

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 43 • nº 171

Julho/setembro – 2006

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

A filosofia jurídica da democracia

Bobbio, um *work in progress*

Roberto Bueno

Sumário

1. Diálogos teóricos, políticos e filosóficos na obra bobbiana. 2. A filosofia bobbiana e sua relação com os conceitos do formalismo jurídico kelseniano. 3. Bobbio: funcionalismo e historicismo como métodos de abordagem do fenômeno jurídico. 4. Em torno ao historicismo e ao positivismo. 5. Hermenêutica e o fenômeno das lacunas no ordenamento jurídico. 6. Considerações finais.

1. Diálogos teóricos, políticos e filosóficos na obra bobbiana

O enquadramento de um filósofo do direito e da política da estirpe e da dimensão de Bobbio em uma e tão-só determinada corrente de pensamento de modo preciso é tarefa sobejamente ingrata, acaso considerada realmente factível. Tal dificuldade em classificar sua ampla produção leva à adoção de uma metodologia que é a de aproximações temáticas e bastante objetivas ao seu pensamento. Com esse procedimento é possível aproximar Bobbio de uma ou outra corrente em temas pontuais sem, no entanto, pretender fixá-lo, de modo excludente, a uma só linha filosófica. A essas dificuldades soma-se o fato de que o pensador em questão não deixou em muitos momentos a ambigüidade de lado, em outros tantos trabalhou com conceitos em paralelo, aliás, um de seus métodos prediletos, sem que em alguns casos procedesse a um exame exaustivo da matéria em questão.

Roberto Bueno é Professor da Faculdade de Direito da Unisep.

Em uma primeira visão amplificada da filosofia bobbiana, ela demonstra uma evidente aversão a rótulos. Essa é uma prática do turinês desde seu período de juventude, quando na Itália o cenário filosófico e político era todavia disputado por idealistas, espiritualistas, positivistas e neokantianos. Em que pese a multiplicidade de opções, Bobbio preferiu trabalhar com a oposição de categorias, às vezes até ambíguas, a filiar-se a um ou outro *ismo*, ou, como disse Rossi (2005, p. XVII), que “*preferiva servirsi di un procedimento analitico inteso a stabilire distinzioni, magari opposizioni*”. Seguramente esse é um método filosófico bastante promissor no que tange ao debate e à imersão no mundo das idéias, bem mais do que aquele que busca, por meio de certezas e pré-conceitos, afirmar seus pontos de partida, dogmas e axiomas de todo tipo.

Bobbio sempre fez referência, e expressamente, à forma com que se autopercebia no rol dos pensadores. Já no prólogo a uma de suas obras, na primeira edição de sua *Contribuição a Teoria do Direito*, dizia clara e expressamente que “não me considero um filósofo neopositivista [...]” – oportunidade em que rechaçava, então, boa parte daqueles que o vinculavam de modo direto a essa corrente – “[...] nem tampouco um filósofo analítico no sentido estrito da palavra”¹. O que era, então, Bobbio? Em princípio, como todo filósofo, era alguém que, diante das perplexidades da vida, dedicava-se fundamentalmente à procura de respostas, e o fazia enfrentando questões específicas e espinhosas nos campos do direito e da política.

Qualquer dessas possibilidades assinadas não deixaria de causar transformações sobre a interpretação bobbiana em matéria política. Além dessa clareza no sentido de desvincular-se das matrizes filosóficas apontadas, ele sustentava que nunca sequer pensara que alguma vez poderia estar filiado a uma dessas correntes. No entanto, paralelamente a essa postura que poderíamos denominar como “independente”

frente a tantas, e influentes, linhas doutrinárias, também é certo que o próprio filósofo reconhece ter sofrido forte atração pelo neopositivismo tanto como pela filosofia analítica. Em suas palavras, no ano de 1979, reconhecia que tinha se sentido “fortemente atraído pelo neopositivismo e pela filosofia analítica durante os anos em que tinha começado a ocupar-se continuamente da teoria geral do direito e da metodologia da ciência jurídica” (PECES-BARBA, 1990, p. 11). Sem embargo, o reconhecimento da influência sofrida de modo algum facultou-lhe concluir sobre sua decisiva filiação a essas correntes, pois o autor arrematava acerca de suas incertezas dizendo que “nunca tinha se considerado um neopositivista nem tampouco um filósofo analítico no sentido estrito da palavra” (PECES-BARBA, 1990, p. 11). Parece, portanto, que Bobbio distingue abertamente o “sentir-se fortemente atraído” do “estar filiado a alguma corrente”.

Seu maior envolvimento com a filosofia analítica assim como com o denominado neopositivismo deu-se durante os anos em que esteve ocupado mais diretamente com a Teoria Geral do Direito e da Metodologia² da Ciência Jurídica. Esse foi o período que teve início em sua juventude e que na maturidade (o qual é possível determinar como sendo o do segundo quartel dos anos quarenta, período que sucede à última grande guerra) desembocou em sua migração para o campo da Ciência Política. O período imediatamente anterior à guerra compreende o espaço temporal dos anos trinta. É do ano de 1934 que datam seus primeiros escritos. A etapa que compreende o período que abre em 1949 pode ser denominada como perquiridora. Nela suas pesquisas o levaram a concentrar-se mais detidamente em temas filosóficos, talvez influenciado por esse tema ter sido seu último objeto de estudos universitários, posto que, lembremos, obteve sua licenciatura em Direito em 1931 e em Filosofia no ano de 1933.

Relativamente às discussões estabelecidas sobre sua “confissão” da influência

neopositivista e da filosofia analítica, diz Bobbio que, no período final de predominância com preocupações de índole filosófica, já estava cansado de discursos demasiadamente generalistas, inclusive metafísicos³, sobre o *ser* e o *não ser*. Isso se deveu à sua necessidade de “permanecer com os pés no chão” (PECES-BARBA, 1990, p. 11), o que confere à sua filosofia um indesmentível caráter realista. Esse é um sólido ponto de partida para uma filosofia realista que permitiu o uso do rigor conceitual e o trato com os vocábulos que tanto o neopositivismo (BOBBIO, 2001)⁴ como a filosofia analítica lhe ofereceram. Paralelamente à influência dessas escolas, o filósofo turinês não deixa de mencionar a de Hans Kelsen, a quem explicitamente diz dever “não só a metodologia como os conteúdos que abordou” (BOBBIO, 2001, p. 12)⁵ e, em algum caso, até mesmo a sua isenção no que se refere ao mundo dos valores (Cf. BOBBIO, 2001, p. 125; VIGIO, 1991). Obviamente, sobre esse aspecto não se pode admitir uma influência continuada, pois é sabida a repercussão das questões ético-morais no desdobramento de seus trabalhos. Não obstante a referência à sua grande admiração desde seu primeiro contato com a teoria do direito kelseniano e da impressão altamente positiva que lhe deixou devido ao seu caráter de “clareza conceitual, originalidade e simplicidade das soluções, além da coerência dentro do sistema como um todo” (BOBBIO, 1997, p. 155). Mas essa, em que pese ser uma das grandes influências, está longe de ser a única. O turinês reconhecia sua dívida em mesmo grau com outros de seus “mestres” como Alf Ross, e, dizia, “desnecessário sublinhar”, com Herbert Hart (BOBBIO, 1997, p. 149).

A relação mais íntima de Bobbio com a filosofia analítica parece estar na fundação do Centro de Estudos Metodológicos, o que realizou juntamente com reputados filósofos como Ludovico Geymonat e Nicola Abbagnano⁶, na cidade de Turim no ano de 1946. Sob a direção desse seletivo grupo, o

Centro de Estudos foi extremamente ativo na promoção de cursos e conferências, sendo que uma delas, pronunciada por Bobbio e intitulada *Ciência do Direito e análise da linguagem*, tornou-se, no dizer de Alfonso Ruiz-Miguel (Cf. 1994, p. 63; 1991, p. 18), “o conteúdo programático” da escola e do positivismo lógico dos estudos jurídicos na Itália (corrente a qual Bobbio nunca deixou de matizar sua inscrição) e posteriormente deu lugar à escola analítica de filosofia do direito. Nessa conferência sobre *Ciência do Direito e análise da linguagem*, ele realizou uma análise prescritiva (e nesse sentido se torna sinônimo de imperativo) e não meramente descritiva⁷. Em outros termos, dedicou atenção não somente àquilo de que se ocupam os juristas mas também à realidade das normas postas e em prescrever o que essas deveriam realizar e conter. É em momentos como este que fica claro o quanto Bobbio não foi “apenas” kelseniano. Mas nem sempre foi assim. Em alguns momentos, em torno aos anos cinquenta até início dos sessenta, tinha ensaiado ocupar-se do direito como ele é, ou seja, do ser do direito e não do dever ser, o que bem caracterizava a concepção do positivismo jurídico na época.

