

TRÊS CONCEPÇÕES DE POSITIVIDADE DO DIREITO: DECISÃO POLÍTICA, ALTERAÇÃO ESTRUTURAL E INCONSISTÊNCIA

Pythagoras Lopes de Carvalho Neto¹

Submetido(*submitted*): 10 de setembro de 2016

Aceito(*accepted*): 17 de outubro de 2016

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Positividade como decisão política sobre o Direito; 3. Positividade como alteração estrutural do direito; 4. Positividade como inconsistência no direito; 5. Conclusão; 6. Referências bibliográficas.

RESUMO

Este artigo analisa três concepções de direito positivo formuladas no âmbito da teoria positivista do direito. Para a primeira, o direito positivo é a decisão política do soberano. Essa concepção foi criticada por não destacar o processo autorreferencial de criação de normas no direito positivo. A segunda concepção indica como característica da positividade a capacidade de alteração estrutural do direito por si próprio. Ela falha em não reconhecer a diferença específica da alteração legislativa, quando contraposta à alteração do direito por interpretação. A terceira concepção propõe definir a positividade como a possibilidade de incorporação de inconsistências de conteúdo no direito.

PALAVRAS-CHAVE: positividade; alteração do direito; interpretação jurídica; decisão jurídica; decisão política.

ABSTRACT

This paper analyses three conceptions of positive law within a positivistic approach to law. For the first, positive law is the political decision of the sovereign. This conception has been criticized for not indicating the self-referential process for creating norms under the positive law. The second conception highlights as characteristic of positivity law's ability of changing its own structures. It fails in acknowledging the specific difference of change by statute, as opposed to change by interpretation. The third conception proposes to define positivity as the possibility of incorporating inconsistencies in law's content.

KEYWORDS: positive law; change of law; legal interpretation; legal decision; political decision.

¹ Doutor e Mestre em Teoria Geral e Filosofia do Direito pela Universidade de São Paulo. *Master of Laws (LL.M.)* pela Faculdade de Direito da Universidade de Chicago. Advogado em São Paulo.

INTRODUÇÃO

O tema da definição do conceito de positividade do direito parece ter saído de foco no debate jurídico. Enquanto a teoria jurídica contemporânea ocupa-se de entender e explicar a interpretação e a argumentação jurídicas, nas suas diversas manifestações, recorrendo a expedientes hermenêuticos, utilitários e até mesmo empíricos, o problema da especificação conceitual do caráter positivo do direito, associado à discussão positivista sobre a validade, parece ter perdido relevância.

Este artigo busca retomar o tema da positividade sob nova luz. Pretendo analisar e criticar dois conceitos de positividade desenvolvidos pela teoria jurídica positivista durante o século XX: a positividade como fundamentação da validade da lei em decisão política e a positividade como alteração estrutural do direito. A partir da insatisfação com tais formulações do conceito, apresento um terceiro conceito de positividade, compreendida como a incorporação de inconsistências materiais no sistema jurídico.

O tema da positividade está tipicamente associado à teoria positivista do direito, que buscava delimitar seu objeto de estudo frente a outras disciplinas, entre as quais a teoria moral e seus conceitos de direito natural. Para contrastar o direito positivo com outras concepções de direito, os juspositivistas clássicos, dentre os quais J. Austin, destacavam que seu objeto de estudo é o direito posto ("*positus*", do que deriva "positivo") por decisão do soberano de acordo com as regras estabelecidas pelo direito para tanto.

Como pretendo mostrar neste artigo, ao longo do século passado, tal concepção de positividade foi questionada pelo positivismo moderno de H. Kelsen e H.L.A. Hart, bem como, no campo da sociologia do direito, por Niklas Luhmann, seguido, no Brasil, por Tercio Sampaio Ferraz Jr. Esses autores destacaram que um ordenamento jurídico é direito positivo não somente se nele a validade é adquirida por meio de decisão, mas também se a validade é mantida por meio de decisão – especificamente, por meio da decisão de não o revogar. Com esse argumento, enfatizavam, na fórmula positivista tradicional, menos a decisão do soberano que os procedimentos internos para modificação do direito. Um sistema de direito positivo, então, para esses autores, seria aquele capaz de modificar a si próprio por meio dos processos legiferantes por ele regulados.

