

A MORALIDADE DO DIREITO COMO OBJETO DE CRÍTICA DO NEOCONSTITUCIONALISMO.

Amanda Eduarda Pereira de MELO¹

Marcelo Agamenon Goes de SOUZA²

RESUMO: O presente trabalho tem a finalidade de demonstrar que a crítica atribuída pelos denominados, positivistas jurídicos ao neoconstitucionalismo não merece prosperar, haja vista a demonstração de que não há como dissociar direito e moral. Muito embora se trate de institutos diferentes é incoerente não admitir a presença da moral no direito, uma vez que, esta, está intrinsecamente associada ao instituto. A validação de uma norma justa que atenda aos anseios de uma sociedade e aos parâmetros de justiça idealizados por ela, não pode se limitar apenas à definição de um direito, mas também buscar à sua essência, ou seja, a finalidade do legislador ao instituí-la. Questão que exige uma busca muito mais esmiuçada. Nota-se que o positivismo jurídico, a tese de supremacia do texto legal demonstra não se preocupar com essa essência, pautado na premissa que isso não seria finalidade do direito. O que para uma concepção mais naturalística do direito chega a ser incoerente analisando por uma perspectiva da busca pelo justo. Inobstante, o trabalho demonstra a compatibilidade entre as teses jusnaturalistas para com a nova proposta que trata o neoconstitucionalismo. Observa-se que não é a volta de uma tese já superada, visto que desconsiderar a evolução do direito, seria desconsiderar a própria história e os avanços, desde então, mas a compatibilidade se volta à concepção do direito natural comparado aos direitos fundamentais em forma de lei maior, como será demonstrado. Quanto à metodologia aplicada buscou a análise de obras e a interpretação proposta pela filosofia do direito.

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. As Influências do Jusnaturalismo Presentes no Neoconstitucionalismo: A Crítica. 3. Conclusão. 4. Referências Bibliográficas.

¹ Discente do 8º termo E do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: amanda-melo19@hotmail.com

² Graduado em Ciências Jurídicas – Direito pela Associação Educacional Toledo (1993), Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru (2005) e Mestre em Direito Processual Penal pela Universidade do Oeste Paulista UNOESTE (2002). Docente da Toledo Prudente Centro Universitário na disciplina de Direito Constitucional e Prática Jurídica Penal e Professor Orientador de Monografia na Graduação e Pós-Graduação em Direito. Professor consultor AD HOC junto ao Conselho da Justiça Federal (Centro de Estudos Judiciários) em Brasília – DF para publicação de artigos na revista CEJ. Professor avaliador de monografia no curso de Pós-Graduação no Curso do Professor Damásio de Jesus realizado via satélite. Advogado da Agamenon Advocacia e Consultoria. E-mail: ma-agamenon@uol.com.br

Palavras-chave: Direito. Moral. Crítica. Tese Jusnaturalista. Positivismo.

1 INTRODUÇÃO

O jusnaturalismo se apresenta como tese jurisfilosófica de fundamentação de um direito justo, presentes desde as representações de fundamentação do direito com base na origem divina, evoluindo até a filosofia do direito natural do século XX. Se pautando em duas teses, qual seja: a pressuposição do direito positivo para com o direito natural, e a máxima, a superioridade do direito natural em relação ao direito positivo.

Nessa concepção, o direito positivo deveria guardar observância aos preceitos defendidos pelo direito natural, sobretudo, adequar-se aos parâmetros de justiça tutelado.

Enquanto o juspositivismo defende que só pode existir o direito e por consequência a justiça. Portanto, dissocia a moral do direito, pois o positivismo é marcado pela existência de leis formais, emanadas do Estado para regular a vida social.

O conflito entre as teses jusnaturalistas e teses juspositivistas perduram desde a mais remota sociedade, embora o positivismo tenha superado a vigência do jusnaturalismo, este último teve um período muito mais significativo e que trouxe verdadeiras contribuições para o campo jurisfilosófico.

