
**Função resolutiva e vinculação moral do direito: inviabilidade da função
resolutiva nos sistemas estáticos de direito**

*Resolutive function of law and submission of law to morals: nonviability of
the resolutive function of Law in the static systems of Law*

Leonardo Catto Menin¹

RESUMO

Este trabalho tem por escopo analisar a função resolutiva do direito e sua possibilidade de existência no âmbito de sistemas jurídicos estáticos, conforme os tipos ideias de sistema jurídico elaborados por Kelsen em seu *Teoria Geral do Direito e do Estado*, partindo, para tanto, das reflexões traçadas por Schauer em *The Force of Law*, especialmente a ligação entre poder coercitivo e função resolutiva do direito, concluindo pela *inviabilidade* do exercício, pelo direito, de sua função resolutiva em um sistema estático de normas.

Palavras-chave: Direito estático; direito dinâmico; função resolutiva do Direito.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the resolutive function of Law and its possibility of existence within the so-called *static systems*, as consigned by Hans Kelsen in its *General Theory of Law and State*. The paper departs from the reflections given by Frederick Schauer on its *The Force of Law*, specially the link between coercive power and resolutive function of Law. It concludes for the nonviability of the exercise, by the Law, of its resolutive function within a static system of Law.

Keywords: Static Law; Dynamic Law; resolutive function of Law.

¹ Mestrando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo – USP; Pós-graduado em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Advogado sócio da Sobocinski Advogados Associados, em Cascavel/PR. E-mail: leonardocmenin@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

Um dos importantes aspectos do sistema jurídico, e por muito ignorado, consiste na aptidão do direito em impor condutas *diversas* daquelas pretendidas pelos destinatários das normas.

Afinal, o direito previne que pessoas boas façam aquilo que *pensam* ser o correto, *independentemente* do motivo por elas assumido².

O direito, portanto, e seu caráter coercitivo, especialmente quando se está a referir ao exercício, pelo direito, da determinação de comportamento pelos sujeitos envolvidos, tem o exercício de sua função *ótima* especialmente quando vai *de encontro* às expectativas *morais, pessoais, econômicas, religiosas, etc.*, dos agentes.

É quando as determinações do direito conflitam com as determinações morais e sociais (e, em geral, com quaisquer determinações que não sejam o direito em si) que o direito exerce seu preponderante papel de orientação na indicação dos caminhos a serem tomados – trata-se de sua função resolutiva.

Nessas circunstâncias, o questionamento que se busca investigar no presente trabalho consiste na possibilidade de se afirmar uma submissão do direito à moral em paralelo ao exercício, pelo direito, de sua função resolutiva.

Para tanto, discorrer-se-á, em um primeiro momento, sobre o papel do direito como ferramenta de controle social.

Doravante, será analisada a relação entre direito e moral e suas possíveis implicações.

A terceira parte deste trabalho busca compreender a função resolutiva do direito no âmbito de um sistema jurídico estático, moralmente alinhado.

Por fim, defende-se a necessária correlação entre sistema jurídico dinâmico e função

² SCHAUER, Frederick. *The force of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 166.

resolutiva do direito.

2. O DIREITO COMO FERRAMENTA DE CONTROLE SOCIAL

Há diversas formas de se analisar um sistema social e, especialmente, o sistema jurídico. Uma destas formas é a análise a partir da *função* ou *papel* exercido pelo direito.

A função do direito e seu papel não é unívoca. Pode ser compreendida como a *estabilização de expectativas normativas*³ ou *contrafáticas*, sob uma perspectiva sistêmica, ou mesmo como uma *técnica social que consiste em provocar os homens em tomarem a conduta social desejada mediante ameaça de medida coercitiva que deve ser aplicada em caso de conduta contrária*⁴. Outras tantas *funções* podem ser designadas para o direito como técnica social, não havendo necessidade de se colocar uma única função do direito como *exclusiva*, ao menos para os fins buscados neste trabalho; desde que não se cegue a vista para as diversas funções possíveis de serem desempenhadas, pode-se buscar compreender de forma mais apurada algumas das funções do direito sem que isso implique a exclusão das demais.