Essa concepção, contudo, parece explicar demais. Se é verdade que o direito positivo pode ser alterado por procedimentos próprios, auto-estabelecidos, não é menos

verdade que os direitos tradicionais, pré-positivos, como o direito romano ou a *common law* até o século XVIII também eram alterados por meio de procedimentos internos ao direito, ainda que tais procedimentos tivessem natureza diversa do processo legislativo moderno. Para definir a positividade a que se refere o positivismo jurídico moderno, representado particularmente por H. Kelsen e H.L.A. Hart, torna-se necessário detalhar como se dá o processo de alteração estrutural do sistema jurídico.

No que segue, pretendo discutir esses três conceitos de positividade, na sequência acima apresentada. Dessa discussão, parece resultar que, ao invés de ruptura, o conceito de positividade passa por pequenos ajustes, buscando uma descrição cada vez mais precisa do fenômeno em análise, a fim de refletir as conclusões dos novos temas do debate jurídico.

POSITIVIDADE COMO DECISÃO POLÍTICA SOBRE O DIREITO

A definição do direito positivo era um problema fundamental para as primeiras formulações do positivismo jurídico. De modo geral, é possível afirmar que, até o surgimento dessa escola teórica, a tradição do pensamento jurídico europeu concebia o direito a partir da distinção entre direito natural e direito positivo. Enquanto o direito natural era, ao menos a partir da Idade Média, tido como hierarquicamente superior e, portanto, merecedor de especial atenção teórica e filosófica, o direito positivo era visto como manifestação local dos princípios naturais, gozando, assim, de *status* teórico e filosófico de menor relevância (N. Bobbio, 1995, pp. 15-26; J.N. Heck, 2008; G.C.M. Cabral, 2016, pp. 154-5).

No início do século XIX, porém, o fenômeno da codificação e a prevalência do direito legislado decorrente da centralização do estado nacional moderno nos séculos anteriores (P. Grossi, 2005, pp. 31-5) leva os teóricos do direito a buscar abandonar a distinção clássica e concentrar suas atenções em apenas um de seus dois lados. O direito positivo, especialmente os grandes códigos, passa a ser, então, o problema a ser explicado (N. Bobbio, 1995, pp. 25-42). Nessa linha, já não basta reduzi-lo à categoria genérica de direito feito pelos homens. Era preciso entender como os homens fazem essa forma de direito, e o que a diferencia de outras formas sociais, como a moral, o costume e a religião. Esse se tornou um problema central para o positivismo jurídico (M.C. Queiroz, 2004, pp. 98-103).

Dentre as três principais correntes que N. Bobbio indica como formadoras do positivismo clássico (N. Bobbio, 1995), a saber, a Escola da Exegese francesa, a

Pandectística alemã, e a Jurisprudência Analítica inglesa, é nesta última, especialmente nos trabalhos de J. Austin, que se pode encontrar um tratamento mais explícito do problema da positividade.

O objetivo central dos trabalhos de J. Austin é determinar o campo da jurisprudência, entendida como a ciência do estudo do direito positivo. Busca, portanto, distinguir o direito positivo de figuras assemelhadas, como a moralidade positiva (na qual o autor inclui o costume) e as leis divinas (J. Austin, 1954, pp. 1-3, 9-10; 1954b, pp. 365-6).

Para esse efeito, o autor elege como central o conceito de comando (J. Austin, 1954, pp. 13-24), que considera ser a chave para a ciência do direito e da moral. Comando é concebido por J. Austin como a expressão, por um superior a um subordinado, de um desejo de que o subordinado faça ou deixe de fazer algo, sob pena de punição. A noção de comando implica aquela de sanção, uma vez que não há comando sem sanção, bem como a noção de dever, já que todo dever emana de um comando.

Por meio da noção de comando, J. Austin busca distinguir o direito de campos sociais correlatos. Isso é feito por meio da distinção entre leis próprias, que são comandos, e leis impróprias, que apesar de não serem comandos, porque não foram emitidas por pessoa alguma, a eles se assemelham em diferentes graus. Dentre as leis impróprias, encontram-se as leis naturais (que guardam uma semelhança remota para com as leis próprias) e algumas regras morais (que mantêm semelhança próxima para com as leis próprias, porque decorrem não de uma autoridade específica, mas da opinião pública).