A previsão da necessidade de um tratamento axiológico para o direito, propondo uma reflexão dos valores jurídicos, abrindo margem para uma discussão que idealiza a busca do direito justo, ganha espaço novamente dentro da corrente neoconstitucionalista.

A ideologia de normatização da constituição, o dogma dos direitos fundamentais como lei suprema, que deverá ser observada diante de uma violação do direito tutelado, com o intento de promover uma decisão justa e que atenda aos anseios sociais, de fato é compatível com a nova proposta e merece ser analisada, bem como resgatada às críticas apresentadas pelo positivismo, que nunca deixou de ser ressaltada, embora com maior ou menor potencialidade.

Tendo em vista, que a moral é objeto de crítica do instituto a finalidade é demonstrar que, não há que se falar em alcançar um modelo jurídico que atenda os

parâmetros de justiça sem aceitar que a moral é elemento intrínseco do direito, ainda que esse elemento seja mínimo em determinadas normas, ainda assim está presente.

2 AS INFLUÊNCIAS DO JUSNATURALISMO PRESENTES NO NEOCONSTITUCIONALISMO: A Crítica.

Apresentar a moral como objeto de crítica do instituto, denominado neoconstitucionalismo, traz à tona o grande embate existido até o final do século XIX, enquanto no pensamento jurídico perdurava a teoria jusnaturalista, e suas concepções acerca do direito natural.

O problema se apresenta desde a mais longínqua sociedade, desde o período pré-socrático, mas se destaca realmente na época moderna, um ponto crucial, que poderia ser apontado, foram os conflitos entre a Igreja Católica e os protestantes.

A diversa concepção acerca da religião cria um embate entre católicos e protestantes, mais ainda entre os protestantes em si, por isso a segunda concepção ideológica se apresenta por diversas correntes. Tal situação reflete na vida em sociedade, que podem ser definidas pelos súditos de cada Chefe de Estado, uma vez que, este passa a intervir em todas essas concepções. Verifica-se nesse ponto a confusão entre direito e moral caracterizada pela religião.

Quando o direito – representado pelo Chefe de Estado – passa a intervir na vida pessoal, ou seja, no direito de liberdade restringido à liberdade religiosa, há uma necessidade aparente de se delimitar os limites do Estado, traçando, portanto, a limitação entre direito e moral.

Conquanto, o embate entre as teses, limitações e o conflito entre direito e moral foram enfrentados e debatidos, desde então, discussão esta que, não alcançou uma consolidação, portanto, não foi pacificando, sendo retomada diante do novo instituto.

Ademais, avançando na história, convém mencionar que, embora o positivismo jurídico tenha adentrado no ordenamento jurídico como teoria do direito, a discussão entre direito e moral sempre se manteve presente. Conquanto, a crítica se acentua com mais rigor diante da nova dogmática apresentada.

Nota-se que os princípios e postulados normativos, bem como os direitos fundamentais propostos pela Constituição, trazem uma carga de normatividade para alguns valores, fundados em concepções morais, defendidas pelo direito natural. Questão esta que provoca mais celeuma entre os doutrinadores e positivistas, visto que uma discussão presente há dois séculos, ganha espaço novamente.

Fato é: o crescimento considerável entre o direito material atado a conceitos morais, apresentados em forma de direitos fundamentais pela Constituição é o que configura o instituto, que conseqüentemente, aflora a discussão travada desde a concepção puramente naturalística do direito, que nasce com a própria concepção do direito, qual seja: a discussão sobre a conexão necessária entre o direito e moral.

A teoria jusnaturalista trouxe uma sistematização de lei calcada na origem humana e na metafísica formulada por São Tomás de Aquino, definindo quatro tipos de direitos, sendo eles: lei eterna, lei divina, lei natural e leis humanas, sendo as duas últimas que interessam formam e interessam a ciência do direito.

