modo, o direito torna-se norma de conduta com fundamento ético de caráter coercitivo sobre pressupostos morais. Encontra-se pensamento similar em Boson:

[...] o direito é um mínimo ético, porque as normas jurídicas, claramente se deixam recortar no panorama geral da normatividade ética. O máximo ético pertence a moral. O jurídico é tão ético quanto o moral, mas a moral especificamente considerada, não constrói instituições, embora possa o homem com ela fundamentá-las ou justificá-las (BOSON, 1996, p. 134).

Ante ao exposto, percebe-se que a ética enquanto intenção deve estar em constante exercício com o dever em sua forma prática, pois o conhecimento ético vai além do saber especulativo, encontrando sua real finalidade no agir. Em outras palavras, aquele que detém algum “saber ético”, e mesmo assim, se omite em praticá-lo, não pode ser considerado virtuoso apenas por dotar-se de conhecimento. Pois, de nada valem as boas intenções que nunca são realizadas, bem como as vontades nobres que nunca se concretizam, visto que, o objetivo de todo fundamento ético é orientar a prática.

1.3 A relação entre o direito e a moral

Entrando em um campo mais específico do pensamento ético, este também exerce influência no âmbito jurídico. Assim como as normas morais fazem parte da ação humana, as normas de direito igualmente regem a conduta do homem, de modo que ambas dividem espaço em sua vida, delimitando suas ações em diferentes proporções.

Antes de estender as relações e as diferenças existentes entre direito e moral, é necessário que se tenha em mente algumas considerações a respeito do que é tido como ciência jurídica.

Definir um conceito sobre o que é o direito, ou argumentar a respeito da validade de norma jurídica em geral, não é uma tarefa simples, pois mesmo diante uma noção rudimentar do assunto surgem diferentes interpretações a respeito. Uma série de ideologias e abstrações antagônicas, igualmente conceituadas, faz frente quando o propósito é a definição de um conceito específico ou mesmo geral sobre o que o direito consiste. Nessa linha de pensamento, ensina Ferraz Junior:

Ora, o termo direito, em seu uso comum, é sistematicamente impreciso, pois pode ser conectado em verbos (meus direitos não valem), como substantivo (o direito é uma ciência), como adjetivos (esse direito é injusto), podendo ele próprio ser usado como substantivo (o direito brasileiro prevê...), como advérbio (fulano não agiu direito), como adjetivo (não se trata de um homem direito). Já do ponto de vista semântico, se reconhece que um signo linguístico tem uma denotação (relação a um conjunto de objetos que constitui sua extensão – por exemplo, a palavra planeta denota os nove astros que giram em torno do sol) e uma conotação (conjunto de propriedades que predicamos a um objeto e que constituem sua intensão – com *s*, em correlação com extensão -; por exemplo, a palavra homem, conota o ser racional, dotado de capacidade de pensar e falar), então é preciso dizer que direito é, certamente, um termo denotativa e conotativamente impreciso. Falamos assim, em *ambiguidade* e *vagueza* semânticas. Ele é denotativamente vago porque tem muitos significados (extensão) (FERRAZ Jr, 2011, p. 15).

Todavia, mesmo diante das constantes modificações que a norma jurídica passou ao longo da história, nota-se que a ideia de justiça sempre esteve interligada a estrutura do direito, expressada universalmente como um propósito de finalidade. Portanto, o fundamento do direito não pode ser outro se não o ideal de justiça, atribuindo sentido e validade à estrutura do universo jurídico. Encontra-se posicionamento similar nas palavras de Reale “O valor próprio do direito é, pois a justiça – não entendida como simples relação extrínseca ou formal, aritmética ou geométrica, dos atos humanos, mas sim como unidade concreta desses atos, de modo que constituem um bem intersubjetivo, ou melhor, um bem comum” (REALE, 2002, p. 272).

O direito é formulado por um conjunto de normas voltadas ao desenvolvimento da vida em sociedade, uma espécie de consciência coletiva, só existindo onde o homem, em sua atividade, interage com os demais.

Analisando por uma perspectiva cronológica, percebe-se que a experiência moral, bem como a norma moral antecedem as regras de direito. Desse modo, o direito pode ser interpretado como a ciência que tutela a partir do que é elencado pela sociedade como

moralmente imprescindível à sua sobrevivência e prosperidade, dotado para tanto de um caráter coercitivo de efetivação. Nesse sentido Neto coloca:

De um ângulo sociológico, poderíamos estabelecer ainda uma relação genética entre moral e direito, considerando que uma sociedade passa a conferir a nota de exigibilidade, e a conseqüente imposição inexorável através da sanção organizada a toda exigência moral que se tenha tornado essencial à vida e ao equilíbrio do grupo (NETO, 1987, p. 177).

Como visto no capítulo anterior, a moral demanda do sujeito o conjunto da atitude e da intenção, ambos apontados para a mesma direção da ação moral a se realizar, enquanto no direito, nota-se uma maior preocupação com a ação de fato do que com a intenção que a motivou. Pois, no universo jurídico não é comum à punição apenas pela intenção sem ato consumado, ainda assim, essa pode gerar efeitos na decisão de uma sentença, como por exemplo, no caso da boa-fé. O direito demanda do ser uma atitude específica, e se conforma com a simples não ocorrência do fato considerado ilícito, não arguindo requisitos a respeito da volição. Isso evidencia a diferença entre os dois ordenamentos e suas respectivas características. Percebe-se o mesmo nas palavras de Vecchio:

A moral impõe ao sujeito uma escolha entre as ações que pode praticar; mas refere-se só ao próprio sujeito. Assim, leva a confrontar entre si atos diversos *do mesmo sujeito*. Coisa diferente se passa com o Direito: este leva a confrontar entre si atos diversos de *vários sujeitos*. Semelhante nota diferencial fica suficientemente descrita se dissermos que a Moral é *unilateral* e o Direito é *bilateral* (VICCHIO, 1979, 371).

O valor existente na qualificação do ato jurídico não é o mesmo que reside por traz da ação moral. Pois, enquanto no direito o valor da ação está na sua prática pelo cumprimento de uma obrigação, o valor do ato moral é o valor de uma ação pura e simplesmente. Em outras palavras, o indivíduo é obrigado a cumprir com uma norma de direito, porém, a observância de um pressuposto moral é de sua livre iniciativa. Assim coloca Radburch:

Por isso, em face do juridicamente comprometido, há sempre um interessado, um pretendente e um autorizado, ao passo que ao dever moral se agrega apenas simbolicamente um comprometido semelhante; quando se fala em dever é perante o Deus dentro do próprio peito, perante a própria consciência, perante a humanidade dentro da própria pessoa, perante o melhor de si mesmo (RADBURCH, 2004, p. 60).

Desse modo, entende-se que a moral demanda o cumprimento do dever pelo sentimento de dever, ou seja, sem uma obrigação que constranja a vontade, já o direito se sustenta no cumprimento da norma pela sua legalidade, embora sua estrutura se baseie na especulação axiológica da conduta humana.

A moral não é apenas um conjunto de valores intrínsecos, vislumbrados por uma ordem cognitiva pessoal – subjetiva. É preciso que a mesma também enlace o máximo da coletividade alcançável, vislumbrando o reconhecimento de determinadas máximas.

Nesse sentido é imprescindível o atributo da iniciativa na prática do ato moral. Pois, qualquer elemento coercitivo desclassificaria o feito, transformando-o numa ação de caracteres heterônomos, retirando-o do campo da moral. Desse modo afirma Reale “O que importa, pois é que sempre haja recepção e assentimento. Ninguém pode praticar um ato moral pela força ou pela coação. A moral é incompatível com qualquer ideia ou plano de natureza coercitiva, que de ordem física, quer de ordem psíquica.” (REALE, 2002, p. 397).

A famosa distinção kantiana entre direito e moral, é a classificação da norma jurídica ao que se refere à conduta externa do ser, sem levar em conta as intenções e os motivos das práticas, enquanto os preceitos morais debruçam-se sobre o aspecto interno do comportamento.

Analisando mais acuradamente, essa distinção se demonstra vaga e ambígua. Por exemplo, visto pela qualificação do direito penal, encontra-se uma designação diferente para o comportamento criminoso referente ao dolo e a culpa, o que faz do direito, mais do que apenas exterioridade fatídica, mas também intenção de conduta.

A moral deve ser aprendida gradativamente no decorrer da vida, e assim integrada aos poucos na personalidade. Tal prática é conhecida no período escolástico como *sindérese*. Não se trata exclusivamente de um conjunto de regras preestabelecidas, mas é a capacidade de percepção e absorção do meio e das circunstâncias. É preciso alinhar a consciência moral ao longo das experiências desenvolvidas, para que se possa interpretar e distinguir o certo do errado.

Muitas vezes a imposição da moral como regra, acaba por embotar a percepção moral, pois o comportamento moral não é ensinado frente ao que se pretende ser, mas decorre do que se é, ou seja, através do exemplo. Pois, caso alguém queira passar a mensagem que o ato de corrupção é imoral, mais vale demonstrar isso em um histórico de uma vida honesta, do que elaborar um discurso acalorado e logo em seguida agir em contrário acordo. Em outras palavras, a moral se desenvolve a partir da interação do ser com o mundo, e é aprendida através da convivência, sendo que a regra moral deve existir como referência e não como obrigação. Todavia, isso não desclassifica a importância dos princípios morais. Pois estes servem de norte para os juízos de valor. Nesse sentido, afirma Perelman:

Os princípios de moral, e as técnicas empregadas para a sua aplicação, fornecem as diretrizes de ordem geral, que insistem nos elementos pertinentes e importantes na deliberação moral. É por isso que papel deles não é em absoluto irrelevante, pois, embora a sua interpretação deles dependa dos juízos morais seguros, eles são reguladores quando o juízo moral é incerto ou controverso (PERELMAN, 200, p. 293).

Certo é que a ordem da moralidade consiste numa série de elementos e princípios gerais – máximas morais –, enquanto a vida moral é representada pela irrepetibilidade de eventos específicos, que pelo seu ínsito, são irredutíveis a outras situações. Da tensão entre a regra e a experiência, consubstanciam-se os juízos morais como elemento pacificador.

No direito, encontra-se um modelo estrutural das leis civis, espelhado na ideia de que a validade da norma jurídica está intrinsecamente relacionada com o seu conteúdo, sendo que não pode haver juridicidade unicamente em razão da síntese de um modelo de ordem lógico-operacional, ou um esquema técnico, mas, a partir de uma composição deontológicos de caráter ético. Assim classifica o autor supracitado:

Para o jurista, ao contrário, os “modelos” de comportamento, isto é, os “institutos jurídicos”, concebidos como estruturas normativas de uma classe de ações, não constituem meras previsões de fatos futuros possíveis no âmbito e em função de dados pressupostos, mas traduzem antes o reconhecimento de que certos fins são *social e eticamente necessários* (REALE, 2004, p. 325).

Tendo como principais características do direito a heteronomia, coercibilidade e bilateralidade, entende-se que o direito possui caráter repressivo da conduta humana, necessitando que, para um melhor desempenho, haja uma correspondência efetiva entre o Estado e o cidadão, sendo que as obrigações jurídicas são formuladas hierarquicamente da sociedade para o indivíduo, todavia, sem desprezar as singularidades que compõe o coletivo.

Enquanto o direito é um conjunto de imposições normativas - objeto de sanções jurídicas -, a moral é conceituada por um conjunto de valores e princípios, valendo-se de características como a unilateralidade, incoercibilidade e autonomia. Tais atributos morais, raramente assemelham-se aos caracteres da norma jurídica. Desse modo afirma Ferraz Jr:

A respeito dessa objeção apontada, há uma diferença importante entre a norma jurídica e o preceito moral. Enquanto aquela admite a separação entre a ação motivada e o motivo da ação, o preceito moral sempre os considera solidariamente. Isto é, o direito pode punir o ato independentemente dos motivos – por exemplo, nos casos de responsabilidade objetiva – mas isso não ocorre com a moral, para a qual a motivação e a ação motivada são inseparáveis (FERRAZ Jr, 2011, p. 333).

Com isso, mesmo diante das diferenças existentes entre ambos os domínios de normas, são notórias algumas confluências a respeito. Visto que, no conteúdo de suas exigências,

existe uma relação parcial, mas fundamental para o seu entendimento. O fenômeno de aproximação existente reside no fato de que a moral é tanto o fim do direito, quanto o seu fundamento, tornando-o assim, válido e obrigatório. Pois no entender de Habermas “[...] uma ordem jurídica só pode ser legítima, quando não contrariar princípios morais” (HABERMS, 1997, p. 140-141).

A moral então se submete a vontade heterônoma da norma jurídica, quando esta constrói regimentos legais em cima de valores morais. Assim, a ciência jurídica reflete os fundamentos da moral por meio dos direitos e deveres que consente, ou seja, cria leis e obrigações, a partir de pressupostos morais, de forma a tornar a vida das pessoas mais confortáveis, para que assim possam cumprir com mais eficiência as suas obrigações e gozarem com mais qualidade seus direitos.

O costume também é um fator a ser levado em consideração quando se fala em direito e moral, possuindo, sobretudo uma relação histórica com ambas. Encontra-se inserido no ponto onde ambas as espécies de norma ainda não se emanciparam, isto é, possui caráter consuetudinário. Assim, seu objetivo é ser absorvido por estes, depois de se separarem e adquirirem autonomia. Por conta disso, também perderia parte de sua independência, quando aqueles construírem formas estruturais independentes.

Torna-se então um paradoxo entre a valoração jurídica e a moral, abrindo mão de parte da sua autonomia social. Posterior aos “bons costumes” elencam-se as “boas maneiras”, definidas por comporem *status*. Portanto, enquanto o costume era uma característica da “comunidade”, a convenção torna-se um produto da “sociedade”. Conseqüentemente, o costume é anterior à ideia de direito, pois antes de se tornar norma jurídica ele prepara o campo da moral, para poder se tornar regra cabível de coerção. Nas palavras de Radburch:

Mas, como também na vida comum, o domínio do costume prepara a sua transformação em moral (e direito), assim mesmo na educação individual a moral aparece primeiramente na forma de costume; nenhuma educação pode, em seu início, prescindir da norma categórica: “Isto não se faz” – que significa, pois, referência ao costume (RADBURCH, 2004, p. 75).