Já dentre as leis próprias, isto é, dentre os comandos, a distinção é feita com base no emissor. As leis emitidas por Deus são as leis divinas, que podem ser reveladas ou implícitas. Já as leis emitidas por autoridades sociais, como o pastor para seus fiéis ou o pai para seus filhos, formam parte da moralidade positiva. Por fim, o direito positivo decorre de uma forma específica de autoridade humana, a autoridade política, ou seja, o soberano. Este é definido em termos políticos, como aquele que é habitualmente obedecido pela comunidade política, sem estar em relação de obediência a ninguém. O direito positivo consiste, segundo o autor, nos comandos emitidos por essa autoridade (J. Austin, 1954, pp. 191-361).

Dessa forma, é possível notar que, para J. Austin, a característica definidora da positividade do direito é sua determinação pelo soberano. O direito seria, sob sua concepção, uma espécie do gênero comando, que se diferenciaria das demais espécies apenas em decorrência de seu emissor. Direito positivo, portanto, é direito que decorre de uma decisão do soberano.

O positivismo clássico formula, assim, uma primeira noção de positividade desvinculada da tradição jusnaturalista. Essa noção abandona a distinção entre direito natural e direito positivo, que caracterizara o pensamento jurídico até então, e formula uma descrição do direito assentada na ideia de decisão política. Apesar de simples e, de certo modo, intuitiva, tal formulação foi considerada insatisfatória pelos positivistas que se seguiram. Suas críticas e suas tentativas de reformulação do conceito de positividade serão objeto da próxima seção.

POSITIVIDADE COMO ALTERAÇÃO ESTRUTURAL DO DIREITO

Na seção anterior, apresentei a concepção de positividade formulada por J. Austin, autor representativo do positivismo clássico, que vinculava o direito positivo à decisão da autoridade política. Nesta seção, pretendo mostrar como essa concepção foi criticada e reformulada, ao longo do século XX, resultando em uma nova concepção do direito positivo, a saber, aquela da positividade como alteração estrutural do direito.

A crítica mais conhecida ao modelo austiniano provém de H.L.A. Hart. (2001, pp. 23-92). Em sua tentativa de reconstruir os fundamentos do positivismo de forma a responder às críticas dos realistas norte-americanos, H.L.A. Hart conduz uma análise profunda da teoria de J. Austin, e aponta quatro insuficiências principais. A primeira delas consiste no fato de que, no direito moderno, as leis, ao contrário dos comandos, aplicam-se não só a seus destinatários, mas também a seus emissores. A segunda insuficiência refere-se à existência, no direito, não só de regras que impõem condutas, mas também daquelas que conferem poderes para julgar casos e criar novas regras. A terceira limitação do modelo austiniano é representada por normas jurídicas que não assumem a forma de uma prescrição. Por fim, a quarta insuficiência decorre da incapacidade de explicar a continuidade do direito para além do soberano, cujo papel, nos sistemas políticos modernos, é exercido de maneira cada vez mais difusa. Nesses termos, H.L.A. Hart declara o modelo de direito de J. Austin, aí incluída sua concepção de direito positivo, insatisfatório.

Na mesma linha, 19 anos antes da publicação de *The Concept of Law*, já em 1941, H. Kelsen trazia ao público norte-americano o resumo de sua crítica à jurisprudência analítica austiniana (H. Kelsen, 2001). Nesse texto, apesar de reconhecer diversos pontos de aproximação com a teoria de J. Austin, H. Kelsen destaca como a teoria pura do direito ultrapassa o modelo positivista clássico. Nesse sentido, o autor sublinha as dificuldades trazidas pela noção de comando, superada, na teoria pura, pela noção despsicologizada de norma como dever ser. Na mesma linha, ressalta que a jurisprudência analítica limita-se a uma teoria estática do direito, já que não fornece uma explicação aceitável para o processo de criação de normas, enquanto a teoria pura constitui-se como uma teoria dinâmica do direito, uma vez que põe em evidência o fato de que a criação de normas jurídicas é também ela regulada por normas. Além desses pontos, que interessam diretamente ao objeto deste artigo, H. Kelsen também critica como insuficientes as formulações de J. Austin para os conceitos de dever jurídico e de direito subjetivo, a relação entre norma e coerção, o *status* jurídico do direito internacional e o conceito jurídico de estado. A jurisprudência analítica revela-se, assim, na perspectiva kelseniana, uma descrição bastante limitada do direito positivo.

