

Norberto Bobbio e o positivismo jurídico

ALAOR BARBOSA
Advogado e Assessor Legislativo do
Senado Federal

S U M A R I O

- *Norberto Bobbio em face da questão*
- *Formalismo jurídico*
- *Aspectos do positivismo jurídico*
- *Definições*
- *O positivismo jurídico reexaminado*
- *Conclusão: meu ponto de vista*

Quando se fala em positivismo jurídico, a primeira acepção dessa locução que me acode à mente é a de concepção da justiça como concordância com a lei. Justo é o que concorda com a lei. Justo é o que está posto na lei.

Claro que essa acepção não é tão simplista assim. Ela não exclui, penso eu, a idéia de que mesmo o sistema da lei posta — do direito positivo — não ignora ou exclui a idéia da perfectibilidade do direito posto. Essa idéia da perfectibilidade do direito, essa idéia da possibilidade de aperfeiçoamento incessante do direito não implica a idéia da existência de uma justiça ideal, equivalente à idéia de um direito natural; mas pode confundir-se com ela.

Nenhum positivista ignora que o direito não é o que está posto pela legislação, mas, sim, que *está* (transitória e provisoriamente, portanto) na forma em que está. Não existe um direito essencial, mas direitos que se sucedem, sistemas que se imbricam e substituem. O estado de *devenir*, ou *dever*, permanente é o estado permanente do direito.

Como se encontra a concepção positivista do direito atualmente? Antes de tentar, com base num livro de NORBERTO BOBBIO — *O Problema do Positivismo Jurídico* —, responder a essa pergunta, coloquemos algumas noções a mais sobre positivismo.

NICOLA ABBAGNANO, em seu *Dicionário de Filosofia*, informa que o termo positivismo foi empregado a primeira vez por SAINT-SIMON

para designar o método exato das ciências e a sua extensão à filosofia (*De la Religion Saint-Simonienne*, 1930, p. 3). Foi adotado por AUGUSTO COMTE para a sua filosofia e por obra de COMTE passou a designar uma grande corrente filosófica que, na segunda metade do século XIX, teve numerosíssimas e variadas manifestações em todos os países do mundo ocidental. A característica do positivismo é a romantização da ciência: a sua devoção o único guia da vida individual e associada do homem, isto é, o único conhecimento, a única moral, a única religião possível.

Convém ainda transcrever do texto referente ao verbete *positivismo*, do dicionário de ABBAGNANO, este esclarecimento:

“As teses fundamentais do positivismo são as seguintes:

1.º A ciência é o único conhecimento possível e o método da ciência é o único válido; portanto, o recurso a causas ou princípios que não são acessíveis ao método da ciência não dá origem a conhecimentos: e a metafísica, que justamente recorre a tal método, não tem nenhum valor.

2.º O método da ciência é puramente descritivo, no sentido de que descreve os fatos e mostra aquelas relações constantes entre os fatos que são expressos pelas leis e consentem a previsão dos mesmos fatos (COMTE); ou no sentido que mostra a gênese evolutiva dos fatos mais complexos a partir dos mais simples (SPENCER).

3.º O método da ciência, enquanto é o único válido, deve ser estendido a todos os campos da indagação e da atividade humana: e a vida humana inteira, individual ou associada, deve ser guiada por ele.”

De acordo com ABBAGNANO, o “positivismo jurídico” é a denominação dada por HANS KELSEN à sua doutrina formalista do direito e do Estado. A verdade, contudo, é que, antes de Kelsen forjar e tornar pública a sua concepção do direito, já o positivismo havia penetrado o campo da indagação jurídica. É anterior a Kelsen a idéia de que o direito é o direito posto, e de que, sendo uma realidade evolucionária, o direito se sujeita a mudanças ao longo do processo histórico-social.

Norberto Bobbio em face da questão

NORBERTO BOBBIO é um pensador do direito e da política preocupado com o problema do positivismo jurídico no qual se implica o de

justiça. Num pequeno livro (*), em que reuniu quatro estudos publicados, entre 1958 e 1962, separadamente em revistas diferentes, ele focaliza, com muita objetividade, o tema. Ele se reporta, com muita freqüência, à sua experiência de italiano, ou à experiência vivida pela Itália, sobretudo nos últimos cinquenta anos, nessa matéria.

