

FUNDAMENTOS DE TEORIA JURÍDICA EM NORBERTO BOBBIO

José Alcebiades de Oliveira Junior

**TESE APRESENTADA AO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
PARA A OBTENÇÃO DO TÍTULO DE
DOUTOR EM DIREITO**

Orientador: Prof. Dr. Luis Alberto Warat

FLORIANÓPOLIS

1991

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A T E S E

FUNDAMENTOS DE TEORIA JURÍDICA EM NORBERTO
BOBBIO

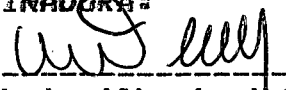
elaborada por

JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR

e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora, foi julgada adequada para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

Florianópolis, setembro de 1991.

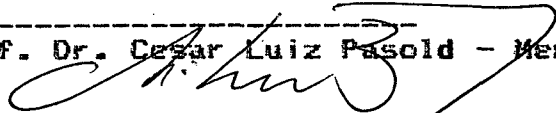
BANCA EXAMINADORA:



Prof. Dr. Luis Alberto Warat - Presidente

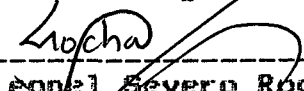
Prof. Dr. Enrique Zuleta Puceiro - Membro

Prof. Dr. José Eduardo C. Faria - Membro

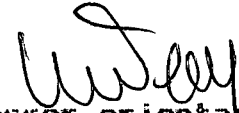


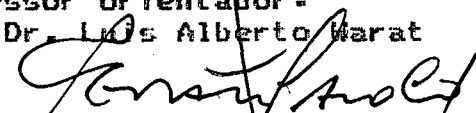
Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold - Membro

Prof. Dr. Nilson Borges Filho - Membro



Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Suplente


Professor orientador:
Prof. Dr. Luis Alberto Warat


Professor Coordenador do Curso:
Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold

"A Filosofia do Direito é uma matéria que a rigor os filósofos não conhecem por falta de amor e que os juristas não amam por falta de conhecimento" - BOBBIO

Agradecemos aos professores, alunos e funcionários do CPGD-UFSC, da Faculdade de Direito de Santa Cruz do Sul, da Faculdade de Direito da UFSM, e, especialmente, ao CNPq que financiou este projeto.

RESUMO

FUNDAMENTOS DE TEORIA JURÍDICA EM NORBERTO BOBBIO

Dentre as questões importantes, controvertidas e que seguem atuais no campo do saber jurídico, encontramos aquela que indaga "por quais motivos o direito obriga", de onde extrai sua validade.

Em princípio, tema que pode ser objeto de várias disciplinas, se apresenta neste trabalho como um problema de filosofia jurídica e de teoria geral do direito, remetendo às fontes e aos fundamentos do saber jurídico.

Para uns, o direito obriga por acreditar-se, em princípio, que ele pode ser justo; para outros, porque ele advém de uma autoridade, estatal e institucionalizada. Os primeiros, se enquadram nas denominadas teorias do direito natural ou jusnaturalistas; os segundos, nas denominadas teorias do positivismo jurídico. Os jusnaturalistas, encontram sua justificação na fé, na credence ou em algum conceito de natureza das coisas; os positivistas, numa dada racionalidade formal e argumentativa que vem sendo edificada desde HOBBS, KANT e outros.

Afim de estudar este tema foi que nos voltamos para a teoria jurídica neoempirista de NORBERTO BOBBIO, - também denominada de "novo racionalismo" - que visa a uma aproximação das liberdades formais com as igualdades substanciais, numa síntese entre positivismo jurídico e jusnaturalismo.

Como se pretendeu demonstrar, uma hermenêutica crítica do direito e do estado que se empenhe na resposta dos "porquês" da obrigação jurídica, da validade do direito, deve buscar uma resposta mediada entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico. Acentuando, contudo, a proeminência de um direito advindo da autoridade jurídico-política do estado, dada a impossibilidade de uma liberdade e de uma justiça puramente natural. Muito embora as críticas de vários setores, essa cultura jurídico-instituída vem impondo algo de essencial às comunidades: a restrição ao exercício do poder e parâmetros mínimos para a determinação do justo.

Com efeito, constatou-se que os postulados neoempiristas da teoria jurídica em BOBBIO levam à discussão de uma metodologia na própria obra de BOBBIO, que tem por escopo a idéia de justiça e de democracia, e que portanto, demonstra que o direito obriga por razões políticas vinculadas à estruturação da sociedade moderna.

RIASSUNTO

LE BASI DELLA TEORIA GIURIDICA IN NORBERTO BOBBIO

Tra le questioni importanti, controverse e che continuano attuali nel campo del sapere giuridico, incontriamo quella che indaga "per quale motivo il diritto obbliga", di dove estrae la sua validità.

In principio, tema che può essere oggetto di varie discipline, si presenta in questo lavoro come un problema di filosofia giuridica e di teoria generale del diritto, ritornando alla fonte e alla base del sapere giuridico.

Per alcuni, il diritto obbliga per accreditare, in principio, che egli può essere giusto; per altri, perché egli proviene di una autorità statale e istituzionalizzata. I primi si inquadrano nella denominata teoria di diritto naturale o giusnaturalista; i secondi, nella denominata teoria del positivismo giuridico. I giusnaturalista, incontrano la sua giustificazione nella fede, nella credenza o in alcuni concetto di natura delle cose; i positivista, in una certa razionalità formale e discussiva che vien sento costruita fin del tempo di HOBBS, KANT e altri.

Per studiare questo assunto é che noi voltiamo para la teoria giuridica neoempiristica di NORBERTO BOBBIO, - anche denominata di "nuovo razionalismo" - che mira a una approssimazione delle libertà formali con quelle di uguaglianza, co la sintesi tra positivismo juridico i giusnaturalismo.

Tuttavia, come pretendiamo dimostrare, una ermeneutica critica del diritto e dello stato che si impegni della risposta dei "perché" della obbligazione giuridica, della validità del diritto, deve ricercare una risposta centrada tra il giusnaturalismo e il positivismo giuridico. Sebbene, accentuando la preminenza di un diretto proveniente da autorità giuridico-politico dello stato, vista l'impossibilità di una libertà e di una giustizia puramente naturale. Benché la critica da vari settori, essa cultura giuridica-istituida viene inponendo qualcosa di essenziale per la comunità: la restrizione dell'esercizio del potere e parametro minimo per la determinazione del giusto.

Con risultato, si constató che i principi neoempiristici della teoria giuridica in BOBBIO conducono a una discussione di una metodologia nella propria opera di BOBBIO, che tiene per scopo l'idea di giustizia e di democrazia, e che per tanto, dimostra che il diritto obbliga per ragioni politiche legata alla strutturazione della società moderna.

ABSTRACT

BASES OF JURIDICAL THEORY ON NORBERTO BOBBIO

Among the important and polemical matters, that still are up dated in the juridical knowledge field, we find a question that asks "which reasons law obligates", where its validity comes from.

Basically, a matter that can be purpose of several subjects, presents itself in this work as a matter of juridical philosophy and general theory of the law, taking us to the sources and bases of juridical knowledge.

For some of us, law obligates for believing that, at first, it can be fair. To other people, it is because law comes from a state and institutionalized authority. The first ones, belong to the natural law theories; the second ones, in the denominated juridical positivism theories. The natural law theories, find its justification on faith and in superstition or in some conception of nature of the things; the positivists, in a formal and argumentative rationality which has been building since HOBBS, KANT and other thinkers.

In order to study this theme, we turn to the juridical neoempirical theory of NORBERTO BOBBIO - also called "new rationalism" - that aims at an approach of the formal freedoms with substantial equalities, in a synthesis between juridical positivism and natural law theory.

As we intend to demonstrate, a hermeneutics criticism of the law and the state which strives in the response of the "whys" of the juridical obligation, and the validity of the law, must search an answer between the nature law theory and juridical positivism. However, giving emphasis to the prominence of a law coming from the juridical political authority of the state, because of the impossibility of a freedom and justice purely natural. Although the criticism from several sectors, this established-juridical culture has been imposing some essential things to communities: the restriction to power exercise and minimal standards to the determination of the fair.

Actually, it was verified that the neoempirical statements of the juridical theory on BOBBIO take us to discussion of a methodology in BOBBIO'S own work, which has as purpose the idea of justice and democracy, and so, it demonstrates that law obligates for political reasons linked to the structure of the modern society.

ABREVIATURAS

F.D.	-	Filosofia do Direito
P.J.I.	-	Positivismo Jurídico Italiano
T.G.D. ou TGD	-	Teoria Geral do Direito
T.P.D.	-	Teoria Pura do Direito

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
PARTE I - FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DA JURISPRUDÊNCIA COMO CIÊNCIA EM NORBERTO BOBBIO	18
CAPÍTULO 1 - Aspectos do modelo kantiano de direito: Os inícios do formalismo jurídico	19
1.1.- Questões preambulares	19
1.2.- Algumas precisões conceituais e a intencionalidade da filosofia de Kant	21
1.3.- A definição e os elementos constitutivos do direito em Kant	29
1.4.- Reflexões sobre o formalismo jurídico e suas relações com a teoria de Hans Kelsen	32
CAPÍTULO 2 - A síntese neokantiana: o contraponto da filosofia neoempirista	39
2.1.- Colocação do tema	39
2.2.- O predomínio de uma visão naturalista de mundo	44
2.3.- Os meandros de uma visão historicista de mundo	49
2.4.- Síntese da visão naturalista e historicista de mundo	59
2.5.- Breve alusão ao Positivismo clássico	64
2.6.- As escolas neokantianas de Baden e Marburgo .	67
2.7.- Outras considerações em torno à ciência moderna	69
CAPÍTULO 3 - A filosofia neoempirista, A Escola analítica italiana de filosofia do direito e o positivismo jurídico italiano	74
3.1.- A filosofia neoempirista e a ciência jurídica de Norberto Bobbio	74
3.2.- Norberto Bobbio e a Escola Analítica Italiana de Filosofia do Direito	80
3.3.- Norberto Bobbio e o Positivismo Jurídico Italiano	87

CAPÍTULO 4 - Norberto Bobbio e o Neopositivismo Lógico ..	98
4.1.- Colocação do tema	98
4.2.- O que é a ciência neopositivista: contraponto com o racionalismo do século XVII e o Positivismo clássico	101
4.3.- Ciência como análise da linguagem	109
4.4.- A tarefa do jurista cientista	117
4.5.- Proposição protocolar e validade do direito	120
PARTE II - A CONCEITUAÇÃO FORMAL E ESTRUTURAL DA T.G.D. DE NORBERTO BOBBIO	126
CAPÍTULO 5 - Pressupostos gerais da T.G.D. de BOBBIO	127
5.1.- A filosofia do direito e a ciência jurídica	127
5.2.- O sentido valorante da filosofia como metodologia: a filosofia do direito dos juristas	134
5.3.- O marco teórico kelseniano de T.G.D.	137
5.4.- Ciência Jurídica e T.G.D. em Bobbio	145
CAPÍTULO 6 - Características formais e estruturais da teoria geral do direito de BOBBIO.	149
6.1.- Ciência jurídica como dogmática e teoria geral em N. Bobbio - recolocação do assunto ..	149
6.2.- Jurisprudência e meta-jurisprudência	154
6.3.- Duas teorias sobre a ciência jurídica e o lugar de N. Bobbio	157
6.4.- Ciência Jurídica e Sistematização do direito: BOBBIO entre o normativismo e o realismo jurídicos	161
6.5.- Ciência Jurídica e validade do direito em Norberto Bobbio. Aspectos teóricos e políticos	175
PARTE III - HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E POLÍTICA DA TEORIA JURÍDICA EM BOBBIO	183

CAPÍTULO 7 - Reflexões científicas e filosóficas da teoria jurídica em BOBBIO	184
7.1. - Comparações entre o modelo kantiano e neopirista de saber	184
7.2. - Discussões sobre a aproximação das ciências formais e empíricas na obra de Bobbio	190
7.3. - A ciência jurídica e o método axiomático ..	197
7.4. - A proposta linguística de Bobbio	204
7.4.1.- Direito: um universo de discursos-discurso e meta-discurso	204
7.4.2.- Ciência jurídica e interpretação linguística	207
7.5. - O problema da Psicologia frente a ciência neopositivista	218
CAPÍTULO 8 - Reflexões políticas em torno da teoria jurídica em BOBBIO	223
8.1.- Positivismo jurídico e democracia	223
8.2.- Da validade à eficácia na T.G.D. de Bobbio e suas repercussões políticas	231
8.3.- A idéia de um estrutural-funcionalismo na teoria jurídica de Bobbio	237
8.4.- A síntese liberalismo e socialismo: a terceira via de Bobbio	246
CONCLUSÃO	260
BIBLIOGRAFIA	277

INTRODUÇÃO

"Una sociedad sin derecho no es solamente la sociedad libre hipotizada por Marx, sino también la sociedad conformista hipotizada por Orwell: el derecho es necesario donde existen hombres, tal como ocurre en las sociedades históricas, ni todos libres, ni todos conformistas, es decir, en una sociedad en la cual los hombres necesitan normas (y por lo tanto no son libres) que no siempre logran respetar (y por lo tanto no son conformistas)" - BOBBIO

1 - Existem perguntas quase óbvias que parecem ir em busca de respostas quase óbvias. Um exemplo seria a de por quais motivos o direito obriga, de onde extrai sua validade? Entretanto, esta indagação, em especial, guarda uma enorme complexidade e um interesse atual que pretendemos demonstrar através de uma leitura histórico-hermenêutica dos "fundamentos de teoria jurídica apresentados na obra de NORBERTO BOBBIO".

Pensador italiano de renome internacional, BOBBIO tem

sido considerado um homem de diálogo ininterrupto com as mais importantes experiências políticas e intelectuais dos anos 30 até hoje. Poder-se-ia dizer que sua obra tem dedicado grande energia ao estudo das relações entre política, direito e cultura, emergindo como fio condutor de suas reflexões o papel dos intelectuais nas sociedades modernas.