Assim, o costume age como um elo entre ambos, enquanto esses não se distanciam em valor. Porém, após a convalidação dessa distinção, o costume deixa de fazer parte primária da equação, sendo dissolvido no meio jurídico e moral, restando somente traços de sua influência, embora diversos autores defendam sua presença efetiva frente a um sistema legal.

Desse modo, o que diferencia um fenômeno do outro – direito e moral -, é à força do efeito coercitivo que cada uma exerce em consequência ao ato considerado irregular.

Enquanto o descumprimento das normas morais gera penalidades apenas de cunho social, como o desgosto da coletividade perante o sujeito, a desobediência das normas jurídicas possuem sanções mais severas, pois além da repreensão moral, tem a penalidade de direito, oscilando entre penas mais brandas, as mais agressivas, dependendo da gravidade do delito. Em outras palavras, o posicionamento de Bittar:

A norma moral não é cogente, pois não pode dispor do poder punitivo de uma autoridade pública para fazer valer seus mandamentos, recorrendo-se, normalmente as sanções diferenciadas das jurídicas (consciência; rejeição social; vergonhas...); a norma moral não é sancionada nem promulgada, pois essas são as características de normas estatais que se regulamentam dentro de um procedimento formal, complexo e rígido, com o qual se dá publicidade aos mandamentos jurídicos (BITTAR, 2014, P. 55).

Partindo do princípio que os níveis de alcance da norma moral só auferem até certo ponto de “punição”, e dão abertura para toda espécie de valor tentar realçar predominância no meio social, tem-se então um eterno conflito de objetivos e interesses por parte das ações do homem, aonde a vontade mais competente sobressair-se-ia contra a mais vulnerável, muitas vezes por meio da força. Em decorrência disso, percebeu-se que só a existência da norma moral não bastaria como preceito delimitador da conduta humana, e nem supriria as principais necessidades de sobrevivência do grupo. Desse modo, foi necessária a criação de uma forma regulamentadora com base na razão que servisse de regra para o convívio e desenvolvimento de uma sociedade. Assim, surge a intervenção estatal na vida dos homens com o propósito de criar leis civis, tendo como base os direitos naturais.

Prezando pela ordem e desenvolvimento social, e detendo para tanto um caráter coercitivo sobre a conduta ilícita, os estatutos normativos servem como amparo para a sociedade civil em matéria de proteção dos direitos individuais, além de exercerem julgamentos justos e imparciais para situações de conflito social. Tal corrente filosófica é classificada como jusnaturalismo, posicionamento este que será acolhido com maior atenção nos capítulos subsequentes.

Além da proteção e do amparo que a norma jurídica dispõe sobre os seres, está também protege o homem contra as arbitrariedades que o próprio Estado pode impor. Sabendo disso, e tendo o direito como um mecanismo de defesa, tanto contra a conduta humana, quanto sobre as forças estatais, o fundamento ético do direito não poderia ser outro se não a incumbência social das leis sobre os cidadãos, visando sempre o bem coletivo e a proteção dos direitos civis.

Como ambas as espécies de norma tem suas próprias funções e delimitações, operam em institutos próprios. Porém, não se desvinculam em natureza, sendo que em certas ocasiões, a norma moral complementa a norma jurídica e vice-versa. Desse modo Habermas afirma “a legislação moral reflete-se na jurídica, moralidade na legalidade, os deveres éticos nos deveres jurídicos, etc.” (HABERMAS, 1997, p. 140).

A ética também exerce um papel constante na criação do direito e é de suma importância que continue assim, pois ao contrário, esse este perderia sua finalidade, tornando-se apenas um instrumento imperativo de poder, destituído de legitimidade. Assim, o direito é visto como um instrumento da justiça, valendo-se dessa perspectiva para fazer sentido e continuar desenvolvendo seu papel social. Em vista disso, nas palavras de Bittar “A moral é, e deve sempre ser o fim do direito. Com isso pode-se chegar à conclusão de que o direito sem moral, ou o direito contrário às aspirações morais de uma comunidade, é puro arbitrário e não direito” (BITTAR, 2014, p. 60).

Logo, percebe-se que o direito é nutrido pela norma moral, além de ter seu surgimento a partir de suas delimitações. Sendo que, em decorrência da práxis estabelecida pelo convívio diário entre ambas as espécies de norma, surgem às interligações complementares, de forma que a moral tanto envia como recebe novos comandos ao mundo jurídico, em prol do aperfeiçoamento coletivo, pois o direito é um reflexo daquilo que é moralmente aceito pela hegemonia social.

Mas porque o direito deveria ser sustentado pela moral, ao invés de abster-se dessa? Na perspectiva jusnaturalista, são elaboradas as razões do direito natural, seus fundamentos e motivos de observância. O direito está intimamente relacionado com a lei moral, por conta das características mais específicas e nobres do homem, como a sua dignidade, direito a vida, a sobrevivência e uma série de outras especificidades humanas, as quais são inalienáveis ao ser e irrevogáveis a luz do ordenamento jurídico vigente.

2 DIREITO NATURAL E CONTRATUALISMO

2.1 O direito natural e seu significado histórico

O direito natural está universalmente interligado ao ideal de *justiça*. Em termos gerais, é o conjunto de normas e direitos que nascem incorporados junto ao homem e a ele são inalienáveis, ou seja, o acompanham em toda sua trajetória cívica, tendo como principal objetivo um direito de caráter moral. O mesmo se encontra no seguinte trecho “Como problema jurídico, a ideia de um *Direito* Natural, se vincula substancialmente à da justiça” (SALDANHA, 2008, p. 138). Tal direito é natural por estar tanto inscrito na natureza humana quanto na acessibilidade deste através da razão. Portanto, o direito natural é encarado como sendo o pressuposto universal que fundamenta e convalida o direito positivo.

O jusnaturalismo é a corrente filosófica que defende a existência e a necessidade do direito natural por ser o fundamento das leis positivas. É a ideia material do direito. Todavia, foram concebidas inúmeras interpretações sobre tal corrente filosófica, como por exemplo, a distinção entre direito natural ideal e direito natural existencial. Assim, nas palavras de Boson:

Para o direito natural ideal, a essência do homem se determina partindo-se da razão, do logos. O homem é um ser racional (*homo sapiens*) e social (*zoom politikon*). Para o direito natural existencial, o homem não é primeiramente um ser racional. Encontra-se determinado por atos volitivos, ou impulsos de natureza pré-racional. Para a doutrina ideal do direito natural, este constitui uma ordem eternamente válida e cognoscível pela razão (*Heráclito, Parmênides, Platão, Aristóteles, Santo Tomás*). Para a doutrina existencial do direito natural, este se baseia em decisões condicionadas pelas situações concretas das, ou na afirmação vital da própria existência (BOSON, 1996, p. 137).

Sendo assim, algumas questões principais giram em torno dessa teoria desde as suas primeiras formulações. Questionamentos como; a lei natural existe? O que se entende por lei natural? Pode-se conhecer a lei natural? A lei natural é obrigatória? Entre outras. A ordem lógica dessas questões parte de um fator cronológico, pois não se pode entender aquilo que não existe, assim como não é possível reconhecer aquilo que não se compreende, bem como não se pode obrigar aquilo que não se conhece.

Na concepção de John Locke, filósofo inglês do século XVII a lei natural é percebida pela razão, após ser criada por uma vontade divina. Para tal afirmação, ele apresenta cinco argumentos. No primeiro ponto, retoma Aristóteles, quando este diz ser próprio do homem agir de acordo com a razão, além de afirmar a existência um direito universal. No segundo argumento Locke ressalta o instituto da consciência, que condena o homem intimamente

quando esse comete um ato de malícia. O terceiro argumento é pautado por uma visão cosmológica do mundo, para tanto ele remete a Tomás de Aquino; acreditando que o mundo é um espaço ordenado de acordo com as leis naturais, não há motivo para a conduta do homem não seguir o mesmo caminho. O quarto argumento é jurídico, entendendo que a sociedade não pode existir sem a instituição de um poder civil que cumpra os pactos propostos. Por último, o quinto argumento é um fator ético, consiste na ideia de que, se não fosse pelas leis naturais, os vícios e as virtudes não existiriam e os homens não agiriam por caridade e benevolência, mas conforme uma máxima utilidade, o que levaria a lei natural rumo ao utilitarismo.

Sendo esses os argumentos trazidos por Locke, parte-se para a segunda questão levantada. É possível conhecer a lei natural? Para tanto ele refuta três teorias de cognoscibilidade da mesma; as ideias inatas, a tradição e o consenso, acreditando que o único modo de conhecimento da lei natural é por meio do trabalho conjunto entre os sentidos e a razão, visto que, sem a harmonização desses dois elementos, não seria possível descobrir ou mesmo compreender as particularidades dispostas na experiência. Pois como traz Bobbio:

A forma como conhecemos a lei natural não difere daquela como conhecemos todas as outras coisas, sobre as quais adquirimos certezas e podemos fazer ciência: *os sentidos e a razão*. [...] sem a razão, levados só pelos sentidos, seríamos como os brutos; mas sem a ajuda dos sentidos, a razão não poderia fazer mais do que um trabalhador na escuridão (BOBBIO, 1997, p. 120/121).

Sem o uso da razão, como um dos fatores norteadores do convívio organizado, os homens apenas se encontrariam pelo fenômeno do gregarismo, estando condenados ao imediatismo da natureza e a inviabilidade do desenvolvimento social. A inteligibilidade da vida seria reduzida a impulsos e instintos momentâneos, impossibilitando qualquer espécie de agrupamento coordenado bem como a implantação de institutos normativos ou a criação de uma sociedade política.

Adiante, Locke parte para a obrigatoriedade da lei natural. O mesmo acredita que quando uma lei existe e é reconhecida - tem força de lei -, deverá ser obrigatória, pois como coloca Reale “As leis que proíbem o homicídio ou o furto são violadas diariamente, e, nem por haver homens e grupos que violem ditas leis, elas devem deixar de existir” (REALE, 2002, 258). Assim, reconhecer a existência da lei natural, significa o reconhecimento de uma fonte de obrigação que antecede as leis civis. Posto que, na lei positiva, a sua obrigatoriedade é decorrente da sua criação, na lei natural, a obrigação é intrínseca e inseparável da sua existência, isto é, a mesma já existia e era válida antes mesmo da percepção do homem. Sendo

assim, sua inobservância não a descaracteriza em valor, pois mesmo uma lei ignorada ou violada continua sendo legítima.

Portanto, Locke não se preocupa apenas com a obrigatoriedade da lei natural, mas também, com a fonte e a natureza de sua obrigatoriedade, bem como sua extensão e seus fundamentos.

Entendendo por dever um ato da consciência - uma vontade livre -, o filósofo inglês faz menção aquela ação assumida pelo indivíduo que acredita estar fazendo a melhor escolha, movendo-se então pela própria vontade e não influenciado pelo medo da punição. Encontram-se requisitos semelhantes no seguinte trecho “A obrigação consciente é a que nos deixa convictos de que o comando a que nos sujeitamos é legítimo; aderimos a ela não só com os movimentos do corpo, mas também com a alma” (BOBBIO, 1997, p. 125). De modo que, no cumprimento de uma lei, exclusivamente pelo medo à pena, não surge um dever, mas um “constrangimento” desta sobre o ser.

Locke assume a posição de classificar a lei natural como perpétua e universal, mas para tanto toma alguns cuidados. Sobre a perpetuidade, é certo que, ninguém pode agir contra a lei natural, embora seja impossível reconhecê-la a todo instante, pois a mesma não é especificada em toda e qualquer circunstância da experiência. O que se deve ter em mente são os comandos positivos e negativos dessa, apreendidos de modo geral. Em relação ao primeiro grupo de eventos, encontram-se os preceitos de prestar socorro aos necessitados, curar os enfermos, servir a causas nobres, praticar o bem em lato sensu. Sobre o segundo operar, têm-se os pressupostos de não matar, não roubar, não cometer adultério entre outras práticas consideradas errôneas, isto é, a abstenção de certas ações. De modo que, tanto as noções positivas como as negativas são perpétuas.

Outra distinção existente é aquela que surge somente após o exercício de determinadas atividades. Por exemplo, uma pessoa não é obrigada a falar ou manter-se calada diante de outras pessoas, todavia, quando decidir se comunicar com os demais, deve fazê-lo de modo a observar certas normas de conduta, sempre respeitando os seus semelhantes. O mesmo caso vale para os contratos, não existe uma lei natural que obriga o firmamento de um determinado contrato, no entanto, ao aceitá-lo cabe o pressuposto natural de manter aquilo que foi acordado. Assim ressalta Pufendorf:

Com respeito a esse dever geral, é uma obrigação do direito natural que todo homem mantenha sua palavra, ou cumpra suas promessas e honre seus contratos. Pois, sem isso, perder-se-ia uma grande parte da vantagem que resulta para a humanidade de uma mútua comunicação de bons ofícios e coisas úteis (PUFENDORF, 2007, p. 170).

Referente à universalidade da lei natural, que abrange os homens indiscriminadamente, cabe uma distinção de posições. É certo que existem as leis universais de origem natural como não matar, não prejudicar o próximo, entre outras. Mas também existem aquelas direcionadas para diferentes posições, isto é, as obrigações impostas aos governantes não são as mesmas dos governados. Assim, o limite subjetivo da lei natural também se encontra no campo da ética profissional, pois como as obrigações dos juizes não são as mesmas dos advogados, não se pode esperar destes o mesmo tipo comprometimento em determinada situação. Pois enquanto ao juiz é imposto o atributo imparcialidade, ao advogado não cabe tal obrigação.

Esclarecidas as questões primárias sobre o direito natural é necessário agora compreender o conceito de natureza antes de adentrar na a teoria jusnaturalista de Locke. O direito natural decorre da natureza e nela se fundamenta. Já a natureza “No sentido primário e próprio, natureza é a substância dos seres que tem em si mesmo, enquanto tais, o princípio do seu movimento” (ARISTÓTELES *apud* BOBBIO, 1997, p. 27). Sendo assim, distinguem-se outras duas colocações feitas por Aristóteles, primeiramente, àquelas que têm por objeto as coisas naturais, em segundo, aquelas classificadas pelo fazer humano, ou seja, as ações de decorrentes da vontade do homem, de onde decorrem o agir ético Nesses termos Bobbio traz a seguinte constatação:

Nessa distinção, ou melhor, contraposição, entre natureza e o mundo da práxis humana, emerge, a meu ver, o significado, profundo original e fundamental do termo *natureza*. Esse serve, originalmente, para abranger, em uma mesma categoria, todas as coisas que não são produzidas pelo homem; toda a parte do mundo que, aos olhos de quem observa e procura entender a realidade do universo, não depende do fazer humano; todos os seres e eventos que, tendo “em si mesmos o princípio do movimento”, nascem desenvolvem-se e morrem de acordo com as leis que o homem não formulou nem pode alterar (BOBBIO, 1997, p. 28).