Schauer, em *The Force of Law*⁵, ao traçar sua análise a respeito da coerção e de seu papel central, ainda que não necessariamente definitivo, para o direito, apresenta-nos importante reflexão não apenas sobre a coerção no direito, mas, também, sobre o próprio funcionamento do sistema jurídico, especialmente quando este diga respeito não à outorga de poderes, mas à determinação de condutas que *apenas* são exigidas em razão do direito.

Para o fim de compreender o *papel* da coerção no seio do sistema jurídico, Schauer nos convida a repensar *qual* o papel exercido pelo direito no direcionamento da conduta dos

³ LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 184.

⁴ KELSEN, Hans. The law as a specific social technique. *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, nº 1 (Dec. 1941), p. 79.

⁵ SCHAUER, Frederick. *The force of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

cidadãos sujeitos a determinado sistema jurídico.

Nessa empreitada, não se faz suficiente a pergunta “os cidadãos cumprem as normas jurídicas?”, a qual deve ser complementada pela interrogação “ao cumprirem as normas jurídicas, os cidadãos as cumprem *por serem normas jurídicas?*”. Ou seja, quando se cumpre determinada norma jurídica, qual a *razão* para tal cumprimento?⁶

A resposta a tais questões sustentou um dos fundamentos de Hart, em seu *O conceito do direito*, para o afastamento da *coerção* como elemento definatório do conceito de direito⁷. Partindo da alegoria do *homem-confuso* (*Puzzled-Man*), que se dispõe a descobrir aquilo que lhe é exigido pelo direito, desde que se lhe digam, independentemente de qualquer ameaça em caso de descumprimento⁸, Hart buscou demonstrar a possibilidade de um direito *sem* coerção e, ainda assim, orientador das condutas em sociedade.

Vislumbra-se aqui a importância do direito *para além* dos tribunais, na busca de compreendê-lo também como sistema presente cotidianamente na vida de todos, de modo a guiar comportamentos rotineiros e que não necessariamente chegam aos tribunais:

É evidentemente muito importante, se quisermos compreender o direito, ver como os tribunais o administram, quando chegam à aplicação das suas sanções. Mas tal não deve levar-nos a supor que tudo o que há para compreender é o que sucede nos tribunais. As funções principais do direito como meio de controlo social não podem ser apreendidas nos litígios privados ou nos processos penais, que representam disposições vitais, mas mesmo assim subsidiárias, para as falhas do sistema. Devem

⁶ SCHAUER, Frederick. *The force of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 55-56.

⁷ Sobre a sanção como elemento distintivo do ordenamento jurídico, na teoria do direito continental: BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. Ed. Brasília: Editora UNB, 1999, p. 29. Também: KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 33-65.

⁸ “Tal pode ser verdade, mas não deixa de parecer uma defesa inadequada da teoria. Por que razão não deverá o direito preocupar-se tanto ou mais com o «homem confuso» ou com o «homem ignorante» que está disposto a fazer o que lhe é exigido, desde que lhe digam o que é? Ou com o «homem que deseja resolver os seus assuntos» desde que lhe digam como?” (HART, *O conceito de direito*. 3. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1994, p. 48).

ser vistas nos diversos modos como o direito é usado para controlar, orientar e planejar a vida fora dos tribunais.⁹

A constatação de Hart, de que o direito ocorre também *para além* das Cortes, remete-nos à importância da análise de duas relevantes funções exercidas pelo direito: a de controle social de condutas e a de resolução de desacordos necessários à continuidade da vida em comunidade.

Até mesmo em hipotéticas *idades angelicais* pode se pensar necessárias a existência de um sistema de normas que venham a conduzir a vida comum. Por mais que ninguém, em um cenário tal, esteja disposto a prejudicar a outrem ou de tomar como fundamento de sua ação razões unicamente egoísticas, ainda assim será necessário um sistema¹⁰ para definir, *e.g.*, por qual lado da rodovia devem os veículos circular, não de modo a impedir uma conduta errônea, mas, simplesmente, a fim de criar a própria *possibilidade* de coexistência em um ambiente rodoviário.