BOBBIO — ele o diz — formou-se sob o domínio intelectual da teoria do positivismo jurídico, “sobretudo na forma apresentada pela “Teoria Pura do Direito” de HANS KELSEN. Para os da geração de NORBERTO BOBBIO, “fora de alguns cânones transmitidos pelas escolas positivistas, não havia possibilidades para o jurista que quisesse exercitar seriamente a sua tarefa”. “O direito natural” — acrescenta BOBBIO — “era considerado como o resíduo de atitudes não científicas e devia ser eliminado em qualquer parte que aparecesse”.

Depois da *Segunda Guerra*, a situação inverteu-se. “Temos visto”, diz ele, “muitos juristas, uma vez realizado seu exame de consciência, pronunciarem uma completa e pressurosa palinódia, arrojarem-se nos braços do direito natural antes rejeitado e deixarem cair sem remorso o positivismo entre as antiquilhas onde, até poucos anos antes, jazia o direito natural em completo abandono”.

Que o jusnaturalismo recobrava posição de domínio e espancava para um passado ultrapassado o positivismo até então dominante, NORBERTO BOBBIO o diz mais de uma vez. Já na introdução ao seu livro, ele se refere à “disputa reatada entre os partidários do jusnaturalismo que avança e os defensores do positivismo jurídico que foge”; e diz que o motivo dos seus estudos “era o de tomar posição em face” daquela disputa. No primeiro capítulo, intitulado “Formalismo jurídico”, BOBBIO diz que um estudo sobre as orientações da teoria do direito na Itália após a guerra devia ter o mesmo título que o livro de MORTON WHITE sobre a cultura norte-americana da época de F. D. Roosevelt: *a rebelião contra o formalismo*. São muitos os testemunhos dessa rebelião, mas BOBBIO escolheu dois: o trabalho “Confissões de um Jurista”, de ARTURO CARLO JEMOLO, de 1947, e uma conferência de PIERO CALAMANDREI, de 1950. “Juristas e não juristas”, cita BOBBIO a Jemolo, “sobretudo nas partes da Itália que sofreram a ocupação alemã, nos demos conta de que a vida moral não pode reduzir-se a fórmulas, por mais seguras e onicompreensivas que sejam”. E CALAMANDREI, ao abrir o Congresso Internacional de Direito Processual Civil que em 1950 se realizou em Florença,

(*) *El Problema del Positivismo Jurídico* (Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1965, trad. de Ernesto Garzón Valdés).

repudiou aquela espécie de “cortesia científica” que leva os juristas a “crerem que nossas construções lógicas, nossos sistemas, são mais verdadeiros, mais reais, pode-se dizer, do que a realidade prática que se vive nos tribunais”.

Diz BOBBIO que a oscilação entre formalismo e antiformalismo é, na jurisprudência, a mesma que existe entre classicismo e romantismo em estética, conservadorismo e radicalismo em política. E BOBBIO repete que sua geração começou a estudar direito debaixo do triunfo do tecnicismo jurídico, nome então atribuído “à nova encarnação do formalismo”.

Formalismo jurídico

BOBBIO examina o conceito de formalismo jurídico.

Que é formalismo jurídico?

Primeira acepção: formalismo jurídico é uma “certa teoria da justiça, em particular a teoria segundo a qual justo é aquele que é conforme à lei, e injusto, aquele que está em desacordo com ela”. Esse formalismo, diz BOBBIO, devia chamar-se formalismo ético. Diz BOBBIO que essa concepção não é “muito comum” entre os juristas. Estes pensam que o princípio da legalidade “é um critério para distinguir os atos jurídicos dos atos não jurídicos” e não para formular um juízo da sua justiça ou injustiça.