No princípio de toda essa especulação, o homem primitivo começa a ter consciência do seu lugar no mundo e a compreensão dos limites de suas ações. Assim, percebeu que há duas grandes categorias de eventos, aquelas que independem da sua vontade para existirem, bem como o sol, a lua, a flora e fauna, e outras que só se configuram pela sua iniciativa, como as casas, as ferramentas, as estradas, entre outras coisas, podendo tanto ser feitas como desfeitas por ele. O conceito de natureza em Locke é tudo que está inserido na primeira categoria, sendo o contraste do alcançável pela arte ou técnica humana.

Dentro dessa dicotomia surge a seguinte questão, saber em qual categoria de eventos pertence às coisas, em especial aqui o direito. Entendido pelos gregos clássicos como toda a

regra de convivência humana, o direito pertencia tanto à natureza quanto as artes. Todavia, as regras derivadas da natureza constituem o direito natural, enquanto as que decorrem das artes e da convenção pertencem ao direito positivo. Portanto, dois são os meios de conceber o direito na vida do homem.

É preciso ter em mente que ao tempo de Aristóteles o direito era essencialmente consuetudinário, ou seja, um conjunto de regras e normas repassadas por gerações, dadas como válidas por meio do hábito, sendo que o direito legislativo, proposto pela vontade dominante do legislador, era um fenômeno excepcional, fazendo do costume a principal fonte legal.

Já na Idade Média, o direito natural era visto como a lei de Deus, aquele conjunto de normas reveladas nas sagradas escrituras, que transmitiam os mandamentos divinos ao homem por meio da razão. Diferentemente, no começo da Idade Moderna a natureza era posta como a ordem racional que regia o universo, enquanto o direito natural pressupunha um conjunto de normas a respeito da conduta humana, juntamente com as leis universais.

Percebe-se então, que ao longo dos séculos, as classificações elaboradas em torno do direito natural passaram por constantes mudanças, alterando suas definições e adaptando-as a determinados meios sociais. Todavia, desde época dos gregos clássicos ao tempo dos pensadores modernos, a essência do jusnaturalismo – o ideal de justiça – sempre esteve presente em todos os modelos desenvolvidos, acompanhando o homem ao longo sua trajetória, sendo que esta nunca se perdeu. Pois se o direito natural independe da vontade humana para existir, não se pode alegar a inexistência do mesmo, visto a sua inobservância.

A respeito do ideal de justiça, como dito a cima, esse sempre esteve arraigado a lógica do jusnaturalismo, não necessitando que o homem seja um esplendido conhecedor do tema para saber diferenciar um ato unicamente regido pelo uso da força, daquele que possui um caráter mais humanitário e justo. Por conta disso, a justiça é vista como um elo entre o direito natural e as leis civis. No entendimento de Antonio “A justiça, grande virtude dos príncipes, o fundamento dos reinos, é a correspondência entre a legislação positiva e as instâncias da ética” (ANTONIO *apud* BOBBIO, 1997, p. 20).

Ao longo das constantes interpretações que sofreu, o direito natural valeu-se tanto de propriedades superiores às leis positivas, como no caso da ética tomista, como também já foi tido como um reforço das leis civis, lógica encontrada no absolutismo hobbesiniano. No entanto, a ideia que reconhece a validade de um direito natural, e que esse influi na legislação civil, é princípio intrínseco por trás de todo o jusnaturalismo. Referente a isso Bobbio transcreve o seguinte trecho:

A ideia do direito natural significa a exigência de uma influência da moral ideal universal sobre a legislação positiva. Trata-se de um momento eterno do espírito humano que exige caráter humano nas leis que governam a vida civil, e não apenas leis ditadas pela força (ANTONI *apud* BOBBIO 1997, p. 20).

Existem alguns requisitos indispensáveis que compõem uma doutrina jusnaturalista, como por exemplo, o reconhecimento do direito natural como um direito intrínseco ao homem, a soberania da lei natural sobre o direito positivo, relação com o princípio de justiça entre outros. Visto que as leis civis são concebidas em decorrência da possibilidade das leis naturais, ressalta Boson “Nesta, visão jurídica, não haveria inteligibilidade sem a sua presença inicial. Elas – as leis naturais – dão partida dinâmica à efetivação da ideia do direito no seu lado normativo” (BOSON, 1996, p. 140). No entanto, o direito natural se apresenta ao longo da história sobre duas formas principais, classificadas como medieval e moderna. O que não faltam são autores para defender esses pontos de vista, de modo que, dois também são seus argumentos de distinção, a metodologia e a ideologia.

Acontece que, mesmo entre os defensores das mesmas épocas há discordância de pensamento, pois como se percebe, os argumentos de Locke contrapõem-se a visão naturalista de Hobbes, que diferente desse, não via o estado de natureza como um espaço de guerra iminente onde todos lutavam contra todos, mas acreditava que o homem vivia em tempos de paz relativa. Decorrente disso, a visão de ambos sobre a concepção de um estado moderno diverge estruturalmente, pois como se originam sobre premissas distintas, não podem caminhar juntas para o mesmo destino. Pode-se também ressaltar a naturalidade com que os gregos clássicos escreviam sobre a sociedade proveniente do trabalho escravo, enquanto os pensadores iluministas contrapunham por considerar a liberdade um direito natural.

[...] as diversas tendências “jusnaturalistas” têm em comum certas ideias essenciais: a afirmação de que o direito natural procede da natureza, a existência de princípios não escritos superiores ao direito positivo e que se lhe impõem, a primazia da busca da justiça sobre o respeito à legalidade, a permanência de certos valores que prevalecem sobre aqueles consagrados pelos homens do Estado (BERGEL, 2001, P. 10)

Assim, a doutrina jusnaturalista seria uma corrente substancialmente unitária que dentro de seu manto aborda as mais diferentes normas morais, ou seja, as decorrentes posições assumidas pelos jusnaturalistas ao longo dos séculos não se encontram por uma moral propriamente dita, mas por uma teoria da moral que sustenta determinados pressupostos para justificar um conjunto de normas específicas.

Portanto, não se pode confundir moral com teoria da moral. Pois, se de um lado a norma moral consiste no conteúdo direto de determinadas máximas – “amar ao próximo”, “tratar os outros como gostaria de ser tratado”, “os fins justificam os meios”, “seja altruísta”, etc. – informando diferentes tipos de comportamento moral; do outro, se encontram os argumentos que essas normas morais utilizam para convencer à conversão de tais preceitos frente aos outros, o que leva ao desencadeamento das diferentes teorias.

Todavia, o direito natural sempre foi elaborado, como o comportamento ético que rege a conduta dos homens em sociedade. Por valer-se dessa concepção objetiva não se limita ao conteúdo exclusivo e restrito das máximas, mas é na aplicabilidade da experiência que se encontra a sua real função, cabendo tal premissa tanto para os jusnaturalistas medievais quanto para os modernos. Desse modo, as leis que regem a organização social, orientando o operar nas suas infinitas possibilidades, são as chamadas leis naturais ou direitos naturais, sem as quais o convívio seria impossível.

2.2 O chamado jusnaturalismo moderno

Como visto no capítulo anterior, o jusnaturalismo não é uma corrente filosófica estatizada em cima de um único conteúdo, mas é definida por determinados pressupostos presentes em todas as suas vertentes. Ressalta a influência que exerce sobre o direito positivo tanto como *princípio de base*, quanto como delimitador. Pois como coloca Vilalón “[...] os direitos naturais são anteriores lógica e temporalmente ao Estado e a ele são superiores, o que, por si só, já dá suficientemente os limites dos futuros direitos e leis positivas: não podem ir de encontro aos naturais sob pena de “ilegalidade racional e natural”, digamos” (VILALÓN, 2011, p. 51). Ou mesmo nas palavras de Batalha:

Algumas vezes o direito natural apresentou-se sobre aspecto conservador para justificar o direito existente, dando-lhe base racional. Outras vezes, apresentou-se como revolucionário, demonstrando racionalmente as injustiças do direito em vigor. Por vezes, apresentou-se o direito natural como reflexo da razão divina, da razão cósmica ou logos. [...] outras vezes, apresentou-se como radicalmente laico – tal como foi com Grócio e mais recentemente, em Grey com o seu irredutível direito natural (BATALHA, 1968, p. 758).

A teoria política encontrada no pensamento de Locke tem início com a sua descrição do estado de natureza. Uma herança claramente hobbesiniana, porém inova numa perspectiva pessoal. É uma mescla entre o pessimismo declarado de seu antecessor, e um olhar otimista

original, resultando na conversão do estado de natureza, por meio do contrato social, em um governo organizado, isto é, em um Estado de direito.

O estado de natureza é o espaço onde o homem encontrava-se desamparado de um instituto jurídico legal, ou seja, não existia a proteção das leis civis, guiando-se apenas pelas leis naturais disponíveis ao limite de sua compreensão. O estado de natureza, portanto, é o oposto do estado civil, pois diferente desse, deixava margem para a interpretação sobre os fatos e os delitos do cotidiano. Sobre tudo, as punições estavam a mercê de possíveis excessos na sua execução, caindo no uso exclusivo dos impulsos, aonde a justiça convertia-se em vingança pessoal.

Diferentemente de Hobbes, que via o estado de natureza como um ambiente de guerra iminente, onde todos são inimigos naturais. Locke o concebia como um espaço originalmente pacífico. O problema encontrava-se na falta de leis positivas e de julgamentos imparciais por parte de autoridades competentes, o que acabaria convertendo-o em um território instável, ocasionando então o estado de guerra. Por conta disso, orientado pela razão, o homem percebe a necessidade de desenvolver uma sociedade, fundamentada em certos valores e normas de conduta, a priori ao próprio estado de natureza. Desse modo, o ser humano apreende e incorpora tais pressupostos – as leis naturais – para a confecção desse novo modelo organizacional, objetivando o aperfeiçoamento e a conservação de uma estrutura em outra. Assim coloca Pufendorf:

Então, as regras desse companheirismo, que são leis da sociedade humana, por meio das quais os homens são orientados sobre como se tornar membros úteis dessa sociedade, e sem as quais ela faz-se em pedaços, são chamadas de leis da natureza, ou direitos naturais. [...] o que se evidencia é que é uma lei fundamental da natureza que todo homem deveria o quanto lhe for possível, preservar e promover a sociedade, isto é, o bem-estar da humanidade (PUFENDORF, 2007, 96).

Encontra-se em Locke, a dicotomia entre a natureza real e a ideal, isto é, o estado de guerra perpétua frente o estado de paz contínua. Pois se os homens fossem constantemente racionais, não seria necessário à criação de um direito legal, bastando para tanto, apenas as leis naturais. Mas como esses não o são, é preciso que se converta o estado de natureza em um estado de direito, pois como se consta, “Em suma, o estado de natureza não é essencialmente mal, mas apresenta inconvenientes. Ao percebermos, em certo ponto, que suas desvantagens superam as vantagens, torna-se necessário abandoná-lo” (BOBBIO, 1997, p. 179). Desse modo, os inconvenientes encontrados no estado natural de Hobbes não são os mesmos apresentados por Locke.

Embora partindo da mesma hipótese de que o estado natural é um quadro de liberdade e igualdade, na ótica lockeana, ambas as características possuem outro contexto. Como ele coloca, a liberdade passa a ser o direito “[...] de regular as suas ações e de dispor da sua propriedade e da sua pessoa como melhor se queira, *dentro dos limites da lei da natureza*, sem pedir permissão ou depender da vontade de ninguém mais” (LOCKE *apud* BOBBIO, 1997, p. 180). Posta de outra forma é a liberdade de seguir a própria vontade frente tudo aquilo que não vá de encontro às leis naturais. Assim, a igualdade aqui proposta por Locke é a igualdade “jurídica”, isto é, reciprocidade de poder ou jurisdição entre os seres, não estando estes sujeitos à subordinação de outrem, apenas devem observância às leis que regem o campo natural das coisas. Pois sem a existência de um soberano, todos são iguais perante as leis naturais enquanto a observarem.

Entretanto, existe um fato importuno nessa concepção, pois caso uma lei seja violada, isto é, se um indivíduo abusar da sua liberdade natural, não existira autoridade competente para julgá-lo, cabendo àquele prejudicado exercer a própria justiça. No entanto, esse pode acabar se excedendo por não conseguir controlar seus impulsos, perdendo assim o instituto da imparcialidade, transformando seu ato numa segunda ofensa. Por conta disso, aquele que se sentir injuriado com a fatídica punição, poderia buscar o direito a nova retribuição, o que desencadearia um ciclo interminável de ações confusas. Seria apenas uma questão de tempo para que o estado de paz original transforme-se num cenário de guerra. Portanto, o maior inconveniente no estado de natureza lockeano, não é a falta de leis, mas a ausência de um juiz imparcial, que conceda uma justa reparação de danos, evitando a conversão da justiça em um ato de vingança. Nas palavras transcritas de Locke:

[...] onde não existe tal recurso (a determinação da lei), como no estado de natureza, devido à inexistência de leis positivas e de juízes competentes com autoridade para julgar, uma vez iniciado o estado de guerra, ele continua, e a parte inocente tem o direito de destruir a outra quando puder [...] (LOCKE, 1994, p. 93).

É a partir dessa visão de mundo que Locke desenvolve os meios para concessão de um estado de direito. Fundado sobre as leis naturais, ele não busca eliminar os pressupostos do estado natural, mas propõe uma maneira de orientar os homens para que possam continuar vivendo nele. Todavia, o faz sobre um sistema organizado, orientado pelas leis civis e naturais. Em outras palavras, ele tenta corrigir o estado de natureza, deixando-o em condições mais agradáveis de existência, fazendo do Estado civil um caminho para que sejam respeitadas as leis naturais, utilizando-se as mesmas como fonte do direito positivo. Concernente a isso Dutra ressalta “a fonte de legitimidade do direito não reside em si mesmo.