Posterior às análises de H.L.A. Hart e H. Kelsen, a crítica de N. Luhmann (1985, pp. 7-9; 2002, pp. 93-7; 2013, pp. 126-30), endossada por Tercio Sampaio Ferraz Jr. (1994, pp. 73-6), põe em relevo, de forma talvez mais clara, as dificuldades apresentadas pela concepção de positividade proposta por J. Austin. N. Luhmann destaca que a decisão do legislador, por si só, não pode caracterizar o direito positivo, visto que essa também é admitida, em diferentes graus, nos modelos jusnaturalistas. Para o autor, um modelo teórico que, a exemplo das pretensões dos juspositivistas, pretenda superar a distinção entre direito natural e direito positivo, abandonando o pressuposto de um direito natural e concentrando sua construção teórica exclusivamente no direito positivo deve propor uma concepção mais aprofundada da positividade. A concepção austiniana do direito positivo como decisão política arbitrária não permitiria ver, segundo a perspectiva sociológica luhmanniana, que a positividade requer condições sociais específicas para funcionar, as quais somente seriam encontradas na sociedade moderna, funcionalmente diferenciada. O modelo de J. Austin, nesses termos, dificulta uma compreensão mais profunda da positividade do direito.

Nessas três críticas, é possível notar que a concepção de positividade como instituição do direito por decisão política é entendida não exatamente como errada, mas certamente como insuficiente para explicar, em sua plenitude, as características que

fazem do direito moderno um direito positivo. Esses autores partem, então, cada um a seu modo, na tentativa de superar a concepção austrianiana da positividade.

H. Kelsen desenvolve sua teoria pura como uma teoria jurídica do direito positivo, que busca explicá-lo de forma objetiva e exata (H. Kelsen, 1999, p. 1). Para tanto, parte do conceito de norma como dever ser, em oposição aos fatos, que pertencem ao mundo do ser. A distinção ser/dever ser, que é entendida pelo autor como um dado imediato da consciência humana (H. Kelsen, 1999, pp. 5-7), estabelece uma separação estrita: uma norma (dever ser) só pode originar-se de outra norma. As normas organizam-se, assim, em uma cadeia de produção normativa, cuja unidade decorre de possuírem todas o mesmo fundamento de validade: a norma fundamental. (H. Kelsen, 1999, pp. 33, 215-7). As normas, portanto, relacionam-se entre si não por seu conteúdo, mas apenas por sua validade.

O fato de a unidade do conjunto de normas – o ordenamento jurídico – decorrer de seu fundamento de validade põe em evidência que o direito moderno caracteriza-se pela prevalência do princípio dinâmico sobre o princípio estático, ou seja, da explicação formal, conforme o processo de criação, sobre a explicação material, conforme o conteúdo das normas (H. Kelsen, 1999, pp. 221-24; 2000, pp. 165-7). Nesses termos, para H. Kelsen, a característica central da positividade consiste em o direito regular sua própria produção e aplicação (H. Kelsen, 1999, p. 80).

A exemplo de H. Kelsen, também H.L.A. Hart procura reformular o conceito de positividade de acordo com seu arcabouço teórico. Para tanto, parte da percepção de que, além das regras de conduta, a que chama de regras primárias, o direito moderno também se compõe de regras secundárias. Essas teriam por objetivo estabelecer mecanismos de identificação, alteração e aplicação das regras primárias (H.L.A. Hart, 2001, pp. 101-3). A mais discutida das regras secundárias é, certamente, a regra de reconhecimento, que permite a identificação das regras do ordenamento, por meio do critério da validade. Mas, além dela, H.L.A. também concebe as regras de adjudicação, que possibilitam a imposição forçada do direito, e as regras de alteração, que permitem ao direito regular sua própria alteração. Nesse sentido, a concepção hartiana do direito como união de normas primárias e secundárias também se refere à capacidade de o direito positivo modificar a si próprio, mantendo controle de tais modificações por meio de mecanismos de identificação e adjudicação.