PATRIZIA BORSELLINO em "NORBERTO BOBBIO: profilo dello studioso"¹ assinala diante da multifacetada obra de BOBBIO, que quatro níveis de preocupações podem ser destacados:

- 1) um momento inicial de preocupações filosóficas em geral, no qual o autor visava encontrar o seu caminho, tendo refletido sobre o neo-iluminismo, a fenomenologia, o existencialismo, etc.
- 2) um nível de preocupações meta-teóricas, com um programa de renovação dirigido a múltiplas disciplinas. Todavia, como assinala BORSELLINO², "una prima direzione rilevante é quella degli studi metodologici che accolgono la riflessione critica costantemente esercitata da BOBBIO sulle discipline giuridiche", tendo aí discutido a cientificidade da jurisprudência e a necessidade de construção de uma linguagem rigorosa para a ciência

¹ In "NORBERTO BOBBIO - A Bibliography by Carlo Violi", Legal Philosophical Library (An International Bibliography of Philosophy and Theory of Law, Edited by Carla Faralli and Enrico Pattaro), Milano, Dott. A. Guiffré Editore, 1984: pág.55/63. Para aprofundamento do perfil do autor em apreço vide ZACCARIA, ANNALISA, "NORBERTO BOBBIO Per una Filosofia Militante, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1981.

² Op.cit., pág.62.

jurídica, dentre muitas outras coisas.

- 3) um nível no qual BOBBIO se destaca como "teórico do direito", realizando uma teoria geral do direito tal como se depreende de suas obras "Teoria da Norma" e "Teoria do Ordenamento Jurídico".
- 4) por fim, um BOBBIO que se destaca por seus estudos de filosofia política, nos quais aparecem os seus esforços por aproximar a tradição liberal de democracia, ou do estado liberal de direito, com o socialismo, numa atividade que declaradamente pelo autor, se apresenta no âmbito de um plano "reformista" da sociedade.

"Fundamentos de teoria jurídica em NORBERTO BOBBIO" tomando o segundo nível de preocupações, pretende ser uma leitura da meta-teoria jurídica do professor de Turin, voltada para a sua filosofia da ciência, teoria geral do direito e, especialmente, para o interrelacionamento destes pressupostos teóricos com interesses políticos. Uma característica saliente da meta-teoria de BOBBIO e que perpassa esses três campos temáticos, é o *formalismo*, presente tanto em sua teoria jurídica como em sua teoria política. Pois é precisamente o formalismo na teoria jurídica, oriundo de correntes filosóficas racionalistas, e próprio das escolas analíticas, como é o caso da "Escola de BOBBIO", o que se pretende discutir nesta tese. Assim sendo, passemos de imediato a algumas considerações históricas e

conceituais.

2 - Por volta dos anos 50, as teorias formalistas do direito dominavam o horizonte acadêmico. Contingências históricas do pós-guerra clamavam por uma função estabilizadora do jurídico. Dentro da mutação histórica, o direito representava aquilo que detém o movimento, que o canaliza e o solidifica; na variação das ações humanas representava a determinação de uma ordem. Com efeito, a tendência dos juristas ao formalismo surgia, pois, da natureza mesma e das funções do direito na sociedade.⁹

Dentre as variações teóricas importantes diante do formalismo, encontramos as versões sociológicas - principalmente através de enfoques realistas, tais como o de ALF ROSS em suas obras "Hacia una ciência realista del Derecho" e "Sobre el derecho e la justicia" -, citadas pelo próprio BOBBIO. Sem embargo, a idéia presente ainda hoje é a mesma dos juristas dos anos 50. Predomina uma visão interna do Direito, de T.G.D. formal. Daí a atualidade de NORBERTO BOBBIO, que pode ser considerado um dos artífices das teorias do formalismo jurídico, expressão que não raro tem gerado múltiplas confusões.

Desde logo deve enfatizar-se que tal formalismo, que

⁹ BOBBIO, NORBERTO. "El Problema del Positivismo Jurídico", 1965:p.33.

alcançou enorme projeção com HANS KELSEN e possui suas origens no kantismo, desembocou, em termos estritos de ciência jurídica, na chamada Teoria Normativista do Direito, cujos ideais BOBBIO transportou, para sua obra, desde seus primeiros contatos com KELSEN.

Dadas as inúmeras confusões semânticas, convém explicitar que por normativismo entende-se não somente o modo específico de se conceber a experiência jurídica, como experiência "sub specie legis", senão que também um certo modo de fazer ciência do direito. Tal especificidade é o ponto de partida e um dos marcos delimitadores do objeto de nossa investigação.⁴

Assim, quando se fala de ciência jurídica como ciência formal não se está em sentido estrito a distinguir as ciências formais (como a Lógica) das ciências empíricas (como a Biologia); se fala, em sentido mais amplo, de uma forma de saber que não tem por objeto fatos do mundo físico ou humano, senão que qualificações normativas de fatos, e cuja tarefa não é a explicação, própria das ciências naturais, mas a construção, em última instância, de um sistema.

De modo geral, o formalismo metódico é um selo próprio das escolas analíticas, tanto da inglesa, como da americana

⁴ *Idem*, op.cit., p.23. A ciência jurídica como tendo por objeto normas que devem ser descritas.

e italiana. Para elas o direito é considerado como um sistema de normas positivas, isto é, efetivamente vigentes. A Ciência do Direito apenas busca estabelecer a existência dessas normas, sem atender a valores éticos ou considerações políticas. Circunstâncias sociais que determinam a criação do direito e seus efeitos não interessam às escolas analíticas em geral.⁵⁵

Como se vê, a problemática desta tese é própria da *Escola Analítica Italiana de Filosofia do Direito*, e se enlaça com uma particular espécie de ciência e de positivismo, o *Positivismo Jurídico Italiano*. Uma das principais características desse positivismo é a de ter nascido da orientação filosófica do Empirismo Lógico e da Filosofia Analítica, sob o filão, especificamente jurídico, da teoria de HANS KELSEN.⁵⁶ A indagação que brota é a de se devemos permanecer formalistas em relação à ciência jurídica

⁵⁵ Cfe. ROSS, ALF. "Sobre el Derecho y la Justicia", 1977:p.2/3. Como trabalhos críticos às escolas analíticas podemos citar as obras do professor LUIS WARAT e do professor NIKLAS LUHMANN. Com referência ao primeiro lembre-se de seu texto "Sobre la Dogmática Jurídica", in Revista Sequência nº2, 1980:p.33 a 55; com referência ao segundo ver a obra "Sistema Giuridico e Dogmática Giuridica", 1978:p.16.

⁵⁶ Sobre o tipo de ciência desenvolvido pelos analíticos é ilustrativo rever algumas colocações de SCARPELLI: "SCARPELLI ha distinguido dos sentidos de "analíticos" en el contexto de la cultura jurídica. En el primer sentido 'analítico' ha de entenderse en el sentido etimológico de descomponer y seria predicable de todas aquellas teorías del derecho que comparten la tendencia a 'mirar dentro de los maquinarias del derecho y de la cultura jurídica, a reconocer sus piezas, a desmontarlas y volver a montar, a diseñar sus modelos y determinar sus relaciones'; el segundo sentido de 'analítico' es el predicable de las teorías del derecho que 'se mueven en las perspectivas de la filosofía analítico-lingüística y utilizan (primaria, si no exclusivamente) el método del analisis del lenguaje". Las teorías del derecho 'analíticas' en el segundo sentido lo son, ordinariamente, también en el primero, pero no a la inversa: la obra de KELSEN seria, así, 'analítica' sólo en el primer sentido; los de HART o, a partir de un cierto momento, BOBBIO lo serían en ambos". Cfe. JUAN RUIZ MANERO, Presentación aos "Escritos sobre la Democracia y el Socialismo", de HANS KELSEN, Madrid, Editorial Debate, 1988.

ou se as circunstâncias atuais exigem outra posição?

3 - Lendo o prefácio de um livro de GIUSEPPE LUMIA - um dos partícipes da Escola Analítica -, intitulado "Empirismo Lógico e Positivismo Jurídico"⁷, pode-se encontrar algumas importantes idéias da época sobre a delimitação do objeto da ciência jurídica e que interessam para nossa discussão, senão vejamos:

a) frente a experiência jurídica duas atitudes são possíveis: aquela do *teórico*, que se limita a descrever, analisar e interpretar os fenômenos jurídicos, tais como se apresentam na realidade social e histórica, a fim de coordená-los através de generalizações, em um sistema coerente e integrado; e, aquela do *prático*, que toma posição frente a esses fenômenos, relacionando-os a uma certa tábua de valores, com a finalidade de conservá-los ou modificá-los. A primeira atitude é típica da ciência jurídica; a segunda, da filosofia do direito.

b) tal distinção se encontra presente quando se trata de positivismo jurídico - a filosofia da época bobbiana -, do qual se pode falar ao menos desde

⁷ LUMIA, "Empirismo Lógico e Positivismo Jurídico", 1963:p.VII e VIII

dois distintos significados: como um particular *método* de estudo da realidade jurídica, ou seja, do direito existente (válido); ou, como uma particular concepção do *valor* jurídico, ou seja, do direito justo. No primeiro aspecto, o positivismo jurídico se identifica com a ciência, no segundo, com a filosofia.

- c) como método de estudo da realidade do direito, o positivismo jurídico visa excluir da consideração científica do direito os juízos de valor: o objeto da ciência jurídica é o direito que é e não o que deveria ser; como filosofia, o positivismo jurídico tende a identificar o direito justo com o direito vigente, uma vez que entende não existirem valores objetivos diversos daqueles do direito vigente.

Dentre as muitas observações sobre esse rigor científico que matizou os trabalhos da "Escola de BOBBIO", nos anos 50, está a de que os teóricos da época praticavam um tipo de ciência que privilegiava aspectos internos e estruturais do direito. E por interesses políticos e não apenas metodológicos, como pretendemos demonstrar. Todavia diga-se mesmo que de um modo um pouco abrupto, que nos anos 60, com a crise da filosofia neoempirista que caracterizou os trabalhos da época anterior, BOBBIO viria a privilegiar - ou pelo menos associar - o estruturalismo ao funcionalismo, o

que em outras palavras pode ser traduzido pela associação de uma visão interna com aspectos externos do fenômeno jurídico.

Sem embargo e de alguma maneira, hoje, as teorias sobre a ciência jurídica tentam demonstrar a insuficiência de uma visão unicamente legalista ou interna do direito, pretendendo mesmo ressaltar que a experiência jurídica é o resultado de uma complexa interpenetração de elementos metodológicos, axiológicos, ontológicos, sociológicos, políticos, etc. colocando, assim, para além da validade formal, questões de legitimidade e efetividade, em meio a problemas de governabilidade inerentes à compreensão atual do Estado Moderno.⁹

Diante desses dois planos - o de BOBBIO e o da teoria atual -, nosso trabalho se encaminhará para a demonstração da necessidade de uma visão integrada do direito, enquanto uma técnica de controle social e como uma ciência humana, funcionando como agente de integração e mudança da vida social. Não obstante, com efeito, ainda não se encontrou um modelo ideal de ciência no qual se possa encaixar-se o direito. As versões formalistas e realistas continuam sendo insuficientes.

NIGUEL REALE, p.ex., busca uma forma de descrição da

⁹ Neste sentido, ZULETA PUCEIRO, "Teoria del Derecho", 1987:p.29 e segs. e JOSÉ E. FARIA, "Eficácia Jurídica e Violência Simbólica", 1988:p.26 e segs..

realidade jurídica a partir do reconhecimento de que a metafísica, no campo do direito, é um problema ainda não superado, falando, assim, da descrição da experiência como uma atividade conjectural. Trata-se, em última análise, "de um abandono do projeto positivista da crescente matematização de todas as ciências, por amor da ciência e das verdades irrefutáveis".¹⁹

Esse cuidado de REALE denota que as teorias modernas - que possuem uma base neokantiana e mesmo kantiana -, continuam a se deparar com a problemática separação do conhecimento entre forma e matéria, herdada de KANT. Devido a ela, ora a realidade jurídica é reduzida a um ideal, ora a um fato amorfo. Ou mesmo se tem procurado reencontrar essa unidade num plano superior, que termina por retornar a separação inicial do conhecimento, falando-se dele como algo que se apresenta como uma forma que vale genericamente para algum material em geral.²⁰

Outrossim, a problemática da ciência, que coloca a dificuldade de correlação e mesmo a irredutibilidade entre o mundo dos fatos e dos valores, persiste ainda hoje. A solução neokantiana não conseguiu afastar as obscuridades. KELSEN, um neokantiano de Marburgo, adotou a primordialidade do mundo das formas, perdendo de vista a materialidade social. EMIL

¹⁹ Cfr. REALE, "Nova fase do direito moderno", 1990:p.131.

²⁰ É o caso do neokantiano EMIL LASK, em seu "Filosofia Jurídica", 1946.

LASK, buscou uma síntese entre forma e matéria no âmbito do que ele denominou de mundo da cultura, porém terminando por retornar ao formalismo abstrato e "a priori" de KANT.¹¹¹

Diante do exposto, observamos e sentimos a necessidade de se discutir os rumos da teoria jurídica neste final de século e a sua racionalidade de cunho positivista.¹¹² Observamos que as variações existentes - os realismos -, não superam o marco teórico-positivista que reduz o direito a um problema institucional de poder, pois que não conseguem imiscuir-se do Estado como sua estrela polar. Entrementes, com base em MARIA ANGELES BARRERE UNZUETA, pode dizer-se que os realismos-jurídicos, embora tendências diversas dos formalismos, foram discutidos a partir de motes temáticos aproximados, no próprio interior da Escola de BOBBIO¹¹³.

Feitas essas colocações e precisando a problemática em BOBBIO, pode dizer-se que nossa hipótese principal de trabalho é a de que o "formalismo jurídico" - uma das principais vertentes científicas de nosso século e uma das características salientes da meta-teoria do professor

¹¹¹ Cfe. demonstra LÉRCIO SANPAIO em "Conceito de Sistema no Direito", uma análise da obra de EMIL LASK, especialmente a conclusão.

¹¹² O racionalismo moderno se ergueu frente a uma visão metafísica de mundo; porém, permanecem muitas dúvidas quanto às possibilidades desse racionalismo eliminar a irracionalidade e a transcendência do campo do direito. No âmbito do projeto político da modernidade, uma teoria crítica do direito e do Estado deve se empenhar por uma mediação entre duas tendências pretensamente opostas: a metafísica e a racional positivista. Em outras palavras, entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, ou, ainda, entre o formalismo e o realismo socio-jurídico.