Se o direito extraísse a sua legitimidade apenas de sua forma coercitiva, nós teríamos a mais extrema forma de positivismo. [...] Assim, a fonte de legitimidade remete a um elemento exterior ao próprio código” (DUTRA, 2008, p. 99).

Numa tentativa de recuperar o estado de natureza ideal, Locke busca suprimir os elementos negativos, como da falta de um juiz imparcial, conservando seus elementos positivos, como a igualdade e a liberdade. No entanto, sua visão sobre o estado de natureza não estaria completa sem a menção de outro direito natural, essencial para compreender a visão política desse autor, trata-se do direito à propriedade.

Locke se esforça em suas obras para demonstrar como a propriedade também é um direito natural, no sentido de que ela surge e se desenvolve no estado de natureza. Acredita que um dos motivos pelos quais os homens se reúnem sobre um estado organizado é pela conservação dos seus bens, acrescentando que os magistrados devem mover-se de modo a assegurar a paz civil e proteger a propriedade de seu povo, assim já dizia Locke:

Parece-me que o Estado é uma sociedade de homens constituída para preservar e promover somente os bens civis. Considero “bens civis” a vida, a liberdade, a integridade do corpo, a sua proteção contra a dor, *a posse das coisas externas como a terra, o dinheiro, as alfaías, etc.* (LOCKE *apud* BOBBIO, 1997, p. 188)

Fundamenta então o direito à propriedade, atribuindo-lhe um caráter originário, sendo tão própria do homem quanto seu direito a vida ou a liberdade. Desse modo, contrapõem-se a teorias convencionalistas como a de Pufendorf, que colocava a propriedade não como um direito natural, mas como um atributo da convenção social, que só dotar-se-ia de caracteres particulares a partir de um acordo social.

O mesmo também afasta a teoria política de Hobbes, que só reconhece o direito à propriedade após o surgimento do Estado Civil, isto é, antes da consumação estatal o único direito natural que o homem dispunha era o direito à vida e a sua conservação, só ganhando proteção à propriedade ao abdicar de sua liberdade natural ante o soberano e a promessa de segurança pública,

Por tanto, Locke apresenta dois modos para se conceder a propriedade um título de aquisição original, sendo estes, a teoria da ocupação por meio da apropriação do bem, e a teoria da especificação, que se baseia na transformação de um objeto por meio do trabalho individual investido nesse, posição mais aceita por Locke, embora não tenha rejeitado por completo a primeira ideia.

Acreditando na valorização do trabalho e na conquista realizada pelo mérito, o referido autor tenta individualizar a propriedade atribuindo-lhe uma característica mais

individual, ou seja, a energia atribuída na produção e apropriação de algo bem como na sua valorização econômica. Mesmo acreditando que quando o homem caça, colhe ou toma posse de algo, aquilo lhe pertença, entende que é o trabalho que dá valor às coisas. Pois como o mesmo coloca:

Embora a terra e todas as criaturas inferiores sejam comuns a todos os homens, cada um é proprietário da sua própria pessoa, à qual tem direito exclusivo. Podendo dizer que o trabalho do seu corpo e de suas mãos é propriamente seu. A todas as coisas retiradas do estado em que a natureza produziu e liberou ele acrescenta em seu trabalho, dando-lhes algo que lhe é próprio e, com isso, tornam-se sua propriedade (LOCKE, 1994, p. 98).

Desse modo, o homem deve transformar em benefício próprio os atributos do mundo, pela sua própria capacidade e energia. Todavia, criam-se dois dilemas dessa concepção. Pois sendo o trabalho aquilo que concede título a propriedade, aquele que mesmo não sendo o proprietário, bastaria trabalhar nela para torna-la sua? E até onde vão os limites da propriedade, ou melhor, a acumulação de riquezas? Ambas as respostas são encontradas nos textos de Locke. Primeiramente ele coloca que pelo trabalho ser um esforço próprio, e a terra então conquistada por tal meio, pertence naturalmente aquele que a trabalhou, somente esse tem direito a ela, devendo também deixar para os outros o suficiente para que possam igualmente trabalhar e sobreviver. Encontra-se o disposto no seguinte parágrafo “Como esse trabalho é propriedade incontestável do trabalhador, nenhum outro além dele pode ter direito ao que foi obtido por esse meio, pelo menos enquanto sejam deixadas em comum para os demais outras coisas igualmente boas e em quantidade suficiente” (LOCKE, 1994, p. 98).

Assim, todos poderiam exercer seus direitos naturais, desde que para tanto não limitassem os demais a igual direito. Para Locke, tal afirmação não causaria impacto negativo em uma economia de proprietários, pois como o mesmo enfatiza, existe terra em abundância para suprir as necessidades de todos.

Outra delimitação proposta seria pelo uso efetivo da propriedade em sustento próprio ou da família, abandonando tudo aquilo que não me é aproveitado, pois o excesso também excede ao direito natural. Assim, tudo aquilo que o indivíduo abandona pelo seu não uso, pode ser tomado licitamente pelo outros. Encontra-se esse fundamento nas palavras de Bobbio:

A mesma lei da natureza que nos confere [...] a propriedade também a limita. “Deus nos deu tudo, com abundância”: esta é a voz da razão confirmada pela revelação. Mas, com que limites, recebemos isto de Deus? “Para nosso gozo”. O limite à propriedade é dado por quanto seu pode usar com vantagem para a nossa vida, antes

de perder-se, e com o esforço próprio. O que ultrapassa esse limite excede a parte que cabe a cada um, e pertence aos outros (BOBBIO, 1997, p. 199).

No entanto, esses limites não possuem valor absoluto, valendo-se apenas em uma sociedade primitiva, que ainda não fora instaurada uma moeda. Pois como Locke mesmo coloca, um de seus atributos do poder monetário é diminuir as limitações impostas provocadas pelo mau uso e acúmulo de produtos. Visto de outra forma, se um indivíduo possui mais grãos do que ele está conseguindo consumir, e estes acabarem perecendo, ele estaria privando os outros de usufruírem de seu direito natural, enquanto a moeda pode ser acumulada mediante o poder de aquisição, sem que venha a se deteriorar. Nesse rumo Locke afirma “A moeda é algo *durável* que pode guardar *sem que se perca* e que, por consentimento mútuo, pode-se receber em troca os meios de subsistência para a vida que são úteis, sem dúvida, porém, se deterioram” (LOCKE, 1994, p. 100).

Voltando aos limites impostos pelo trabalho, Locke também argumenta sobre o trabalho produzido pelos outros em benefício de um indivíduo, ou seja, o trabalho realizado por empregados a patrões em troca de uma quantia retribuída, pois em seu entendimento, é possível a alienação do trabalho que lhe pertença juntamente com seu corpo. Vesse isso na seguinte passagem proposta por Locke:

Tornar esta ou aquela parte não depende do consenso explícito de todos os membros da comunidade: assim o capim que o meu cavalo come, a gleba que meu empregado lavrou o mineral que extrai de um lugar sobre o qual tenho direito em comum com os outros, tornam-se minha propriedade, sem autorização ou consentimento de qualquer pessoa (LOCKE, 1994, p. 99).

Portanto, é pacífica a transferência do trabalho sobre a propriedade privada, sendo que em alguns trechos de sua obra, ele não diferencia o resultado apresentado pelo empregado e pelo empregador, superando os limites impostos à propriedade pela força do trabalho próprio, isso é, aquele que possuir mais propriedades, também tem o direito de contratar mais empregados.

Tendo em vista que o trabalho é um fenômeno exclusivo daqueles que o exercem, e que a propriedade é fundamentada por meio dessa energia, o que acontece no caso da morte no proprietário? Tem-se então o problema da limitação da propriedade pela sucessão. No entanto, Locke o resolve da seguinte forma; acredita que além do instinto da auto conservação, o homem também possui o instinto de propagar-se e perpetuar sua linhagem. Assim, atribui aos filhos o direito de participar da propriedade dos pais e herdar suas posses após a morte destes, rompendo mais um limite de propriedade, ou seja, não é preciso mais que

se trabalhe em nada para se tornar proprietário, basta ser descendente legítimo daquele que trabalhou nela antes.

Conclui-se então que no estado de natureza lockeano às relações econômicas entre os indivíduos, precedem a criação do plano político. Desse modo, o estado de natureza, que antes era o espaço onde os homens viviam exclusivamente sobre a orientação das leis naturais, ganha um caráter social de organização estatal.

Assim, uma lei natural não entra em conflito com outra, caso que, o vislumbre do lucro no livre mercado não pode sobressair-se à honestidade das negociações econômicas. Portanto, para Locke o direito natural é a estrutura básica do sistema de governo civil, valendo-se de tal pressuposto para sustentar o campo político, econômico e jurídico da sociedade.

2.3 Da criação a organização do poder civil

O poder civil surge no período pós-estado de natureza, a partir do consentimento entre indivíduos. Pois, como todos os homens são naturalmente livres, ninguém pode ter seus direitos tomados, sendo que a única sujeição política cabível é por meio do *consenso*, ou seja, apenas concordando em delegar poderes a outrem é que o indivíduo pode submeter-se as leis civis. Tais medidas são elaboradas sobre fins de interesse comum, ou seja, por condições que os homens julgaram necessárias e desejam alcançar. Em similaridade, o posicionamento de Reale “Se o direito existe como realidade social, e se em razão desta se estabelecem juízes e tribunais, assim como se movimentam clientes e advogados, é sinal que há fins a serem atingidos ou, pelo menos, fins que os homens julgam necessários a seu viver comum” (REALE, 2002, p. 293).

Desse consentimento surge o denominado contrato social, estabelecido entre todos os membros da comunidade, visando abandonar o estado de natureza, rumo a uma nova forma de organização civil. Pois como coloca Locke “A única forma com que as pessoas se desvestem da sua liberdade natural, assumindo os vínculos da sociedade civil, consiste na concordância com outras pessoas para reunir-se em uma comunidade” (LOCKE, 1994, p. 139). Que nada mais é se não, o interesse pelo desenvolvimento do coletivo. Assim, depois de instituído o corpo político, aquilo que for deliberado pela maior parte dos membros será tido como a “vontade de todos”, sendo que, uma vez inserido nesta organização, o homem abandona em parte sua liberdade natural e passa a ser visto como membro integrante do grupo, reconhecendo sua efetividade.

Visto que em um estado de total liberdade, o homem tem espaço para deixar fluir suas inclinações mais aterradoras, se fez necessário, com o intuito de preservar a paz e a convivência em comunidade, a criação da autoridade civil, fazendo valer os pressupostos da lei natural, suprindo assim a deficiência de aplicação do primeiro meio pela eficácia coercitiva do outro. Pois a lei positiva tem como objetivo a garantia do exercício da lei natural. Nesses termos, afirma Pufendorf:

Como, portanto, nada devia ser feito tema de uma lei civil se não o que se relaciona ao bem da nação que a decreta, então, parecendo no mais alto grau útil, para a regularidade e a tranquilidade de viver em uma comunidade, que o direito natural em particular deva diligentemente observado por todas as pessoas; cabe aos governantes supremos autenticar esse direito com a força e a eficácia de uma lei civil (PUFENDORF, 2007, p. 328).

A força das leis civis está na sua capacidade de aplicação e de sanção penal. Assim, determina o castigo adequado àqueles que descumprirem as normas estabelecidas. Tarefa essa que não pode ser desenvolvida pelas leis naturais por não aplicarem sanções. Desse modo, coloca o mesmo autor “As leis do direito natural, sendo por si próprias privadas desse tipo de sanções, a violação delas não fica sujeita ao castigo de tribunal algum desse mundo; o que, no entanto, fica reservado para o julgamento do tribunal de Deus” (PUFENDORF, 2007, p. 329).

Ao se reconhecer a necessidade de atender a demanda de eventos específicos, não observados de maneira direta pelo direito natural – como, por exemplo, punições justas –, surgem às normas positivas, visando suprir as especificidades de cada povo, tomando como base a lei natural, de modo que sua ausência iria incorrer no gregarismo animalesco, impossibilitando o surgimento de qualquer sociedade organizada. Pois como coloca Boson:

São, pois, normas jurídicas naturais aquelas cuja ausência impossibilita a vida social. São elas necessárias, universais, permanentes, em seja qual for o tipo de sociedade, inclusive na mais ampla, a estatal, condicionantes lógicos que são do processo que são do processo de sua existência e inteligibilidade. Sem elas não seria possível sequer à compreensão jurídica e aceitação de nenhuma norma que algum legislador viesse a baixar (BOSON, 1996, p.144).

Um dos poderes abdicados no Estado de direito é o que permitia o exercício da justiça de maneira particular, sendo que esse era o principal motivo da degeneração do estado de natureza pacífico para um estado de guerra. Para a conservação da nova sociedade civil, é necessário tanto na observação dos valores já estabelecidos, quanto no reconhecimento dos novos preceitos legais. Entretanto, no modelo civil são conservados uma porção dos direitos naturais, cabendo ao próprio Estado à observação e manutenção desses direitos. Assim, nas palavras de Janaína Santin:

[...] para John Locke, a existência de um poder soberano não implica a transferência de todos os direitos dos súditos ao domínio político, por serem direitos inalienáveis. Apenas um acordo pessoal, ativo e contínuo dos indivíduos com o governante seria capaz de assegurar o dever de obediência e a autoridade/ legitimidade do governo. As instituições governamentais deveriam restringir-se a proteger os súditos, garantindo-lhes o direito de liberdade e o direito de propriedade. Se os fins não fossem atingidos de modo adequado, o povo poderia destituir seu governante e se necessário, mudar a forma de governo (SANTIN, 2017, p. 10).

Ao serem conservados muitos dos direitos do estado natural, percebe-se em Locke um Estado com poderes mais limitado do que na concepção de seus antecessores. Para ele, são no âmbito econômico e familiar que se desenvolvem as interações mais importantes da vida do homem, sendo mínima ou inexistente a interferência estatal nesses aspectos. Concernente a isso Bobbio afirma:

Assim concebido, o Estado não deve preocupar-se com a situação econômica dos cidadãos – cabe a eles mesmos observar as leis naturais que regulam a economia. Nem deve o Estado preocupar-se com a sua educação, o que incube a família, ou ainda garantir-lhe a salvação eterna, papel desempenhado pela igreja. (BOBBIO, 1997, p. 223).