O elemento autorreferencial do direito positivo também é posto em evidência na concepção de positividade esposada por N. Luhmann. Para esse autor, assim como

para H. Kelsen e H.L.A. Hart, a característica demarcatória do direito positivo deve ser buscada não no fato de o direito passar a valer por decisão, mas de ele continuar a vigorar por decisão (de não o revogar).

Segundo o autor, a positividade do direito na sociedade moderna deve ser compreendida a partir da distinção entre expectativas normativas (ou normas), que são mantidas mesmo após a frustração, e expectativas cognitivas (ou cognições, conhecimento), que são abandonadas, se frustradas. Assim, se um motorista pretende estacionar seu carro em uma vaga do estacionamento e a encontra ocupada, ele abandona sua expectativa inicial e procura uma nova vaga (ou seja, sua expectativa inicial é cognitiva, porque não resiste à frustração). Mas se o motorista vê um carro atravessar o sinal vermelho, continua a esperar que outros carros não façam o mesmo (isto é, a expectativa é normativa, porque se mantém apesar dos fatos).

Para N. Luhmann, a positividade consiste na formação de expectativas cognitivas a respeito das expectativas normativas do direito (G.L. Gonçalves, 2013, pp. 103-7). Em outros termos, a sociedade moderna passa a aceitar que o conteúdo do direito pode ser alterado. Essa aceitação decorre da especificação de procedimentos para aplicar e alterar o direito. Nesse sentido, N. Luhmann designa como programadas as decisões que são tomadas a partir de premissas decisórias já definidas. De outro lado, decisões programantes são aquelas que estabelecem premissas para decisões futuras, sem partir de critérios já definidos. Um bom exemplo das primeiras são as decisões judiciais, que partem dos critérios vigentes para julgar os casos. Em contraposição, as decisões legislativas são exemplos de decisões programantes, pois definem critérios para as decisões judiciais (programadas), sem ter seu conteúdo definido por decisões anteriores.

Nessa linha, a aceitação de que o conteúdo do direito pode ser alterado só é possível porque o direito positivo conta com procedimentos específicos para aplicar e alterar o direito, isto é, para tomar decisões programantes e decisões programadas. Essa especificação permite que as tentativas de alteração da lei não se confundam com sua violação, tornando-as, desse modo, toleráveis.

Sob essa perspectiva, o direito positivo é entendido como direito que possui procedimentos internos para promover sua própria alteração (N. Luhmann, 1985, pp. 7-17; 1990; 2013, pp. 126-130). A positividade consiste, pois, na legalização da modificação estrutural do direito. Em linha com sua pretensão de descrever sociologicamente o direito como os juristas o descrevem, N. Luhmann recria, assim, em

seu quadro referencial teórico, a mesma concepção de positividade de H. Kelsen e H.L.A. Hart.

Assim como adotaram postura similar contrária à concepção decisionista da positividade por J. Austin, tanto H. Kelsen e H.L.A. Hart quanto N. Luhmann apresentam uma concepção de positividade igualmente centrada na capacidade de o direito positivo regular juridicamente os procedimentos para alterar suas próprias regras. Esse modelo, contudo, apesar de bem mais complexo e sofisticado que aquele da jurisprudência analítica, também parece merecer refinamentos. É o que será explorado na próxima seção.

POSITIVIDADE COMO INCONSISTÊNCIA NO DIREITO

A seção anterior mostrou como, a partir de suas críticas ao modelo austiniano da positividade como decisão política, H. Kelsen, H.L.A. Hart e N. Luhmann formularam, em diferentes contextos teóricos, uma concepção do direito positivo como automodificação do sistema jurídico. Esta seção pretende seguir o exemplo desses autores e buscar aprofundar a noção de positividade por meio do reconhecimento das limitações da concepção atualmente dominante.

Para tanto, parto da distinção entre textos normativos e normas. Caso seja admitido que a norma não é o texto legal que a veicula, mas antes o sentido desse texto, é forçoso reconhecer que a mudança do direito não se dá apenas pela modificação do texto. Ela também ocorre por meio da modificação da interpretação do texto. A cada nova interpretação do direito, o sistema jurídico como um todo é alterado – e isso ocorre de acordo com as regras (interpretativas) do próprio direito.