Anjos (ou, no plano terreno, em paralelo possível exclusivamente quanto à forma de obediência às leis, *homens confusos – Puzzled Men*), assim, não necessitam de leis sancionatórias que lhes imponham condutas mediante ameaça de coação, mas necessitam, ao menos, de *guias* de conduta que lhes apresentem soluções para casos em que há a necessidade de uma definição, ainda que o resultado definido seja indiferente (leis que definem o lado em que se dirige em uma estrada) ou que resolvam mínimos desacordos decorrentes de conflitos entre princípios morais¹¹.

⁹ *Idem*, p. 48.

¹⁰ BEZEMEK Christoph. Bad for Good: Perspectives on Law and Force. In: BEZEMEK, Christoph; LADAVAC, Nicoletta (ed.). *The Force of Law Reaffirmed: Frederick Schauer Meets the Critics*. Switzerland: Springer, 2016, p. 21.

¹¹ “[A]lso angels, being *rational* and *fallible* creatures, indeed may *need* laws.” (*Idem*, p. 22).

Trata-se da função resolutiva ou conformadora do direito (*settlement function of the law*¹²) quando ao direito cumpre o papel não de alterar a percepção moral ou interna de cada um, mas de solucionar questões práticas em relação a desacordos quanto à moral e a políticas:

Assim, aqui, e num grande número de questões moralmente controversas, o direito fornece uma importante função de resolução. Em um mundo de discordância moral e política, o direito geralmente pode fornecer uma resolução para esses desacordos, um acordo nem final nem conclusivo, mas, no entanto, autoritativo e, portanto, proporcionando, aos que possuem divergências de primeira ordem, uma resolução de segunda ordem que tornará possível a tomada de decisões, a coordenação de ações e a continuidade da vida.¹³

Entretanto, as comunidades reguladas por normas jurídicas não são compostas exclusivamente por pessoas que se enquadram no tipo ideal dos *homens confusos* (*Puzzled Men*), mas também por aqueles assim chamados *homens maus* (*Bad Men*)¹⁴, os quais, independentemente de qualquer julgamento moral, preocupam-se unicamente com as consequências *materiais* das ações a serem tomadas¹⁵, e também por *homens bons* (*Good Men*), que encontram razões para agir *não apenas* na lei ou fora dela, mas em sua *consciência*.

Ao se abranger a análise da função do direito para além daquela envolvendo

¹² SCHAUER, Frederick. *The force of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 104.

¹³ SCHAUER, Frederick. *The force of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 105, tradução de André Luiz Freire.

¹⁴ O *Bad Man*, conforme apresentado por Holmes, não necessariamente constitui uma figura ideal de um tipo *imoral*; trata-se, mais propriamente, de um tipo ideal *amoral*, para quem não são tomadas em consideração as regras morais na avaliação da conduta, mas, tão somente, as consequências jurídicas cominadas para suas ações (BEZEMEK Christoph. *Bad for Good: Perspectives on Law and Force*. In: BEZEMEK, Christoph; LADAVAC, Nicoletta (ed.). *The Force of Law Reaffirmed: Frederick Schauer Meets the Critics*. Switzerland: Springer, 2016, p. 19).

¹⁵ "If you want to know the law and nothing else, you must look at it as a bad man, who cares only for the material consequences which such knowledge enables him to predict, not as a good one, who finds his reasons for conduct, whether inside the law or outside of it, in the vaguer sanctions of conscience." (HOLMES, Oliver Wendell. *The Path of the Law*. Auckland: The Floating Press, 2009, p. 7).

meramente o *homem confuso*, a fim de abarcar também outros *tipos ideais* de destinatários das normas, pode-se verificar de forma ainda mais clara função essencial do direito (e da coerção em sua aplicação), que se refere ao direcionamento de conduta dos agentes abarcados pelos comandos normativos, *especialmente em face de divergências morais e políticas*¹⁶, ou outras formas de divergência, e até mesmo de *inveracidade*, que venham a fundamentar a atuação dos agentes.

Quando identificadas divergências morais e políticas, ou de qualquer outra sorte de justificativas aptas a motivar a conduta de um agente em comunidade¹⁷, é ao direito que compete impor aos agentes condutas que estes não queiram ou não considerem a mais adequada a ser feita¹⁸: seja através de proibições, de imposições ou mesmo de *ritos* necessários à conclusão de determinada tarefa.