Interessante porque o direito natural se apresenta com primazia frente ao direito positivo, sob uma perspectiva teleológica, que se volta aos direitos fundamentais atuais, principalmente no que se relaciona ao reconhecimento de direitos naturais referentes à dignidade da pessoa humana.

Embora os pensamentos jusnaturalistas tenham passado pelo processo de secularização, não perdeu a essência de lei maior e superior.

Inobstante, as teorias jusnaturalistas nunca fora contrária a um conjunto de normas positivadas, considerando que um ordenamento positivo é necessário para a regulação social e a vida em sociedade. No entanto, o direito positivado deve guardar uma correlação com o direito natural.

Para Javier Dorado Porras (2004, p. 54): *El iusnaturalismo no afirma que exista unicamente el derecho natural, sino que existe también el derecho positivo, aunque em una posición de inferioridade con respecto al derecho natural.*³

Nota-se que não se trata de um direito natural supremo com o fim de regular a vida em sociedade, pois é necessário um arcabouço de normas para tal finalidade, todavia, esse arcabouço deve se limitar aos parâmetros instituídos pelo direito natural.

³ O jusnaturalismo não afirma que existe unicamente o direito natural, mas que existe também um direito positivo, embora em uma posição de inferioridade com respeito ao direito natural. – Tradução livre.

Ademais, a divisão do direito natural em ontológico e deontológico, no qual a primeira classificação se propõe a análise do direito como “ser”, enquanto a segunda classificação se propõe no direito como “dever ser”. A partir dessa ideia a concepção do direito natural deontológico se firma na formação de normas positivadas desde que, observadas a primeira classificação, ou seja, desde que, contenha as exigências morais básicas que comportam o direito.

Nesse ínterim, notamos a relação com o nosso sistema jurídico atual. A relação que se pode observar entre a positivação e as normas mandamentais - os princípios jurídicos - presentes no nosso ordenamento jurídico de que, trata o “ser” e o “dever ser”, traz essa carga valorativa de moral presente na essência dos princípios. Nota-se que esta é a porta para a entrada do neoconstitucionalismo, visto que este se vale da busca do justo, e do caráter de normatização atribuído à constituição que, sobretudo, está presente nos direitos fundamentais apresentados como princípios constitucionais.

Conquanto o que não nos parece válido é confundir direito e moral, ou seja, achar que o defendido pelas teses, e a oposição, ora apresentada, no que se refere às críticas positivistas é de que tratamos o direito e a moral como se fosse um só. As teses jusnaturalistas por mais que sejam valoradas pela moral, os institutos não se confundem, e cada um possui o seu valor dentro do ordenamento. E é justamente esse o propósito: Demonstrar que embora seja objeto de crítica é necessário que a norma positivada ou até mesmo a interpretação das normas ou dos princípios norteadores do direito, guardem observância com a moral presente num direito natural para alcançarmos o ideal proposto: uma norma justa.

No que tange ao posicionamento positivista e a defesa absoluta da separação entre direito e moral, não encontrei nenhum argumento sólido que obste tal conexão.

Nesse sentido, afirma Carlos Santiago Nino (1987, p.18):

La vieja polémica entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico gira alrededor de la relación entre derecho y moral. Una descripción simplista del contenido de esa polémica diría que, mientras que el iusnaturalismo sostiene que hay una conexión intrínseca entre derecho y moral, el positivismo jurídico niega tal conexión. Pero acabamos de ver que hay muchas formas muy diferentes de sostener que hay una vinculación importante entre derecho y moral. No puede pensarse que el iusnaturalismo afirme las diez tesis que se acaban de exponer y el positivismo se oponga a todas ellas. ¿Cuál es, entonces,

*la tesis acerca de la relación entre derecho y moral que el iusnaturalismo defiende y que el positivismo ataca?*⁴

É certo que ambos não se confundem, mas não admitir inferência de um sobre o outro nos parece equivocado, pois onde estariam os princípios de justiça universalmente válidos propostos pelo campo da filosofia moral, calcados, senão, na moralidade? Não obstante, a própria conceituação de direito nos remete a parâmetros de validades, totalmente, amparados pela moral, visto que, as normas jurídicas são consideradas como tal, desde que, não violem os princípios de justiça.