Segunda acepção: formalismo jurídico é uma teoria particular do direito, não uma teoria da justiça, quer dizer: uma teoria da atividade prática do homem, que se distingue da moral, do costume, da economia etc. Por essa teoria, pretende-se definir o direito tal como é, de modo a distingui-lo da moral, do costume, ou da moral e da economia. A doutrina de direito de KANT é um exemplo de teoria do direito como forma.

Terceira acepção: o normativismo, o direito como ciência formal.

Quarta acepção: o formalismo jurídico como teoria da interpretação jurídica.

BOBBIO salienta que a rebelião contra o formalismo se desenvolveu nos últimos anos (ele escreveu há mais de vinte anos, não se pode esquecer) paralelamente à crítica ao positivismo jurídico: as duas se confundem muito. Na Itália, a polêmica antipositivista, informa BOBBIO, tomou duas direções: “1) Uma direção jusnaturalista na qual se contrapõe ao direito positivo um direito *superior* que proporciona critérios de valoração do direito positivo; e 2) Uma direção realista segundo a qual o direito positivo — con-

siderado em sua acepção mais restrita como direito posto por fontes formais — é colocado ao lado de um direito *diverso*, isto é, aquele que emana diretamente do comportamento dos sujeitos (o chamado “direito espontâneo”).”

Aspectos do positivismo jurídico

Para BOBBIO, pode-se distinguir três aspectos diferentes da focalização do positivismo jurídico: como um modo de se encarar o estudo do direito; como uma determinada teoria ou concepção do direito; e como uma determinada ideologia da justiça. Como modo de encarar o estudo do direito, o positivismo jurídico se caracteriza por distinguir entre direito real e direito ideal. Faz o positivismo essa distinção empregando expressões equivalentes — direito como fato e direito como valor, direito que é e direito que deve ser etc. O positivismo acha que o jurista deve ocupar-se do direito real: do direito que é. É um direito científico. E deve ser neutro sob o aspecto axiológico. Direito é o que formalmente for direito. O positivismo jurídico como teoria é a concepção particular do direito “que vincula o fenômeno jurídico à formação de um poder soberano capaz de exercitar a coação: o Estado”. Nessa concepção, o positivismo jurídico se identifica com a teoria estatal do direito. Como ideologia, “o positivismo jurídico”, diz BOBBIO, “representa a crença em certos valores e, com base nessa crença, confere ao direito que é, pelo só fato de existir, um valor positivo, prescindindo de toda consideração sobre sua correspondência com o direito ideal”.

BOBBIO apresenta três formulações sintéticas dos três aspectos do positivismo jurídico acima referidos. Invertendo a ordem em que os referiu, BOBBIO começa pelo aspecto *ideologia* do positivismo jurídico. É contra esse aspecto do positivismo jurídico que tem sido dirigida, nos últimos anos (anteriores a 1962), a luta da parte dos defensores do renascimento do direito natural. BOBBIO procura demonstrar que o positivismo jurídico não afirma a obrigação moral de obedecer às leis positivas: “a teoria da obediência, bem mais que a da resistência, foi afirmada pelas teorias jusnaturalistas tradicionais”. “Em geral diria que a aceitação da obrigação moral de obedecer às leis positivas não é nem jusnaturalista nem positivista, porque deriva da verificação, velha como a filosofia do direito, de que nenhuma ordem jurídica pode sustentar-se confiando unicamente em uma obediência baseada no temor da sanção.” Relembra BOBBIO que a doutrina positivista é que postulou, de MONTESQUIEU a KANT, os princípios de legalidade, da ordem como fim principal do Estado, da certeza como

valor do direito, e os postulou para “poder conter o despotismo, ou seja, como freios do arbítrio do príncipe, como defesa da liberdade individual contra a ilimitação do poder executivo, como garantia de igualdade de tratamento em face dos privilégios”.