Um exemplo disso é a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ (rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 5.5.2011), julgada em conjunto com a Ação Direita de Inconstitucionalidade 4.277, em que se discutiu a proteção jurídica às uniões estáveis homoafetivas à luz do art. 226 da Constituição Federal e do art. 1.723 do Código Civil. Antes da decisão do STF, a regra prevalecente era de que somente a união estável entre pessoas de sexos diferentes seria considerada família no ordenamento jurídico brasileiro. Nessa linha, os cartórios recusavam-se a registrar contratos de convivência entre pessoas de mesmo sexo, e casais homossexuais sofriam dificuldades em ter reconhecidos direitos recíprocos para uma série de efeitos, inclusive sucessórios, securitários e previdenciários. O tribunal constitucional, no entanto, entendeu essa regra em desacordo com a Constituição, e

determinou que também as uniões homoafetivas deveriam ser protegidas como família. Desde então, os casais homossexuais passaram a contar com os benefícios correlatos que lhes eram antes negados.

Já no âmbito administrativo, pode-se citar o entendimento da Comissão de Valores Mobiliários a respeito da interpretação do art. 115, § 1º, da Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, conforme alteração). Esse dispositivo legal proíbe o voto do acionista que, entre outras situações, tiver interesse conflitante com a companhia. O texto é interpretado, de modo geral, em dois sentidos: enquanto a corrente do conflito formal afirma que basta a simples contraposição contratual entre acionista e companhia para estabelecer um conflito (o conflito seria definido, portanto, por critério jurídico-formal), a corrente do conflito material insiste que o conflito caracteriza-se apenas à luz do conteúdo do negócio jurídico proposto (o conflito seria definido, nesses termos, por critério econômico-material). Em sua primeira manifestação relevante sobre a matéria, no caso Tele Celular (IA CVM nº TA/RJ2001/4977), a CVM alinhou-se com a corrente formalista. Logo em seguida, porém, alterou seu entendimento para a tese material, no caso Previ (IA CVM nº TA-RJ2002/1153). Finalmente, no caso Tractebel (PA CVM nº RJ 2009-13179), decidido no final de 2009, a Comissão mudou mais uma vez de posição, retornando à tese formal, que prevalece até o momento.

Nesses dois exemplos, durante todo o período pertinente, não houve qualquer alteração legislativa ou regulamentar. Os textos normativos pertinentes permaneceram idênticos. No entanto, a regra aplicável aos casos em questão foi efetivamente alterada, com modificação clara na forma como os casos passaram a ser decididos após a definição dos precedentes. Houve modificação estrutural do direito sem alteração dos textos normativos.

Em princípio, a modificação do direito por interpretação não é contraditória com a concepção de positividade do positivismo moderno. Ao contrário, sendo a aplicação do direito também um procedimento juridicamente regulado, é possível afirmar que tal modificação enquadra-se na definição de positividade descrita na seção anterior.

A falha a ser apontada, nesse passo, não é de falta, mas de excesso de abrangência. Com efeito, a alteração por interpretação não é característica exclusiva do direito positivo. Ela pode ser observada na evolução do direito romano por obra dos pretores, ou ainda na evolução da *Common Law* na Inglaterra medieval. No entanto, dificilmente essas formas de sistema jurídico seriam reconhecidas como direito positivo

por H. Kelsen, H.L.A. Hart ou N. Luhmann. Em outros termos, ao se admitir a mudança de normas por interpretação como mudança autorregulada do direito, o conceito de positividade esposado pelo positivismo moderno passa a incluir ordenamentos jurídicos que os próprios positivistas não reconhecem como direito positivo.

Nesse sentido, para prosseguir com o projeto positivista de conceber o direito positivo não a partir de sua oposição ao direito natural, mas como objeto com dignidade teórica própria, é preciso refinar ainda mais o conceito de positividade, a fim de excluir a possibilidade de modificação do direito por interpretação e restringi-lo à modificação por legislação (ou regulamentação). Em outros termos, a descrição do sistema jurídico como uma prática social desvinculada de um controle de conteúdo inalterável requer uma definição de positividade que explicita a diferença entre mudança legislativa e mudança interpretativa. De outra forma, a ideia de mudança estrutural poderá ser aplicada tanto ao direito natural quanto ao direito positivo, e já não servirá para indicar a característica específica de um sistema jurídico que, na modernidade, opera sem limites à alteração de seu conteúdo.