¹¹³ Cfe. "La Escuela de BOBBIO", MARIA A.B.UNZUETA, parte II, Ed. Tecnos, Madrid, 1990.

italiano -, ao par de ter contribuído para institucionalizar o poder na vida em sociedade, tem conduzido a questão jurídica a um perigoso artificialismo. Isto é, omite-se de uma discussão dos fundamentos morais do direito. Ao reduzir o direito a uma técnica procedimental-legal e imperativa, cada vez mais o afasta das realidades históricas, entendidas como a dimensão de satisfação das necessidades físicas e psicológicas do homem. Nas "pegadas" do pensamento de BOBBIO, seguimos entendendo que discutir essas insuficiências é uma das tantas responsabilidades próprias dos intelectuais.

4 - Em relação a metodologia empregada, caberia assinalar o seguinte: assumimos uma postura metodológica do estudo acadêmico nas ciências sociais que JURGEN HABERMAS denomina de *histórico-hermenêutica*, postura esta que se opõe - embora não de modo absoluto -, às denominadas *ciências empírico-analíticas*, precisamente a característica principal da teoria de BOBBIO.

A título de esclarecimento, deve-se entender o empírico-analítico enquanto um conhecimento teórico do qual é possível a submissão a conexões hipotético-dedutivas de proposições, que, por sua vez, permitam derivar leis hipotéticas com conteúdo empírico. Um possível conhecimento empírico-analítico implica um conhecimento capaz de previsão. Mas o *sentido* destas previsões, seu valor técnico, é resultante unicamente da regra, elemento de mediação entre a

teoria e a realidade. O empirismo pretende ligar a aparência objetivista às observações expressas nas proposições protocolares: tal processo pressupõe a existência de um dado evidentemente imediato, despido de conotações subjetivas. Na realidade, as proposições protocolares não se constituem em reproduções dos fatos em si, mas aparecem como expressão de sucesso ou não de nossas operações.

Por sua vez, a ciência histórico-hermenêutica produz o conhecimento em outro quadro metodológico. O acesso aos fatos é dado através da compreensão do sentido, em lugar da observação. A verificabilidade sistemática das leis no quadro da ciência analítico-empírica contrapõe-se à exegese dos textos, própria da hermenêutica. O hermeneuta estabelece uma comunicação entre dois universos; recolhe o conteúdo objetivo do objeto, *aplicando* a tradição a si e à sua própria situação. Porém, se a regra metodológica une de tal forma a exegese e a aplicação, cabe esta interpretação: a pesquisa hermenêutica analisa os dados de realidade, tendo como ponto de partida a manutenção e extensão da intersubjetividade de uma intenção possível como núcleo orientador da ação.¹⁴

Assim, esta tese, no marco da Escola Analítica Italiana de Filosofia do Direito, visa estudar e ampliar a

¹⁴ Cfe. HABERMAS, JURGEN, texto conferência sobre o tema "Conhecimento e Interesse", p.305 a 307, coleção PENSADORES, SP, Abril Cultural, 1980. Ver também sobre metodologia, CERVO, "A.L. Metodologia Científica", McGraw-Hill, SP, 1983: p.25.

compreensão da teoria jurídica em NORBERTO BOBBIO, especialmente a partir de três eixos fundamentais: a filosofia e a ciência, a técnica e a lógica, e a política e a ideologia.

Para tanto, trata em primeiro lugar, *dos fundamentos históricos da jurisprudência como ciência em NORBERTO BOBBIO*. Neste particular aspecto, investiga as contribuições do kantismo, do neokantismo, do neoempirismo e do neopositivismo, para a Ciência Jurídica, visando demonstrar os deslocamentos ocorridos em função dessas filosofias. Desse estudo transparece que o neoempirismo - base da TGD de BOBBIO - pode ser interpretado como uma variante filosófica do kantismo marcada principalmente pela consideração da representação como mais linguística do que mental, e da filosofia da linguagem em detrimento da crítica transcendental, ou da psicologia, como a disciplina que exhibe os "fundamentos do conhecimento". De modo que o marco da Escola Analítica não altera a essência da problemática cartesiana-kantiana de ciência.

Em segundo lugar, *trata da conceituação formal e estrutural da T.G.D. de NORBERTO BOBBIO*. Neste sentido, estuda a proposta de BOBBIO de uma filosofia do direito própria de juristas e não de filósofos, e que terminou por conduzi-lo pelos meandros de uma T.G.D. formal e estrutural. A natureza mesma dessa teoria pode ser encontrada no fato de

que ela se apresenta fundada numa "lógica normativa", oriunda de propriedades formais inerentes ao sistema jurídico. Por outro lado, ela encontra seus pressupostos principais no "positivismo jurídico italiano" e na "teoria normativista do direito". Os objetivos de uma teoria geral do direito formal e estrutural - em BOBBIO -, residiram na tentativa de sistematização da ciência jurídica enquanto fator significativo para o estabelecimento do direito válido.

Em terceiro lugar, visa a uma *hermenêutica filosófica e política da teoria jurídica em NORBERTO BOBBIO*. Refletindo sobre a fundamentação histórica e científica do conhecimento do direito em BOBBIO, entendeu-se oportuno, dentre outras coisas, discutir comparativamente os modelos kantiano e neoempirista de Ciência, as relações entre as Ciências Formais e Empíricas, o aspecto axiomático da Ciência Jurídica, o modelo linguístico proposto por BOBBIO, e, de modo apenas especulativo, as relações da Ciência Jurídica com a Psicologia. No que diz respeito à natureza política ou ideológica da teoria jurídica de BOBBIO, buscou-se discutir as relações entre Positivismo Jurídico e Democracia, as implicações políticas da passagem de problemas de validade para problemas de eficácia na teoria jurídica, as repercussões políticas de uma visão mais promocional do que protetiva-repressiva do Direito, e, finalmente, o novo contratualismo propugnado por BOBBIO, edificante de um democratismo progressista e de um socialismo possível.

Ainda com relação a metodologia empregada confirme-se a preponderância, nos dois primeiros eixos da análise (parte 1 e 2), da tentativa de descritividade, na medida em que se procura especialmente reproduzir os fundamentos e as análises de BOBBIO dos temas ali discutidos, afim de compreendê-los. Na terceira parte, porém, emprega-se - a partir da leitura dos originais e de uma gama de comentaristas - uma metodologia prescritiva, isto é, de crítica do material levantado nos momentos anteriores.

5 - Enfim, nesta introdução, o que se poderia dizer é que o conceito de ciência jurídica deve ser encarado sempre de modo provisório, pois só assim poderá ser abarcante tanto de suas finalidades práticas (decisões de conflitos) como também aberto a perspectivas ainda desconhecidas ou ainda não trabalhadas sobre o homem e a sociedade. Isto é, um conceito que permita encarar sempre que necessário o tema das limitações e potencialidades de um direito estatal, forma de sociedade que possuímos e, como tal, portadora de aspectos positivos e negativos.

Entretanto, a crítica fácil e ingênua não é o nosso objetivo. Muito menos a oferta de um estatuto epistemológico alternativo. Em realidade, talvez, neste trabalho, se consiga apenas demonstrar a insuficiência de um tratamento isolante do direito pela ciência jurídica neopositivista, o que já

terá sido importante. Porém, sem nunca rechaçar a necessidade do estudo propriamente analítico, sem o qual a dialética não é possível.

Disto resulta que esta tese se configura como uma dentre as muitas leituras possíveis da obra de NORBERTO BOBBIO, passível, portanto, de originalidades, repetições e insuficiências. Não obstante, pretende ser também um provisório levantamento da teoria jurídica neste final de século XX, cuja matriz iluminista, se encontra em xeque, principalmente pela inefetividade do direito. Contudo, pretende demonstrar, de maneira original, como a ciência neopositivista acentua a problemática do saber na mediação sgnica, em detrimento de importantes questões do sujeito do conhecimento e do objeto manejado.

OBSERVAÇÃO FINAL: A aprovação do presente trabalho acadêmico não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e do CPGD/UFSC à ideologia que o fundamenta ou que nele é exposta.

PARTE I

FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DA JURISPRUDÊNCIA
COMO CIÊNCIA EM NORBERTO BOBBIO

CAPÍTULO I

ASPECTOS DO MODELO KANTIANO DE DIREITO: OS INÍCIOS DO FORMALISMO JURÍDICO

1.1 - Questões Preambulares

NORBERTO BOBBIO ministrou um curso cuja primeira edição foi publicada no ano de 1957, sobre o Direito e o Estado no Pensamento de *IMMANUEL KANT*, e que foi traduzida para o português pela Editora Universidade de Brasília, em 1984. Temos trabalhado reiteradamente com esta obra em nossos cursos de Filosofia do Direito. Por isso pensamos ser um livro que fornece todas as condições para se entender a filosofia idealista de *KANT* referente ao direito, e, por tais motivos, o usaremos sem muitos resguardos.

Esse curso foi apresentado em quatro grandes partes: a primeira, sobre as idéias políticas na idade moderna até *KANT*; a segunda, sobre os problemas fundamentais do direito no pensamento de *KANT*; a terceira e a quarta, enfim, acerca do sistema do direito privado e do sistema do direito público interno e externo tal como o entendia *KANT*.

A análise que se pretende, concentrar-se-á especialmente na segunda parte do referido curso, na qual são tratados os problemas fundamentais do direito no pensamento do criador da "Crítica da Razão Pura". De alguma forma, falar-se-á aqui de uma típica filosofia como concepção de mundo, diversamente da concepção bobbiana, tal como explicitaremos nos capítulos seguintes.¹⁵

Inicialmente, KANT abre a sua "Crítica da Razão Pura" chamando a atenção para o fato de seu trabalho ser eminentemente de cunho metodológico: quer dizer, visa chamar a atenção de que sua preocupação maior seria a da discussão em torno à *Fundamentação do conhecimento racional*. Para usar palavras de KARL POPPER, *em KANT percebe-se uma preocupação especial com a delimitação ou demarcação entre ciência e metafísica*.¹⁶

Assim, a filosofia de KANT pode ser vista como o grande salto iluminista, como o incremento da discussão acerca das condições do conhecimento possível e, enfim, como a tentativa de exclusão da metafísica e da ideologia do âmbito do conhecimento. Iniciamos por esta filosofia, portanto, pelos evidentes desdobramentos que ela alcançou no campo da Teoria Jurídica.

¹⁵ Utilizar-se-á também a tradução brasileira, nos Pensadores, 1980, da *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, de KANT, bem como a *Crítica da Razão Pura*, traduzida por VALÉRIO ROHDEN, Pensadores, 1980, como substrato complementar a interpretação realizada.

¹⁶ Ver *Conjecturas e Refutações*, de KARL POPPER, p.211.

1.2 - Algumas Precisações Conceituais e a Intencionalidade da Filosofia de KANT

Sobre o que seja Ciência, já no prefácio à segunda edição da Crítica da Razão Pura, KANT afirma que "se a elaboração dos conhecimentos pertencentes ao domínio da razão segue ou não o caminho seguro de uma ciência, isto é avaliável logo a partir do resultado. Quando tal elaboração cai em dificuldades ou tem de ser reformulada, tal estudo acha-se ainda bem longe de ter tomado o caminho seguro de uma ciência".⁴² O exemplo mais acabado de uma Ciência, para KANT, pode ser dado pela Lógica, onde seus juízos analíticos em nada acrescentam, em termos de verdade, ao conhecimento.

Com relação a Metafísica, KANT a define como a disciplina que pretende dar as respostas últimas e definitivas para os vários problemas, procurando conhecer as coisas em si mesmas. Nesse sentido, a Metafísica tradicional afirma a imortalidade da alma humana; diz o que é o universo enquanto totalidade; procura provar, de maneiras diversas, a existência de um ser supremo. Entretanto, segundo KANT, todas essas afirmações não são legítimas porque resultam de um emprego do entendimento humano fora dos limites do próprio

✓ Op.cit. p.9.

entendimento humano. Para KANT, a Metafísica, tentando atingir o absoluto e tratando de objetos que não são apreendidos empiricamente, não poderia ser uma forma de conhecimento o que, noutros termos, seria o mesmo que afirmar que nos domínios da metafísica é possível somente "pensar" e não "conhecer".

A título de ilustração, MIGUEL REALE, em *Verdade e Conjetura*¹⁶, fala da existência de uma metafísica positiva e de outra negativa na *Crítica da Razão Pura*, de KANT. A metafísica positiva seria a transposição de tais questões para o âmbito de uma teoria geral do conhecimento fundada em pressupostos transcendentais e não transcendentos, como até então vinha sendo entendida; a metafísica negativa, por seu turno, implicaria no reconhecimento de que as questões metafísicas tem de ser pensadas por via de um pensamento problemático ou conjectural, e que só se resolvem no âmbito de uma dialética transcendental o que, em última análise, coloca a problemática da metafísica como algo constantemente em aberto.

Pois bem. Quando KANT trata do problema do que é conhecer distingue duas formas de conhecimento: *o empírico ou a posteriori, e o puro ou a priori*.¹⁷ O conhecimento

¹⁶ REALE, Miguel, obra referida, 1983: p.31 e 32.

¹⁷ Iemos aqui o substrato central das polémicas teóricas sobre a ciência jurídica e que preocuparão a BOBBIO. LUIS HARAT falará em termos de polémicas entre formalistas e realistas,

empírico, como diz a própria expressão, reduz-se aos dados fornecidos pelas experiências sensíveis. Quando se diz, por exemplo, "a porta está aberta", expressa-se um conhecimento que não pode ser desvinculado de uma impressão dos sentidos. O conhecimento puro ou a priori, pelo contrário, não depende de qualquer experiência sensível, distinguindo-se do empírico pela universalidade e necessidade. Tal é o caso da proposição "a linha reta é a distância mais curta entre dois pontos". Nessa proposição nada se afirma a respeito de determinada linha reta, mas de qualquer linha reta (universalidade); por outro lado, não se declara que a linha reta é a mais curta em certas condições, mas em quaisquer condições (necessidade).