Ou seja: o direito obriga as pessoas a fazerem coisas que estas não querem.¹⁹ Seria apenas quando a moral e o direito se distinguem que se faria possível a imposição de uma conduta pelo *direito* que *vá de encontro* ao que determinaria uma regra moral? Para um direito orientador de condutas, é imperativa a distinção entre direito e moral?

¹⁶ “Moreover, we can understand why law has a limited domain. Law exists against a background of moral disagreement and moral uncertainty; for if people generally agreed about what morality required, there would then not be much reason to substitute law for the direct moral decision making of citizens and officials alike.” (SCHAUER, Frederick; LARRY, Alexander. Law's Limited Domain Confronts Morality's Universal Empire. *William and Mary Law Review* 48 (2007), p. 1583).

¹⁷ Como nos alerta Kelsen: “Caso houvesse uma justiça objetivamente reconhecível, não haveria Direito positivo e, conseqüentemente, Estado; pois não seria necessário coagir as pessoas a serem felizes” (KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 19).

¹⁸ “A possibilidade de atos que violem a ordem jurídica nunca pode ser inteiramente excluída: até certo ponto, eles sempre ocorrerão. Uma ordem destituída de conflito com a conduta efetiva seria possível apenas caso ela se restringisse a prescrever como norma apenas o que efetivamente ocorre ou ocorrerá. Tal ordem seria, como ordem normativa, destituída de sentido”. (KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 624).

¹⁹ SCHAUER, Frederick. *The force of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 166.

3. MORAL E DIREITO

Traçadas as premissas quanto à importância da função resolutiva do direito, especialmente quando as regras juridicamente fixadas conflitam com as normas morais ou quaisquer outras normas que possam motivar a conduta dos agentes em sociedade, passa-se à análise da efetiva *diferenciação* e do *local* de diferença entre o direito e a moral. Em suma: podemos compreender direito e moral como sistemas distintos? E, ainda, se distintos, qual a relação entre estes sistemas?

De Kelsen, pode-se conceber a diferenciação entre os sistemas moral e jurídico, especialmente a partir da peculiaridade do direito como ordem *sancionatória* na qualidade de técnica social específica, o qual, entretanto, possuiria três particulares estágios de criação normativa distintos dos demais sistemas de controle social: a criação da norma geral; a criação da norma individual decretando a sanção; e a execução da norma geral.²⁰

Hart, a seu turno, elenca quatro características que diferenciam o direito da moral: (a) quanto à importância, no sentido de que seria inconcebível uma norma moral não importante, ao passo que é plenamente possível uma norma jurídica desimportante, mas ainda válida e eficaz; (b) quanto à possibilidade de alteração deliberada, possuindo as normas jurídicas início e fim certos, passíveis de alteração deliberada, e as normas morais maior permanência, com alteração paulatina e involuntária; (c) o caráter voluntário dos delitos morais, em que haveria, apenas, a responsabilização *subjetiva*, em oposição às normas jurídicas, que aceitam, também, a responsabilização *objetiva*; e (d) a forma de pressão pelo descumprimento de uma regra, que no âmbito da moral decorre do apelo à consciência e na confiança do funcionamento da culpa e do remorso, sendo que, no âmbito jurídico, verifica-se as formas de pressão a partir das cominações *jurídicas* para o descumprimento das

²⁰ KELSEN, Hans. The law as a specific social technique. *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, nº 1 (Dec. 1941), p. 88.

normas.²¹

Dos critérios traçados por Hart, pode-se destacar especial importância ao critério da possibilidade de alteração deliberada das normas, podendo-se, inclusive, reputar aspecto de proximidade entre as teorias *kelseniana* e *hartiana*.

Kelsen também diferencia os sistemas estático e dinâmico de normas. Quanto ao sistema estático, refere-se àquele em que o *conteúdo* das normas inferiores pode ser deduzido de normas superiores. Tal ocorreria, *e.g.*, em relação a diversas normas morais, como da norma “*amarás teu semelhante*”, *podem-se deduzir normas tais como “não debes ferir teu semelhante”, “deves ajudá-lo quando ele estiver necessitado”, e assim por diante.*²² Já o sistema dinâmico de normas, com o qual se identifica o direito, tem a derivação das normas inferiores das superiores mediante definição de *autoridade*. Ou seja, *as normas de um sistema dinâmico têm de ser criadas através de atos de vontade pelos indivíduos que foram autorizados a criar normas por alguma norma superior*²³.