Portanto, o Estado possui a principal função de fiscalizar as atividades de seus subordinados, sendo que a sociedade natural não é reprimida pela sociedade civil, mas pelo contrário, essa fica encarregada de conserva-la e aperfeiçoa-la, ou seja, mesmo depois de se instituir o poder civil, prevalecem as leis naturais, servindo como pressuposto para a criação das leis positivas.

Locke apresenta quatro formulas de proibição impostas ao poder civil. Limites esses fundamentados sobre a superioridade da lei natural frente à lei positiva. Em primeiro lugar, ele ressalta que os homens transferem ao poder civil, exclusivamente a capacidade de proteção dos seus bens, e não direitos imprescritíveis como a vida, a liberdade ou o direito aos próprios bens, caso que o Estado só pode exercer autoridade sobre aquilo que lhe é concedido. Nessa limitação, têm-se os primeiros registros de um Estado liberal, devido a direitos que não podem ser confiscados pelo poder civil. Nas considerações de Bobbio:

Sobre essa primeira limitação do poder civil, Locke faz a afirmativa importante de que as obrigações da lei natural não desaparecem na sociedade, mas, em muitos casos, tornam-se ainda mais obrigatórias. [...] sendo as leis positivas simples normas secundárias e institucionais destinadas a garantir o cumprimento das primeiras (BOBBIO, 1997, p. 225).

O segundo limite baseia-se na afirmação do princípio da legalidade, referentes à proibição da autoridade competente em governar de forma arbitrária e extemporânea, ou seja, por decretos casuísticos no que concerne a determinados indivíduos. Sendo que a conduta dos cidadãos deve ser regulamentada pelas leis de modo genérico e imparcial, isto é, sem favoritismos de nenhuma espécie. Todavia, acolhendo a desigualdade nos desiguais.

O terceiro argumento para limitar o poder civil se vale novamente da afirmação de um princípio, dessa vez, fala-se da liberdade econômica. Nada pode privar o cidadão de seu direito a propriedade, por ser essa um bem inviolável. Para tamanha afirmação, Locke exemplifica sua tese baseando-se nos princípios do exército, aonde um comandante pode cobrar que seu subordinado arisque a vida no campo de batalha, mas não pode exigir que este lhe entregue sua casa, ou mesmo lhe pague tributos, por ser um ato contrário às leis naturais.

No quarto e último limite, Locke parte da ideia de que aquele que recebe um poder delegado está proibido por vez de delegar novamente a autoridade que lhe foi concebido, caso que o poder Legislativo não pode delegar ao Executivo a característica de produção de leis, sobre o risco de transformar a sociedade civil em uma sociedade despótica, regida pela infringência dos direitos naturais.

Então surge outra questão a definir, quem determina tais limites? Tem-se que os limites são traçados por um segundo pacto, firmado entre a unificação social, e os futuros governantes, denominado pacto de submissão. Desse modo, os homens delegam poderes a uma autoridade competente, condicionando essa de ficar a cargo dos seus subordinados em matéria de proteção dos direitos naturais. Assim se conteria o alcance legislativo de tal entidade política, de modo que, no caso desta ultrapassar os limites que lhe foram concedidos, é cabível ao povo o *direito de resistência* e revogação diante das arbitrariedades estatais.

Percebe-se então uma maior responsabilidade por parte dos governantes em prol de seus cidadãos, pois o poder confiado à determinada entidade política, é visto por Locke como uma força em custódia entregue pela sociedade, aonde a finalidade do governo é promover a proteção de seus governados, garantindo a estes os direitos que lhe concernem, ou seja, tanto aqueles provenientes da lei natural, quando os decorrentes da lei positiva.

O poder civil aqui expresso é articulado em duas correntes distintas, o Legislativo e o Executivo, com o objetivo de arquitetar as bases da formação de um novo poder político.

Como já visto, o estado de natureza possui três carências principais, sendo estas a ausência de uma lei estabelecida, a imparcialidade nos julgamentos e a falta de uma força organizada para executar as sentenças. Pela lógica, esses problemas seriam solucionados utilizando-se dos três poderes, no entanto, Locke não releva a competência de um poder

Judiciário pelo seguinte motivo. Ele acredita que o homem em seu estado natural possui dois poderes; a liberdade para fazer tudo que lhe é permitido pela lei, e o direito de punir os atos que ferem essas leis. Assim, como o poder civil é um poder derivado, aonde transforma os direitos naturais entregues, em um novo corpo político, esse não pode exceder aquilo que está contido no poder natural - o poder originário.

Da renúncia do primeiro poder deriva a capacidade estatal de produção de leis, garantindo aos cidadãos a sua conservação e a de seus bens. Da renúncia do segundo poder deriva a força coletiva do estado para realizar atos de punição sobre aqueles que não cumprirem com as normas constituídas.

Desse modo, a ausência de um Poder Judiciário se justifica pelo fato de Locke não o distinguir do Poder Legislativo. Como para ele a função de um juiz imparcial é exercida na sociedade política, juntamente com aqueles que criam as leis, então um juiz só poderá ser imparcial ao passo que existam leis genéricas, formuladas para todos. Como traz Bobbio “Os legisladores e os juizes tem a mesma função: estabelecer o direito, isto é, as normas de convivência. [...] para Locke não há uma diferença essencial entre Legislativo e Judiciário, que representam *dois aspectos distintos do mesmo poder*” (BOBBIO, 1997, p. 233). Portanto, o poder Legislativo ocupar-se-ia de duas funções, elaborar as leis e julga-las perante seus infratores.

Junto ao Poder Executivo, Locke traz a figura do Poder Federativo, que segundo ele é “O poder da guerra e da paz, de fazer as leis, alianças e qualquer outra negociação com todas as pessoas e comunidades estranhas à sociedade política” (LOCKE, 1994, p. 214). Portanto, é claramente um poder coativo do estado, de caráter exterior, com objetivos meramente políticos. Apesar de não terem as mesmas propriedades ou extensão similares, ambos os poderes então relacionados, sendo que é difícil separa-los e distribui-los sobre competências distintas.

Quando Locke trata do tema da separação dos poderes o faz sabendo dos riscos que isso ocasionaria. Diante disso, ele apresenta como solução a subordinação desses poderes. Acreditando que o órgão que cria as leis não pode ser aquele que as aplica, ele os coloca em estado de subordinação, mais precisamente, o poder Executivo deve ser subordinado ao Legislativo. Lê-se sobre essa hierarquia no seguinte trecho “Em todos os casos, enquanto subsiste o governo, o poder supremo é o legislativo, porque o que pode legislar para os demais deve necessariamente ser superior a eles” (LOCKE, 1994, p. 174). E sobre a subalternidade do Executivo, têm-se a seguinte passagem “Quando não é conferido a uma pessoa que participe também do Legislativo, o Poder Executivo está evidentemente

subordinado a ele e é, perante ele, responsável, podendo ser mudado e transferido à vontade” (LOCKE, 1994, p. 175).

Desse modo, a classificação dos poderes é posta em subordinação do Executivo sobre o Poder Legislativo, entretanto, esse também está subordinado a uma entidade maior, pois responde antes de tudo ao povo, sendo que o poder de legislar nada mais é do que uma delegação de direitos naturais dos indivíduos, confiados a uma entidade política. No caso dessa não estar mais cumprindo com seu papel, ou começar a agir com abuso de autoridade, é direito dos cidadãos como unidade, reclamar seus direitos naturais de volta e delega-los a um novo corpo político.

Como visto, as leis civis são criadas a partir da percepção e didática das leis naturais. Sendo que a positividade de uma lei se dá graças à possibilidade de um pressuposto ético anterior. Assim como coloca Reale “A lei ética ou, de maneira especial a lei jurídica é a compreensão de um fato enquanto cultural, que se realiza em virtude de uma tomada de posição volitiva, de que resultam juízos de valor, que implicam responsabilidade e sanção” (REALE, 2002, p. 260). Acontece que nem toda lei consegue fixar-se na esfera comunitária, pois como acrescenta Boson “[...] em repulsa a esse artifício ideológico, há de se convir que uma norma jurídica que não se positiva na eficácia social é, na verdade, pura ideologia” (BOSON, 1996, p. 145). Isto se dá pelo fato dos homens possuírem um senso moral antes de instruírem-se no mundo jurídico. Todavia, o oposto também é válido, sendo que se algum pressuposto ético não consegue atingir a legalidade jurídica com todos seus caracteres, é porque não estava regido no campo das possibilidades da lei natural, sendo apenas interpretação pessoal e, portanto, não cabível à positividade.

3 A ÉTICA JUSNATURALISTA NO ESTADO DE DIREITO

3.1 O dever de conservação da lei natural

A lei natural possui junto à sua estrutura um pressuposto de conservação, isso é, além dos direitos e deveres que dela decorrem, a mesma inclui a obrigação de preservá-la. Para tanto, o homem deve lutar pela sua observância, de forma a honrar o contrato social estabelecido e defender o sustento da sociedade civil na medida do possível.

Ao analisar os dispositivos legais de determinados territórios – com ênfase no lado ocidental do globo –, percebesse a presença dos preceitos naturais na lei positiva. Princípios como, o direito à vida, a propriedade, a igualdade, a liberdade, a defesa, etc. são consagrados pela norma legal, por serem imprescindíveis na hora da sua elaboração. Sem a assiduidade destes, as leis seriam apenas comandos heterônomos sobre o pretexto de segurança pública.

Tem-se hoje como um dos maiores reflexos da lei natural no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da dignidade da pessoa humana, elencado no rol dos princípios fundamentais, à luz da constituição federal. Frente a isso, percebe-se que tal fundamento nada mais é do que a conservação do valor mais nobre do homem, aquilo que o torna especial ao restante das criaturas e dignifica o seu ser. Tal qualidade decorre da essência dos direitos naturais, alcançados por intermédio da razão. Sobre a dignidade humana, Greco Filho afirma:

Esse valor supremo é o valor da pessoa humana, em função do qual todo o direito gravita e que constitui sua própria razão de ser. Mesmo os chamados direitos sociais existem para a proteção do homem como indivíduo, e, ainda que aparentemente, em dado momento histórico, se abdicuem de prerrogativas individuais imediatas, o direito somente será justo se nessa abdicção se encontrar o propósito de preservação de bem jurídico-social mais amplo que venha a repercutir no homem como indivíduo. (GRECO FILHO, 1989, p. 8).

Tem-se como exemplo desse princípio, o artigo 1^o, inciso terceiro da constituição federal brasileira, onde o mesmo é apresentado como direito fundamental e inalienável. Mais a frente no artigo 4^o, inciso segundo, a carta magna intercede pela preservação dos direitos humanos como elementos delineadores das relações humanas, pois esses são a representação dos direitos naturais em caráter coercitivo. Assim, torna-se evidente a importância atribuída a

⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana.

⁶ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

III – preservação dos direitos humanos

tais valores pela sua essência irrevogável que estruturam as leis positivas. Em volta da ideia de que o ser humano é uma criatura dotada de direitos naturais, que o acompanham desde o seu nascimento até o fim da sua vida, elabora-se o âmago das leis e não se afastando desse ideal, se estruturam o restante das normas civis.

Todo ato de julgar, envolve no seu íntimo um apanhado de valores éticos, que transparecem ao momento do “veredicto”. Assim, torna-se evidente a relação da ética e da moral com as leis. Esses são os valores fundantes de qualquer ordenamento positivo, ou seja, é a posição assumida pela sociedade como um “todo”. Tais valores são o sustento do convívio em sociedade. Pois mesmo que alguns princípios possam parecer abstratos para o direito como uma ciência prática, esses princípios que soam familiares aos homens, na esfera do reconhecimento coletiva. Nessa senda coloca Saldanha:

A “beleza” não se aplica aos comportamentos intersubjetivos; a “bondade” não se acha em um quadro ou paisagem; a “verdade” refere-se a certas funções intelectivas cujo sentido pleno inclui uma conexão com determinadas representações da vida. Se dizemos que um gesto é “belo” ou que um poema é “verdadeiro”, usamos de analogias, as quais se tornam possíveis pelo fato, percebido já pelo gênio Platão, de que as ideias mais genéricas ou mais “altas” se intercomunicam e tendem a situar-se em um plano homogêneo (isso corresponde à unidade dos “transcendentais” que falava a escolástica medieval) (SALDANHA, 1998, p 177).

Da necessidade do homem de harmonização com o meio e com os outros, faz-se indispensável à presença dos direitos fundamentais no ordenamento positivo. Pois a lei é a expressão dos valores éticos em caráter legal, com força coercitiva, apontando a direção para determinadas práticas. Assim, o direito é mais do que um epifenômeno, é o apanhando da realidade de um povo. Concentrado em normas legais, auxilia na orientação da organização social. É dessa expressão do coletivo, que a lei tira a sua força, sendo a ciência jurídica o conjunto entre fato, valor e norma. Desse modo, embora não se possa confundir o direito com o campo sociológico, o mesmo também não pode ser entendido sem a presença de tal fenômeno, sobre o risco de cair na exclusividade da legalidade. Visto isso, o posicionamento do referido autor:

E de fato não se pode reduzir a caracterização do direito apenas a essa nota, a normatividade; não se pode dizer do jurídico que seja só “dever-se” (sem que há outros “dever seres” que não o do direito). No direito a imperatividade e a normatividade entram como um elemento, como entram as ideologias, os valores, as condutas, o poder, etc. (SALDANHA, 2008, p. 47).

Sem o ideal de justiça, que por vez é à base dos direitos naturais, a relação tridimensional entre fato, valor e norma, seria sustentada por uma estrutura crua de

“formatação”, reduzindo a ciência jurídica ao dogmatismo prático, ou seja, o positivismo como Kelsen imaginava. Todavia, a teoria da relação do direito com o meio, colocada por Miguel Reale, é mais fiel a proposta do que vem a ser uma sociedade democrática. A justiça por ser um valor absoluto, não pode ser derivada de impressões relativistas ou por elementos secundários. Portanto, é o ponto de partida para a fundamentação da lei natural e para o esclarecimento da lei positiva. Sobre a tridimensionalidade do direito, têm-se as palavras de Reale transcritas por Batalha:

A integração de três elementos na experiência jurídica (o axiológico, o fatídico e o técnico formal) revela-nos a precariedade de qualquer compreensão do Direito isoladamente como fato, como valor ou como norma e, de maneira especial, o equívoco de uma compreensão da Direito como pura forma, suscetível de albergar com total indiferença, as infinitas e conflitantes possibilidades dos interesses humanos (REALE *apud* BATALHA, 1968, p. 753).