Não obstante, ao lado da distinção entre a posteriori ou empírico, e a priori ou puro, impõe-se distinguir, segundo KANT, entre *juízos analíticos e sintéticos*. No primeiro, o predicado já está contido no sujeito, de tal forma que o juízo em questão consiste apenas em um processo de análise, através do qual se extrai do sujeito aquilo que já está contido nele. Para KANT, o juízo "os corpos são extensos" é desse tipo, pois o predicado "extensos" está contido implicitamente no sujeito "corpos". Isto significa que não é possível pensar o conceito de corporeidade sem pensar, ao mesmo tempo, o conceito de extensão. Os juízos sintéticos, ao contrário, unem o conceito expresso pelo predicado ao

conceito do sujeito, constituindo o único tipo de juízo que enriquece o conhecimento. A esse tipo pertence o juízo "todos os corpos se movimentam", ao qual a idéia de movimento, verificada na experiência, pode ser atribuída também aos corpos.

Com efeito, a intenção de KANT é procurar ver como deve ser entendida uma investigação que leve ao *progresso do conhecimento humano*. Progresso como fruto de uma razão vista não como um objeto estático e externo ao homem, mas como um produto de sua *autodeterminação*. Tomando o direito como exemplo, trata-se de ver como o seu conhecimento não só pode como deve ser fundamentado não na experiência de um direito positivo ou de uma vontade em particular, mas como uma forma da razão a partir da qual seja garantido o arbítrio humano. E tal progresso aparece explicitado já a partir do prefácio da "Fundamentação da Metafísica dos Costumes".

Aceitando a filosofia grega, KANT afirma que todo o conhecimento racional ou é *material e considera qualquer objeto, ou formal e ocupa-se apenas da forma do entendimento e da razão em si mesmas e das regras do pensar em geral, sem distinção dos objetos*. A filosofia formal chama-se Lógica; a material, porém, que se ocupa de determinados objetos e das leis a que eles estão submetidos é, por sua vez, dupla, pois que estas leis ou são leis da natureza ou leis da liberdade. A ciência da primeira chama-se Física, a da outra, ética;

aquela chama-se, também, Teoria da Natureza; esta, Teoria dos Costumes.

A partir desta distinção entre os grandes grupos do conhecimento racional, quais sejam, a Lógica, a Física e a ética, sintetizadamente podemos dizer que quanto à Lógica, onde se obtém juízos analíticos, não haveria maior interesse em se discutir a teoria da ciência, pois, embora esses juízos sejam universais e necessários, não representam qualquer enriquecimento do conhecimento, na medida em que são tautológicos. Entretanto, no que se refere às Ciências Físicas e éticas, onde se observam juízos sintéticos a posteriori, que num tal sentido também carecem de maior importância, porque são todos contingentes e particulares, referindo-se a experiências que se esgotam em si mesmas, há uma outra questão a ser considerada. Como a experiência não pode ser tomada em si mesma como ciência, como conhecimento que se universaliza ou se generaliza por si, não se tratando pois do conhecimento de uma verdade em si mesma mas o resultado das condições transcendentais do conhecimento possível, fruto da razão, ela só se torna possível enquanto pressuposta por *juízos sintéticos a priori* que, muito embora não possam ser identificados com a Lógica, são mesmo assim independentes da experiência.

Em KANT, como exemplo, pode ser citado o fato de que não é a partir da observação empírica do sistema jurídico de

um determinado país que se chega ao universal do conceito de direito. Senão que tal conceito é um a priori anterior a própria verificação empírica do direito histórico dos países observados. A verdade não advém do material em si mas da estrutura formal que torna possível a existência da matéria. De modo que tanto a Física quanto a ética possuem uma dimensão empírica que se refere a objetos identificáveis; porém, possuem, também, uma dimensão metafísica, racional, a partir da qual são pensadas tais realidades e só posteriormente conhecidas.

Com efeito, *é com relação a tais juízos sintéticos a priori que KANT procura desenvolver o seu trabalho enquanto um trabalho que faz progredir o conhecimento humano.* E esse progresso aparecerá na perspectiva de uma superação dos fundamentos divinos e naturalísticos do conhecimento.

ALBERT EINSTEIN afirmou em carta a POPPER que as teorias não podem ser fabricadas a partir de resultados de observação, mas haverão de ser inventadas.²⁰ Assim, o progresso do conhecimento estaria em saber como se dão esses juízos que embora relacionados com a experiência são anteriores a ela, ou, em outras palavras, como são possíveis juízos sintéticos a priori na física e na ética.

²⁰ Cfe. POPPER, KARL. "A Lógica da Pesquisa Científica", 1972:p.525.

KANT pretendeu solucionar esses problemas mediante uma revolução - comparável a de COPÉRNICO (1473-1543) na Astronomia - no modo de encarar as relações entre o conhecimento e seu objeto. A revolução consistiria em não admitir que a faculdade de conhecer se regula pelo objeto (ou por aquilo que nos é dado à percepção), mostrando que, ao contrário, é o objeto que se regula pela faculdade de conhecer. A filosofia deveria investigar a possível existência de certos princípios a priori que seriam responsáveis pela síntese dos dados empíricos.

Tais princípios a priori, que são teóricos enquanto independentes da experiência, e também metafísicos pois que pressupostos formais do conhecimento, da razão, aparecem tanto na Física quanto na Biologia e na ética. Quer dizer, aparecem tanto no mundo da necessidade quanto no mundo da moralidade ou liberdade. Enquanto a obra mais famosa de KANT, "A Crítica da Razão Pura" trata dos problemas físicos, a "Crítica da Razão Prática"²⁴ trata dos problemas éticos ou, em outras palavras, dos problemas inerentes àquilo que dirige e governa os comportamentos humanos. Tendo a ver com comportamentos humanos, com a liberdade, enfim, a discussão científica sobre esses a priori's possui um interesse eminentemente prático, uma dimensão prática: *a de possibilitar a coexistência dos arbítrios humanos, como uma*

²⁴ Há uma tradução portuguesa recente desta última "Crítica", 1989, Edit. 70, Lisboa, Portugal.

forma que viabilize a liberdade tanto como um não-impedimento assim como enquanto autodeterminação da raça humana. Nesse sentido, a razão cria o mundo moral e é nesse domínio que podem ser encontrados os fundamentos metafísicos do direito. A ação humana vista desde um ponto de vista externo pode ser distinguida em seu caráter de moralidade ou legalidade; não obstante, desde um ponto de vista interno pode confundir a ambas as esferas.

Para entender esse ponto, KANT definiu a existência de imperativos que, por um lado, são *categóricos*, e imperativos que, por outro lado, são *hipotéticos*. Os primeiros relacionariam a ação humana a um atendimento ao puramente racional e ao dever, e, os segundos, a uma ação condicionada por algum fator externo, como por exemplo a utilidade ou ao fim para a qual ela (a ação) atende. No primeiro caso estaríamos no plano da pura moralidade; no segundo, no plano da legalidade ou do direito. O mundo das ações morais é governado de modo autônomo e íntimo, e o mundo do direito, governado de maneira heterônoma e externa.

A distinção entre imperativos categóricos e hipotéticos se trata de um dos mais importantes critérios possíveis adotados por KANT para distinguir o direito da moral. Não há dúvida que para KANT a moral conhece somente imperativos categóricos, agora, não é tão simples a afirmação no sentido oposto de que o direito se constitui a partir

apenas de imperativos hipotéticos.

Na verdade, se se aceitar a denominação das leis do direito como leis heterônomas, diferentemente das da moral, que seriam autônomas, pode-se dizer que os imperativos de direito, as regras jurídicas que compõem o campo do direito, na medida em que fazem parte de um objeto desejado pela sociedade, objeto de uma vontade geral, por assim dizer, são imperativos não comandados de uma maneira categórica, mas imperativos comandados por uma utilidade hipoteticamente concebida. Assim sendo, e considerando-se que o direito coincide com a legalidade, isto significa que um imperativo jurídico não é formulado desta maneira: "você deve manter as promessas", mas desta outra maneira: "porque o fato de manter as promessas é vantagem para você, você deve agir em conformidade".^{<22>}

1.3 - A Definição e os Elementos Constitutivos do Direito em KANT

Dito isso, passemos a definição do direito de KANT, que embora possua uma dimensão empírica, as leis jurídicas de cada época e lugar, encontra sua fundamentação, tal como a fundamentação da moral, num a priori da razão. Numa "forma",

²² BOBBIO, "Direito e Estado no Pensamento de KANT", 1984:p.63 a 66.

distinta da "matéria", conteúdo do direito. Em última análise, o conceito de direito de KANT deve ser visto e entendido como algo que se impõe pela evidência racional e não pela vontade pessoal de quem quer que seja.

Para explicar isso passemos aos elementos constitutivos do conceito de direito. Primeiramente, o conceito de direito, no que se refere a obrigações correspondentes, diz respeito somente à relação externa que possibilita expectativas recíprocas, para usar uma expressão moderna. Ele é um fenômeno intersubjetivo. Porém não é só. Em segundo lugar, o direito não significa uma relação entre de um lado um arbítrio e, de outro, um desejo, mas refere-se exclusivamente às relações estabelecidas entre arbítrios. E KANT distingue o que entende por arbítrio e desejo. Por exemplo, quando tomo a expressão "é meu desejo dar uma bela volta na montanha", o desejo aqui é a representação de um objeto determinado colocado como fim, e estamos no âmbito do puramente desejável. Entretanto, quando expressamos "é meu arbítrio dar uma bela volta na montanha", não se trata unicamente de um desejo, mas da consciência da possibilidade de alcançá-lo.

Quando KANT diz que o direito consiste numa relação entre dois arbítrios, e não entre dois desejos, quer dizer que, para se constituir uma relação jurídica é necessário que aconteça o encontro não somente de dois desejos, ou de um

arbítrio com um simples desejo, mas de duas capacidades conscientes do poder que cada um tem de alcançar o objeto do desejo. E assim, o arbítrio que caracteriza as relações jurídicas, se distingue por exemplo, da benevolência e da crueldade como princípios de outros tipos de relação. ²³

Por fim, o conceito de direito é marcado por uma terceira característica: a desconsideração total do conteúdo possível em relações jurídicas estabelecidas com base no arbítrio. Como exemplo, KANT cita a instituição do casamento como uma forma que determina e cria um objeto sem estabelecer em particular quem deve casar e com quem, mas apenas as modalidades por meio das quais torna-se possível a atuação das minhas intenções. ²⁴

Tal requisito, assim, abre condições para a famosa definição do direito de KANT:

"... o direito é o conjunto das condições, por meio das quais o arbítrio de um pode estar de acordo com o arbítrio de um outro segundo uma lei universal da liberdade".

Em reforço, pode-se dizer, fazendo coro com BOBBIO, que o conceito de direito de KANT apresenta-se com três características básicas:

1) o direito pertence ao mundo das relações externas; 2) ele se constitui na relação de dois

²³ BOBBIO, *Op.cit.*, p.68 e 69.

²⁴ Apud BOBBIO, *op.cit.*, p.69 e 70.

ou mais arbítrios; e, 3) sua função não é a de prescrever este ou aquele dever substancial com relação aos sujeitos dos vários arbítrios, mas de prescrever-lhes a maneira de coexistir.²⁶

Enfim, o conceito de direito de KANT se encontra intimamente ligado com a idéia de liberdade, entendida esta como um não-impedimento para o agir, reciprocamente instituída por um contrato social originário, fruto da razão e da intersubjetividade, e não da história.

Pois bem. Neste terceiro atributo do conceito de direito de KANT encontra-se o fundamento da moderna teoria do formalismo jurídico, cujos os iniciadores foram exatamente os filósofos neokantianos do direito, como STAMMLER e KELSEN na Alemanha, e DEL VECCHIO, na Itália. Sobre esse assunto, necessário se faz alguns esclarecimentos que servirão como ponto de apoio à análise que posteriormente será desenvolvida.

1.4 - Reflexões sobre o Formalismo Jurídico e suas Relações com a Teoria de HANS KELSEN

Basicamente, parla-se da seguinte indagação: *em que medida essa questão do formalismo se trata de um problema especificamente metodológico ou, também, implica numa atitude*

²⁶ Apud BOBBIO, Op.cil., p.70 e 71.

ideológica?

A resposta parece óbvia, contudo, em primeiro lugar, há que se ter o cuidado para não confundir teorias sobre uma justiça formal com teorias que vêem o direito desde uma perspectiva dúplice, de forma e conteúdo. Forma esta mais ou menos constante e distinguível da matéria social, quer seja ela econômica ou política, que é variável e lhe serve de conteúdo. As primeiras, reduzem a justiça ao legalismo. As segundas, necessariamente não. Entretanto, as teorias pretensamente sistemáticas e estatualistas, tais como as nascidas no âmbito do "Positivismo Jurídico Italiano", estudado nesta tese, tem sido acusadas dessa redução. Ora, se, de alguma maneira KELSEN pode ser taxado de reducionista, o certo é que BOBBIO não deveria sê-lo, pelo menos se forem considerados seus artigos que separam justiça formal de formalismo jurídico, numa perspectiva eminentemente teórica e não prática, e que tem a ver exclusivamente com a construção de uma Teoria Geral do Direito.²⁶

Consoante BOBBIO, a doutrina do direito de KANT é um exemplar interessante das teorias do direito como forma.²⁷ BOBBIO consigna que uma das interpretações importantes e possíveis dessa doutrina é a de que ela pode ser tomada como

²⁶ Cfe. Contribución a la Teoría del Derecho, BOBBIO, 1980:p.105 e seqs..

²⁷ O Problema do Positivismo Jurídico, 1965:p.18 e seqs.

que dizendo que a tarefa do direito não consiste em estabelecer o que é que os indivíduos devem fazer em suas relações recíprocas, senão que apenas como devem fazê-lo, afim de não entrarem em conflito recíproco.²⁶

Em certo sentido, a visão kelseniana do direito pode ser aproximada ao idealismo da razão proposto por KANT ao conhecimento, porque para ambos o direito é um fenômeno intersubjetivo que retira o seu fundamento de validade da razão. Contudo, o último Kelsen, que morou nos EUA, passou a entender o direito mais no plano da pura lógica do que no da pura razão, atribuindo desta maneira um caráter mais empírico ao fenômeno. Não obstante, para ambos a teoria do direito deve se interessar pela forma do estabelecimento de relações recíprocas, e não pelo conteúdo, que é variável historicamente e do qual não se pode extrair consequências universalmente aceitas. Como se verá, em BOBBIO o assunto será visto desde uma outra perspectiva, na qual o fundamento de validade do direito terá que ser também empírico-material.