É justamente o aspecto *volitivo* na criação das normas, e a *possibilidade* da alteração destas mediante ato deliberado, que torna central ao aspecto jurídico a positivação das normas – estas podem ser alteradas de forma consciente, bastando, para tanto, o respeito às normas de competência.²⁴

²¹ HART, *O conceito de direito*. 3. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1994, p. 182-199.

²² KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 164.

²³ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 165.

²⁴ Ressalta-se que as normas de competência não possuem unicamente um aspecto *formal*, ou seja, não são limitadas a outorgar apenas a uma autoridade a *discricionariedade* para a criação normativa; podem, e normalmente o fazem, delimitar também o *espaço* de discricionariedade a ser exercido. Dessa forma, uma norma inferior encontra seu *fundamento* de validade na norma superior, mas também o *limite* de sua expressão, não podendo com ela confrontar-se. Conforme afirma Kelsen: “Entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, quer dizer, entre uma norma que determina a criação de uma outra e essa outra, não pode existir qualquer conflito, pois a

Portanto, e sob um viés positivista, pode-se compreender a separação entre o direito e a moral, por um lado, em razão do caráter *sancionatório* das normas jurídicas²⁵ e, por outro, por seu aspecto *positivo* e *dinâmico*.

Tal separação *possível* não implica, sob uma perspectiva positivista, em uma separação *necessária* entre direito e moral. Pode-se cogitar, por exemplo, hipóteses de *reenvio* do ordenamento jurídico à moral: *aquele processo pelo qual um ordenamento não se apropria do conteúdo das normas de outro ordenamento, como ocorre na recepção, mas limita-se a reconhecer a sua plena validade no próprio âmbito*.²⁶

Ademais, por certo que, em regra, as normas jurídicas *correspondem* às normas morais previstas na sociedade. Trata-se de hipóteses excepcionais aquelas em que o ordenamento jurídico vai de encontro à moral proeminente (ainda que seja mais correta a compreensão de *morais* existentes, o que pode levar a uma quase certeza de conflito entre normas jurídicas e *algum ordenamento moral* existente²⁷).

Essa compreensão *descritiva* por vezes é contrastada com análises *normativas* do ordenamento jurídico, as quais buscam descrever não apenas o ordenamento jurídico como o identificam, mas, também e principalmente, o ordenamento jurídico como *deveria ser*.

Ao assim fazê-lo, tais teorias podem, ou não, considerar a necessidade de adequação do direito à moral (seja como critério de identificação do direito – apenas será norma jurídica

norma do escalão inferior tem o seu fundamento de validade na norma do escalão superior.” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 232).

²⁵ Hart, em relação a este ponto, deu importante passo ao afastar do *conceito* de direito a sanção, não sendo esta critério *definitório* do direito; entretanto, e como bem nos alerta Schauer, a sanção não pode ser *ignorada* na análise jurídica, pois, por mais que não se enquadre na *definição* de direito, nele exerce papel central. (SCHAUER, Frederick. *The force of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 165).

²⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. Ed. Brasília: Editora UNB, 1999, p. 171.

²⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 75-78.

aquela norma que coadune com as disposições morais -, seja como critério de validade – apenas será garantida vigência à norma jurídica que vá ao encontro das normas morais, o que não afasta a juridicidade dessa norma).

Sobre tal aspecto, pode-se tomar em conta, por exemplo, a assim chamada *fórmula de Radbruch*, desenvolvida pelo autor alemão no pós-guerra em resposta às atrocidades por ele observadas no governo nazista, e que implica uma *inclusão total*²⁸ do ordenamento jurídico no ordenamento moral:

There are principles of law, therefore, that are weightier than any legal enactment, so that a law in conflict with them is devoid of validity. These principles are known as natural law or the law of reason. To be sure, their details remain open to question, but the work of centuries has in fact established a solid core of them, and they have come to enjoy such far-reaching consensus in the so-called declarations of human and civil rights that only the dogmatic sceptic could still entertain doubts about some of them.²⁹

Nesses termos, sobre o direito, de forma imanente, permaneceria um conjunto de princípios inafastáveis, inclusive pelo próprio ordenamento jurídico, e que subsistiriam independentemente da ordem jurídica positivada e sobre ela aplicariam um *filtro* de validade³⁰.