Mas a postura de Bobbio perante o positivismo e o jusnaturalismo é tudo, menos clara e indiscutível. O filósofo assinalou por diversas vezes sua proximidade a uma ou outra das correntes, e em algum momento mencionou estar dividido entre ambas. Há circunstâncias em que ele se refere que, em termos políticos, o positivismo representava a aceitação do *status quo*. Nesse âmbito político, fica igualmente marcada sua oposição ao jusnaturalismo, posto que historicamente exerceu função altamente transformadora, senão inspiradora de movimentos revolucionários.

Nesse contexto de certas contradições e indecisões, a melhor interpretação sobre o rumo da filosofia bobbiana parece ser a de um de seus mais abalizados estudiosos, Ruiz-Miguel (1990, p. 31). O autor sugere que Bobbio está muito mais próximo do po-

sitivismo do que do jusnaturalismo, leitura que recebe apoio de Peces-Barba (1993, p. 20), que fala de um positivismo moderado, idéia à qual me somaria. Em favor de sua proximidade ao positivismo, é possível invocar um argumento tomado das próprias palavras do jusfilósofo.

Em uma de suas obras, dizia Bobbio (1993a, p. 53-54) que, em sua abordagem das proposições prescritivas, iria respeitar o ponto de vista formal, considerando a norma como independente de seu conteúdo, apenas tomando-a em sua estrutura. Isso tornaria possível que as normas viessem a ser “*rellenada(s) por los más diversos contenidos*”⁸, o que, enfim, admite ser a análise da norma desde a ótica formal. Tanto é assim que ainda haveria de considerar que, por exemplo, o imperativo negativo contido na norma “não pisar nas flores” equivale ao da norma “não matar” (BOBBIO, 1993a, p. 54). Isso demonstra seu distanciamento da ponderação da questão axiológica. Desde logo, em um tema como o que se propõe analisar, esse tipo de abordagem que adota é revelador do espírito filosófico que lhe inspirava naquele momento.

Essa sua postura em prol do positivismo, sem embargo, não lhe arrefeceu o ânimo na admissão da crise pela qual passara como ideologia e teoria. A partir disso, concluiria que a concepção positivista do direito implica a aceitação do *status quo* (apud, RUIZ-MIGUEL, 1994, p. 214) e que ela é boa ou má conforme seja a perspectiva de quem analisa a situação a conservar. Em outro momento diria, em meio a crise do positivismo, “*el positivismo ha muerto, ¡viva el iusnaturalismo!*” (Cf. RUIZ-MIGUEL, 1994, p. 82). Descontado o exagero da irrupção momentânea de um extremismo que nem remotamente é um elemento marcante em sua obra, parece que, por regra, devemos aceitar que, entre as afirmações feitas por Bobbio vida afora, não é possível sustentar firmemente uma outra postura de modo sólido senão nos termos matizados e relativizados utilizados por Ruiz-Miguel.

É sabido como Bobbio expressou seu pouco apreço por seus primeiros escritos. No entanto, se o próprio filósofo identifica o ano de 1949 como sendo o do início de seu período de maturidade, eis que também dispomos de escritos dessa época que, segundo ele mesmo, “não os aproveitaria”, ou seja, que não voltaria a escrevê-los no mesmo sentido. Um exemplo disso é o citado discurso sobre a *Ciência do Direito e a análise da linguagem*. Nessa conferência, realizada na cidade de Bruxelas, Bobbio expôs e defendeu a autonomia da ciência jurídica ante outras disciplinas, advogando uma metodologia de caráter meramente descritivo, ou seja, abandonava sua anterior posição em que adotava uma metodologia prescritiva, a qual, de qualquer maneira, originou a *Scienza del Diritto e analisi del linguaggio*, que é a base do que veio denominar-se Escola de Turim ou Escola Analítica de Filosofia do Direito. Isso é o que vem justificar que intérpretes como Ruiz-Miguel (1993, p. 18) sustentem a presença de um positivismo jurídico que se esforça por converter o direito em uma autêntica ciência, “caracterizada por sua neutralidade valorativa”. Indubitavelmente, nesse momento paira no ar a teoria pura kelseniana.

2. A filosofia bobbiana e sua relação com os conceitos do formalismo jurídico kelseniano

A aproximação à caracterização da filosofia de Bobbio, parece-me que a devemos realizar de modo relativo, isto é, sem buscar determinar influências decisivas em sua obra que o classifiquem definitiva e puramente entre tal ou qual “ismo”. Nesse sentido cabe sublinhar que, embora o autor mencione sua grande dívida intelectual com Hans Kelsen⁹, no entanto, não deixou de reconhecer, paralelamente, que deveria ser matizado o entendimento de que o repute-mos como um positivista lógico.

Por outro lado, como examinava, não cabe dúvida que seus estudos sofreram gran-

de influência do formalismo jurídico kelseniano, o que, entre outros aspectos, é demonstrado por meio de um dos principais temas da filosofia jurídica, qual seja, o do fundamento de validade das normas jurídicas. Nele o filósofo turinês não aceita a tese kelseniana de que tal fundamento do ordenamento jurídico (*Rechtsordnung*) e de todas as normas que o compõem se encontra na “norma fundamental” (*Grundnorm*) kelseniana¹⁰.

Relacionados a essa concepção das normas como sistema, podemos identificar outros dois momentos do pensamento bobbio. No primeiro deles, o turinês assinala que a validade das normas jurídicas depende de três elementos, quais sejam: a) determinar se a autoridade que a promulgou tinha o poder legítimo para expedir normas jurídicas; b) comprovar se ela não foi derogada; c) comprovar que ela não seja incompatível com outras normas do sistema (BOBBIO, 1993a, p. 34). Em uma segunda fase, contudo, é perceptível uma sensível alteração de perspectiva do jusfilósofo. Ele passa a sustentar, ao contrário, em que pese manter-se clara a influência do mestre do formalismo jurídico no que diz respeito à temática alvo de pesquisa, que a fundamentação do ordenamento jurídico reside em uma área que para Kelsen se localiza fora do ordenamento. A discrepância entre ambos, que sob nenhuma ótica é despidianda, informa que para Bobbio a fundamentação se dá na política, no poder (Cf. VIGO, 1991, p. 157), e não nas condições formais que possam ser eleitas para tanto, posição pela qual se inclinara em um primeiro momento. Entretanto, em qualquer dos dois momentos é perceptível como, desde certa leitura, demonstra não rejeitar a teoria kelseniana. Ele o faz ao sustentar que as normas não deixam de ser válidas devido a sua ineficácia (RUIZ-MIGUEL, 1983, p. 268).

O que significará para Bobbio (1989, p. 19-21) um ordenamento jurídico? Ele aceita expressamente o fato de que “as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas

sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si”. Essa perspectiva vem substituir a anterior de analisar o direito por meio do estudo de normas isoladas, “olhando cada árvore mas nunca a floresta” (BOBBIO, 1989, p. 20). Essa sucessão pode ser apreciada no conteúdo, mas até mesmo no título, de duas de suas mais importantes obras, *Teoria da Norma Jurídica e Teoria do Ordenamento Jurídico*. Essa alteração de paradigma dentro da filosofia do direito leva Bobbio a entender que a própria existência ou validade da norma jurídica individual depende de que seja considerado o ordenamento jurídico (Cf. RUIZ-MIGUEL, 1994, p. 224-225) ainda mesmo quando se demonstre ela, ou um grupo delas, incompatível com o restante do sistema. Nesse ponto não difere essencialmente de Kelsen, cuja filosofia não admite, *ab initio*, tal ordem de contradições internas.