Uma diferença interessante a ser considerada entre KANT e KELSEN e que vários filósofos têm comentado, pode ser percebida através da resposta que cada um dá a pergunta "o que é o direito".²⁷

²⁶ Op.cit., p.19.

²⁷ Cfe. BOBBIO, NORBERTO. 'El Problema del Positivismo Jurídico', p.18 a 27. Posteriormente caberá a discussão entre teorias formalistas e realistas, na medida em que alguns

Em KANT, a teoria geral do direito responde a seguinte pergunta: *qual é a natureza do direito?* Em KELSEN, mais do que a simples natureza do direito, busca-se considerar tal fenômeno, enquanto experiência, como uma atividade sub especie legis, que responde a seguinte pergunta: *como se distinguem os fatos juridicamente relevantes daqueles irrelevantes?* De uma maneira talvez superficial, pode dizer-se que para KANT o direito, como guia da ação prática, considera a sociedade política como uma coextensão da sociedade natural, encontrando seu fundamento numa certa doutrina moral. Já, para KELSEN, se trata justamente de caracterizar a distinção das esferas do direito e da moral, o que é dado pela radical delimitação do objeto da ciência jurídica, que são as normas estatais, o que, portanto, o coloca como preocupado com a teoria do conhecimento somente enquanto puder apontar para o que são soluções jurídicas. O direito é a força organizada de modo a garantir uma lógica de antecedentes e consequentes. De sorte que com KELSEN pode-se dizer que aparece explicitamente uma Teoria Positivista do Direito, enquanto que tal ponto aparece apenas subentendido em KANT, que na verdade busca responder ao problema da fundamentação do conhecimento racional sobre o direito. E com base numa Teoria dos Costumes ou Moral.

consideram o Normativismo como reducionista, Cfc. HARAT, *Semiótica y Derecho*, cap. III. Ver também MICHEL VILLEY, *Filosofia do Direito*, p.20, sobre KANT, respondendo a questão *'Quid juris? quid jus?'*.

Não obstante, o Normativismo kelseniano foi como se sabe muito criticado devido a redução da problemática da ciência jurídica à formalização, desconsiderando os aspectos da interpretação e aplicação do direito. Neste trabalho, se intentará analisar - a partir das reflexões patrocinadas por BOBBIO -, a aceitação do fenômeno do direito como um fenômeno normativo formal, porém pensando-o como uma forma estruturante e funcionalizante das relações sociais.

Basicamente, a polêmica contra o formalismo jurídico reside em argumentações patrocinadas por jusnaturalistas que, entre uma ética de princípios e uma ética de resultados, visam atribuir maior importância a estas últimas. Agora, sendo a palavra "forma" central na linguagem filosófica, como acentua BOBBIO³⁰, e que desde KANT passou a ser um patrimônio do pensar e do conhecer racional, sem a qual não seria possível pensar a realidade e as suas diferenças, a tendência ao formalismo, como princípio, tornou-se inevitável para os juristas.

É indiscutível também o fato de que a defesa de um certo formalismo implica numa tentativa de estabilização e de ordem e que, como tal, pode ser lida como uma atitude conservadora. Consoante o próprio BOBBIO, valores de tal

³⁰ O Problema do Positivismo Jurídico, p.33.

natureza presidem, quer se queira quer não, a experiência jurídica, e tal como a sombra segue o corpo, tentar eliminá-los seria como clamar pela eliminação do próprio corpo e da vida.

Convém acentuar ainda que muito embora o formalismo seja um pressuposto atualmente aceito das teorias do positivismo jurídico, isto não quer dizer que se esteja a clamar por um conceito formal de justiça.⁹⁴

De modo que, como ressalta BOBBIO, o formalismo pode ser um adversário que se busca até que se constate que ele pode ser como o diabo: menos feio do que se pinta. Indiscutivelmente, o formalismo pode ser tomado como uma atitude mais ideológica do que metódica conforme se clame por atender mais aos fins do que aos princípios do direito e vice-versa. Mas isto depende de qual ideologia política seja hegemônica. Porém, o aspecto "forma" do conhecimento como algo distinto da matéria, assim como o aspecto teoria em relação a prática, é insuprimível do horizonte do conhecimento. Aliás, é essa condição abstrata e gnosiológica que possibilitou o mundo da cultura e a emissão de juízos críticos. Foi o que, ineludivelmente, deu origem ao mundo moderno, que avançou em relação à situação medieval, porém com muitos problemas.

⁹⁴ Cfe. "Formalismo Jurídico y Formalismo Ético", BOBBIO, in "Contrib. a la Teoria", op.cit., p.165.

Enfim, como se verá na continuação desta tese, não se está a negar a importância de uma visão correlacionada entre teoria e prática. Entretanto, *o objetivo neste capítulo foi apenas o de acentuar as características de uma teoria do direito de matriz kantiana, como a afirmação da existência de um mundo supra-sensível próprio da capacidade do pensar racional humano, e que determina a experiência.*

De qualquer modo, o imenso esforço de KANT para superar a metafísica, restou um tanto comprometido, devido o conceito de transcendentalidade depender de um sujeito universal. Não obstante, os neokantianos procuraram um resgate da problemática kantiana de um saber formal e puro, buscando não cair na metafísica de um sujeito universal. O estudo do Neokantismo que passaremos a desenvolver a seguir, servirá para melhor fundamentar a teoria de KELSEN e tornar possível um paralelo com as teorias neoempiristas.

CAPÍTULO 2

A SÍNTESE NEOKANTIANA:

O CONTRAPONTO DA FILOSOFIA NEOEMPIRÍSTA

2.1 - Colocação do Tema

Assinaladas as linhas gerais do pensamento jurídico-idealista de KANT, que pretendeu instituir-se como critério científico para as Ciências Sociais, alimentando a idéia de que os fundamentos de validade dos juízos científicos são encontrados na razão, passaremos agora a estudar as bases do pensamento neokantiano, surgido como contraponto ao puro positivismo emerso com AUGUSTO COMTE. Este texto, desde uma perspectiva ampla, pode ser entendido ainda como um esforço preparatório para se pensar a Ciência do Direito hoje. Especialmente a teoria da ciência de NORBERTO BOBBIO, edificada no âmbito da Escola Analítica Italiana de Filosofia do Direito, em torno aos anos 50, que por seu turno se trata de um pensamento situado no lado oposto do neokantismo.

Por razões historiográficas, algumas das considerações que agora serão feitas remeterão a momentos anteriores ao

próprio kantismo, que só foi estudado a parte e em primeiro lugar, devido a sua importância para o positivismo kelseniano, o mais acreditado pensamento doutrinário-jurídico deste século. Todavia, o pensamento kelseniano se distingue significativamente do pensamento doutrinário-jurídico de BOBBIO e da Escola Analítica Italiana de Filosofia do Direito, tal como se começará a ver no capítulo seguinte, e por tal razão entendemos que KANT deveria ser estudado com especial atenção.

Outrossim, a filosofia jurídica acadêmica - como assinala ZULETA PUCEIRO - nutriu-se de uma convergência de elementos provenientes da tradição neokantiana e da construção científica da dogmática positivista.³² Diria ainda, neoempirista ou neopositivista. Por ora, trataremos de aspectos do neokantismo como contraponto do neopositivismo.

Dentre os objetivos gerais do nosso estudo, está o de demonstrar o deslocamento na Ciência Jurídica, de uma preocupação com o sujeito cognoscível para a mediação símica, bem como o fato de que a separação entre direito e política proposta pelo positivismo italiano, implicou numa atitude política. Com efeito, a ciência do direito tem de ser analisada desde uma perspectiva empírica e simbólica.³³

³² Cfe. "Icoria del Derecho", 1987/p.31.

³³ Aqui a idéia de simbólico é empregada analogamente ao sentido atribuído por CLAUDE LEFORT em sua obra "A Invenção Democrática", p.36, ao analisar as relações entre Lei e Saber. Quer

De outra parte, sustentam alguns autores³⁴ que a temática das funções da ciência vem sendo descuidada muito embora sua importância. Os filósofos analíticos, por exemplo, são acusados disto. Porém, a obra de BOBBIO é pródiga em demonstrar que ser analítico não significa perder de vista a horizonte daquilo que é analisado, e muitas vezes é que possibilita se chegar a entender o todo.

NORBERTO BOBBIO, autor aqui estudado, preocupou-se muito com a função promocional do direito, e isto pretendemos demonstrar na parte terceira deste trabalho. Ali se poderá constatar como grandes esforços foram feitos para deslindar a função motivadora da ciência do direito, num labor de crítica, principalmente percebida, à Teoria Pura de HANS Kelsen. E, sobretudo, pelo fato dela ser uma teoria sancionista e não relacionar o subsistema jurídico com os demais subsistemas, no interior do sistema social.³⁵

Assim, por razões que pretendemos explicitar oportunamente, nosso estudo da Ciência do Direito e/ou da Teoria Jurídica de BOBBIO é desenvolvido na perspectiva interna de ciência jurídica, porém sem perder de vista seus aspectos externos e funcionais. É preciso enlaçar o tema da

dizer, ao mesmo tempo a ciência é um fato e um valor.

³⁴ Cfe. Carlos CARCOVA, 1987:p.148, in Revista de Ciências Sociais de la Fac.de Ciências Jurídicas, Económicas e Sociales da Universidad de Valparaiso, Chile.

³⁵ Sobre este aspecto ver 'Dalla Struttura alla Funzione, BOBBIO, Milano, 1987.

ciência jurídica com aspectos ainda em aberto nas ditas Ciências Sociais, para que, aquilo que alguns autores denominam de "work in progress", reste efetivo. Com efeito, o direito enquanto objeto e a Ciência Jurídica como meta-linguagem-crítica de um campo disciplinar, tem de ser analisados desde uma perspectiva ampla, própria da complexidade das Ciências Sociais, hoje.

Porém, desde a contribuição de MAX WEBER, a controvérsia sobre o papel dos juízos de valor na investigação social é ponto obrigatório de reflexão. E tal como disse JURGEN HABERMAS, em sua *Lógica das Ciências Sociais*⁹⁶, as Ciências Sociais tem que encontrar um justo meio entre os procedimentos, fins e pressupostos heterogêneos das Ciências da Natureza e das Ciências da Cultura. E isto envolve, como é sabido, uma tomada de posição crítico-reflexiva acerca do Positivismo, da Dialética ou Hermenêutica, como métodos de análise. Envolve, também, uma tomada de posição frente a razão clássica - isto é, frente a teoria de KANT elaborada como crítica ao dogmatismo de cunho religioso ou empírico-naturalista - no que ela possui de permanente na conservação e reprodução de categorias invariáveis e não interativas, verdadeiras metafísicas de 2º grau.

⁹⁶ Cfr. "La Lógica de las Ciencias Sociales", JURGEN HABERMAS, Madrid, op. cit., 1988:pg.91.

Assim, como afirmamos com ZULETA anteriormente, quer em se tratando de filosofia, epistemologia, política ou direito, a questão da Filosofia Jurídica acadêmica passa pelo Neokantismo, síntese bastante ampla e complexa de uma crítica ao Positivismo clássico, de uma tentativa de resgate da idéia de movimento da sociedade, a partir da discussão da Cultura e das formas simbólicas de sua aparição, bem como do entrelaçamento dessas formas simbólicas entre si e com a História.

Foi no seio desse movimento que numerosos filósofos puros e do direito em particular surgiram (lembramos aqui de RICKERT, CASSIRER, WEBER, STAMMLER e KELSEN). E temas como o dualismo entre "ser" e "dever ser", "fatos" e "valores", assim como a discussão sobre a neutralidade e objetividade da ciência tomaram um impulso que nos chega até hoje. Não obstante, uma análise mais ampla teria que considerar, também, para além do Neokantismo, os pontos salientados pela Hermenêutica de DILTHEY, as tentativas de superação dos impasses nas ciências humanas levadas a cabo por EDMUND HUSSERL. Não obstante, nos interessará apenas a redução da filosofia à filosofia da ciência, pelo Neopositivismo do Círculo de Viena.

Assim sendo, com o objetivo posterior de esclarecer onde se situa o pensamento de BOBBIO é que a partir de agora

buscar-se-á uma síntese da trajetória histórica das Ciências Humanas, análise esta que se encontrará fortemente assentada nos trabalhos de JULIEN FREUND, especialmente sua "A Teoria das Ciências Humanas".⁹⁷

2.2 - O Predomínio de uma Visão Naturalista de Mundo

Tomando a obra de JULIEN FREUND pouco antes mencionada⁹⁸, é possível apreender que o período das classificações das ciências é algo bastante recente. É certo, porém, que ARISTÓTELES muito tempo antes já havia feito referências mais ou menos explícitas à diferenciação entre elas (nomotéticas ou ideográficas para usar uma terminologia recente). No entretanto, até o Renascimento - época de MAQUIAVEL -, não se poderia considerar superioridade alguma entre o que podemos denominar de ciência da natureza, já subdivididas em políticas ou históricas por um lado, e físicas ou biológicas por outro, frente ao que pouco a pouco iria se tornando conhecido como ciência humana. Mas a partir de Galileu e das perspectivas novas que se ofereciam, um prodigioso desenvolvimento das Ciências da Natureza se verificou, decorrente inclusive nesse meio tempo, das limitações epistemológicas impostas por DESCARTES ao

⁹⁷ "A teoria das ...", JULIEN FREUND, Lisboa, 1977.

⁹⁸ Op.cit., 1977:p.10 e 11.