Trata-se de distinção fundamental no âmbito da compreensão do ordenamento jurídico, com influência direta na capacidade do direito de exercer sua função *resolutiva*.

²⁸ “Há uma concepção do relacionamento entre Direito e Moral que pode ser representada como exemplo de inclusão total: aquela segundo a qual a extensão das regras jurídicas é mais restrita que a das regras morais, e não há regra jurídica que não seja também regra moral” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. Ed. Brasília: Editora UNB, 1999, p. 167).

²⁹ RADBRUCH, Gustav. Five Minutes of Legal Philosophy (1945). *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, nº 1 (2006), p. 14-15.

³⁰ LOPES, Flávio Humberto Pascarelli; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. Ativismo Judicial e Teocracia Constitucional. *Revista de Processo*. Vol. 316/2021, p. 319-337.

4. FUNÇÃO RESOLUTIVA DO DIREITO E SISTEMA JURÍDICO ESTÁTICO

Como até aqui se observou, uma relevante função a ser exercida pelo direito consiste no seu papel resolutivo. É no âmbito dessa função que o direito *resolve* indeterminações sociais quanto a condutas esperadas nas hipóteses em que *inexiste* resposta a ser *deduzida* adequadamente do sistema moral de organização de condutas.

Afinal, não se faz absolutamente equivocado sustentar a possibilidade de conflitos morais no âmbito do sistema social; tratando-se a moral de campo de discussão *política*, não é possível, *racionalmente*, definir objetivos específicos:

Together with this general distinction between statements of what is and what ought to be go sharp parallel distinctions between statements about means and statements of moral ends. We can rationally discover and debate what are appropriate means to given ends, but ends are not rationally discoverable or debatable; they are 'fiats of the will', expressions of 'emotions', 'preferences', or 'attitudes'.³¹³²

Tal situação se faz ainda mais presente quando nos deparamos com a conjuntura contemporânea na qual há a exacerbação das individualidades e uma ampliação da tolerância, especialmente cultural³³, mas não apenas. A discrepância de entendimentos

³¹ HART. H. L. A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 83.

³² Nesse sentido, Kelsen: "Devemos ter presente, porém, quanto apreciamos "moralmente" uma ordem jurídica positiva, quando a valoramos como boa ou má, justa ou injusta, que o critério é um critério relativo, que não fica excluída uma diferente valoração com base num outro sistema de moral, que, quando uma ordem jurídica é considerada injusta se apreciada com base no critério fornecido por um sistema moral, ela pode ser havida como justa se julgada pela medida ou critério fornecido por um outro sistema moral" (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 76).

³³ "Hoje, o sinal de pertencimento a uma elite cultural é o máximo de tolerância e o mínimo de seletividade. O esnobismo cultural consiste agora na ostentosa negação do esnobismo. O princípio do elitismo cultural é onívoro – está à vontade em qualquer ambiente cultural, sem considerar

morais no âmbito social é fato inafastável da contemporaneidade e dos sistemas sociais nos quais ocorre o direito.

E é justamente tal característica contemporânea que demanda, ainda mais, uma função *resolutiva* do direito, cumprindo-lhe o papel de decidir, mesmo que de forma temporária e para fins de necessidade prática, desacordos relevantes quanto a questões morais e políticas.³⁴

Entretanto, em um sistema *estático*, como aquele descrito por Kelsen, e a partir do qual se constrói a teoria jusnaturalista (decorrência do direito a partir dos princípios fundantes do ordenamento jurídico, extraíveis da própria *natureza* humana), não resta qualquer margem para o exercício, pelo direito, de sua função resolutiva.

Ao se atribuir à vontade da autoridade competente a produção normativa, resguardando à norma superior o papel de determinar apenas *parte* do conteúdo da norma inferior, formando uma *moldura dentro da qual há múltiplas possibilidades de aplicação a ser escolhidas pela autoridade*³⁵ competente, permite-se ao direito, mediante a elaboração de regras jurídicas, a partir de tais molduras, a escolha legitimada em conflitos morais insolúveis mediante o mero apelo à razão.