Miguel Reale (2005, p. 54) apresenta em sua obra, a forma prática que Thomasius separa o direito e a moral, tratando-os, respectivamente da seguinte forma: foro externo e foro íntimo. O que é tratado pela doutrina como “Exterioridade do direito”. O direito tratado como foro externo se referia às ações exteriorizadas do homem, que, conseqüentemente, gerava um efeito no mundo externo. Fato este que o direito deveria se preocupar. Enquanto o foro íntimo se tratava de uma questão interna, íntima, no qual não poderia ser alcançada pelo direito. Inobstante, nenhum poderia invadir o campo de atuação do outro.

Esta fora a forma que, essa divisão tão defendida pelos positivistas jurídicos foi defendida no período moderno. No entanto, uma indagação que essa tese não me responde é a seguinte: Se o direito se preocupa somente com as ações exteriorizadas no mundo fático, ações estas que, provoquem um dano nessa relação, a partir daqui cria-se uma norma que proteja a coletividade dessa ação danosa. Qual o parâmetro utilizado pela norma, já que esta não pode adentrar o foro íntimo (moral) para estipular que tal conduta não é permitida?

⁴ A velha polêmica entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico gira ao redor da relação entre direito e moral. Uma descrição simplista do conteúdo dessa polêmica diria que, enquanto o jusnaturalismo sustenta que há uma conexão intrínseca entre direito e moral, o positivismo jurídico nega tal conexão. Mas acabamos de ver que há muitas formas muito diferentes de sustentar que há uma vinculação entre direito e moral. Não pode pensar que o jusnaturalismo afirma as dez teses que se acabam de expor e o positivismo e contrário a todas elas. Qual é, então, a tese acerca da relação entre direito e moral que o jusnaturalismo defende e que o positivismo ataca? – Tradução livre.

É notório que, direito e moral se convergem em alguns aspectos, daí a expressão: tudo que é jurídico é moral, mas o inverso não é verdadeiro. O filósofo Jeremias Bentham, dentro dessa temática apresenta a “*Teoria do mínimo ético*”.

Miguel Reale (2005, p. 42) traz a seguinte premissa sobre a referida Teoria:

A teoria do mínimo ético consiste em dizer que o Direito representa apenas o mínimo de Moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver. Como nem todos podem ou querem realizar de maneira espontânea, mas como as violações são inevitáveis, é indispensável que se impeça, com mais vigor e rigor, a transgressão dos dispositivos que a comunidade considerar indispensável à paz social.

Percebe-se que não tem como afirmar categoricamente, tampouco, defender que direito e moral não se confundem, visto que ainda que minimamente, há uma inferência de um instituto para o outro. Considerando todas as peculiaridades envolvidos no tema, o que mais nos preocupa aqui é desmistificar essa separação absoluta, visto que mais presente ainda, esta se encontra na nova proposta oferecida pelo neoconstitucionalismo no que tange à normatização da constituição, notadamente nos direitos fundamentais apresentados em forma de princípios.

A moral do direito está implicitamente relacionada à ideia de justiça, visto isso, a validade das normas deve ser observada diante dos preceitos morais que são condicionados à justiça, isso é necessário para que haja um equilíbrio entre direito e moral.

A similitude do direito e da moral é encontrado no caráter de prescrição que ambos possuem, pois estabelecem obrigações de forma objetiva. Outrossim, não há como falar de vida em sociedade sem direito, da mesma forma que não há como falar em sociedade sem moral.