⁹⁹ Op.cit., FREUND, 1977:p.11 a 30.

conhecimento, ao estabelecer o dualismo entre alma e corpo.⁴⁹

Essa situação epistemológica (de um discurso paradigmaticamente dominante) de predominância das ciências da natureza em relação/oposição às ciências humanas propriamente ditas, permaneceu assim durante todo o século XVIII. Consoante FREUND⁴⁰, os numerosos estudos dessa época sobre religião, moral, direito e política foram todos assentados numa suposta evidência empírico-natural. É certo que esse naturalismo não deve ser confundido, por exemplo, com o direito natural de cunho metafísico e divino tal como aparece em Santo Tomás, mas sim como adstrito à visão ontológica inaugurada por Descartes e seu dualismo do corpo e da alma. É certo, também, e isto interessa particularmente à análise aqui empreendida, que a oposição de DESCARTES às ciências naturais físicas ou mecanicistas acabou por erigir o pensamento dominante das verdades do método, de tão larga repercussão ainda nos dias de hoje. Utilizando-se de uma terminologia sociológica marxista, pode-se perceber e assinalar o aparecimento de uma dicotomia entre saberes dominantes e dominados na história das idéias, e, por consequência, no plexo das realidades.

No âmbito da trajetória que propomos, há que

⁴⁰ Op.cit., FREUND, 1977:p.13

considerar como pensamento dominado, embora com cautelas no uso dessa expressão, o surgimento da "Ciência Nova" de GIAMBATTISTA VICO que, recuperando alguns aspectos da apodítica e da tópica aristotélica, funda a ciência do homem, a partir de uma filosofia da história. Muito embora suas idéias não tenham obtido na época a repercussão esperada, foram no século XIX amplamente recuperadas (lembramos de BENEDETTO CROCE).

Contra o progressismo otimista das verdades cartesianas VICO opôs o princípio do ciclo histórico, o qual lhe permitiu questionar as Instituições, o Direito e a Política. Por outro lado, é importante considerar que dentre outras questões, ocupou-se com a filologia, não enquanto estrutura formal ao modelo de Descartes, mas como possibilidade de análise do objeto em si desta ciência, o que não deixou de ser, a nosso juízo, uma significativa antecipação dos problemas que viriam alimentar as análises do Neopositivismo, neste século XX.

Numa visão geral, VICO procurava uma libertação frente ao Naturalismo, bem como das normas básicas da Matemática, por exemplo, e pode ser considerado como fundador da ciência do homem ou de uma teoria geral das ciências humanas. Sua importância pode ser assinalada pelo fato de a essa altura já se poder verificar uma oposição entre naturalismo e história, fundamental para o entendimento do Neokantismo, que, como foi

dito, se trata de uma das principais fontes da ciência moderna em geral e da filosofia jurídica em particular. Não por acaso, esse autor foi lido, por exemplo, por COMTE, SAVIGNY e MARX.

Talvez fosse oportuno dizer também que VICO exerceu uma notável influência no surgimento de "pensamentos científicos problematizadores", fonte, dentre outras coisas, da Tópica de THEODOR VIEHWEG que, além de ter obtido grande repercussão mundial nos quadros da filosofia jurídica dos anos 50, vem exercendo uma forte influência nos meios acadêmicos brasileiros, mormente na obra de TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR. Como veremos oportunamente, pode-se apontar algumas proximidades de TÉRCIO com NORBERTO BOBBIO.

Retomando a trajetória até então, se com DESCARTES algum progresso houve na teoria das ciências, este foi o da separação entre pensamento e matéria, o que, como é sabido, viria confluír em análises que, passando pelo transcendentalismo kantiano, terminariam por desembocar no idealismo hegeliano e no materialismo marxista. Entre 1776-1836, JEAN-MARIE AMPÉRE estabeleceu uma diferenciação entre ciências cosmológicas ou ciências da natureza, e ciências noológicas ou ciências do espírito, divisão que permaneceu até a Hermenêutica, entendida aqui como uma forma aberta de pensar o mundo, através do caráter aberto da linguagem.

O que necessariamente deve ser dito por ora é que até essa altura a ciência jurídica fazia parte da arquitetura aristotélica, qual seja, a política e, como tal, se encontrava ainda vinculada à ética como possibilidade de ação prática relacionada ontologicamente com o ser, muito embora em termos de prudência e não de certeza. *Será com THOMAS HOBBS que essa situação se alterará de uma forma peculiarmente importante. Com HOBBS procurar-se-á transpor a era da incerteza ética rumo a da certeza sem ética alguma, tudo em nome da administração da sociedade.* Como veremos, isso é significativamente ímpar para uma análise do direito e da política na era da ciência⁴⁴

Não obstante isto, perceba-se o carácter empírico das ciências da natureza, isto é, uma exterioridade entre sujeito e conhecimento. LEIBNIZ e VOLTAIRE, mesmo que em situações distintas trabalharam, por exemplo, as categorias do justo e do injusto por meio de uma ciência empírica. É verdade que LEIBNIZ acreditava numa metafísica transcendente, enquanto VOLTAIRE enfatizava sua exacerbada incredulidade, o seu materialismo.

De uma maneira quicá exageradamente superficial, poder-se-ia dizer que a classificação das ciências é passível

⁴⁴ Cfe. 'Teoria e Práxis', de JÜRGEN HABERMAS, 1987, capítulo 1, p.49 a 86.

de adquirir uma performance infinita, o que absolutamente não interessa discutir. Resta, isto sim, do que até aqui foi dito, a constatação de um naturalismo predominantemente mas desordenado, com base numa ciência empírica.

Outrossim, as colocações feitas até aqui servirão para auxiliar na posterior compreensão das diferenças fundamentais entre o neokantismo de MARBURGO e de BADEN, donde brotou a sistematização contemporânea do fenômeno jurídico. Por outro lado, as diferenças entre Marburgo e Baden, mormente no que diz respeito à adoção de princípios gerais ligados à natureza ou à história tem de serem consideradas como o resultado de desdobramentos impostos por KANT ao conhecimento. A ele se deve, ao mesmo tempo, o aprofundamento do fosso que separa pensamento e matéria, consciência e realidade social, bem como a pretensa superação dessas mesmas dicotomias. E isto através da fundação do homem como sujeito único do conhecimento, muito embora fraturado em sua dimensão de "ser" e "dever ser".

2.3 - Os Meandros de uma Visão Historicista de Mundo

As informações que nos propusemos a dar acerca da trajetória das Ciências Humanas requerem agora uma ênfase na História como Ciência. JULIEN FREUND assinala⁽¹²⁾, que a conscientização histórica, ou seja, a oposição entre

Naturalismo científico e História como Ciência, tomou corpo somente a partir do séc. XIX, e que de uma maneira sintética, encontramos três movimentos históricos importantes, dentre outros. O primeiro, com HUGO, PUTCHA e SAVIGNY, que se tornou vulgarmente conhecido por acreditar na existência de um espírito particular de cada povo (volksgeist). Há, na produção dessa escola, uma dimensão ontológica, bem como o domínio acadêmico de que ela representou a primeira tentativa de sistematização do direito. O jurista, a partir das ciências humanas:

"... deve considerar o direito desde um duplo sentido: o sentido histórico, para apreender com rigor o que é próprio de cada época e de cada forma jurídica, e o sentido sistemático, para considerar cada conceito e cada proposição na sua ligação e reciprocidade viva com o todo, isto é, na única relação que constitui o verdadeiro e o natural" ⁴²

O segundo movimento tido como histórico foi patrocinado pela escola hegeliana. HEGEL pretendeu "racionalizar o real", ou seja, a própria história, não no sentido tradicional (ao modo de SAVIGNY) mas como um fenômeno do espírito que desencadeia dialeticamente uma relação entre realidade e valor, o que dará o devir de cada povo. ⁴⁴ Sobre

⁴² Op.cit., p.31 e seguintes.

⁴³ Cfe. CARL F. SAVIGNY, "Metodologia Jurídica", 1979:p.35 a 52; e também cfe. JULIEN FREUND, op.cit., p.37.

⁴⁴ Cfe. "Lecciones sobre la Filosofia de la História Universal", de GEORG W.F.Negel, 1982:p.43.

a racionalidade da história, HEGEL já na introdução geral dessa obra assinala que:

"... empezaré advirtiendo, sobre el concepto provisional de la filosofía de la historia universal, que, como he dicho, a la filosofía se le hace en primer término el reproche de que va con ciertos pensamientos a la historia y de que considera esta según esos pensamientos. Pero el único pensamiento que aporta es el simple pensamiento de la razón, de que la razón rige el mundo y de que, por tanto, también la historia universal ha transcurrido racionalmente".

O elemento racionalidade, que HEGEL pretende introduzir em sua filosofia da história como algo inerente à história, não deixou de ser, no fundo, conforme hoje sabemos, um "a priori sintético da consciência". GOETHE, contemporâneo e amigo de HEGEL, tal o espírito da época, chegou a afirmar: "todo o fato é já teoria". E isto, por si só, já significa bastante na direção de que as próprias coisas e os fatos possuem uma dimensão fenomenológica. ORTEGA y GASSET disse muito bem que:

"... no se comprende que haya podido imaginarse otra cosa si no supiésemos cómo aparecía planteado el problema epistemológico hacia 1800. Tanto el Kantismo como el positivismo partían, dogmáticamente, de la más extraña paradoja, cual es creer que existe un conocimiento del mundo y a la vez creer que ese mundo no tiene por sí forma, estructura, anatomía, sino que consiste primariamente en un montón de materiales - los fenómenos - o, como KANT dice, en un "caos de sensaciones". Ahora bien: como el caos es informe, no es mundo, y la forma o estructura que este ha menestre ha tenido que ponerla el sujeto salivándola de sí mismo. Cómo sea posible que formas originariamente subjetivas se conviertan

en formas de las cosas del mundo es el grande y complicado intento de magia que ocupaba a la filosofía de aquel tiempo".⁴⁵

Ora, diga-se de passo e com bastante interesse, que a "Teoria Crítica" de J. HABERMAS⁴⁶, possui como base de seu desenvolvimento tanto o transcendentalismo kantiano quanto o idealismo da consciência proposto por HEGEL em termos de uma racionalidade histórica progressiva, e que ao final das contas confluíram, cada um ao seu modo, nas correntes positivistas, sobretudo no que aí se tem verificado em termos de limitação da razão. A limitação da razão no âmbito de uma teoria, tal como é assinalado no positivismo contemporâneo que prega a cientificidade apenas para o objetivo, negando-a para o subjetivo, é também ideologia. Nesse caso, o direito seria mera ideologia. Porém, como assinala MACCARTHY em "La Teoria Crítica de HABERMAS"⁴⁷:

"... si todos os valores son subjetivos, si la orientación práctica en la vida cae en última instancia fuera de la justificación racional, entonces el compromiso positivista con la ciencia y la tecnología, su oposición al dogmatismo y a la ideología es también subjetivo y racionalmente injustificable (esto es, es dogmático). Si por el contrario, el interés por la ilustración es en sí un interés racional, entonces la razón aloja en sí un interés práctico y no puede ser definida de forma exhaustiva en términos de ciencia y tecnología".

Por outro lado, cremos ser importante fazer a seguinte

⁴⁵ Ver prefácio do "Lecciones ...", de HEGEL, op.cit., p.23

⁴⁶ Importante pensador alemão contemporâneo. Pode-se citar neste sentido suas obras "Conhecimento e Interesse", 1982 e "Teoria de la Acción Comunicativa I e II", 1987.

⁴⁷ Cfe. MACCARTHY, THOMAS. "La teoria Crítica de JURGEN HABERMAS, 1987:p.25

aclaração:

"... por filosofia de la historia se ha entendido hasta ahora una de dos cosas: o el intento de construir el contenido de la historia mediante categorias sensu stricto filosoficas (HEGEL), o bien la reflexión sobre la forma intelectual que la historiografía practica (RICKERT). Esta es una lógica, aquella una metafísica de la historia". Além do mais, "la historiología no es ni lo uno ni lo otro. Los neokantianos conservan del gran chino de Koningsberg el dogma fundamental que niega a todo ser o realidad la posesión de una forma o estructura propria. Solo el pensar tiene y da forma a lo que carece de ella. De aquí que tampoco lo histórico tenga por sí una figura y un verdadero ser. El pensamiento encuentra un caos de dados humanos, puro material informe, al cual, mediante la historiografía, proporciona modelado y perfil. Si a la actividad intelectual del sujeto llamamos logos, tendremos que no hay más formas en el mundo que las lógicas, ni más categorias o principios estructurales que los del logos subjetivo. De esta manera los neokantianos reducen la filosofía de la historia a una lógica de la historiografía". "La historiología parte de una convicción inversa. Según ella, todo ser tiene su forma original antes de que el pensar lo piense. Claro es que el pensamiento, a fuer de realidad entre las realidades, tiene también la suya. Pero la misión del intelecto no es proyectar su forma sobre el caos de datos recibidos, sino precisamente lo contrario. La característica del pensar, su forma constitutiva, consiste en adoptar la forma de los objetos, hacer de estos su principio e norma. En sentido estricto no hay, pues, un pensar formal, no hay una lógica con abstracción de un objeto determinado en que piensa. Lo que siempre se ha denominado pensamiento logico puro no es menos material que otro cualquiera".⁴⁰

No que se refere a uma teoria do conhecimento e da sociedade democrática, HEGEL contribui menos do que talvez

⁴⁰ ORTEGA y GASSET é o autor destas idéias, que segundo ele iriam ser desenvolvidas num trabalho posterior. As reproduzimos apenas com o objetivo de ilustrar a exposição.

muitos imaginem. A tomada de consciência histórica de HEGEL se apresenta em dois níveis: primeiro, o da historicidade da consciência individual; e, segundo, o nível da história filosófica, que ele opõe, por um lado, ao que chama a história original, isto é, as crônicas ou narrativas de historiadores que, como Tucídides, César ou Guichardin, relatam os acontecimentos de que eles próprios foram testemunhas; por outro lado, essa história filosófica opõe-se à história refletida, isto é, a historiografia ou a história dos historiadores profissionais que, baseando-se em compilações, explicam as causas dos fatos históricos, como por exemplo, a evolução de um povo determinado ou a de uma noção determinada, como o direito ou a economia, subentendendo-se que tal história pode ser substituída por outra, desde que os historiadores elaborem e ordenem de outra forma os mesmos documentos (...) e considera essa história filosófica como inteiramente penetrada de racionalidade.⁴⁹

Ambos os níveis da análise hegeliana repercutirão profundamente, como se verá, nos trabalhos críticos da Escola de Frankfurt, sobretudo no que a análise dos frankfurteanos prestou de atenção à massificação, reificação e unidimensionalização da consciência, uma consciência ilusoriamente problemática protagonizada pelo positivismo. Por outro lado, a análise hegeliana repercutiu na teoria da

⁴⁹ Cfe. FREUND, op. cit. p.41 a 43.

evolução social desenvolvida pelo funcionalismo, e ambas essas questões são centrais para a democracia e a emancipação. Não obstante isso, HANS-GEORG GADAMER, que HABERMAS situa como um importante interlocutor para suas análises da Hermenêutica, num artigo sobre a filosofia de HEGEL e suas influências atuais, nos seus escritos sobre "A Razão na época da Ciência", afirma que HEGEL pretendeu

"... uma última síntese entre natureza e história, entre natureza e sociedade, num grande sistema de pensamento filosófico que, naturalmente, por ser a última culminância de uma antigüíssima pretensão, a pretensão grega, de pensar o logos do ser, alcançou popularidade, muito embora os seus problemas intestinais inevitáveis e a impossibilidade de se pensar assim nos dias de hoje".⁵⁰

Enfim, os trabalhos de HEGEL foram retomados por KARL MARX, com todas as inversões e modificações hoje já bastante difundidas e tornadas vulgarmente perigosas pelos seus seguidores. A análise de MARX é de muita importância, porém em sentido estrito ultrapassa os interesses deste trabalho. Entretanto, é sabido também que os comentadores e seguidores à esquerda e à direita de HEGEL, tendo por princípio questões religiosas, desencadearam graves problemas políticos à época. Talvez se deva justamente a isso, o fato de que em meio ao auge e a ruína positivista, as teses de HEGEL foram abandonadas, e um retorno dos procedimentos ditos científicos

⁵⁰ Cfe. "A Razão na época da Ciência", de HANS-GEORG GADAMER, 1983:p.28 e segs.

diretamente às teses de KANT, foi capitaneado pelos neokantianos.