Outro aspecto no qual a doutrina de Bobbio acerca-se, embora não se confunda, dos postulados kelsenianos é no que diz respeito à análise da justiça das normas, e à consequência que isso acarreta à validade das mesmas. Esse é um dos núcleos temáticos que Bobbio (1990f, p. 300) toma emprestado de Hans Kelsen e que justifica a afirmação do filósofo turinês de que se serviu do triunfante positivista bem no que se refere ao conteúdo ou bem no que se refere aos temas abordados. Não obstante o empréstimo, e até mesmo a aproximação em vários pontos, tal como o de que uma norma pode ser justa sem ser válida e válida sem ser justa¹¹, a solução bobbia distanciar-se-ia daquela encontrada por Kelsen, cujo caráter cético é auto-evidente ao leitor do turinês. Em outro trecho de sua obra, Bobbio (1990f, p. 43) volta ao tema para sublinhar que a justiça e a validade de uma norma são duas coisas diferentes, reiterando, assim, uma perspectiva positivista que o distancia de um dos pressupostos basilares da tradição jusnaturalista, na qual, segundo sugere em alguns momentos, pretendeu demonstrar estar inserido.

Bobbio caminha sob o fio da navalha no sentido de não deixar confundir seu trabalho com a obra kelseniana, bem como com seus postulados formalistas. Quando por teoria formal do direito entende o estudo da estrutura normativa prescindindo do conteúdo das normas, ele começa a colocar as condições para concluir posteriormente da impossibilidade de abarcar o fenômeno jurídico em toda sua amplitude. Não obstante as idas e vindas em que esteve imerso durante muito tempo, em sua *Teoria Geral do Direito* defende a idéia de que sua filosofia jurídica deve permanecer alheia aos juízos de valor assim como às análises sociológicas. Esse posicionamento provavelmente reflete uma aceitação, embora parcial, da posição de Ayer (1965, p. 165). Segundo este, os “juicios de valor [...] son simplemente expresiones de emoción que no pueden ser ni verdaderas ni falsas”. Nesse mesmo sentido a posição de Ruiz-Miguel (1983, p. 238), para quem em Bobbio a distinção entre prescrições e valorações diz respeito à relação entre normas e juízos de valor. Ao fim e ao cabo, essa descrição aproxima-se das teses positivistas, cuja defesa é remetida à área da filosofia analítica no campo jurídico.

Essa tomada de posição de Bobbio ocorre na década de 1950 e coincide com o que Ruiz-Miguel (1994, p. 67) afirma ser o momento em que o turinês coloca os pilares de sua teoria geral do direito e não menos do positivismo. No sentido de proceder a defesa dos postulados dessa teoria, o nosso autor escreve 1955 seu *Studi sulla teoria generale del diritto*. Nele a teoria geral do direito se encontra como disciplina de caráter formal. Cabe lembrar que, alguns anos antes, escrevera, em um de seus artigos, abertos elogios à teoria kelseniana, quando a descrevera como “a doutrina mais importante e [...] a mais rigorosa que a ciência jurídica produziu até agora” (BOBBIO apud RUIZ-MIGUEL, 1994, p. 70). Mesmo que dotados de alta carga, em elogios de tamanha força retórica ao mestre de Praga Bobbio não andou desacompanhado.

Alguns anos após, em uma de suas diversas revisões de conteúdo, o filósofo volta ao mesmo tema para reconhecer que as teorias que se ocupam meramente da estrutura ou da forma do direito como sistema independente não perfazem uma alternativa viável. Em outros termos, elas acabam em certo sentido desmarcando-se da proclamada influência de seu mestre Kelsen¹³, o autor a quem reconhecia mais dívida intelectual (BOBBIO, 1990, p. 12)¹⁴. Tudo isso levado em conta, parece mesmo que, embora em seu período de formação intelectual essa relação entre Bobbio e a teoria kelseniana possa ser reputada como de rechaço, ao fim e ao cabo, como diz Ruiz-Miguel (1983, p. 244), “lo cierto es que Bobbio no ha seguido ni mucho menos a la teoría pura del Derecho al pie de la letra”. Isto caracteriza não uma especial oposição a Kelsen e a sua teoria, mas sim a predominância, mesmo em sua fase madura, daquela que em seu momento o mesmo intérprete espanhol qualificou como sua posição “antiformalista, antiiusnaturalista y antisociologista” (RUIZ-MIGUEL, 1983, p. 191).

Não obstante, quando Bobbio transita de seu período de juventude ao seu momento maduro, em torno ao ano de 1949 – segundo sugere Ruiz-Miguel –, torna-se possível apreciar em que termos ocorre sua aproximação à teoria kelseniana do direito. Percebe-se como dialoga com aspectos que em tese lhe são distantes tanto quanto com outros dos quais se aproxima. Mais uma vez brotam as ambigüidades bobbianas que, segundo ele próprio, não lhe ocupou tempo em desatar os nós teóricos.

3. *Bobbio: funcionalismo e historicismo como métodos de abordagem do fenômeno jurídico*

É necessário aclarar que boa parte dos trabalhos realizados por Bobbio – e está por determinar se não foram os mais influentes – puderam ser realizados segundo o método funcionalista de conceber o Direito. O

novo entendimento, que poderíamos denominar com algum cuidado de “virada bobbian”, acontece em torno ao início da década de setenta, no mesmo período em que surge a *Rechtssoziologie* de Luhmann (1992)¹⁵, e estabelece que a teoria formal deveria abrir espaços a uma teoria funcional ou sociológica. Isso possibilitaria evitar as acérrimas críticas que brotavam desde a esquerda acerca do suposto amoralismo das teses relativistas que necessariamente emanavam do positivismo jurídico.

A validade da teoria formal não é posta em questão por Bobbio (1990b) à medida que esta seja completada em seu vácuo qualitativo por uma outra que contemple uma ampla abordagem sociológica. O autor propugnou pela formação de um direito antitradicional, o qual buscaria seu objetivo não nas regras do sistema, mas na análise das relações e valores sociais¹⁶ (BOBBIO, 1990b, p. 228). Essa é uma tarefa possível de realizar apenas por uma aliança da ciência jurídica com as ciências sociais (BOBBIO, 1990b, p. 229), o que, desde logo, termina por distanciar a reflexão bobbian dos princípios basilares do positivismo jurídico. Enfim, Bobbio desenvolve uma trajetória que lhe conduz desde uma posição antipositivista e formalista a uma segunda, mais próxima e, paralelamente, a defensora dos postulados do normativismo kelseniano. Foi apenas em um momento posterior que desembocou em uma espécie de termo médio das duas anteriores, tanto no que se refere a uma teoria jurídica como política, que, ao fim e ao cabo, não passavam de dois pólos entre os quais cabiam perfeitamente teorias intermediárias (BOBBIO, 1965, p. 211).

Bobbio parece ter alcançado teoria intermediária impulsionado pelo desconforto sentido em sua convivência, digamos, com os estritos postulados do formal-positivismo jurídico de origem kelseniana. Ao excluir toda e qualquer possibilidade de contribuição da ética, da sociologia ou mesmo da política para os estudos do mundo do direito, o sistema, nessa que denomino terceira

fase de Bobbio, em um segundo momento de sua maturidade, tornou-se altamente insatisfatório para quem via “a floresta e não mais as árvores isoladamente”. Bobbio admitiria, de uma posição de crítica metodológica, que todo direito não pode prescindir da introdução de valorações ideológicas no conteúdo da laboração legislativa dos legisladores. Com segurança, a preocupação com esse tema indica o quanto começa a distanciar-se razoavelmente dos postulados mais caros ao positivismo. Não obstante, não o faz completamente, e não apenas no que ao direito como também ao que à política possa ser aplicado.

Tudo isso serve para ir estruturando a argumentação no sentido de demonstrar o quanto o enquadramento da filosofia de Bobbio é uma tarefa que requer atenção, cuidado e, ainda assim, de êxito incerto. Creio que assim seja porque é complexa, pois, à medida que o tempo flui, ela termina por alterar alguns de seus postulados. Segundo penso, ela o faz com força suficiente para enquadrá-lo predominante, mas não exclusiva e excludentemente, em uma ou outra das correntes filosóficas de modo seguro. Na realidade, Bobbio incorporou a contribuição de diversos setores da filosofia jurídica. Nesse sentido, Vigo (1991, p. 165) sustenta que Bobbio não prescindiu de análises sociológicas, políticas e valorativas, pois sem elas perderia em sistematicidade e realismo assim como em veracidade.