É certo que, a moral está voltada para os comportamentos individuais, com base do que cada um, guarda internamente consigo, ao passo que, o direito é exteriorizado, contém normas secundárias que devem ser obedecidas. Do mesmo modo que a justiça regula o direito, a moral regula a justiça, pois se não há moral a imoralidade perpetua, fazendo com que a norma jurídica perca o seu sentido, o que

implicaria na perda do sentido de regular uma sociedade se pautando na justiça almejada por ela.

Nesse sentido, Kant (1999, página 24):

A legislação que faz de uma ação um dever e desse dever, por sua vez, um móbil, é ética. Mas a que não inclui o último na lei e, portanto, admite também outro móbil distinto da idéia mesma de dever, é jurídica.

Em suma, nem todas as normas que adentram ao ordenamento jurídico estão revestidas de moralidade, mas isso não a torna inválida, pois obedecidos os parâmetros legislativos adentra ao ordenamento com o intuito de promover a sua aplicabilidade. Isto é, a norma é perfeitamente válida e pode gerar os efeitos à qual foi destinada, mas carece do critério fundamental destinado a elaboração das normas, qual seja, regular a vida em sociedade.

Como é possível regular a vida em sociedade se os parâmetros de justiça foram deixados de lado no momento da sua concepção? Quais seriam os critérios balizadores que justificariam tal norma? Por óbvio, a falta de justiça e conseqüentemente da moralidade presente numa norma jurídica à torna frágil dentro do sistema, pois qualquer interpretação mediana levaria a percepção de injustiça. No entanto, numa investigação mais aprofundada, encontraríamos resquícios de moral presentes, não na regra, propriamente dita, mas o porquê, que esta fora originada.

Mas, mesmo não sendo observada a finalidade da norma na sua essência, constata-se, que, mesmo desprovido de justiça e moralidade, a norma alcança sua finalidade e garantindo sua validade. A nova proposta poderia, inclusive, acabar com esse ceticismo dissuasivo presente no direito, pois se a proposta é voltada para interpretação, ponderação e subsunção, tais normas poderiam ser eliminadas exatamente na luta da busca pelo justo. E aqui mais uma vez, recai a ironia da crítica dos defensores do sistema atual, face à idealização dotada de plausibilidade do instituto proposto, que surge como forma revolucionária de garantia e efetividade dos direitos fundamentais.

Partindo desse pressuposto, no que se fundamenta a crítica da interpretação, ou, até mesmo ponderação de valores já que estão voltadas ao ideal

de justiça, que como evidenciado é inerente à moralidade proposta pelos ditames do senso comum? Como mencionado, não há como desvincular moral de justiça, pois isso implicaria na própria estrutura do direito como regulador de comportamento social. Ademais, a discricionariedade interpretativa que goza o intérprete da lei é norteada por ideais de caráter moral em cada interpretação.

A nova dogmática nos propõe uma ideologia de um constitucionalismo principialista ou argumentativo, intrinsecamente relacionado à moral objetiva, por conseguinte o cognitivismo ético.

Segundo Manuel Atienza, (2001, p. 112) reconhecer o direito válido dentro de uma realidade jurídica, não poderia ser feito sem se recorrer à moral, uma vez, que a aceitação pela regra prevista no sistema estaria condicionada, necessariamente, à um juízo moral.

Aludir que todo ordenamento jurídico ao observar os critérios de validade da norma, satisfaz ainda que objetivamente os critérios de justiça seria reconhecer que direito e moral estariam conectados, e, a justiça como condição de validade estaria observada. Nota-se que tal pensamento já fora previsto pela teoria jusnaturalista que, se apresenta novamente dentro da concepção trazida pelo neoconstitucionalismo.

O jusnaturalismo sempre trouxe uma perspectiva sobre o direito, tratando do que este deveria conter, e de maneira acessória, como identificar o direito. O positivismo jurídico, por sua vez, se preocupa exclusivamente em responder a indagação acerca do que deve conter o direito. De fato, o neoconstitucionalismo retrata a referida tese, uma vez que, não se preocupa somente com o conteúdo positivado, e sim com a sua essência, e mesmo se tratando de uma regra, aparentemente, injusta, os critérios de ponderação, argumentação, subsunção obedeceriam a máxima do direito natural, uma lei maior que não se dissocia das concepções moralistas presentes nas normas positivadas, ainda que essa concepção seja minimalista.