Para buscar esse refinamento, vale retomar a diferença luhmanniana explicada na seção anterior entre decisões programadas e decisões programantes. Enquanto decisões programadas, tais como as decisões interpretativas do direito, são tomadas sob critérios de decisão já estabelecidos, que lhes servem de parâmetro, as decisões programantes, como as decisões legislativas, estabelecem critérios novos, sem ter de ater-se àqueles eventualmente existentes. Em outros termos, enquanto as decisões programadas (interpretativas) alteram o direito mantendo algum grau de consistência com o conteúdo dos textos e decisões que lhe são anteriores, as decisões programantes são livres para alterar o direito inclusive de forma inconsistente com o passado.

O que essa distinção mostra é que a positividade do direito moderno reside não só no fato de existirem procedimentos específicos juridicamente regulados para alterá-lo, mas de o resultado desses procedimentos não depender de justificação argumentativa baseada no conteúdo imediatamente anterior do direito. O direito positivo, assim, não só pode ter qualquer conteúdo, mas pode passar de um conteúdo a outro sem precisar apresentar justificativas internas.

Ainda uma outra forma de apresentar essa mesma concepção é afirmar que o direito positivo contém mecanismos pelos quais é capaz de atribuir a mudança de seu

próprio conteúdo para fora do ordenamento jurídico, especialmente² para o sistema político, responsável pela decisão legislativa. Ao fazê-lo, livra-se, com relação a tal modificação, o ônus de justificar o conteúdo de suas próprias decisões. A decisão política é suficiente, bastando ao sistema jurídico controlar os aspectos formais do procedimento que levou a ela. Por contraste, compare-se essa situação com aquela gerada por uma modificação interpretativa, em que o sistema jurídico vê-se sob a exigência tanto de controlar os aspectos formais da decisão, quanto de apresentar argumentos suficientes para fundamentar a modificação de entendimento do julgador. A positividade, assim, não exatamente permite a mudança estrutural do direito, mas a facilita sobremaneira, ao diminuir o ônus argumentativo para ela exigido.

Nesses termos, é possível reformular o projeto positivista de construir uma teoria jurídica baseada exclusivamente no direito positivo. De um lado, a concepção jusnaturalista defende que toda alteração no sistema jurídico depende, em variados graus, de algum grau de consistência entre o conteúdo do direito antes e depois da alteração. A distinção entre direito natural e direito positivo serve, então, para demarcar os conteúdos alteráveis e aqueles inalteráveis. O modelo jusnaturalista pressupõe algum grau de consistência material em todas as mudanças no sistema jurídico.

De outro lado, a concepção juspositivista afirma que não há qualquer relação necessária entre o conteúdo do direito antes e depois da alteração. É claro que, de forma pontual, é possível que as normas vigentes exijam algum grau mínimo de consistência. Bom exemplo disso são as cláusulas pétreas da Constituição. Essa exigência, contudo, é contingente, não necessária – depende de decisão. Nessa linha, a distinção entre direito natural e direito positivo torna-se irrelevante, já que não é mais preciso preservar um núcleo de sentido que controle a modificação do direito no que tange a seu conteúdo. Sob essa perspectiva, o direito é, todo ele, direito positivo e sempre direito positivo.

Um desdobramento dessa concepção de positividade é que não mais se torna plausível esperar que o direito positivo possa ser representado por qualquer unidade

² Os positivistas, de modo geral, tenderiam a dizer que a mudança no direito ocorre *exclusivamente* por meio de decisão política. Contra essa posição, destaco não só a possibilidade de mudança estrutural por meio de interpretação, já discutida no corpo do texto, mas também as mudanças normativas resultantes de atos privados (contratos, casamentos, testamentos, etc.), que alteram as regras aplicáveis às partes e, em algumas situações mais limitadas, até mesmo a terceiros. Dificilmente se poderia caracterizar esses atos como políticos. Não obstante, ninguém contestará seriamente que tais atos são corriqueiros na sociedade moderna. Ainda assim, por sua abrangência, a mudança estrutural do direito pela política permanece tendo papel de destaque para o sistema jurídico.