De modo que podemos adentrar, neste momento, ao comentário de um terceiro movimento histórico e que fez escola: o dos economistas. Numa de suas versões, temos os trabalhos de MARX que, como foi dito, ultrapassam nossos interesses. Na outra, e que nos interessa ver alguns desdobramentos, estavam agrupados GUSTAV SCHMOLLER, BUCHNER e GEORGE KNAPP, cuja ação se exerceria por meio da célebre "Associação de Política Social e viria determinar, ao menos em parte, a orientação de W. SOMBART, MAX WEBER e até JOSEPH SCHUMPETER, obviamente guardadas as distâncias entre esses pensadores.

WEBER é, sem lugar a dúvidas, o mais importante sociólogo de todos os tempos, e a influência de sua obra é universal. "Economia e Sociedade", esboço de uma sociologia compreensiva, guarda em si, a nosso juízo, uma das mais lúcidas criações categoriais (tipos-ideais) do problema do poder e da dominação teleológica, fenômenos esses muito importantes para o trabalho aqui desenvolvido.

JOSEPH SCHUMPETER, nome com menos expressão que WEBER, foi um economista de matizes socialistas, e numa de suas obras mais importantes, "Capitalismo, Socialismo e Democracia", desenvolveu uma importante análise do pensamento

marxista, projetando essa análise em indagações tais como se o capitalismo, poderia sobreviver etc., numa pregação quase religiosa das condições e possibilidades de implantação de um socialismo real. Do ponto de vista metodológico, conserva os problemas inerentes aos postulados marxistas clássicos, revistos pelo neokantismo.

Neste ponto, deixando muitas outras questões importantes para trás, caberia salientar como aspectos que mais nos interessam, algumas diferenciações entre o historicismo de SAVIGNY e de HEGEL. O primeiro em defesa da tradição histórica e, o segundo, em favor da libertação burguesa dos saberes. Para SAVIGNY o direito é uma forma de manifestação do espírito particular de cada povo ou nação, e, desta forma, uma ciência não pode prescindir de um desenvolvimento histórico condicionado, de um povo considerado, como por exemplo o povo germânico, etc. SAVIGNY, neste sentido, busca sua fundamentação teórica no direito romano e nos pandectistas. Por seu turno e guardadas as diferenças, HEGEL vai além, fundamentando o seu estudo, dentre outras concepções, no sentido universal e dialético, pré-socrático grego, posto por HERACLITO.

Resulta com HEGEL uma concepção histórica dinâmica que teria como síntese objetiva a Alemanha do século XIX. Daí a luta de HEGEL pela unificação da Alemanha, pois nível

jurídico, ao contrário de SAVIGNY, era fundamental a existência de um código para a nação germânica:

"... recusar a uma nação culta ou a classe dos juristas capacidade de elaborar um código - dizia HEGEL -, seria o mais grosseiro insulto que se pode fazer a essa nação ou a essa classe".⁵¹

Poderíamos comentar que HEGEL, assim procedendo, estava a demonstrar claramente seu lado conservador, pois codificar para ele não equivalia ter de se elaborar um sistema de leis novas quanto ao conteúdo, mas apenas reconhecer o conteúdo jurídico na sua definida universalidade, quer dizer, concebê-lo pelo pensamento e acrescentar-lhe a aplicação aos casos particulares.

Tomando a análise de um neokantiano bastante reconhecido na filosofia jurídica, GUSTAV RADBRUCH

"A Escola Histórica ergueu-se frente a doutrina jusnaturalista como seu pólo oposto".⁵²

Em termos sintéticos, pode-se dizer que a configuração jusnaturalista é tomada, no geral, como uma abordagem transcendente. Não obstante, a leitura das palavras de RADBRUCH deve ser feita cuidadosamente, pois todo o historicismo com base numa investigação empírica das

⁵¹ Cfe. Princípios da Filosofia do Direito de GEORG W.F. HEGEL, 1976, §211.

⁵² Cfe. "Filosofia do Direito" de GUSTAV RADBRUCH, 1979:p.64, sobre jusnaturalismo ver o importante livro de DIFRIED OFFE, "Estudios sobre Teoria del Derecho y la Justicia", 1988.

realidades históricas, a nosso juízo, acabou por se tornar uma espécie de história secreta da sociedade e do direito. A ficção mágico-orgânica da Escola Histórica não foi menos a-histórica do que o pensamento que pretendeu suplantar. Recorrendo a um outro autor de muito prestígio no campo das análises filosófico-jurídicas marxistas, ERNST BLOCH, sobre a proposta da Escola Histórica, vejamos o que ele nos diz:

"... no que se refere ao dismantelamento da construção a priori kantiana que havia começado com HUGO e que SAVIGNY pretendeu fazer cavalo de batalha, há que se dizer que não foi tão radical como possa talvez parecer. O fundamento burguês do direito natural clássico seguiu intacto e com ele o sistema abstrato calculatório, tal e como iria aparecer, mais formalista que nunca, imediatamente depois de SAVIGNY".⁵⁹

Assim, tanto HEGEL como SAVIGNY contam uma pseudo-linear história neutra na qual as atitudes políticas são vistas como profanas e, por vezes, ocultas sob o manto de uma sociedade homogênea e ideal.

2.4 - Síntese da Visão Naturalista e Historicista de Mundo

Na esteira do entendimento proposto por nosso texto para a compreensão dos problemas ligados à Ciência, tentemos assinalar, brevemente, os elementos ligados à noção de Naturalismo e Historicismo para, então, acentuar

⁵⁹ Cfe. "Derecho Natural y Dignidad Humana", 1980:p.91.

especificamente alguns dos elementos paradigmáticos do positivismo, que se encontra nos limites do transcendentalismo kantiano e do idealismo hegeliano e o neokantismo. De passagem, talvez, fosse oportuno ressaltar que os sérios problemas vinculados à história da Ciência sempre se relacionaram à possibilidade de se encontrar a verdade, uma essência das coisas, com base em dados observáveis, isto é, na empiria. E quer nos parecer, dando um salto um tanto perigoso, que mesmo os progressos da moderna epistemologia (BACHELARD, GANQUILLHEM ou PIAGET, para citar apenas alguns), não se safaram dessa tensão. O problema está em conseguir tal procedimento, safar-se das concepções míticas, vinculadas a uma suposta natureza humana essencial, bem como suplantar, para além disso, os conhecidos entraves proporcionados pela própria linguagem da Ciência.

Pois bem. Em Filosofia, naturalismo designa (ou pretende ser, pelo menos) toda a doutrina que exclui na interpretação dos fenômenos, o sobrenatural, ou, simplesmente, a transcendência.⁵⁴

Por outro lado, em epistemologia, chama-se naturalismo a toda teoria que nega especificidade às ciências humanas, sob o pretexto de que não existe outro modelo de ciência que não seja o da ciências da natureza. Esta teoria perdeu

⁵⁴ A título de ilustração, pode-se dizer que foi desse naturalismo que surgiram os movimentos conhecidos hoje como fisicalistas.

crédito, mas mantém-se em algumas correntes nos dias de hoje, mormente no marxismo vulgar que considera o espírito como um rigoroso reflexo da matéria, questão esta que a nosso juízo se encontra completamente superada pelo próprio marxismo.

Dentre os diversos naturalismos que existem, segundo JULIEN FREUND⁵⁵, há os que:

"... tomam como ponto de partida um princípio, uma teoria ou um conceito das ciências da natureza, por exemplo, o princípio do determinismo ou o conceito de lei natural, ou a teoria da evolução (H.SPENCER)...; ou, ainda, os que se contentam em aplicar de forma mais ou menos pragmática os métodos das ciências da natureza, em particular o método experimental às ciências humanas, sem dar uma justificação filosófica à essa extensão. O naturalismo conduz por fim, a uma situação paradoxal: não só tende a dominar as ciências humanas, como ainda a substituir-se-lhes, quer para explicar, quer para dirigir normativamente as atividades humanas".

Um bom exemplo desse tipo de procedimento nos oferece HUGO GROCIÓ⁵⁶, pensador de extrema importância surgido no círculo do Humanismo. Em sua doutrina acerca da origem da sociedade e do direito, assim como em PLATÃO, o Direito surge numa relação recíproca entre Lógica e ética, isto é, no espírito de GROCIÓ, o problema do direito se enlaça com o da Matemática. Assim, este autor que dentre outros feitos recuperou a noção de Direito Natural divino e transcendente,

⁵⁵ 'A teoria das Ciências Humanas', p.107 e 108.

⁵⁶ Cfe. ERNEST CASSIRER, 'La Filosofia de la Ilustracion', 1981:p.264.

transformando-a em racionalista, forjou, segundo CASSIRER, uma vinculação metódica, a primeira vista perigosa e paradoxal para a Ciência do Direito. Ou seja, o direito parece ganhar no seu aspecto puramente ideal, ao mesmo tempo que parece perder no que se refere a sua realidade. Isto é mais ou menos aproximado do entendimento que demos ao trabalho de HOBBS com a Política, ao procurar substituir a incerteza ética pela certeza sem ética alguma.

Agora bem. Embora muito já tenha sido dito sobre o Historicismo, para os fins de inteligibilidade do neokantismo posterior, algo mais deve ser dito, sobretudo no que tange as diferenças entre historicismo filosófico e epistemológico. O primeiro, faz da história o fundamento de uma concepção geral do mundo, a semelhança dos filósofos da história do séc. XIX, ou então considera que todos os fenômenos sociais e humanos só são intelegíveis sob a categoria da história, frequentemente com base numa oposição radical entre naturalismo e história. Uma das escolas neokantianas, a de Baden (com autores como WILDELBAND, RICKERT, LASK), aceita um historicismo metodológico - não pretende ser uma concepção de mundo - e, portanto, é contrária, por exemplo, ao historicismo de SAVIGNY. De certa forma esta escola torna-se um prolongamento de KANT, além de obrigatoriamente passar com suas elocubrações teóricas, pelo historicismo hegeliano.

Antecipando, por algumas razões que logo

evidenciaremos, a concepção de Ciência da escola neokantiana de Baden, pode dizer-se que ela pretende uma suplementação de KANT por meio de uma síntese entre naturalismo (kantiano) e historicismo sem-história (talvez porque próximo a HEGEL) (mais como epistemologia). Trata-se de um valer (validade) metodológico para algumas coisas, que ainda estariam em aberto; um valer científico que não poderia ser retirado, como fez o Jusnaturalismo, nem da transcendência, nem da natureza, como fizeram as teorias empiristas. As razões do porque antecipo essas linhas gerais, se devem fundamentalmente ao aparecimento, muito importante, dos estudos de um outro neokantismo de Baden, EMIL LASK, um figura que embora o pouco tempo que viveu, representou muito para a sistematização contemporânea do fenômeno jurídico, principalmente porque procurou aliar as sistematizações recém mencionadas, com uma bem articulada fuga da problemática da história, por meio de inclusões de um culturalismo de matriz fenomenológica.

Além disso, EMIL LASK foi nada mais nada menos do que um dos primeiros autores a falar em formalismo jurídico, um formalismo jurídico formal, é bem verdade. Mas por outro lado, é deste formalismo jurídico formal que partirá MIGUEL REALE, nos anos 50, no Brasil, para a elaboração de sua "teoria tridimensional do direito".

De modo que reafirmando parte do que foi dito e

retomando aspectos centrais de nosso texto, pode-se dizer que o saber científico segue então duas direções: uma naturalista, orientada para a investigação de leis gerais; outra histórica, orientada para o estudo singular. Desde uma perspectiva ampla e não muito rigorosa, pode-se dizer que a escola neokantiana de Marburgo segue o princípio naturalístico; do mesmo modo, porém noutra perspectiva, a de Baden, como foi visto, busca uma síntese alternativa e bastante mais complexa que espero ter a oportunidade de demonstrar, após considerar brevemente o positivismo clássico.

2.5 - Breve Alusão ao Positivismo Clássico

Augusto COMTE é, sem lugar a dúvidas, um marco inicial e referencial para o Positivismo. Dentre suas idéias fundamentais, encontramos a de organizar uma teoria geral das ciências, tanto físicas como morais, baseada na idéia de gravitação, considerada como a lei à qual Deus submeteu o Universo e pela qual o reage.⁵⁷ Para COMTE, "ciência positiva seria coordination de faits". Por isso mesmo, é também uma questão que envolve a origem do conhecimento e a possibilidade de sua apreensão, e, portanto, também uma questão que diz respeito à teoria geral das ciências como

⁵⁷ Ver nesse sentido, FREUD, op.cit., p.73/74; e RAYMOND ARON, "As Etapas do Pensamento Sociológico", 1982:p.71 a 125.

disse a pouco.