Luis Prieto, (1996, p. 140) tratando do assunto dispõe:

Quiero decir, en suma, que se puede postular que la interpretación del Derecho constituye una actividad racional e intersubjetiva, sin tener que sostener también que el ejercicio de la misma conduce siempre a una única solución aceptable, ni desde la perspectiva del marco normativo aplicable, ni de la óptica de la racionalidade argumentativa; pues, como dice Alexy, 'la razón práctica no es de aquellas cosas que pueden ser realizadas sólo perfectamente o no em absoluto' (R. Alexy, 1994, p. 176). Esto explica la posición de autores como N. MacCormick (1986, p. 17 y 22), A. Aarnio (1987, p. 217; 1990) o el próprio Alexy (1978, p. 33 ss. Y 302; 1988, p. 145 ss.), cultivadores todos ellos de las teorías de la argumentación y, sin embargo, escépticos respecto a la unidad de la solución justa; posición por lo demás plenamente posible desde la perspectiva de la interpretación constitucional, donde la decisión 'nunca puede ser racionalizada totalmente' (K. Hesse, 1996, p. 51).⁵

Embora, o neoconstitucionalismo abarque as teses jusnaturalistas existe ainda um dissenso, em relação à teoria do direito compatível com a nova proposta, mas o que podemos identificar é a importância da filosofia do direito para a corrente, pois esta ampara as teses propostas, bem como a busca tutelada, qual seja: a efetivação de direito e o alcance de justiça.

O neoconstitucionalismo assim como a o jusnaturalismo que previa o direito natural como norma superior⁶, traz essa mesma tese quando apresenta os direitos fundamentais em forma de princípios como norma maior/superior. Ambas são formadas a partir de termos que se propõe como interpretação aberta. A título de exemplo: a dignidade da pessoa humana. Inobstante, nota-se que a interpretação aberta nos remete a uma carga de moralidade que não se dissocia da essência da modalidade de “dever ser”.

⁵ Quero dizer, em suma, que só pode postular que a interpretação do direito constitui uma atividade racional e intersubjetiva, sem ter que sustentar também o exercício da mesma questão sempre à uma única solução aceitável, nem da perspectiva do quadro normativo aplicável, nem da ótica da racionalidade argumentativa; pois como diz Alexy, 'A razão pratica não é daquelas coisas que podem ser realizadas somente perfeitamente e não em absoluto' (R. Alexy, 1994, p. 176). Isto explica a posição de autores como N. MacCormick (1986, p. 17 y 22), A. Aarnio (1987, p. 217; 1990) e o próprio Alexy (1978, p. 33 ss. Y 302; 1988, p. 145 ss.), cultivadores todos eles das teorias da argumentação e, sem embargo, cepticos respeito a unidade da solução justa; posição contrária plenamente possível desde a perspectiva da interpretação constitucional, onde a decisão 'nunca pode ser racionalizada totalmente' (K. Hesse, 1996, p. 51). – Tradução livre.

⁶ Higher law.

É sabido que o jusnaturalismo se propõe a estabelecer referenciais materiais de validade para o direito positivo, ou seja, determinar conteúdo do qual o direito para ser válido não poderia se afastar, – nota-se que as concepções morais mais uma vez estão presentes – enquanto o positivismo jurídico como objeto de crítica se volta a diferenciar aquilo que é relativamente externo ao direito, e que se trata de uma teoria do direito descritiva e científica, que significa a identificação do jurídico.