O positivismo jurídico como teoria recebeu oposição no terreno da sociologia jurídica. É episódio “de outra oposição recorrente entre jurisprudência conceitual e jurisprudência sociológica, entre teoria estatal e teoria social do direito, entre formalismo e realismo”. BOBBIO apresenta as refutações do positivismo jurídico às diversas principais críticas que lhe são feitas. À crítica feita pela escola do direito livre à “onisciência do legislador” o positivismo jurídico respondeu com a teoria do espaço vazio, segundo a qual “o caso não regulado pelas leis positivas não é uma lacuna da ordem, mas um fato juridicamente irrelevante”; e com a teoria da norma jurídica exclusiva, segundo a qual “o caso não regulado pela norma especial cai no âmbito da norma geral que exclui da regulamentação da norma especial todos os casos possíveis que não entram nela”. Lembra BOBBIO que, quanto à questão da imperatividade, escritores positivistas como Kelsen abandonaram a noção de imperatividade, considerando-a não essencial para uma coerente teoria positivista do direito. “A noção”, diz BOBBIO, “que parece hoje mais apta para assinalar as normas jurídicas é aquela mais genérica de prescrição, da qual o mandato é somente uma espécie”. Quanto à questão das fontes, diz BOBBIO que o positivismo jurídico “está ligado à consideração da lei como fonte principal e à subestimação do direito judicial”. O *codicismo* tem sido considerado uma característica essencial do positivismo jurídico, bem como o pensamento de que é mecânica a interpretação judicial e de que o juiz é um autômato e a decisão judicial um silogismo. Diz BOBBIO: “Mesmo os mais fiéis e ortodoxos defensores do positivismo jurídico não puderam fazer outra coisa que levar em conta esta realidade: a teoria mecanicista da interpretação está abandonada quase completamente”.

Quanto ao positivismo jurídico como modo de *approach* do direito, isto é, o positivismo jurídico como método empirista de contemplar o direito, BOBBIO confronta acusações e defesa, para concluir: “Quando o positivista sustenta que o objeto da ciência jurídica é o direito tal como é e não como deve ser, não pretende desconhecer que o direito que é está constituído também por uma série de apreciações relativas a situações de fato, das quais nascem as regras, nem afirmar que somente o legislador, e não o juiz ou o jurista, pode fazer essas apreciações. O fato de que a ativi-

dade do jurista não seja unicamente lógica, mas também valorativa, e esteja eticamente orientada, não modifica a circunstância de que suas valorações chegam a ser direito não pelo fato de serem boas, sábias, justas, conformes ao direito natural, mas simplesmente porque elas se convertem em regras válidas do sistema. A tese de que o direito é aquilo que de fato é não leva a excluir que entre esses fatos se encontrem as valorações pessoais do legislador, do jurista e do juiz; significa simplesmente que estas valorações se convertem em direito quando são acolhidas mediante procedimentos estabelecidos e objetivamente verificáveis, no sistema das fontes, e não devido a sua maior ou menor conformidade com certos ideais de justiça. Deve-se distinguir o momento em que o jurista faz do direito um objeto da própria investigação e aquele momento no qual contribui para criá-lo.

Definições

Ao enfrentar, no capítulo III do seu livro, o tema “jusnaturalismo e positivismo jurídico”, NORBERTO BOBBIO faz definições. “Por jusnaturalismo” — diz ele — “entendo aquela corrente que admite a distinção entre direito natural e direito positivo e sustenta a supremacia do primeiro sobre o segundo. Por ‘positivismo jurídico’ entendo aquela corrente que não admite a distinção entre direito natural e direito positivo e afirma que não existe outro direito senão o direito positivo”. Mais adiante ele repete a definição, de forma mais sintética: “Por jusnaturalismo entendo a teoria da *superioridade* do direito natural sobre o direito positivo; por positivismo jurídico, a teoria da *exclusividade* do direito positivo. O jusnaturalismo é dualista; o positivismo jurídico, monista”.