Dessa maneira, parece próprio evitar um rótulo pretensamente seguro e bem definido em um personagem não apenas multifacético como cambiante. Mais genuína e dotada de cientificidade é a aceitação do personagem como eclético, ambíguo e, por vezes, e não raro, contraditório. Não obstante, pode ser dito com propriedade que o ponto de arranque de sua filosofia jurídica esteja na junção do positivismo jurídico (Cf. RUIZ-MÍGUEL, 1990, p. 15) com a filosofia analítica. Poderá isso permitir a interpretação do conjunto de sua filosofia jurídica como pertencente a uma férrea linha positivista-jurí-

dica? Absolutamente. Conforme sustenta Vigo (1991, p. 155), Bobbio defenderia, seguindo a linha funcionalista, que o direito não pode ser estudado de modo “puro”, isto é, sem que sejam tomadas em consideração também suas dimensões econômicas, políticas, sociais, etc. A razão disso é que nelas são encontradas todas as condições de onde o fenômeno jurídico pode brotar. Em palavras do próprio Bobbio, “*el derecho no es un sistema cerrado e independiente, aunque nada impide considerarlo como tal cuando nos ponemos en el punto de vista de sus estructuras formales*” (apud RUIZ-MIGUEL, 1994, p. 218).

Tudo isso leva Ruiz-Miguel (1994, p. 211) a concluir que a passagem de uma “*teoría estructural a la teoría funcional es también el paso de una teoría formal (!o pura) a una teoría sociológica (!o impura!)*”. Em outros termos, dedicar-se a compreender o direito distanciado da realidade fática no pensamento de Bobbio seria como tentar descobrir o potencial de crescimento de uma planta olvidando completamente as circunstâncias climáticas bem como do solo onde se pretende plantá-la. As sintéticas palavras de Vigo (1991, p. 155) são muito ilustrativas e convergentes com as de Bobbio quando diz que a realidade humana compreende a realidade jurídica, e não o inverso, como a teoria pura levada ao extremo tenta de forma altamente persuasiva fazer crer.

Em consonância com uma perspectiva histórica, Bobbio sustenta que o positivismo tem sua origem remota na Compilação de Justiniano e que realiza notáveis avanços com as reflexões proporcionadas pelo pensamento de Hobbes sobre o direito. Não menos importante foi o debate da teoria pioneira de Gustav Hugo e da Escola Histórica de Savigny, precedidos pelo historicismo filosófico, com a escola do direito natural, momentos que se desdobrariam já entrado o século XIX¹⁷. A argumentação historicista que o pôs nas origens do positivismo se situava basicamente no fato de que combatia o direito natural a partir de sua contraposi-

ção à existência de algum tipo de concepção abstrata tal como a de um suposto “homem” universal. Por outro lado, a concepção proposta pelos revolucionários franceses era inversa. Eram proclives a admitir a existência de uma natureza universal do *homen*, abstração não compartilhada por contra-revolucionários como Burke. Universal em sua concepção, necessariamente o seriam também os direitos do homem. Não existia, para o historicista, o homem com “h” maiúsculo que fascinava os revolucionários franceses. Para o historicista, existia tão-somente o homem concreto, ambicioso e – diria, algo hobbesianamente – carente de saciar desejos, que perambulava pelas ruas.

O historicismo filosófico não podia mais do que ater-se aos aspectos concretos da vida, materiais e distanciados de qualquer sorte de metafísica. Marx, a seu tempo, saberia recolher os restos dessa trilha e, de forma engenhosa, articular os princípios de seu materialismo histórico. Os historicistas opunham-se às peculiaridades de ordem abstrata que se pudessem atribuir ao homem pelas suas características substanciais e fisicamente expressáveis. Assim, por exemplo, a argumentação do pioneiro Gustav Hugo não era distinta. Ao perguntar-se o que era o Direito, respondia que ele era o produto da ação legislativa estatal (apud BOBBIO, 1993b, p. 62). Nada mais parecido com a futura argumentação do positivismo e de sua versão jurídica, na medida em que ambos tinham como objeto central de preocupação os fatos que pudessem ser abordados cientificamente, *i.e.*, controlados experimentalmente.

O historicismo igualmente apresentou um caráter filosófico que mais tarde renderia ampla condenação ao positivismo jurídico. Em seus passos iniciais, o historicismo se encaminhava pela trilha da condenação ao pensamento iluminista, ao passo que o potencial da racionalidade era visto com muita cautela. Isso, por outro lado, propiciava que a crença na desordem e, mesmo, na

irracionalidade do avanço histórico ganhase espaço na interpretação da ordem das coisas também no seio de vários dos cultores do historicismo. Foi precisamente essa ampliação de espaço ao imponderável proveniente da natureza o que veio permitir amplas e duríssimas críticas ao positivismo jurídico. Elas se concentraram em que, ao promover uma clivagem metodológica, terminaram por auxiliar a que fossem abertas as portas a doutrinas de estirpe totalitária. Daí o espaço ao nazi-fascismo, que, triunfa na Europa nos anos 30 e 40 do século XX. A ignominiosa e funesta obra das diversas faces do totalitarismo materializou-se na memória individual e coletiva através do Gulag passando por Auschwitz, de Birkenau a Treblinka, passando pelas tristes figuras humanas de Adolf Hitler, Josef Stalin, Benito Mussolini, Rudolf Hess, Adolf Eichmann, Josef Mengele Hermann Goering, Joseph Goebbels *et cetera*.

No século XX, começou o debate entre o construcionismo histórico e a crença irrestrita no potencial da razão. Nesse ponto se manifesta o caráter otimista do Iluminismo, que se somaria à leitura já realizada pelo racionalismo jusnaturalista, principalmente a partir do XVII. Ele buscava um universalismo imutável de um direito oposto ao ceticismo contra-revolucionário dos historicistas. Os historicistas incidiam no exagero de acreditar excessivamente na precisão das forças humanas como base do costume e da tradição¹⁸. Esses eram elementos que operariam como forjadores naturais da criação de estruturas sociais justas, mais do que por meio da reflexão. Talvez aqui seu pecado. Aqui se materializaria a oposição entre um direito universal construído pelo esforço da razão e um outro imerso no seio dos costumes e nas névoas da tradição.

4. *Em torno ao historicismo e ao positivismo*

Todos os debates precedentes entre os historicistas, os contra-revolucionários e os

iluministas-jusnaturalistas desembocariam em cinco conceitos-chave para a formação do que atualmente se compreende como positivismo jurídico: a) o dogma da onipotência do legislador; b) a crítica do direito natural; c) o movimento a favor da codificação¹⁹; d) o abandono do direito natural; e) a assunção dos postulados e a emergência das teses da Escola da Exegese (RUIZ-MIGUEL, 1993, p. 13). Por outro lado, ao analisar o positivismo jurídico, Bobbio deixa claras pelo menos outras cinco linhas argumentativas. A primeira delas diz que o positivismo jurídico não deve ser identificado com o positivismo filosófico. A segunda diz que o positivismo jurídico tem como núcleo central o conceito de direito positivo, termo que deve ser situado à frente do direito natural. Por situar-se à “frente”, talvez possamos identificar a questão da precedência da análise científica do direito perante a cientificidade do direito natural. Uma terceira linha sustenta que o positivismo jurídico é a doutrina para a qual não existe mais direito que o positivo (RUIZ-MIGUEL, 1993, p. 12). Disso é possível começar a extrair a conclusão de sua insatisfação com os limites estreitos do positivismo.