material. Sob essa concepção, é inescapável concluir que, a qualquer dado momento, é altamente provável que o direito positivo contenha conjuntos de regras cujo conteúdo não pode ser racionalmente conciliado. Nesse sentido, como alerta H. Kelsen, o direito torna-se uma ordem formal capaz de aceitar qualquer conteúdo. Para estabelecer e manter padrões argumentativos, a dogmática jurídica precisa, então, recorrer a dicotomias e distinções, como explicado por Tercio Sampaio Ferraz Jr. (1994, pp. 85-93), ou à formulação de microssistemas, no sentido proposto por N. Irti (1999). De qualquer forma, tentativas de organizar o ordenamento jurídico sob o império de um valor ou princípio soberano parecem condenadas ao fracasso, ou, na melhor das hipóteses, a um âmbito temporal e material de aplicação extremamente limitado.

CONCLUSÃO

Neste artigo, procurei retomar o problema da positividade do direito moderno, tema central para a teoria positivista do direito. Partindo do conceito de direito positivo formulado pelo positivismo clássico, representado por J. Austin, mostrei que as críticas a ele dirigidas por H. Kelsen, H.L.A. Hart e N. Luhmann levaram a uma concepção mais profunda da positividade, que destaca a capacidade de o sistema jurídico regular suas próprias alterações.

Essa concepção, contudo, não se mostra precisa o suficiente, uma vez também seria aplicável a sistemas de direito natural, em que as normas jurídicas são modificáveis por meio de interpretação. Propus, então, que a positividade do direito passe a ser concebida como a possibilidade de alteração do direito sem controle da consistência de conteúdo entre o novo direito e as regras anteriormente vigentes. Essa nova concepção parte do caráter argumentativo da prática jurídica, e põe em destaque como a positividade permite a modificação do sistema jurídico sem que se incorra no ônus de apresentar fundamentos jurídicos para essa alteração.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUSTIN, John. *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law*. London: John Murray, 1913.

_____. *The province of jurisprudence determined*. In: Austin, John, *The province of jurisprudence determined and The uses of the study of jurisprudence*, Indianapolis: Hackett, 1954, pp. 1-361.

_____. *The uses of the study of jurisprudence*. In: Austin, John, *The province of jurisprudence determined and The uses of the study of jurisprudence*, Indianapolis: Hackett, 1954b, pp. 363-93.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

CABRAL, Gustavo César Machado. Thomasius e o direito natural. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 72, abr 2016, pp. 145-68.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*. 2^a ed. São Paulo: Atlas, 1994.

GONÇALVES, Guilherme Leite. Direito como sistema de controle: para uma atualização da crítica da forma jurídica a partir da teoria dos sistemas. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, vol. 4, n. 6, 2013, pp. 99-111.

GROSSI, Paolo. O ponto e a linha. História do direito e direito positivo na formação do jurista do nosso tempo. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 51, dez 2005, pp. 31-45.

HART, Herbert Louis Adolph. *O conceito de direito*. 3^a ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2001.

HECK, José N. Origens e aporias do jusnaturalismo moderno. *Revista Ethica*, Florianópolis, vol. 7, n. 2, dez 2008, pp. 215-232.

IRTI, Natalino. *L'Età della decodificazione*. 4^a ed. Milano: Giuffrè, 1999.

KELSEN, Hans. A teoria pura do direito e a jurisprudência analítica. In Kelsen, Hans, *O que é justiça?* 3^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp. 261-83.

_____. *Teoria geral do direito e do estado*. 3^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Teoria pura do direito*. 6^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Guadalajara: Iberoamericana, 2002.

_____. *Kontingenz und Recht*. Frankfurt am Main: Surkhamp, 2013.

_____. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1985.

_____. La positività del diritto come presuposto di una società moderna. In: Luhmann, Niklas, *La differenziazione del diritto: contribute alla sociologia e alla teoria del diritto*. s/l: Il Mulino, 1990.

QUEIROZ, Marisse Costa de. Contingência e direito positivo: o paradoxo do direito na modernidade. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 49, dez 2004, pp. 95-111.