BOBBIO indica três “formas típicas de jusnaturalismo: o escolástico, o racionalista moderno e o hobbesiano (não encontro uma denominação melhor para este último)”. BOBBIO examina com alguma minúcia essas três formas de jusnaturalismo e, em seguida, três momentos da crítica positivista ao jusnaturalismo. Expõe, depois, a relação entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico como ideologias. Diz ele: “A máxima fundamental do positivismo jurídico como ideologia pode ser formulada desta maneira: “Deve-se obedecer às leis enquanto tais”; a do jusnaturalismo, desta outra maneira: “Deve-se obedecer às leis apenas enquanto são justas.” Para BOBBIO, somente quando considerados sob o aspecto de ideologias é que o jusnaturalismo e o positivismo jurídico se contrapõem um ao outro de modo claro. Sob outros aspectos, é difícil fazer a contraposição entre ambos. Como teorias gerais do direito, jusnaturalismo e positivismo jurídico apresentam a distinção entre uma concepção voluntarista (*ratio imperii*) e

uma racionalista (*imperium rationis*) do direito. O direito para o positivismo jurídico é a lei oriunda do Estado, posta pelo Estado. O jusnaturalismo, se visto sem preconceitos em sua história, não postula sempre uma ética da resistência à opressão, da defesa da pessoa ante as pretensões do Estado, da liberdade individual em face da submissão servil à lei, da autonomia diante da heteronomia. “Nos braços protetores do direito natural encontraram refúgio, uma e outra vez, segundo os tempos e as circunstâncias, as morais mais diversas; tanto uma moral da autoridade como uma moral da liberdade; foram proclamadas tanto a igualdade de todos os homens como a necessidade do regime de escravidão; tanto a excelência da propriedade individual como a excelência da comunidade de bens, tanto o direito de resistência como o dever de obediência”.

Quanto à relação entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico como modos diversos de se aproximar do estudo do direito, NORBERTO BOBBIO faz, primeiro, uma afirmação um tanto desconcertante: a de que, somente na acepção de modo de aproximar-se do estudo do direito sem qualquer juízo de valor e de estudá-lo, com método científico, como fato histórico e social, é que o positivismo jurídico “tem algo em comum com o positivismo filosófico”. Quer dizer: o método positivo é que é esse algo comum entre os positivismos filosófico e jurídico.

O jusnaturalismo reclama uma “definição valorativa do direito, isto é, uma definição que, considerando o direito não como mero fato, mas como algo que tem (ou realiza) um valor, limite o uso do termo direito ao direito justo”. Direito seria, então, apenas o “direito justo”, e não qualquer direito. BOBBIO lembra a exigência jusnaturalista de se fazer “uma crítica das leis”. E afirma que “nenhum jurista pode sensatamente rechaçar a exigência de uma crítica das leis, da qual tem sido portador historicamente o jusnaturalismo em suas diversas formas, entendida esta crítica como o filtro a que a consciência não pode deixar de submeter todo preceito que se apresente como algo querido por outro, mas não por nós”.

O positivismo jurídico reexaminado

No apêndice de sua obra a que deu o título “Outras considerações sobre o positivismo jurídico”, NORBERTO BOBBIO afirma: “A maior parte dos juristas do último século, ao menos na Europa, foram positivistas sem o saber.” E informa que o primeiro estudo em que se focalizou diretamente o problema de saber com precisão o que é o positivismo jurídico foi feito por ROBERTO AGO, sob o título *Direito Positivo e Direito*

Internacional, publicado em 1957, e que tem sido amplamente discutido. Em fins de 1959, “um estudioso da nova geração”, A. AGNELLO, publicou uma monografia completa (a primeira, no seu gênero) sobre o pensamento de John Austin e sobre as origens do positivismo jurídico, monografia intitulada *John Austin alle Origini del Positivismo Giuridico*. Em 1960 houve em Bellagio — Itália, um encontro “de velhos e jovens filósofos do direito, italianos e estrangeiros, para discutir *point to point* a noção e a história do positivismo jurídico”. Provocado por esse encontro, BOBBIO publicou o artigo “Sul positivismo giuridico”. E ainda como fruto (“muito mais conspícuo”) daquele encontro de Bellagio saiu, pouco antes do livro de BOBBIO, “um bom livro de um dos mais jovens participantes da reunião”, M. A. CATTANEO, que se propõe “contribuir ao esclarecimento das discussões filosófico-jurídicas relativas ao problema das relações entre jusnaturalismo e positivismo jurídico e, em particular, ao esclarecimento e a uma melhor e mais precisa determinação do conceito de positivismo jurídico”.