Desse modo, o legislador assume o papel de corresponder e representar os interesses da sociedade ao tempo da elaboração das leis. Para tanto, o mesmo atua no reconhecimento de valores jurídicos correspondentes à interpretação axiomática da contextualização atual, isto é, pelo conhecimento empírico da predominância cognitiva dos valores de uma época, o legislador reconhece e delimita o substrato das leis. Assim, o seu objetivo é unificar dialeticamente nas normas, o conjunto dos valores morais à expressão da força de coerção como realidade jurídica.

Como visto nos capítulos anteriores, o princípio da justiça é o que move toda a ideia do jusnaturalismo. Ou seja, o ideal do direito, não é outra coisa, “senão um aspecto do ideal do bem, o qual é também objeto da moral” (VICCHIO, 1979, p. 315).

Embora existam inúmeras correntes de pensamento conflitantes sobre o ideal de justiça, o seu real valor, isto é, a sua propriedade intrínseca não é nenhuma resposta abstrata ou mesmo uma correspondência subjetiva fruto da imaginação pessoal, mas sim, uma realidade concreta, um estado de consciência constante de forma objetiva, decorrente das relações humanas, postas à análise pela razão. Em consequente é da justiça como parâmetro social que se segue na orientação da lei positiva. Consonante ao exposto coloca Radbruch “Não se trata duma justiça que se mede pela medida do direito positivo, mas duma justiça que é ela, a medida do próprio direito positivo e pela qual este tem de ser auferido” (RADBRUCH, 1979, p. 88).

Do mesmo modo que a lei moral não é transposta em regras e comandos para todas as situações do cotidiano, o direito natural segue o mesmo rumo. Pois seria impossível que um

compilado de leis contenha todas as possibilidades de ações humanas com as suas irregularidades previstas e respectivas punições predeterminadas. Portanto, a justiça que o jusnaturalismo defende é alcançada por meio da percepção racional e da necessidade espiritual de ordem e harmonização humana. Frente a isso, o posicionamento de Reale:

O direito natural não é um código de boa razão, nem tampouco um ordenamento cerrado de preceitos, mas se resume, afinal, em alguns mandamentos fundamentais de conduta, derivados de maneira imediata da razão, por participação da lei eterna. Tais princípios ou normas do Direito Natural impõem-se de maneira absoluta ao legislador e aos indivíduos, de tal maneira que se não poderá considerar direito qualquer preceito que de modo frontal contrarie a normas resultantes da lei natural, máxime quando consagradas como leis divinas (REALE, 110, 1957).

Outro motivo pelo qual a lei natural deve ser preservada no ordenamento positivo é porque a mesma serve tanto como barreira contra a implantação de sistemas ditatoriais e totalitários, quanto serve para resguardar o direito dos homens em não aceitar tais práticas. A conservação da liberdade que dela decorre, proporciona maior segurança aos seus usufruidores, tanto de forma física quanto emocional. Assim, a lei natural fundamenta a liberdade humana e a lei civil a protege. Por isso, as leis civis quando elaboradas sobre preceitos morais, são as maiores guardiãs dos direitos naturais.

A lei natural é um direito espontâneo do homem, fruto da sua própria natureza. Desse modo, os direitos naturais transparecem na constituição federal, no formato dos direitos fundamentais como estrutura de proteção. Dos pressupostos morais naturais, formulam-se as leis civis.

Os direitos fundamentais, assim como a lei natural, possuem como pressuposto intrínseco, o dever de conservação, visto que a sua observância é o que garante o princípio da dignidade humana e demais preceitos fundamentais. Esses também servem como uma espécie de filtro para possíveis arbitrariedades governamentais e “inflação” de direitos. Desse modo o direito natural estabelece as fronteiras do direito positivo. Sobre isso, o pensamento de Villey:

As leis morais constituem o fundamento da ordem da cidade. Sua importância é cardeal, incomparavelmente superior ao direito propriamente dito. Nenhuma comunidade é viável onde se mata, rouba, mente. E cada cidade e cada regime possuem uma moral própria. O que os pensadores gregos compreenderam antes de Montesquieu. O que constitui a especificidade de cada cidade, da cidadania definida pelas leis, é um modo de conduta moral (VILLEY, 2003, p. 414).

Visto isso, a conservação da lei natural no ordenamento positivo é característica insubstituível para o bom funcionamento de qualquer sociedade. As leis civis como porta vozes do direito natural agem em benefício dos homens, garantido a sua segurança e

liberdade. Por isso, no caso das leis civis encontrarem-se desagregadas dos fundamentos da lei natural, cabe ao homem o direito de resistência proporcional à deformidade positivada. Sentimento esse despertado em vista do caráter político e social do ser humano.

3.2 A lei moral e o direito de resistência

Partindo do pressuposto que a lei é a base que torna possível a organização da vida em comum acordo e a sua observância é o fator que possibilita a harmonia da convivência, como proceder diante de uma lei civil imoral? Como se portar frente a uma norma jurídica arbitrária? Ou mesmo, o que fazer quando os representantes da ordem não estão mais a altura de seus cargos? Nesse ponto, entra o chamado direito de resistência, faculdade que o homem possui de lutar pela revogação de uma norma injusta, ou mesmo, de se rebelar contra a tirania de um governo corrupto. Direito esse, assistido pelos meios legais e fundamentado pela lei natural.

Sócrates acreditava na observância irrestrita às leis do Estado, mesmo diante de uma condenação aparentemente injusta – como foi o seu caso. Após ser condenado à morte por envenenamento e tendo a possibilidade da fuga do cárcere, o mesmo não hesitou em cumprir com a decisão da *polis*, e aceitou a sentença proferida. Todavia, indo de encontro ao exemplo de Sócrates, ainda que seja o dever moral daqueles que vivem sobre a regência do Estado, o cumprimento dos devidos dispositivos legais, nos casos de necessária preservação dos valores morais, é passível a resistência à lei tida como incivil, pelos pressupostos do direito natural. Sobre isso afirma Lloyd:

Ainda que em mitos desses conflitos o dever moral preponderante possa ser a obediência à lei (como pensava Sócrates) até que a persuasão se mostre suficientemente eficaz para ocasionar mudança legislativa, podem existir situações extremas em que a lei dita atos de tão evidente imoralidade (como no caso das leis nazistas, à sombra das quais a morte e as mais pavorosas torturas foram infringidas as milhões de pessoas inocentes) que, seja qual for à posição no direito positivo o dever moral é a rejeição e não a obediência à lei (LLOYD, 1998, p. 61).

Como foi apresentado na primeira parte desse trabalho, embora a moral seja em essência o fundamento da lei positiva, e essa por vez é a força coercitiva dos pressupostos morais, muitas vezes, tal correspondência não é fiel ao que deveria ser. Dessa intersecção entre ambas as espécies de normas justifica-se a desobediência civil pelo direito de resistência. Tem-se como exemplo o seguinte trecho de Montesquieu:

A lei que, sob Henrique VIII, condenava um homem sem que as testemunhas tivessem sido confrontadas com ele era contrária à defesa natural: de fato, para que se possa condenar, é realmente preciso que as testemunhas saibam que o homem contra quem estão depondo é aquele que é acusado, e que este possa dizer: Não é de mim que vocês estão falando (MONTESQUIEU, 2000, p. 503).

Tanto a lei moral quanto a lei positiva, possuem padrões de comportamento a serem seguidos, sem os quais, qualquer sociedade civilizada não poderia se manter funcionando. E assim, ambas trocam comandos de comportamento, reforçando seu cumprimento efetivo. Por exemplo, ao analisar o artigo cento e vinte um⁷ (121) do código penal, o texto da lei fala sobre o crime de assassinato, e em seguida apresenta as penas decorrentes de tal ação. O fato de existir uma punição para a referida prática implica que essa conduta é considerada tanto ilegal quanto imoral. Pois, se somente a legalidade de uma norma importa-se, sem uma moral objetiva que a fundamente, o que poderia classificaria um ato como penoso? Transgressões como o homicídio, roubo, agressão, ameaça, prestar falso testemunho, entre outras, estariam sujeitas a subjetividade, e à interpretação maliciosa dos fatos. Nesse sentido, a moral serve tanto de ferramenta inibidora das condutas atroz, quanto de reforço à legalidade da norma civil, que além de igualmente proibir tais atos, acrescenta à sua autoridade, diversas sanções penais. Nesse sentido, o posicionamento de Lloyd:

Em primeiro lugar, toda a ideia de “culpa” no direito penal está vinculada a ideia de responsabilidade moral e, desse modo, a moral reforça a autoridade da lei e o dever de acatar seus decretos. Em segundo lugar, a “responsabilidade” entre direito é tratada como excluindo a possibilidade de culpa se existem algumas circunstâncias de desculpa que nos levam a julgar o acusado como moralmente não implicado no ao que constitui o delito. [...] O terceiro modo como a moral influi na responsabilidade legal consiste em decidir sobre a punição a ser imposta (LLOYD, 1998, p. 72/73).

A existência de um sistema de leis positivas que seguem uma cadeia linear de pressupostos normativos e penalidades próprias indica por si só a presença de determinada corrente de pensamento moral atuando dentro desse regimento. Assim, tanto a lei moral quanto a lei civil são necessárias para o sustento de qualquer governo legal e para o desenvolvimento das relações intersubjetivas. Em pensamento similar, afirma o autor supracitado:

E como é um pressuposto dos dois sistemas jurídicos que eles existem, em termos gerais, para sustentar os padrões morais das comunidades a que se aplica, o dever moral de obedecer à lei é geralmente aceito e desempenha um importante papel no

⁷ - Decreto Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940
Art. 121. Matar alguém.

estabelecimento da autoridade legal e nas garantias de obediência a esta, na maioria dos casos, sem o recurso concreto a medidas coercitivas (LLOYD, 1998, p. 63).

No entanto, as leis civis não podem ser confundidas com as leis morais – por atuarem em áreas diferentes –, mas também não podem ser entendidas em dissonância dessas. Portanto, a lei não pode ser colocada apenas pela sua imperatividade, visto que elementos como valores, ideologias, condutas etc. fazem parte da sua constituição.

Com isso, as leis de um Estado, nada mais são do que o reflexo social daquilo que é moralmente aceito em determinado território. Desse modo, no caso da separação abissal entre lei positiva e lei natural, surge a possibilidade de resistir à vontade heterônoma da legalidade civil injusta. Tem-se como exemplo disso os casos de impeachment, onde a confiança depositada em determinada personalidade política, foi tão fragmentada por atos de imoralidade e irresponsabilidade para com o povo, que a retirada do governante antes do término do mandato, torna-se um ato igualmente democrático, quanto os meios pelos quais este chegou ao poder. Sobre essa resistência a autoridade arbitrária Locke afirma em seu tratado:

Aquele que exceda com sua autoridade o poder que lhe foi dado pela lei e faça uso da força que possui sob seu comando para fazer, com respeito aos súditos, o que a lei não permite, deixa por isso, de ser magistrado, e como delibera sem autoridade, justifica a oposição que se lhe faça, assim como nos opomos a qualquer pessoa que viole com a força o direito alheio (LOCKE, 1994, p. 208).

Quando algo do gênero ocorre, ao contrário o que Thomas Hobbes pensava, a sociedade não retorna ao estado de natureza, ou mesmo à uma condição mais primitiva de organização. Pois tal causalidade não libera os cidadãos do contrato social inicialmente firmado. O que ocorre é que mesmo quando o governante máximo do Estado é desposto do cargo, as leis morais do direito natural continuam vinculantes, pois essas são eternas, logo, independem da autoridade humana para existirem. No entanto, a carência de lei civil abre brecha para a falta de punição sobre condutas penosas. Portanto, a dispensa da autoridade competente, não ocasiona a revogação das normas impostas pelo seu governo, sendo que tal ato fica a cargo do próximo corpo político a assumir o posto.

Desse modo, o poder retorna ao povo, que por vez, escolherá novos representantes. Esse regresso do poder à sua origem, não é motivo para pensar em caso de dissolução do Estado. Pois teorias que justifiquem a desobediência em qualquer situação não são suficientes para instigar uma sociedade inteira a promover a condição de anarquia. Visto que, não são as teorias que movem as pessoas, mas as ações efetivas, isto é, em um território bem governado,

o número de atitudes revoltosas é inferior a um ambiente de mau governo. Caso em que, aquele que se encontra satisfeito com determinada condição, busca pela conservação e aperfeiçoamento da sua situação, desinteressando-se por teorias casuísticas e ideologias desconstrutivistas.

Outro fator que impede a volta ao estado de natureza pelo direito de resistência é a condição humana que se inclina pela evolução objetiva no seu modo de agir, aperfeiçoando as práticas de conduta moral, o que faz com que os homens não queiram retornar à situação de desordem pela falta temporal de comando ou direção legal. Visto que o povo precisa ser arduamente e longamente provocado para se portar em favor a sedição, pois, o homem em sociedade tende para a resignação.

Na condição de resistência, não é a sociedade que se porta com rebeldia, mas sim o governo que despertou tal condição nos homens, por abusar do seu poder e confiança a ele depositados. A resistência é a resposta do povo em forma de ato legítimo, sobre uma regência estatal que se tornou obsoleta, pois como coloca Bobbio “Quem perturba a paz não é o oprimido que se rebela, porém, o opressor que falta a sua obrigação de governar dentro dos limites constitucionais” (BOBBIO, 1997, p. 244). Se não fosse assim, o que qualificaria a possibilidade de recorrer em um processo judicial? Ou mesmo, alguém que sofra uma injustiça de qualquer natureza, não poderia levantar-se contra tal ato, pois sua indignação poderia causar ainda mais desordem. Destarte, a ordem civil deve ser a garantia da liberdade. No entanto, a liberdade natural (lei natural) deve preceder a ordem institucionalizada. Pois, no caso de uma lei positiva, ir de encontro aos direitos naturais, sobre tal norma cabe à resistência civil. Em similaridade afirma o Vicchio:

[...] os indivíduos fundaram o Estado mediante ato voluntário, para atingir, por meio do mesmo, fins determinados, serve de argumento para sustentar que o poder público está vinculado ao cumprimento destes fins e não pode exercitar além ou contra os mesmos. Assim a hipótese do contrato social assume o caráter de norma ideal; o Estado é sobretudo mera expressão do poder e arbítrio, mas deve necessariamente, pela sua natureza, ser destinado a *garantir os direitos individuais* (VICCHIO, 1979, p. 104).