Por sua vez, a quarta linha que sugere diz respeito ao fenômeno jurídico que toma o direito como um juízo de fato e não como um juízo de valor, com o que a conclusão de que em sua tarefa o operador do direito deverá abster-se de formular juízos de valor. O juízo de fato, por sua vez, consiste em uma mera descrição da realidade. Seu intuito é o de meramente informar o que ocorre, enquanto o juízo de valor, que segundo o positivismo jurídico deve permanecer alheio às tarefas do jurista, consiste em externar pontos de vista valorativos sobre a realidade, sobre a qual inflete a norma jurídica. Sua quinta linha argumentativa tem conexão com a quarta, uma vez que não possa formular juízos de valor, ocorre o reflexo na teoria da validade das normas, dá-se de modo a estabelecer uma teoria formalista da

validade do direito (BOBBIO, 1993b, p. 141), levando em consideração nada mais do que aspectos alheios ao conteúdo da norma, sendo, portanto, de ordem estritamente formal ou extra-material. A esse respeito, são esclarecedoras as linhas de Zagrebelsky (2005, p. 4) ao estudar o positivismo jurídico e sua relação com a filosofia bobbiana: “*Il positivismo giuridico come modo di avvicinarsi allo studio del diritto presuppone la ´netta distinzione´ tra diritto reale e diritto ideale, fra diritto come fatto e diritto come valore, tra diritto qual è e il diritto quale deve essere*”.

O historicismo jurídico apresenta-se, em síntese, como um movimento nitidamente ligado ao desenvolvimento do pensamento filosófico e jurídico alemão. Suas duas principais características foram a oposição à codificação e aos princípios do Direito Natural. Nessa medida, como se percebe, opunha-se a duas teorias que revolucionariam, respectivamente, o direito e, na prática, a política. O argumento último do historicismo propõe que o legítimo mecanismo para promover a alteração das normas e o melhor instrumento para verificar qual é a vontade que deve inspirá-la é o que denominou de *Volksgeist* ou, precisamente, espírito do povo. O historicismo se inspira, portanto, em um fenômeno de construção jurídica cujas origens não são dirigidas mas, ao contrário, são absolutamente espontâneas. Formado no decorrer do tempo, sua forma inicial é a dos costumes. Esses é que são, em sua essência, a plataforma sobre a qual o historicismo desenvolve suas propostas de reforma jurídica.

O positivismo, por sua vez, encontra suas origens e seu desenvolvimento em outra gênese. Seus argumentos podem remeter à consideração dos eventos que envolveram Sócrates na Grécia Antiga ou, modernamente, aos argumentos hobbesianos sobre o Estado e o Direito. Entretanto, é com a aproximação do século XIX e com o avanço do positivismo como teoria aplicada a diversas áreas além das ciências denominadas exatas, e, portanto, incluindo aí as huma-

nas, que o Direito termina por ser colonizado igualmente. Nos anos iniciais do século XIX, já era possível perceber como o Código Napoleônico sugeria uma hermenêutica profundamente devedora dos princípios do positivismo quando admitia uma visão fechada da obra civil levada a termo, cuja tarefa primordial, agora, seria tão-somente a de interpretar literalmente a letra daquela legislação elaborada por portentos das letras jurídicas francesas do período como Portallis. Mas um dos sinais mais evidentes da relação entre a filosofia Iluminista e a nova concepção positivista foi essa afirmação do valor da interpretação literal. Fundamentalmente isso se deveu ao fator histórico de que os juizes do Antigo Regime todavia permaneciam exercendo suas funções, aliás, como em vários processos revolucionários sói acontecer. Assim sendo, e também considerando que os revolucionários desejavam assegurar-se de que seus avanços não seriam comprometidos por um Judiciário preso aos valores do *Ancien Regime*, a técnica jurídica do período napoleônico recorreu ao artifício de atribuir o menor espaço concebível à interpretação judicial.

A postura de Bobbio perante o positivismo pode ser abordada a partir de sua perspectiva da norma jurídica. Ela é interpretada por Ruiz-Miguel (1993, p. 18) em algum momento como eminentemente positivista. O jusfilósofo espanhol constata que Bobbio identifica norma jurídica como sendo “*aquellas que se producen en la forma establecida por el propio ordenamiento jurídico*”. Nesse sentido, desde logo, a interpretação do positivismo jurídico realizada por Bobbio postularia a adoção de um critério eminentemente formalista para o reconhecimento das normas jurídicas, dispensando completamente considerações acerca do conteúdo das normas produzidas. Nesse ponto, algumas versões do positivismo se encontram. Entre elas a de Austin e sua teoria do dever de obediência a um soberano juridicamente limitado. Encontra-se com um Kelsen, e a

sua limitação na *Grundnorm*. Por fim, nesse tópico das regras últimas, deparamo-nos com a teoria do positivista moderado Hart sobre as regras de reconhecimento.

A teoria de Hart das regras de reconhecimento lança mão do argumento de que o fundamento último de um ordenamento jurídico é essa regra que denomina de reconhecimento. Dessa maneira, ele distancia-se das preferências de um positivista extremo, para quem o mero cumprimento das regras formais para a transformação de um projeto de lei em uma norma jurídica lhe confere o caráter de válida. Uma similaridade entre o positivismo hartiano e o kelseniano é que suas respectivas concepções de regra de reconhecimento e *Grundnorm* são regras últimas de um sistema jurídico. Não obstante, há diferença considerável a separá-las. Enquanto a hartiana é uma regra que propicia critérios para a determinação do sentido e, em certos casos, até da validade das normas, a *Grundnorm*, em que pese também operar no campo da validade, pode demonstrar-se muito pouco eficiente no sentido de estabelecer parâmetros hermenêuticos com referências a princípios, ética e moral para a solução daqueles que Dworkin denominou *hard cases*. Nesse sentido, por exemplo, dificilmente a concepção kelseniana ofereceria resposta adequada ao curioso caso mencionado por Javier Muguerza. Conta o filósofo espanhol que, em algum momento dos anos cinquenta, em plena vigência do regime franquista, o madrilenho jornal ABC publicava crônica em que informava de um curioso testamento. Um homem testara em favor de sua mulher, declarando-a sua herdeira universal, sob a condição de que ela não voltaria a contrair núpcias. Morto o homem, a mulher seguiu escrupulosamente durante dois anos a disposição testamentária até que apareceu grávida. Conseqüência direta do fato, os herdeiros mais próximos que se sentiram prejudicados pelo suposto descumprimento da vontade do falecido marido demandaram-na judicialmente. Muguerza narra que a Tur-

ma do Tribunal encarregada do julgamento determinou a nulidade do testamento²⁰ por entender que, se a última vontade do testador tivesse sido assegurar-se da fidelidade da esposa após a sua morte, *a fortiori*, teria desaprovado uma situação como aquela. Avaliando a situação, Muguerza (1998, p. 29-30) conclui que não consegue imaginar que o argumento dessa decisão proceda literalmente de algum texto legal. Mas se não procede daí, de onde então terão sido extraídos os fundamentos para uma decisão desse gênero? O filósofo espanhol atribui o cerne da decisão do Tribunal aos princípios morais de seus membros, ou seja, recorre, de certa maneira, aos referenciais teóricos de Hart e Dworkin, preservadas as diferenças que subsistem entre as teorias de ambos. Em ambos há em comum a referência à existência de princípios morais. A evocação de tais princípios em ambos funciona como potenciais elucidadores para os casos difíceis, ali onde o ordenamento jurídico não alcança para dar resposta satisfatória ao caso que se apresenta. Como dizia Holmes (apud VEIIRA, 1999, p.187-188), “proposições gerais não decidem casos concretos”. Portanto, nessa versão o positivismo não se identifica ao estrito purismo que caracteriza, por exemplo, a filosofia jurídica de Kelsen.

Retomando a linha argumentativa, é interessante questionar nesse instante se acaso poderia encontrar, entre as idas e vindas do pensamento bobbiano, uma certa forma de aproximação desse tipo de argumentação ou se, ao contrário, estaria mais próximo de um notável positivismo jurídico. Na verdade, Ruiz-Miguel (1993, p.21) detecta com precisão que, no conjunto de *O positivismo jurídico*, o turinês termina por declarar-se favorável a uma teoria do direito caracterizada por ser “coativa, legislativa e imperativa do direito”. Mas o que ele entendia como conteúdo da coação? Por coação entende um “*elemento essencial e típico do direito*” (BOBBIO, 1993b, p. 157-168), um “*constitutivo de la norma jurídica*” (BOBBIO, 1990d, p. 107), o qual vai ligado ao conceito de for-

ça. Com isso é possível concluir que onde não existir coação não poderá ser identificada a presença de uma norma jurídica, mas sim de qualquer outra similar. Essa não é uma teoria nova. Ela teve seu início na obra de Jhering, segundo quem a aproximação a uma definição de direito deve estar composta pela presença de normas coativas. Contudo, essa noção encontrou forte obstáculo em teoria vigente no século anterior, cujo núcleo sustentava a existência de normas e ordenamentos jurídicos desprovidos de um conteúdo sancionatório, idéia com a qual Bobbio (1990a, p. 333) se apresenta perfeitamente de acordo.