Lado outro, ao se atribuir uma conformação *estática* ao ordenamento jurídico, mediante a qual demanda-se a estrita conformação das regras jurídicas aos ditames morais, há verdadeiro *engessamento* do direito na consecução de sua função resolutiva.

Ademais, trata-se aqui de verdadeiro *deslocamento* do centro decisório quanto a querelas morais fundamentais do sistema político, mediante a elaboração de normas

nenhum deles seu lar, muito menos o único lar." (BAUMANN, Zygmund. *A cultura no mundo líquido moderno*. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. Versão em e-book).

³⁴ SCHAUER, Frederick. *The force of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 105.

³⁵ GONÇALVES, Guilherme Leite. *Direito entre certeza e incerteza: Horizontes críticos para a teoria dos sistemas*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 238.

jurídicas, para o sistema jurídico, realizada sob o pretexto de *aplicação* do ordenamento jurídico, quando, ao contrário, está-se a outorgar ao jurídico a *escolha*, mesmo que fundamentada, de decisões morais fundamentais.

Não há, neste caso, mera *determinação*, pelo político, de decisão por parte do jurídico quanto a valores fundamentais, mas, sim, a *captura* do político pelo jurídico.

Afinal, a função resolutiva do direito é exercida, precipuamente, pelo legislador, a quem cumpre a eleição de valores mediante elaboração de enunciados normativos; situação outra é a imposição, pelo direito, a partir de uma construção normativista, de valores *superiores*, mas contestáveis, pois morais.

5. CONCLUSÃO: INVIABILIDADE DE SUBMISSÃO DO DIREITO À MORAL - AFIRMAÇÃO DO ASPECTO DINÂMICO DO DIREITO

Do até aqui exposto, conclui-se uma impossibilidade *lógica* de coexistência entre uma função *resolutiva* do direito e a submissão do direito à moral, diante da necessária confrontação das conclusões traçadas pelo direito no âmbito de sua atuação resolutiva.

Apenas em um sistema jurídico dinâmico, que preveja a possibilidade (a) de alteração deliberada de suas normas; e (b) de existência de normas jurídicas contrárias a normas morais é que se pode cogitar o direito como mecanismo de conformação de condutas objeto de divergências morais.

É certo que, no escopo desta investigação, não se analisou o âmbito de *aplicação* das normas jurídicas, e o espaço de discricionariedade ali existente decorrente da vagueza das normas.

Nada obstante, a existência de espaços de discricionariedade no âmbito da *aplicação* das normas jurídicas, abrindo espaço a juízos morais pelos magistrados na elaboração das normas individuais, não afasta o caráter resolutivo e pacificador do direito, havido, apenas

e tão somente, no âmbito de um sistema jurídico dinâmico quanto à construção de suas normas.

6. REFERÊNCIAS

- BEZEMEK Christoph. Bad for Good: Perspectives on Law and Force. In: BEZEMEK, Christoph; LADAVAC, Nicoletta (ed.). *The Force of Law Reaffirmed: Frederick Schauer Meets the Critics*. Switzerland: Springer, 2016.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. Ed. Brasília: Editora UNB, 1999.
- DOWRKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: DuckWorth, 1977.
- GONÇALVES, Guilherme Leite. *Direito entre certeza e incerteza: Horizontes críticos para a teoria dos sistemas*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- HART, H. L. A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983.
- HART, H. L. A. *O conceito de direito*. 3. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1994.
- HOLMES, Oliver Wendell. *The Path of the Law*. Auckland: The Floating Press, 2009.
- KELSEN, Hans. The law as a specific social technique. *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, nº 1 (Dec. 1941).
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LOPES, Flávio Humberto Pascarelli; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. Ativismo Judicial e Teocracia Constitucional. *Revista de Processo*. Vol. 316/2021, p. 319-337.
- LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- RADBRUCH, Gustav. Five Minutes of Legal Philosophy (1945). *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, nº 1 (2006).
- SCHAUER, Frederick. *The force of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2015.
- SCHAUER, Frederick; LARRY, Alexander. Law's Limited Domain Confronts Morality's Universal Empire. *William and Mary Law Review* 48 (2007).