Da ruptura do pacto original, o homem tem tanto o direito de lutar pelas suas garantias naturais, quanto tem o dever de fazê-lo. Cabem então às autoridades governamentais competentes, encontrar um ponto de intersecção entre a lei positiva e a lei natural, de modo que ambas não se anulem, mas se complementem, tornando cada vez mais forte o sentimento de conservação do povo pelo governo em exercício.

Da inteligência que discorre o artigo primeiro, parágrafo único da constituição federal brasileira⁸, ao colocar que todo poder emana do povo, fundamenta-se o direito a resistência à lei civil, quando essa não atende mais as necessidades da sociedade. Assim, torna-se um ato legítimo, a repudia de uma lei injusta, ou mesmo, adotar contramedidas governamentais de um sistema corrupto.

A liberdade que a lei natural protege também resguarda a ideia de responsabilidade, tanto do povo para com o Estado, quanto do Estado para com o povo. Assim, o reconhecimento das leis naturais no ordenamento positivo é a justa medida entre ambas as espécies de norma, que devem se harmonizar, para que possam contribuir no desenvolvimento das relações intersubjetivas. A obrigação do Estado consiste na criação de leis que sejam moralmente obrigatórias, portando a responsabilidade de sustentar o bem comum. Pois como dizia santo Agostinho “Porque a mim me parece que uma lei que não seja justa não é lei” (AGOSTINHO, 1995, p. 36).

As normas que não possuem essa obrigação definida, e desvinculam-se do seu caráter moral e dever de *preservação*, acabam por ignorar os fundamentos da lei natural. Nesse sentido, a autoridade do governo está calcada na sua competência e eficácia para com o povo, pois no momento em que isso é perdido, perde-se o compromisso para com esse, e assim, surge o direito de resistência como meio de reestabelecer a ordem social e o vínculo entre Estado, governo e governados.

3.3 Um meio termo entre extremos

A liberdade estatal consiste em poder fazer tudo àquilo que a lei permite e igualmente, não proíbe. Pois, no caso de a liberdade ser total e desenfreada, estariam os homens demasiado expostos uns aos outros, resultando numa situação de caos constante, o que implicaria no retorno ao estado de natureza. Nesse sentido, são as leis que garantem o direito à liberdade, visto que, sem o mínimo de ordem, não seria possível conciliar as vontades conflitantes. Portanto, a divisão legítima do desejo pelo bem coletivo entre os interessados, predomina sobre as vontades individuais. De modo que a justiça prevalece sobre a liberdade. Pois, sociedade pressupõe organização, que é o contrário da liberdade

⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

ilimitada. Tal liberdade seria o poder ilimitado, e, por conseguinte, a total desorganização, o que ocasionaria na restrição da liberdade de certos grupos pelo desejo imponente de outros.

Todavia, a liberdade do homem é restringida tanto pela sua própria natureza, por exemplo, não é possível estar em dois lugares ao mesmo tempo (limitação da condição física humana no seu modo de apresentar-se), quanto a situações de conveniência social, ou seja, não é possível fazer tudo o que se deseja, ou mesmo, ter tudo o que se quer (limitação pela convenção social e pelos valores morais objetivos).

Visto isso, quando as liberdades individuais são levadas as últimas consequências, tornam-se normas de conteúdo pragmático, destinadas à contradição a partir de certo ponto. Isso faz imprescindível a presença do direito positivo para regular tais condutas, visando o comportamento ético, ligado a valores e princípios morais. Portanto, a lei positiva não pode ser desvinculada do direito natural, sobre o risco de tornar-se incivil – norma de caráter meramente dogmático.

O direito positivo exclusivista preocupa-se unicamente com questões de procedimento normativo e validade legal, deixando para segundo plano a relação com a justiça. Acontece que esta não pode ser confundida com a validade que a norma expressa – é justa porque é legal –, por ser ela própria o fundamento que valida à norma. Isto é, a norma não é justa por ser válida, mas é válida, especialmente, por ser justa. De modo que, quando a lei positiva se mostrar injusta ou contrária aos interesses da sociedade, esta, poderá ser revogada pelos preceitos do direito natural.

A norma jurídica só passa a ser válida, após enfrentar todas as etapas necessárias para a sua validação. Entre essas fases, a mesma é posta à análise dos pressupostos da lei natural, que agem como um procedimento de filtragem, perante possíveis arbitrariedades da lei civil.

Tem-se como exemplo de normas dotadas dos valores naturais, na constituição federal brasileira, o artigo terceiro e incisos⁹, os quais trazem no seu texto, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, entre outros preceitos. O artigo quarto¹⁰, que apresenta a prevalência dos direitos humanos, bem como a cooperação entre os povos, e o vislumbre do

⁹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁰ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político.

progresso humano. Também se vê a influência da lei natural no artigo quinto¹¹, que coloca os homens em estado de igualdade, garantindo-lhes o direito à vida, a liberdade, a segurança, a propriedade entre outros, dentro dos termos constitucionais.

A administração pública também está sujeita aos mesmos pressupostos, visto que, no artigo trinta e sete¹² (37), a constituição apresenta os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, valores decorrentes de uma moral objetiva que visam algumas das condições necessárias para fundar uma sociedade próspera, conforme inciso segundo do supramencionado artigo terceiro.

Nesse sentido, o direito natural na constituição é a expressão dos valores tidos como imprescindíveis e inalienáveis para a construção e desenvolvimento da vida em sociedade. Pois como observa Miguel Reale:

É o Direito ligado à natureza do homem, como expressão de suas inclinações racionais, de maneira que a lei determina e manifesta o que a reta razão concebe como belo e bom. Onde quer que haja vida em comum, aí encontraremos certos princípios que não são contingentes e variáveis, mas que, ao contrário, apresentam caráter de legitimidade porque não nascem de arbítrio e de convenção, que podem ser indiferentes ou nocivos, mas sim da natureza e da reta razão (REALE, 1999, p. 99).

Voltando-se para a vida em sociedade, se faz necessário o conjunto de regras de cunho positivo, que regulem com maior propriedade a convivência diária. Essas normas legislam sobre os preceitos da lei natural, que são de caráter primário e constituem o corpo fundante das leis civis. Esses são encontrados na constituição brasileira como direitos fundamentais. Pois, como coloca Sarlet:

Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais [...] a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa (Sarlet, 2009, p. 61).

O Estado de direito, tem o dever cívico de atuar dentro dos ditames legais, exercendo com fidelidade e competência as garantias constitucionais, proporcionando aos cidadãos uma

¹¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

¹² Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte.

vida mais digna e confortável. Esses são os substratos valorativos que compõem os juízos morais da lei natural, expressados pelo direito positivo como norma regulamentadora da conduta social.

Visto isso, somente é possível compreender o estado de direito, porque existe o plano do direito natural. Caso em que, como coloca Radbruch “[...] o positivismo jurídico e político pressupõe sempre, quando levado logicamente a suas últimas consequências, como já foi mostrado, um preceito jurídico de direito natural na base de todas as suas construções” (RADBRUCH, 1979, p. 354/355). Assim, o que confere ao Estado, a legalidade para governar é a sua sujeição às leis, pois como trás o referido autor:

O Estado não é chamado ao poder de legislar senão porque promete, e não pode deixar de prometer, sujeitar-se as leis que ele próprio faz; essa sujeição é a condição para ele poder ser chamado a legislar. E assim, pode-se também dizer-se que os dois preceitos jurídicos de direito natural – o que estabelece o poder legislativo de todo o governante e o que estabelece a sujeição desse mesmo governante às suas próprias leis – se acham indissolúvelmente ligados um ao outro (RADBRUCH, 1997, p. 355).

Desse modo, o Estado tem tanto o direito de fazer cumprir as leis, quanto o dever de obedecer-las, não podendo abster-se dessa prerrogativa no seu modo de legislar. Percebe-se então, que existe uma moral objetiva fundante, que age de maneira implícita no caráter governamental. Nesse sentido, o Estado não pode deixar de aplicar o direito que ele próprio traduz.

O Estado deve ser entendido como um instrumento a serviço do povo. Está acima do indivíduo, mas não do coletivo. Não é uma realidade em si mesmo, mas é uma estrutura criada, e como qualquer criação da técnica humana, está sujeita a readaptação na medida das necessidades apresentáveis. Todavia, o Estado é uma existência de cunho histórico sociológico e jurídico. De modo que, a soberania dos *sujeitos de direito*, transformam-se, por um ato de vinculação, pelo dever de bem-estar social. Isto é, as vontades individuais, se diluem dentro do Estado, e se convertem em desejo de prosperidade coletiva. Esses sujeitos se encontram sobre a regência das mesmas normas coercitivas. Assim, a soberania do Estado é reafirmada pelo mesmo grupo dos entes que o legitima. Ou seja, os indivíduos constituem a “substância primeira” do Estado.

O homem está vinculado ao Estado desde o seu nascimento – conforme consta no artigo segundo do código civil¹³ –, até o momento da sua morte. Todavia, mesmo após o

¹³ Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

óbito, aquele que já não mais se encontra entre os vivos, exerce uma influência indireta para com esses, sejam referente os casos de desrespeito aos mortos, como consta na legislação penal, ou mesmo, na obrigação que existente dos familiares para com o sepultamento do corpo. Visto que, um cadáver não pode ser simplesmente abandonado.

Ao analisar o código penal, percebe-se o apanhado de sanções existentes para as mais diversas modalidades criminais. Tem-se, por exemplo, os crimes contra a honra, contra a liberdade individual, contra o patrimônio, contra a família entre outros. Essas são algumas tipificações penais decorrentes dos valores do direito natural. Pois como visto anteriormente, se não existisse uma norma moral de caráter objetivo, não seria possível classificar uma conduta como boa ou má. As penalidades não teriam fundamento, e tudo cairia no relativismo do entendimento individual. É nesse ponto que entra a lei moral, como uma percepção a ser alinhada no caso concreto, que ganha força de lei, após o seu reconhecimento na realidade fática.

A lei moral exerce tanto o papel de norma inibidora da conduta, quanto de instrumento de restituição e integração à sociedade, por conta dos sentimentos que desperta no infrator, como por exemplo, o arrependimento. Frente a isso, as palavras de Carnelutti:

Se houvesse apenas a lei criminal nesse mundo, a vida, para os delinquentes, seria muito mais fácil do que é na realidade. Na verdade, quem cometeu um delito terá ou não terá remorso. Se tiver, eis aqui uma pena pela qual sofrera muito mais do que com a prisão. Se não tiver, o que também é possível, tudo será ainda pior para ele, nesse caso, ele cometerá novos delitos (CARNELUTTI, 2004, p. 25).

Desse modo, o jusnaturalismo moderno, ao contrário do posicionamento clássico, não coloca o direito natural propriamente acima da lei positiva, mas busca encontrar dentro deste, elementos axiológicos da retaguarda jurídica. Ou seja, o direito civil não se esgota em si, quando se encara a norma como um elemento de conexão, entre a dinâmica dos valores morais e o movimento coercitivo da estrutura da organização social. Em similaridade, as palavras de Saldanha “Crer em um direito natural significa reconhecer o direito positivo como vigente e aplicável, mas não esgotador de toda a noção de *direito*” (SALDANHA, 1998, p. 144). Portanto, o fundamento do direito vai além da mera convenção legislativa, e da legalidade formal das leis. Pois uma concepção eminentemente positiva do direito fere tanto o caráter material das normas, quanto se afasta do bem comum, abrindo brechas para a imposição arbitrária e discricionária da lei, isto é, fomenta a possibilidade das leis injustas e enfraquece a sociedade como um conjunto.

Pegando como exemplo o código civil, livro três, *dos fatos jurídicos*, título terceiro, *dos atos ilícitos*, que tem início no artigo cento e oitenta e seis¹⁴ (186), e o livro um da parte especial, “do direito das obrigações”, título nono, “da responsabilidade civil”, com ênfase no artigo novecentos e vinte e sete¹⁵ (927) do respectivo código, fica evidente a presença de princípios morais, atuando de maneira direta dentro deste.

Sobre o manto da lei natural, devem enunciar-se as leis positivas, tanto com o propósito de reforça-la, quanto pela capacidade que possui de fazer cumprir os preceitos naturais, pelas vias legais.

Embora os fundamentos da lei natural se estendam para todos os homens – incluindo aqueles que não a observam –, é pelo fato de existir uma parcela daqueles que a ignoram, que se faz necessária à presença de um sistema positivo de direito. Esse regimento posterior deve trazer consigo os reflexos de um ordenamento primeiro, isto é, deve portar os pressupostos da lei natural, valendo-se da força de aplicação prática, suprimindo assim, a falta de determinação direta que a lei primeira venha despertar. Pois, a incerteza e a falta de prescrição, inibe a prosperidade da sociedade como grupo organizado.

O fundamento do direito natural se encontra na natureza humana, pelo seu modo de apresentar-se, sendo alcançado pelo instituto da razão. Este é o conjunto de princípios supremos, universais e eternos, o que os tornam irrevogáveis à condição do homem, pois nutrem a sua necessidade espiritual de harmonização, possibilitando a convivência conjunta. Do mesmo modo, pensava Montesquieu, ao afirmar que “Antes de todas estas leis, estão às leis da natureza, assim chamadas porque derivam unicamente da constituição de nosso ser” (MONTESQUIEU, 2000, p. 13/14). Nesse sentido, os direitos positivos, ganham força quando defendem os interesses do bem comum, não por uma via utilitarista, mas pautando-se nos ideais de bom e justo, princípios decorrentes da lei natural, pelo seu caráter moral. Assim, a lei civil encontra sua referência e validade na lei natural, por ser esta o fundamento da ordem e a estrutura da sociedade organizada.

¹⁴ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

¹⁵ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

4 CONCLUSÃO

Da experiência que foi a realização desse trabalho e pelo acervo de informações levantadas em conjunto com as inúmeras citações de algumas das maiores autoridades no assunto, é possível afirmar com segurança uma série de conclusões a respeito da temática em questão. No entanto, alguns desfechos são mais perceptíveis que outros. Assim como há aquelas premissas que saltam aos olhos, pela sua clareza e auto evidência, outras requerem um olhar mais atento e acirrado do assunto, bem como uma eminente capacidade de abstração e o reconhecimento da interligação dos temas.