Tomando o assunto desde outra ótica, acaso caberia uma resposta positiva ao questionamento de se Bobbio sempre se inclinou pela teoria que define o direito como sustentado na idéia de coação? Absolutamente. Ruiz-Miguel (1983, p. 275) é um dos primeiros a ressaltar que para Bobbio a coatividade não é um elemento essencial do direito, “*sino un elemento fáctico añadido que denominaba ‘coercibilidad’*”. Isso se deve tanto às idas e vindas da teoria bobbiana como às diversas fases evolutivas do seu pensamento. Nesse sentido, o jusfilósofo espanhol sublinha que, “*como en tantos otros temas, también en éstos se produce una inversión en el pensamiento de Bobbio*” (RUIZ-MIGUEL, 1983, p. 276), trânsito que parece ter tido lugar nos anos cinquenta e sessenta, quando da preparação e escritura de *Presente e avvenire dei diritti dell’uomo* (1967), quando sua preferência coativista começava a abrir espaço a um consensualismo de extração contratualista. O final dos anos sessenta ainda coincidiria com o término de seus estudos sobre a teoria kelseniana, depois de longos e frutíferos vinte anos dedicando-se a ela. Passaria a ocupar-se do funcionalismo, da função promocional do direito representada em sua obra *Dalla struttura all’azione*.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, afirmaria que, neste particular, Bobbio não promoveu o estreitamento dos laços de sua

teoria jurídica com uma visão estritamente aliada ao positivismo jurídico. Segundo a doutrina clássica, a coação se apresenta como um meio para tornar eficazes as regras jurídicas, enquanto a teoria moderna a apresenta como o próprio objeto das regras jurídicas. Em suma, enquanto, para a teoria clássica, a coação se oferece ao direito como instrumento para alcançar o fim de tornar as regras deste efetivamente cumpridas, por outro lado, a teoria moderna aceita a coação como o próprio conteúdo da regra de direito, o qual disporá como utilizá-la. Em outras palavras, o que Bobbio (1990a, p. 334) sustenta é que o ordenamento jurídico não se caracteriza tanto pela presença de sanções como pela presença de normas que regulam as sanções. Em sintética conclusão, diz Ruiz-Miguel (1983, p. 264) que sua tendência é a de não identificar o direito apenas com a utilização da coação. Nesse contexto, deve ser ressaltado o apenas, posto que fica claro como e em que sentido utiliza no decorrer de sua obra.

O aspecto legislativo, em segundo lugar, diz respeito à ordem das fontes do direito no esquema teórico que concebe. Para Bobbio (1993d, p. 169), a definição de fonte do direito pode ser apresentada da seguinte forma: “*son fuentes del Derecho los hechos o los actos a los que en un determinado Ordenamiento jurídico atribuye idoneidad o capacidad para la producción de normas jurídicas*”. Mas por qual motivo chamar a atenção para o que seja uma fonte do direito? O motivo é tão óbvio quanto relevante: não atentar às fontes do direito implica desconhecer a matéria-prima com a qual o operador jurídico se defronta no cotidiano, ou seja, quais são as normas jurídicas aplicáveis aos casos concretos que se apresentam.

Como é perceptível mesmo ao olhar menos atento, no âmbito analítico bobbiano, a lei será a fonte primordial do direito, mas não apenas isso, a norma também terá de ser posta na forma legislada (BOBBIO, 1993d, p. 169-186). O argumento remete à teoria positivista, para quem o direito é um

conjunto de mandatos promulgados pelo soberano (BOBBIO, 1993d, p.151), algo que se aproxima da teoria do mandato soberano de Austin. Bobbio conclui que o caráter imperativo das normas jurídicas explicita o fato de que elas se constituem em uma estrutura mandamental, isto é, que ela expressa um querer. Esse querer é exatamente o vetor volitivo pessoal e subjetivo que lhe é emprestado pelo legislador (BOBBIO, 1993d, p. 187-200).

Dentro da abordagem de seu período em que permaneceu mais atento às questões próximas ao positivismo jurídico, em Bobbio surgem duas das características básicas do ordenamento jurídico que serão objeto de atenção, a coerência e a plenitude. No primeiro caso, o turinês sustenta que a exigência de coerência diz respeito à necessidade de que um ordenamento jurídico não possua normas jurídicas antinômicas, ou seja, que elas sejam discrepantes e válidas ao mesmo tempo ou²¹, ainda, que, uma vez antinômicas, são proposições que se excluem mutuamente. De qualquer forma, a constatação de uma antinomia no cerne do sistema não implica a sua perda de vigência imediata (Cf. BOBBIO, 1990c, p. 194), mas, tão-somente, indica a necessidade de, considerando ambas válidas, esclarecer qual das normas conflitantes deverá permanecer no ordenamento jurídico. Por outro lado, ainda buscando controlar as hipóteses de ocorrência das antinomias, Bobbio (1990d, p. 110) ainda estabelece a diferença entre a coerência lógica, essa que assinalei acima, e a coerência jurídica, a qual diz ser uma concepção legalista da justiça que, fundamentalmente, se assenta no respeito à máxima *pacta sunt servanda*. Assim, essa que Bobbio denomina coerência lógica, em oposição à jurídica, surge como uma demanda verdadeiramente lógica na organização interna de um ordenamento que não pode admitir contraditoriedades entre as normas que o compõem e em que, caso se verifiquem, então, a existência de uma delas terá de ser sacrificada.

5. *Hermenêutica e o fenômeno das lacunas no ordenamento jurídico*

Acerca do conceito de plenitude que passa a teoria juspositivista, Bobbio sustenta que ela é um elemento que se contradita com a existência de lacunas. Existe uma anteposição entre os conceitos de plenitude e o de lacunas, posto que a possibilidade de um ordenamento jurídico completo é antagônica à da inexistência de normas específicas para a resolução de um determinado problema jurídico.

Para descrever a relação entre o princípio da plenitude e o ordenamento jurídico, Bobbio afirma que o primeiro é seu “coração do coração”. Enfim, trata-se de dizer que é o seu próprio núcleo. Contudo, em sua bastante típica argumentação, em outro momento, admitirá ser impossível à linguagem jurídica, por mais rigorosa que seja, eliminar as lacunas. Com isso se pode concluir que o “coração do coração” (BOBBIO, 1993d, p. 210) do ordenamento jurídico encontrar-se-á permanentemente sujeito às brechas e lacunas que o legislador não tem como evitar aparecer no sistema, do qual, entretanto, é o seu próprio núcleo. Em síntese, e como a boa doutrina reconhece, deve admitir-se a impossibilidade de que a linguagem jurídica, por mais rigorosa que seja, venha eliminar as lacunas do ordenamento (BOBBIO, 1990c, p. 195) em sua integralidade.

Por definição, o princípio da plenitude exclui a possibilidade da existência de lacunas no ordenamento jurídico. Mas essa exclusão é, desde logo, teórica. Tentar levá-la às raias da prática é prova indelével de má percepção do fenômeno jurídico. Na prática, as lacunas se apresentam, e, nesses casos, a doutrina que lhe postula, com maior vigor e desembaraço, o positivismo jurídico, o que faz é propor formas de preenchimento que satisfaçam o princípio da plenitude. Disso se pode concluir, como encontra-se referência em Bobbio (1993d, p. 213), que esse princípio tem uma ligação estreita com o princípio da completabilidade do di-

reito, o qual, por sua vez, remete-nos diretamente à questão da hermenêutica jurídica e das fontes do direito.

Mas qual o significado da expressão interpretação? Podemos aceitá-la como a tentativa, a bem da verdade nem sempre frutífera, de buscar o preciso significado de um objeto, que pode ser literário, a partir daquilo que acreditamos ser sua genuína expressão. Interpretar é, portanto, emprestar nossa capacidade intelectual à apreensão do que seja o significado de um objeto, e esse significado é aquilo que o objeto pode expressar por meio de nossa mente em sua tentativa de interagir com o mundo.