Como se vê, não se sabe ainda bem o que é positivismo jurídico.

NORBERTO BOBBIO resume as idéias de CATTANEO. A começar da primeira, a de que “a expressão ‘positivismo jurídico’ teve, ao longo de seu *devenir* histórico, muitos significados”, e de que, portanto, “toda discussão acerca das relações entre jusnaturalismo e positivismo jurídico e toda interpretação relativa à afiliação deste ou daquele escritor a uma ou outra corrente pressupõem a elucidação dos diversos significados das expressões com que são aquelas correntes designadas”.

Não vou aqui sumariar o sumário que do livro de CATTANEO fez NORBERTO BOBBIO.

Conclusão: meu ponto de vista

Quero, para encerrar, expender minha opinião sobre o assunto. Não propriamente minha opinião, mas meu ângulo de visão, o meu ponto de vista, que envolve uma avaliação do ponto de vista de NORBERTO BOBBIO.

NORBERTO BOBBIO não se define nem como jusnaturalista nem como positivista. Na “Introdução” do seu livro, ele diz: “Mais do que alistar-me em um dos dois partidos, preferi, nestas páginas, tratar de aclarar a complexidade dos termos da oposição, a impossibilidade de reduzir o problema de suas relações a uma só alternativa e, em definitivo, demonstrar

as razões pelas quais o alistamento em um ou outro partido é amiúde o fruto de uma escolha irracional e não de uma reflexão meditada.” No último capítulo do livro, intitulado “Jusnaturalismo e positivismo jurídico”, ele quase repete, no final: “Creio que o modo mais prudente de responder à pergunta sobre se certo autor é jusnaturalista ou positivista é dizer, com um gesto de cautela “. . . depende”. Depende do ponto de vista no qual se se coloca para julgá-lo. Pode suceder que seja positivista de um certo ponto de vista e jusnaturalista de outro. Na medida em que seja útil, dou como exemplo meu caso pessoal: diante do confronto das ideologias, em que não é possível nenhuma tergiversação, sou jusnaturalista; quanto ao método sou, com a mesma convicção, positivista; e no que se refere, finalmente, à teoria do direito, não sou nem uma coisa nem outra.”

Como se vê, NORBERTO BOBBIO é um eclético, que combina elementos de convicção jusnaturalista com elementos de convicção positivista.

Há um positivismo jurídico que NORBERTO BOBBIO não focalizou. É o que considera o direito como um sistema de normas que regem as relações sociais sobre a base das relações de produção econômica; e que considera o direito como a expressão da conciliação legislativa de interesses mais ou menos antagônicos. Visto sob essa ótica, o direito é sempre o direito positivo, e a sua evolução é o resultado da luta pela sua modificação. As forças sociais em conflito estão sempre lutando pela modificação do direito: da ordem posta. A evolução do direito é o resultado necessário das soluções que se dão às reivindicações. As reivindicações dos interessados — sejam os dominantes, sejam os dominados — é que dinamizam o direito, movimentam-no nesse ou naquele sentido. Considerado como um fenômeno social com tais características, o direito prescinde da idéia de justiça, entendida esta palavra no sentido de realidade ideal a ser atingida: o direito não marcha, ou não deve marchar, para uma situação de justiça ideal, mas para uma situação de justiça factível, realizável, possível, uma justiça que será a expressão da conciliação possível dos interesses concretos em conflito.

O estudo desse aspecto da questão não se encontra no livro de NORBERTO BOBBIO. Trata-se, afinal, de um livro metafísico, como se vê na referência feita à necessidade de crítica das leis. Crítica a partir de quê e para quê? Para melhorar as leis, sim, mas melhorá-las em função de quê? De normas ideais preconizadas pelo direito natural, sinônimo então de direito ideal? A crítica das leis é sempre — eis a verdade — uma forma de reivindicação, e reivindicação é sinônimo de racionalização de interesse.