O primeiro assunto levantado foi à explanação de algumas das mais influentes correntes de pensamento ético ao longo da história. Abordadas aqui de forma sucinta, mas que satisfazem a compreensão da notoriedade dos sistemas descritos. Essa multiplicidade de realidades faz da ética uma influência atemporal, designada a guiar os homens na sua trajetória pelo melhor caminho cívico enquanto fazem parte da companhia.

No primeiro capítulo, viu-se que a ética é a faculdade de reflexão sobre as condutas morais, conduzidas por juízos de valor. Desse método, resultam as ações que refletem e definem a conduta moral de determinada sociedade, ou seja, a partir do conjunto de certas práticas morais, imediatas e incorporadas por uma coletividade particular, se definem os valores predominantes de uma época.

Nesse sentido, a razão é o que possibilita a contemplação dos princípios morais, e, portanto, o seu reconhecimento prático na realidade. No entanto é a capacidade de *percepção* que torna possível a realização de certos juízos de valor em cima das respectivas máximas morais, de modo a aperfeiçoar o exercício da *ponderação*. Desse modo, se aprimora o reconhecimento entre a boa e a má conduta, elementos indispensáveis para a construção de uma sociedade organizada.

Visto isso, em conformidade com a razão, a percepção enquadra o princípio moral no caso concreto. Pois se não fosse assim, normas como não matar, não poderiam ser rompidas em nenhuma hipótese, mesmo quando a vida de alguém estivesse sendo ameaçada por terceiros, o que desqualificaria qualquer tese de legítima defesa.

A respeito das semelhanças e diferenças entre o direito e a moral, algumas premissas foram levantadas que possuem a seguridade de afirmação nesse epílogo. A famosa distinção entre ambas as espécies de norma que se refere a moral como conduta interna do agente – alvo da própria consciência –, e ao direito como fenômeno voltado para o mundo exterior – no envolvimento de todos os entes –, não é inteiramente verdadeira. Fato é que todas as ações

possuem tanto um elemento interno quanto externo, ou seja, são simultaneamente psíquicas e físicas. De modo que, tanto a moral quanto o direito, correspondem à universalidade das ações humanas, abrangidas por ambos os modelos de norma, o que torna impossível a redução das ações internas à exclusividade da conduta moral, e as externas, que sejam vistas apenas pelo campo jurídico.

Por conta disso, o direito deve estar em constante equilíbrio com a moral. Embora exerçam influência em domínios próprios, não podem ser vistos como heterogêneos à realidade a qual pertencem. Pois, ao analisar a evolução histórica do direito, sempre se fizeram presente os mais diversificados princípios morais, desenvolvendo-se quase que de modo simultâneo com as normas jurídicas. Assim, todo sistema positivo de leis, possui uma retaguarda moral que o dita. Posto em outros termos, todo ordenamento jurídico corresponde a um sistema moral, que para o aperfeiçoamento de ambos é necessário que haja uma coerência e reciprocidade de comandos, por conta dos mesmos não serem suficiente em modo isolado.

Referente ao segundo capítulo, quando são abordados o contratualismo lockeano e o direito natural de forma mais abrangente, percebe-se a sintonia dos temas em relação à ética e a filosofia do direito.

O direito natural é o conjunto dos valores intrínsecos ao homem por conta da sua própria natureza. Valores esses que refletem a validade e o fundamento da lei positiva.

Embora existam inúmeras correntes afirmadas no jusnaturalismo o direito natural sempre esteve relacionado ao ideal de justiça, elaborando normas e preceitos que correspondessem a esse princípio.

Para o John Locke, o Estado de natureza era um espaço originalmente pacífico e os homens possuíam uma série de direito intrínsecos, referentes à própria natureza humana, os denominados direitos naturais. Nesse compilado de direitos se encontram, por exemplo, o direito à liberdade, a vida, ao trabalho a propriedade entre outros.

Todavia, esse ainda não era um ambiente completo, pois faltava uma autoridade competente capaz promover julgamentos de qualidade imparcial, isto é, decisões não motivadas pela exclusividade das emoções e dos afetos, que dessem a garantia de um julgamento justo. Para tanto, os homens deveriam abdicar parte de seus direitos naturais, em nome da convivência civil organizada, e assim, consentir com certas limitações de natureza governamental. Tal procedimento é efetuado por meio do contrato social.

Desde a criação do Estado civil à suas estruturas gerais de organização, a potência dessa nova modalidade de domínio conjunto, busca o aperfeiçoamento do estado natural, e

não a sua superação total. Desse modo, o Estado de civil parece como detentor da ordem e proteção dos direitos naturais, estes, conservados sobre certos limites políticos acordados.

O Estado civil surge do consentimento dos homens em estabelecer limites na liberdade originária, superando assim, as adversidades do estado de natureza que eventualmente levariam a desordem. Desse modo, a sociedade civil passa a ser a guardiã dos direitos naturais de seus membros, possuindo arbítrio sobre as vontades antagônicas e situações de conflito.

Todavia, a autoridade da qual o Estado dispõe não é absoluta, pois tal poder surge da delegação dos homens em uma entidade neutra e *criada*. Assim, o Estado dependerá do consentimento dos seus membros para exercer a autoridade que a ele é confiada. Entre suas atribuições constam a proteção dos cidadãos e a garantia de suas liberdades individuais, de modo a promover a igualdade na criação e aplicação das leis civis.

Assim como o Estado tem a obrigação moral e jurídica de prestação de serviço à sociedade, tem as mesmas obrigações para com o Estado. Pois, quando o homem abriu mão de parte de sua liberdade individual, consentiu com a autoridade estatal como detentora dos decretos finais e representante do conjunto social. Todavia, como fora exposto, a autonomia do Estado não é absoluta, visto que, a legitimidade de um governo é o reflexo do consentimento dos governados, pois, foram estes que lhe atribuíram suas devidas funções. Sendo assim, no caso do Estado mostrar-se inapto ao desempenho de suas atribuições, ou mesmo, quando o governo eleito não servir mais aos interesses da sociedade – ficando evidente o repúdio popular –, surge o chamado direito de resistência, isto é, a possibilidade que os homens têm de retomar seu poder originário e delega-lo a novas autoridades competentes. Essa é uma das características do direito natural da liberdade em John Locke.

Os direitos naturais estão intimamente relacionados com o ideal da justiça. A mesma, por vez é o fundamento das normas positivas, indo além da momentaneidade e dos possíveis vícios dos legisladores em exercício. Pois a justiça é uma exigência da consciência, que a reconhece como um valor objetivo absoluto. Assim, a lei civil deve ser elaborada em cima de tal pressuposto.

Ainda sobre os direitos naturais, é muito comum esses serem entendidos como opostos ao direito positivo, por possuírem atribuições aparentemente diversas. No entanto, há autores como Giambattista Vico que consideram a ideia do direito positivo como complementar ao direito natural, por serem simplesmente aspectos distintos da mesma realidade.

Visto isso, os direitos naturais são aqueles direitos inatos do homem, próprios à sua natureza, e, portanto, possuem caráter universal de aplicação. Nesse sentido, o direito

natural age como o fundamento do direito positivo, de modo a medir sua correlação com o ideal de justiça e atribuindo-lhe validade.

O direito como instituição é de fato um produto cultural, pois o mesmo é a representação de um sistema de organização referente à determinada sociedade situada no tempo. Visto que, no seu íntimo, carrega as incorporações específicas de tal época, deixando transparecer em suas normas certos elementos axiomáticos determinantes.

Todavia, a noção de justiça não pode ter as mesmas atribuições. Pois a interpretação subjetiva dos fatos – derivada de juízos de valor relativos –, ou a submissão da justiça à exclusividade do formalismo legal, implicaria no descarte dos direitos naturais do homem e seus atributos mais elementares. Pois se assim fosse, antes da convalidação dos direitos humanos, os mesmos não poderiam ser citados como requisito de defesa, e os atos de violência cometidos pelo resguardo da lei civil ou pela falta desta, não poderiam ser questionados, já que ao tempo da sua prática, não eram juridicamente ilegais. Em outras palavras, se a justiça, assim como o direito, fosse apenas objeto cultural, a escravidão em tempos remotos não poderia ser entendida como imoral, visto que, existiam leis que a regulamentavam e mesmo hoje deveria ser entendida como algo que “simplesmente aconteceu”.

No entanto, os direitos naturais, bem como os direitos humanos, são inalienáveis aos homens, pelo seu caráter imanente à espécie e todas as suas especificidades. Sendo assim, a sua não menção em determinado caso, não os desclassificaria. E mesmo que uma norma jurídica que não os apresente como indispensáveis estes não perdem sua universalidade, pois é antes de tudo, uma representação de justiça absoluta.

Percebe-se disso, que existe no homem uma espécie de consciência específica que atua de modo ativo. Esta serve para distinguir o sujeito de seus semelhantes, mas também, reconhece em si a qualidade de membro da sociedade. Na organização conjunta, está inserida a consciência subjetiva, projetada pela coordenação prévia e consentimento do todo, ou seja, o homem se adapta ao consenso popular na medida de suas atribuições, enquanto mantém presente sua particularidade.

Essa consciência representa uma das especificidades do ser, ou mesmo, uma *vocação* do espírito, detentora de valores morais objetivos, tanto no domínio teórico – representados pelo intelecto –, quanto no meio prático – quando a ética entra no campo operacional. Esse processo representa um sentimento irreprimível de justiça e um apelo a valores universais. Portanto, é o princípio da justiça, de modo objetivo, que insere o homem no conjunto das relações intersubjetivas.

Destarte, qualquer modelo de organização social pressupõe a necessidade de um sistema jurídico válido, ou seja, toda sociedade possui um conjunto de direitos positivos próprios, que inevitavelmente, também dispõem de um caráter moral. Caso contrário, as leis cairiam num dogmatismo cego, acobertando os maiores casos de injustiça já cometidos dentro da lei ou pela falta dela, como foi o caso na Alemanha nazista. Tal fenômeno desclassificaria a necessidade do ideal de justiça no ordenamento positivo, limitando a validade da lei civil ao formalismo do direito. Todavia, em cada ser humano existe a consciência ativa de valores morais objetivos, o que torna possível o reconhecimento de um ato injusto ainda que este seja derivado de uma decisão legal. Nesse sentido é a necessidade de harmonia entre o homem e o meio que torna possível a vida em comum acordo e possibilita o desenvolvimento da cooperação.

Visto isso, os direitos naturais sempre estiveram presentes na trajetória humana, embora, nem sempre foram observados. Mas olhando com atenção a essência das leis positivas e compreendendo as suas reais finalidades de execução, percebe-se a presença ativa de tais direitos, exercendo influência constante nas coisas que envolvem os homens pelas suas características mais marcantes.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução do Grego de António de Castro Caeiro, São Paulo: Editora S.A, 2009.
- BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Introdução ao direito*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1968.
- BERGEL, Jean-Louis. Teoria geral do direito. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- BITARR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BITARR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.
- BOSON, Gerson de Britto Mello. *Filosofia do direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- ROCHA, Fabiana Dias da; CÉSPEDES, Livia. *Vade Mecum*. 17 ed. São Paulo: Saraiva. 2017.
- CARNELUTTI, Francesco. *Arte do direito*. São Paulo: Edicamp. 2004.
- DULTRA, Delamar José volpato. *Manual de filosofia do direito*. Caxias do sul: EducS, 2008.
- FERRAZ, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 6 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2011.
- GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- HABERMANS, Jurgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- JAMES, William. *Pragmatismo*. Pablo Rubén Mariconda. 2 ed. São Paulo: Lidador, 1985.
- LLOYD, Dennis. *A ideia do direito*. Martins Fontes: São Paulo, 1998.
- LUCKESI, Carlos; PASSOS, Elizete. *Introdução a filosofia: aprendendo a pensar*, São Paulo: Cortez, 2000.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre governo civil e outros escritos*. Tradução por Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis : Vozes, 1994.
- MILL, John Stuart. *Utilitarismo*. Portugal: Porto, 2005.

- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- NETO, Antônio Luiz Machado. *Sociologia jurídica*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.
- NIETZSCHE, F. *A genealogia da moral*. 3 ed. São Paulo: Moraes, 1991.
- PASSOS, Elizete. *Ética nas organizações*. São Paulo: Atlas S.A, 2004.
- PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- PUFENDORF, Samuel. *Os deveres do homem e do cidadão de acordo com as leis do direito natural*. Rio de Janeiro: Top Books, 2007.
- PUIG, Josep Maria. *A construção da personalidade moral*. São Paulo: Ática, 1998.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. 6 ed. São Paulo: Coimbra, 1979.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- REALE, Giovane; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*. Volume I. 5. ed. São Paulo: Paulus, 1990.
- REALE, Giovane; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*. Volume II. 3 ed. São Paulo: Paulus, 1990.
- REALE, Giovane; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*. Volume III. 3 ed. São Paulo: Paulus, 1991.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. Volume I. São Paulo: Saraiva, 1957.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RUSSELL, Bertrand. *História da filosofia ocidental*. São Paulo: Editorial Gleba. 1961.
- SÁ, Antônio Lopes de. *Ética profissional*. 2 ed. São Paulo: Atlas S.A, 1998.
- SALDANHA, Nelson. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- SALDANHA, Nelson. *Sociologia do direito*. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SANTIN, Janaína Rigo. *Estado, constituição e administração pública no século XXI*. Belo Horizonte: Arraes, 2017.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Na Constituição Federal de 1988. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009
- SCIACCA, Michele Federico. *História da Filosofia*. 3 ed. São Paulo: Mestre Jou. 1968.

SIQUEIRA, Bernadette. *Os pensadores: História da Filosofia*. São Paulo: Nova Cultura, 1999.

THONARD, F. J. *Compêndio da história da filosofia*. Tomo I, II. São Paulo: Editora Herder, 1968.

VECCHIO, Giorgio Del. *Lições da filosofia do direito*. 5 ed. São Paulo: Coimbra, 1979.

VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: Definições e fins do direito e Os meios do direito*. São Paulo, Martins Fontes, 2003.

VILALON, Eduardo M. de A. *Jusnaturalismo e contratualismo em Hobbes e Locke: Do estado de natureza ao estado político*. Jus Humanum. 2011.