Ao aplicar o conceito de interpretação ao âmbito jurídico, deparamo-nos com a interpretação jurídica. Essa nada mais é do que essa tentativa de apreender o alcance de um determinado objeto no mundo jurídico. De qualquer forma, o êxito nem sempre aguarda o hermenêuta nessa tarefa, ao menos não de forma incondicional e indubitável. Como reconhece Bobbio (1993d, p. 216), “*existe siempre un cierto desfase entre la idea y la palabra*”, e nada mais do que isso tem força para impedir que nossa interação com o objeto possa ter lugar. Assim, o positivismo jurídico não parece ter maior alcance na matéria, senão enquanto mero refúgio de vãs tentativas de criar um sistema teórico fechado – de cientificidade duvidosa –, em que a presença da completa segurança em um universo de certeza fosse a marca e, por conseguinte, pudesse tornar-se realidade.

6. Considerações finais

Seguramente essas últimas linhas apenas servirão para reiterar algumas idéias que foram expostas com o acréscimo de algumas outras que podem vir a abrir uma ou outra linha para futura investigação, acaso tenha suficiente fortuna nessas linhas.

Entre as ponderações filosóficas de Norberto Bobbio que atestam o caráter aberto e progressivo de sua filosofia jurídica e política, encontra-se o nevrálgico tema dos di-

reitos humanos. Sem inclinar-se por um positivismo estrito denegatório de sua existência, admite que o processo de reconhecimento e até de criação desses direitos é um processo em marcha. Ademais, e talvez prevenido a crise das liberdades nesse início de século lideradas exemplarmente pelo Patriot Act nos EUA, afirmava que ninguém poderia garantir a perpetuação dos direitos já criados e em torno dos quais houvera sido estabelecido consenso.

Notas

¹ Neopositivismo ou positivismo lógico são expressões que designam a mesma corrente filosófica que tem raízes remotas no positivismo inaugurado por Auguste Comte e no Círculo de Viena, assim como em seus sucessores americanos e ingleses, a qual alcança transformar-se de modo a ser rebatizada sob o nome de positivismo lógico. A característica básica dessa corrente filosófica é a redução dos conteúdos filosóficos à análise da linguagem. Muito embora existam algumas diferenciações de abordagem entre algumas escolas neopositivistas, elas possuem em comum a refutação de todo e qualquer enunciado metafísico, posto que este não é passível de verificação empírica, desse modo, faz-nos lembrar da similaridade do neopositivismo com o empirismo, tanto que se lhe pode também denominar como empirismo lógico. Nesse sentido, embora não deseje afastar-me demasiado do conteúdo exposto nestas linhas, cabe mencionar que se aproxima ou mesmo confunde-se o neopositivismo ou positivismo lógico com a premissa wittgensteiniana exposta em seu *Tractatus Logicus-Philosophicus*, no qual enunciados que se referem ao mundo dos fatos, concretos, têm significado se esses forem empiricamente verificáveis, ou, como diz Ludwig Wittgenstein (1992, p. 23), “a totalidade dos estados de coisas que se dão efetivamente determina também que estados de coisas não se dão efetivamente”, ou seja, que o que se dá é a marca definitiva do que ocorre, e nada mais, não sendo possível, no entanto, desse dar-se ou não dar-se extrair o dar-se ou não dar-se futuro. De qualquer forma, alguns como Ruiz-Miguel (Cf. 1983, p. 177) localizam uma “aplicação neopositivista de Bobbio”, a qual pouco teria a ver com a fundamentação neokantiana.

² Por metodologia deve entender-se o conjunto de procedimentos metódicos adotados por cada uma das ciências com o escopo de garantir às ditas

ciências controle mais efetivo sobre suas técnicas e procedimentos. Dessa maneira, que se fale em metodologia das ciências naturais ou metodologia historiográfica não obsta a que, eventualmente, a mesma metodologia venha a ser comum a mais de uma ciência. No entanto, a expressão metodologia pode também ser empregada com outras significações, a saber: 1. a análise filosófica dos procedimentos adotados pelas ciências, conforme mencionado acima; 2. a lógica ou a parte da lógica que estuda os métodos.

³ Metafísica pode ser explicada, sinteticamente, em que pese suas várias acepções, como a “ciência primeira, ou seja, a ciência que tem como *objeto* aquele comum a todas as demais ciências e também ocupa-se de um *princípio* que igualmente seria princípio condicionador da validade de todas as demais ciências”. A metafísica pressupõe uma situação na qual o saber organizou-se em ramos diferenciados, e ela o que busca, em última análise, é o fundamento comum de todas, algo como o objeto e princípio comum a todos esses saberes hoje organizados e diferenciados.

⁴ Sobre a relação de Bobbio (2001) com o positivismo e o neopositivismo, podemos encontrar material para análise em sua *Teoria Geral da Política*. Em artigo intitulado *A Filosofia Política* (principalmente entre as páginas 73 e 78), o turinês aborda a relação entre o cientista e a valoração na pesquisa.

⁵ Assim mesmo a obra de Bobbio (2001) intitulada *Autogoverno e liberdade política*, especialmente seu capítulo XVI. Além disso, Bobbio (2001, p. 106) se refere a Kelsen como “um dos meus mestres”. Nesse mesmo sentido, sustenta Vigo (1991, p. 66), tomando a Ruiz-Miguel (1990) como referência, que a teoria bobbiana foi coincidente “*a grandes rasgos en su contenido con la concepción normativista de raíz kelseniana*”. Essa mesma idéia Ruiz-Miguel (Cf. 1994, p. 66) apresenta em outra obra. Não obstante, como diz o referido autor, em meados da década de sessenta foi possível perceber o quanto Bobbio matiza sua orientação positivista. (RUIZ-MIGUEL, 1994, p. 126). Sobre essas referências a Kelsen ver BOBBIO, 1973, p. 426-449.

⁶ Ludovico Geymonat foi um dos filósofos precursores na defesa das teses neopositivistas em solo italiano. Por outro lado, Ruiz-Miguel (Cf. 1994, p. 172) atribui a ambos filósofos citados a liderança do movimento “neoluminista” italiano. Nesse movimento, sublinha o espanhol, Bobbio teria combatido em favor da filosofia como metodologia perante a filosofia como concepção de mundo. Essa relação possibilitou que Bobbio, Geymonat e Abagnano estivessem entre os fundadores do Centro de Estudos Metodológicos inaugurado em Turim no ano de 1946. Sobre essa temática, é interessante a obra de Unzueta (1990).

⁷ Nesse sentido, Bobbio traz à tona a abordagem sobre o tema realizada por D. D. Raphael. Para o professor britânico, a tarefa da Filosofia Política não é meramente descritiva, mas sim normativa. Cf. Raphael, D. D. (1983, p. 11-37). Por outro lado, a conferência *Ciência do Direito e análise da linguagem* acabou servindo para que Bobbio sistematizasse seu pensamento e organizasse material para a confecção de uma de suas mais conhecidas obras, a *Teoria da Ciência Jurídica*.

⁸ Ruiz-Miguel (Cf. 1994, p. 235) reforça a interpretação de que Bobbio apóia a tese de que as normas possuem um caráter prescritivo. Também no que se refere à relação entre o positivismo e sua crise com o tema do legalismo, Ruiz-Miguel (1983, p. 270-271) crê perceber em Bobbio (1993a, p. 54) um “legalismo moderado”.

⁹ Dizia Norberto Bobbio (1990, p. 12) que, “*entre los juristas, el autor del que en mayor medida soy deudor - y es una deuda que me agrada reconocer de una vez para siempre - ha sido Hans Kelsen*”.

¹⁰ De qualquer forma, vale a pena assinalar que, como diz Ruiz-Miguel (1983, p. 177), o positivismo e o normativismo não supõem a aceitação do kelsenianismo na íntegra. Exemplo disso, diz, é o caso de Herbert L. H. Hart. Na obra de Bobbio (Cf. 1990e, p. 307-321), há pelo menos um artigo dedicado a Hart, especialmente ao tema das normas primárias e secundárias.