Para Max Moller, (2011, p. 57) considerando o positivismo jurídico como teoria do direito, especificamente, em seu caráter descritivo, desconsiderando, portanto, o seu viés ideológico, poderíamos identificar que parte das críticas atribuídas ao instituto, pelos positivistas, se apresenta de forma ilógica. Observa-se: Os positivistas questionam a compatibilidade do instituto – neoconstitucionalismo – com o positivismo jurídico, visto que o positivismo recusa a presença de conteúdos abertos que abram margem para o subjetivismo, que, por conseguinte, se relaciona com conteúdo moral, bem com os direitos fundamentais. Descuida-se, que o positivismo, enquanto teoria não se preocupa com o conteúdo do direito, e sim em como descrevê-lo, ou seja, aponta uma crítica que nem eles mesmos se preocupam em responder.

Pode-se extrair que a crítica não merece prosperar, uma vez, que o positivismo não trata de conteúdo material, preocupação esta que o neoconstitucionalismo abarca, na intensão de aproximar a norma dos parâmetros de justiça almejados pela sociedade.

3 CONCLUSÃO

Incontestavelmente as críticas apresentadas no que se refere a inadmissão da influência da moral no direito carece de fundamento, haja vista que a própria definição de direito se remete aos parâmetros de justiça, do que é justo, e, sobretudo, do que é moral.

Direito e moral regulam a vida em sociedade. Ainda que implicitamente, toda norma que compõe o nosso ordenamento jurídico possui uma carga de moralidade, seja mínima, média ou máxima, e, essa relação intrínseca é necessária para que haja um equilíbrio, que só beneficiará a vida em sociedade.

Embora o modelo atual não admita tal relação, a nova proposta – neoconstitucionalismo – é compatível com as teses jusnaturalistas, que se apresentam de forma válida e eficaz para os parâmetros balizadores da busca pelo justo. Há se considerar a proposição de uma lei suprema, qual seja: os direitos fundamentais, assim como o direito natural fora previsto pelo jusnaturalismo, desde os primórdios da vida em sociedade, como lei maior. Esse parâmetro tem uma relevância ampla que, reflete na satisfação do indivíduo diante de uma tutela do direito violado.

Repise-se que toda a resistência, derivada das críticas apresentadas para a inadmissão da relação entre a moral e o direito não são contundentes, visto que é justamente dessa essência do instituto que se extrai a finalidade que orbita no ordenamento jurídico, ou seja, a busca da justiça não pauta, exclusivamente, no direito como “ser”, mas também no direito como “dever ser”, por conseguinte abre uma carga de subjetividade para o interprete que se calca em conteúdos morais, totalmente cindidos da ideia em que se pauta o direito.

Portanto, diante do exposto, a interferência da moral para o direito é pressuposto de validade para o ideal de justiça que atende aos anseios da sociedade, premissa que se aglutina aos ideais previstos pelo famigerado neoconstitucionalismo.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. 1 ed. Barcelona. Ariel, 2001.

BARBOSA, Evandro. **Direito e Moral em Kant**: Sobre sua relação e seus pressupostos básicos. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre, 2006. Disponível em: <http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/3481#preview>. Acesso em 21/04/2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 3 ed. São Paulo. Saraiva, 1999.

BETIOLI, Antonio Bento. **Curso de Filosofia do Direito: conceito fundamento e método**. 1 ed. São Paulo. LTr, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 21 ed. São Paulo. Atlas, 2012.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. 1ed. São Paulo. Editora Lejus, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo**. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>. Acesso em 20/04/2017.

_____. **Garantismo Hermenêutica e (neo) constitucionalismo**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

HERVADA, Javier. **O que é o direito?** 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KELSEN, Hans. **A ilusão da Justiça**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MOLLER, Max: **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. 8 ed. São Paulo. Atlas, 2012.

PRIETO SANCHÍS, L. **EL constitucionalismo de principios ¿ entre el positivismo y el iusnaturalimo?** Anuario de filosofia del derecho, XIII, 1996.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 29 ed. São Paulo. Saraiva, 2005.