¹¹ Essa temática é igualmente abordada por Bobbio (Cf. 1990a, p. 35-37) em outro de seus livros. Nessa mesma oportunidade, ele faz referência, ademais, ao fato de que as normas podem ser válidas sem serem eficazes, que podem ser eficazes sem serem válidas, que podem ser justas sem serem eficazes e que podem ser eficazes sem que estejam revestidas de justiça.

¹² No mesmo sentido, a coerência do sistema teórico-jurídico de Kelsen é destacada por Manero e Atienza (1995, p.238).

¹³ Assim mesmo sustenta Ruiz-Miguel (Cf. 1983, p. 176) que a teoria bobbiana supera o horizonte kelseniano, em que pese o ponto de contato entre ambos e a dívida de Bobbio com o vienês seja inegável. O mesmo autor mais adiante volta a referir-se ao tema para resumir sua posição: “*sí existe una gran congenialidad entre la aproximación de Kelsen y la de Bobbio, las soluciones dadas por Bobbio a los temas más importantes de la teoría general del Derecho disienten de la teoría pura del derecho en puntos que me parecen nucleares*” (RUIZ-MIGUEL, 1983, p.187). O próprio Bobbio (1989, p. 21) em outro momento de sua obra deixa ver seu apreço pela obra kelseniana ao considerá-lo um dos “mais autorizados juristas de nossa época”.

¹⁴ Um desses claros pontos de contato é o reconhecimento da dívida por parte de Bobbio (1989, p. 22) relativamente ao seu livro *Teoria do ordenamento*

jurídico, no qual diz que este “está ligado diretamente à problemática de Kelsen”. Em outro trecho de sua obra, Bobbio (1998, p. 11) reconhece sua dívida com a *Teoria pura do direito* de Kelsen particularmente no que se refere a sua Teoria geral do direito, mas também em seus escritos de teoria política.

¹⁵ Há tradução para o português dessa sua obra capital (Cf. LUHMANN, 1992).

¹⁶ Isso não o leva a afirmar que se trata de uma e única função. Ao contrário, sustenta que, apesar de toda ajuda que o jurista possa vir a obter da sociologia, “*jurista y sociólogo hacen dos oficios distintos*” (BOBBIO, 1990b, p. 229).

¹⁷ Sobre esse tema, remeto o leitor ao capítulo *Los orígenes del positivismo jurídico en Alemania* (Cf. BOBBIO, 1993d, p. 61-77). Sobre a origem do positivismo na França, ver *op. cit.*, capítulo III. Sobre a Escola Histórica, ver BOBBIO, 1993a, p. 47.

¹⁸ Como sublinha Bobbio (Cf. 1993b, p. 134), o fato de que o foco da Escola Histórica estivesse colocado sobre o costume e a tradição como fontes do direito não quer dizer que ela fosse avessa a quaisquer câmbios na legislação, senão que, em vez de crer na codificação para tal finalidade, acreditava que isso seria possível por meio do desenvolvimento da ciência jurídica.

¹⁹ Nesse aspecto, convém lembrar a observação de Bobbio (1993b, p. 69) de que as grandes codificações constituem a base do positivismo jurídico e que, não obstante, constituem um antípoda do historicismo jurídico, posto que este salienta a importância da tradição e do costume como construtores do direito.

²⁰ O autor espanhol refere-se a “nulidade do testamento”. Não obstante, salvo melhor entendimento, me pareceria ter andado mais acertadamente se houvesse feito referência ao descumprimento de condição para tornar-se titular do direito à herança, posto que, ao fim e ao cabo, o Tribunal inclinou-se por reconhecer a perda de direitos da viúva.

²¹ Bobbio (1993b, p. 208) sustenta a existência de três critérios para a solução das antinomias das normas jurídicas, quais sejam, o critério cronológico, o critério hierárquico e o critério da especialidade. Não obstante, sublinha que esses três critérios não são suficientes para resolver todas as antinomias possíveis, com o que passa a examinar a solução para o caso de conflitos entre dois critérios e o da inaplicabilidade dos três critérios (BOBBIO, 1993b, p. 209-210). Sobre as antinomias, ver assim mesmo Bobbio, 1990c, p. 193-196.

Referências

AYER, Alfred. *Lenguaje, verdad y lógica*. Buenos Aires: Eudeba, 1965.

BOBBIO, Norberto. A filosofia política. In: _____. *Teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Campus, 2001a.

_____. Autogoverno e liberdade política. In: VIANA, Luiz Werneck. *Entre duas repúblicas*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001b.

_____. Ciencia del derecho y analisis del lenguaje. In: _____. *Contribución a la teoría del derecho*. Madrid: Debate, 1990c.

_____. Derecho y ciencias sociales. In: _____. *Contribución a la teoría del derecho*. Madrid: Debate, 1990b.

_____. Derecho y fuerza. In: _____. *Contribución a la teoría del derecho*. Madrid: Debate, 1990a.

_____. *El positivismo jurídico*. Madrid: Debate, 1993d.

_____. Estudio preliminar. In: _____. *El positivismo jurídico*. Madrid: Debate, 1993b.

_____. *Filosofía y derecho en Norberto Bobbio*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

_____. Formalismo jurídico y formalismo ético. In: _____. *Contribución a la teoría del derecho*. Madrid: Debate, 1990d.

_____. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Milano: Edizioni di Comunità, 1965.

_____. Hans Kelsen. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Roma, a. 1, n. 3, 1973.

_____. *Igualdad y libertad*. Barcelona: Paidós I.C.E.; U.A.B., 1993c.

_____. La communità internazionale e il diritto. In: RUIZ-MIGUEL, Alfonso. *Política, historia y derecho en Bobbio*. Mexico: Fontamara, 1994.

_____. Normas primarias y normas secundarias. In: _____. *Contribución a la teoría general del derecho*. Madrid: Debate, 1990e.

_____. *O tempo da memória: de senectute*. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

_____. Prologo. In: GREPPI, Andrea. *Teoría e ideología en el pensamiento político de Norberto Bobbio*. Madrid: Universidad Carlos III; M. Pons, 1998.

_____. Sobre el principio de legitimidad. In: _____. *Contribución a la teoría general del derecho*. Madrid: Debate, 1990f.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: Polis; Brasília: Edunb, 1989.

_____. *Teoría general del derecho*. Madrid: Debate, 1993a.

- GREPPI, Andrea. *Teoría e ideología en el pensamiento político de Norberto Bobbio*. Madrid: Universidad Carlos III; M. Pons. 1998.
- LUHMANN, Niklas. *Sociología do direito*. Petrópolis: Vozes, 1992. 1-2 v.
- MANERO, Juan Ruiz; ATIENZA, Manuel. 8 preguntas a Norberto Bobbio. *Doxa*, Alicante, n. 1, 1995.
- MUGUERZA, Javier. *Ética, disenso y derechos humanos*. Madrid: Argés, 1998.
- PECES-BARBA, Gregorio. Introducción. In: BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*. Barcelona: Paidós I.C.E.; U.A.B, 1993.
- _____. Introducción. In: BOBBIO, Norberto. *Prologo a la primera edición*. In: _____. *Contribución a la teoría del derecho*. Madrid: Debate, 1990.
- RAPHAEL, D. D. *Problemas de filosofía política*. Madrid: Alianza, 1983.
- ROSSI, Pietro (Org.). *Norberto Bobbio: tra diritto e politica*. Roma-Bari: Laterza, 2005.
- RUIZ-MIGUEL, Alfonso. *Política, historia y derecho en Norberto Bobbio*. Mexico: Fontamara, 1994.
- _____. Bobbio y el positivismo jurídico italiano: estudio preliminar. In: BOBBIO, Norberto. *Contribución a la teoría general del derecho*. Madrid: Debate, 1990.
- _____. Estudio preliminar. In: BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico*. Madrid: Debate, 1993.
- _____. *Filosofía y derecho en Norberto Bobbio*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- VIGO, Rodolfo Luis. *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BARRÈRE UNZUETA, María Angeles. *La escuela de Bobbio*. Madrid: Tecnos, 1990.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. Bobbio e il diritto. In: ROSSI, Pietro (Org.). *Norberto Bobbio: tra diritto e politica*. Roma-Bari: Laterza, 2005.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Madrid: Alianza, 1992.