A pretensão do Positivismo após ultrapassar a via Hermenêutica (não me refiro aqui a DILTHEY), residiu na tentativa de espantar toda a metafísica através de uma ligação neutra com o saber, um saber logicamente enunciado e desideologizado, com base na experiência. Trata-se de notar aqui, o prenúncio de uma Ciência sem epistemologia e, portanto, os fundamentos de uma Ciência como técnica ou tecnologia, limites dentro dos quais se envolveu a ação prática, ex-ação ética, em nosso século. Voltamos a repetir que aqui reside um dos pontos neutrais de minha provisória crítica à metodologia das Ciências Humanas positivadas, espectro maior do direito e da política, no engendramento do plexo das realidades, para falar com HABERMAS.

Na verdade, o saber positivo substitui a chamada "teoria do conhecimento", dogmatizando a fé nas ciências; ora, ao postular um conhecimento universal e válido, nada mais fez do que amputar às possibilidades de auto-reflexão do conhecimento. E arriscamo-nos a dizer também: amputou às possibilidades de desenvolvimento do próprio homem, no que ele deixa de interagir com seu sistema de "verdades". Ora, numa olhada historiográfica, hoje podemos assinalar, quase sem nenhum problema, o que estava por de trás desse discurso: assegurar a vitória do direito burguês, mesmo que ao preço de um absolutismo do saber.

Interessar-nos-ia recorrer uma vez mais a EMIL LASK, o qual prólogo da sua "Filosofia Jurídica", fornece um testemunho notável:

"... nuestra generación ha asistido al espectáculo del proceso del apogeo y de la decadencia sucesiva del positivismo. Primero quedó deslumbrada, maravillada ante las luces del saber positivo que prometían descubrir todos los misterios de la naturaleza y de la vida; no fueron precisos largos años para que el desencanto provocado por el fracaso de tantas promesas viniera a enpañar el brillo de los extraordinarios descubrimientos y para que volviera a plantearse, de nuevo, el problema del valor real de nuestro conocimiento, la justificación de los métodos que conducen al verdadero saber. No habría de esperarse que en los círculos científicos se abandonara el método positivo para abrazar otra vez las especulaciones racionalistas; fué preciso un fundamento más firme al método positivo, que había sido el instrumento de fecundas conquistas, por lo que no era posible prescindir de su auxilio. La vuelta a KANT, que fué la voz de orden entre las escuelas positivas(neokantianas), revela la preocupación de buscar un fundamento al saber, un método científico acreditado por la crítica".⁵⁰

De qualquer forma, para finalizar esta breve alusão, gostaríamos de dizer que o "Positivismo Jurídico Italiano" se diferencia em muito desse Positivismo clássico de COMTE, pois que não busca a verdade mas o rigor das proposições científicas.

⁵⁰ Cfc. Enrique Martínez Paz, apud prólogo da "Filosofia Jurídica" de EMIL LASK, p.IX a XX.

2.6 - As Escolas Neokantianas de Baden e Marburgo

Assim, como resultado desse processo, surgem na Alemanha as tantas vezes mencionadas escolas neokantianas, que podemos dizer se assentam numa das tantas dicotomias kantianas: a de forma e matéria. Não por acaso, elas podem ser aproximadas da oposição que vimos pondo de relevo, entre princípios naturalísticos e históricos. Não obstante os cuidados que se deva ter, enquanto dicotomia epistemológico-operacional, elas podem ser aproximadas também à preocupações com método e objeto. Não obstante, resulta com o Positivismo o império da metodologia.

A fim de caracterizar melhor as escolas neokantianas, dentre outras elas possuem as seguintes características:

A de Marburgo, partindo do transcendentalismo kantiano, dá por superada a dicotomia pensamento-coisa, consciência-mundo real e é fortemente influenciada pelo naturalismo científico a que vimos referindo, bem como pelo racionalismo do séc. XVIII. Parte, desta forma, de linhas gerais para a ciência, em detrimento do particular e histórico; descendem, em outras palavras, da razão pura teórica e terminam por hiper-valorizar os aspectos lógicos formais. O pressuposto generalizante e naturalístico desta escola pode ser tido como equivalente ao das ciências nomotéticas. Com características marcantes desta escola, embora não somente, vemos os juristas já mencionados, STAMMLER e KELSEN.

Por outro lado:

A escola de Baden (Sul Ocidental da Alemanha), conhecida como praticante da filosofia dos valores e da cultura, pende para a tendência

historicista; seu historicismo, entretanto sobretudo a partir de seus mestres - WILDELBAND e RICKERT -, é epistemológico; há, porém, outras implicações como é o caso da tendência idealista de RICKERT, a vertente fenomenológica de MAX SCELLER, etc.; como idealista da cultura olham mais para os valores, no que estes tem de individual e intuitivo, e descendem mais da razão pura prática; são por sua vez praticantes das ciências históricas, também denominadas de ideográficas, individualizadoras; conservam epistemologicamente a tradição kantiana mas associam uma história dos valores, ao modelo da história do espírito hegeliano, uma história não do passado e de seus sucessos (SAVIGNY), ou dos procedimentos naturalísticos, mas uma história da cultura baseada em juízos teóricos que para esses autores poderão atingir uma validade universal, ao modelo das ciências nomotéticas; não é filosofia da história, mas sim um resultado de atividade criadora do sujeito, e, portanto, uma forma a priori que se mantém fiel a KANT.

De sorte que como foi dito, podemos notar nesta escola a presença de juristas como RADBRUCH e LASK, este último, com um notável avanço na teoria dos valores.

Adentremos agora de um modo mais específico em questões que disseram respeito ao trabalho dos neokantianos e que dizem, especialmente, respeito à obra de BOBBIO. Dentre elas interessa-nos discutir o problema dos valores e da cultura, particularmente o problema da justiça e da política.

Tomado em um sentido estrito, depois que KANT colocou o problema fundamental do sentido normativo de uma ciência, a questão dos valores e da cultura restaram difíceis de serem sistematizadas. Como exemplo temos o valor segurança,

liberdade e progresso. Imagine-se o tratamento epistemológico dos valores em sociedades complexas como as nossas nas quais os conflitos de interesses são a tônica. As vinculações do direito com o poder, quer seja ele político, ideológico ou econômico, são muito difíceis de serem tratadas cientificamente dentro de um quadro científico no qual o padrão de validade é subjetivo, tal como o padrão Kantiano. Certamente, não se pode pensar em uma história coagulada pela ideologia do afeto ou da religião; mas também não se pode pensar numa história de "a priori" científicos, onde a dimensão legaliforme do jurídico ou de qualquer outra ciência normativa bloqueie as lutas políticas próprias da pólis, quer coletivas ou solitárias. O que está em jogo, em síntese, é o questionamento acerca do que se deve privilegiar: o método ou o objeto? a segurança do método naturalístico ou a instabilidade do conceito objetual de história?

2.7 - Outras Considerações em torno à Ciência Moderna

Em relação ao campo do direito, cabe salientar, conjugando o que até aqui foi dito, que além do criticismo kantiano aos dogmas metafísicos, quer religiosos ou naturalístico-empíricos, encontramos desdobramentos importantes na história das idéias, como a sociologia. Referimo-nos, especialmente, a EMILE DURKHEIM, que exerceu um importante papel nos quadros da sociologia positiva do

direito. Em outras palavras, o positivismo no direito pode ser visto, por um lado, como a escola que pretende esgotar o jurídico nas normas positivas válidas, nos textos legais. Por outro lado, num sentido que critica essa aceção, o direito é visto como algo efetivo, isto é, como normas legais que por serem aplicadas e cumpridas praticamente, refletem uma "consciência coletiva" ou jurídica, como se esta fosse a verdadeira questão. Ora, este último posicionamento o encontramos em DURKHEIM que, muito provavelmente não tenha tido tempo de assistir aos debates sobre a intrincada questão da validade e da eficácia no direito, levados a efeito neste século, principalmente com HANS KELSEN e ALF ROSS.

Por outro lado, no debate sobre qual os fundamentos efetivos da Ciência do Direito, se transcendentais ou empíricos, assumirá enorme importância o Neopositivismo, ou seja, aqueles autores do Círculo de Viena que capitaneados por RUDOLFF CARNAP e LUDWIG WITGENSTEIN, desenvolveram um tipo especial de empiria-lógica. Com base na linguagem, deslocaram o problema da verdade para o rigor sintático e sobretudo semântico dos enunciados da Ciência. O enunciado que possuísse correspondência fática seria verdadeiro, aquele que não contivesse seria falso. Isto será explicitado posteriormente.

Não obstante, como esta tese pretende chegar aos fundamentos da teoria jurídica Não obstante, como esta tese

pretende chegar aos fundamentos da teoria jurídica de BOBBIO, mesmo que intempestivamente caberia assinalar que a adesão de BOBBIO ao neopositivismo foi ideológica. E ela se deu também como um enfrentamento aos debates acerca da natureza do conhecimento. BOBBIO, num dos seus mais famosos escritos (Ciência do Direito e Análise de Linguagem) aquiesceu ao Neopositivismo, por um lado, em função das polêmicas no campo da ciência e do direito, entre Jusnaturalistas e Positivistas, e, por outro lado, devido o quadro político e histórico para o qual seria fundamental a democracia, e, neste sentido, o neopositivismo seria mais adequado do que o neokantismo e o jusnaturalismo.

Enfim, resulta evidente, afora outros aspectos não detalhados, a preocupação de que a Ciência, a partir de seus métodos determina o objeto, reforçando a noção positivista. A preocupação está ligada à própria essência do conhecimento em geral, ou seja: o real é inesgotável porque duplamente infinito: intensiva e extensivamente; o conhecimento, pelo contrário, é sempre finito porque limitado pelas próprias condições do seu exercício, ou seja por seu aparelho de conceitos. Esta foi a rendição analítica. No caso específico de BOBBIO, após a crise do neopositivismo, do método estrutural, a abordagem pretendeu atingir um grau de totalidade social com o funcionalismo, recusando-se, de alguma parte, a assumir o que isto continuaria a implicar em termos de generalizações da complexidade de nossas atuais

sociedades.

Ao longo de toda a nossa pesquisa, como anunciamos bastante cedo, toda uma gama de preocupações virá à tona, sobretudo os caminhos possíveis para se discutir a razão na época da ciência (positivismo analítico X dialética, por exemplo).

Não obstante, a solução epistemológica nas Ciências Sociais talvez não resida na adoção deste ou daquele princípio, causal ou normativo; nem mesmo na adoção de princípios generalizantes ou individualizantes, mas sim na compreensão, por parte do pesquisador, da inevitável transdisciplinariedade do conhecimento, da dialeticidade entre sujeito, objeto e mediação sócio-cultural, bem como com a dúlice perspectiva (teórica e prática) da ciência jurídica. Como disse HABERMAS⁵⁹, enquanto a teoria analítica da ciência e a hermenêutica filosófica (que de investigação aberta mantém apenas o que dizem os dicionários, a mais pura evolução dos coágulos ideológicos do positivismo), continuarem a ignorarem-se uma a outra, os processos de autoreflexão permanecerão limitados.

Na sequência, procuraremos dar uma visão preliminar da histórica e da teoria que circundam a denominada filosofia neoempirista, a Escola Analítica Italiana de Filosofia do

⁵⁹ "La Lógica de las Ciencias Sociales", p.82.

Direito e o Positivismo Jurídico Italiano, foco principal deste estudo, que visa demonstrar os aspectos principais da doutrina do positivismo jurídico, sua estrutura interna e suas interrelações políticas.

CAPÍTULO 3

A FILOSOFIA NEOEMPIRISTA, A ESCOLA ANALÍTICA ITALIANA DE FILOSOFIA DO DIREITO E O POSITIVISMO JURÍDICO ITALIANO

3.1 - A Filosofia Neoempirista e a Ciência Jurídica de NORBERTO BOBBIO⁶⁶

Após o estudo das linhas gerais do modelo kantiano de direito e da síntese neokantiana, entendidos como fundamentos filosóficos da Ciência Jurídica em geral e do professor turinês em particular, passaremos agora a estabelecer algumas precisões conceituais do Neoempirismo, base mesma da teoria jurídica de BOBBIO.

Resulta usual distinguir, dentro do Neoempirismo, entre o Neopositivismo Lógico e a Filosofia Analítica. Ambas correntes neoempiristas, participam da crença de que para a

⁶⁶ Idéias extraídas de um texto de ENRICO PATTARO, p.58 a 82, de seu livro 'Filosofia do Direito, Direito e Ciência Jurídica'. Consultamos também, para a discussão da teoria objetivista da ciência, própria do neopositivismo, e para a discussão da ambigüidade metódico-metodológica da Filosofia Analítica, APEL - KARL OTTO, 'La Transformación de la Filosofía', vol.II, 1985:p.27 a 90; assim como, REALE - MIGUEL, 'Filosofia do Direito', 1990:p.329/330.

filosofia se encontra reservada a análise da linguagem, a tal ponto de reduzir-se a análise da linguagem.

O Neopositivismo Lógico considera da incumbência da filosofia a análise da linguagem da Ciência, isto é, a linguagem de cada uma das ciências. Assim sendo, a filosofia se identificará com a lógica das ciências, desempenhando a função de determinar as condições gerais e formais que tornam possível uma linguagem científica ideal.

Por seu turno, a Filosofia Analítica entende que o que está propriamente a cargo da filosofia é a análise da linguagem comum. Consequentemente se atribuirá à filosofia a análise das formas de expressão usadas na vida cotidiana. Neste caso, a filosofia investigará os significados autênticos das formas de expressão próprias da vida cotidiana, eliminando equívocos que conduzam ao uso impróprio das mesmas. Não se tratará já de analisar a linguagem ideal da lógica, senão que para os partícipes da filosofia analítica se trata de analisar os diferentes "jogos" da linguagem que encontramos na linguagem comum.

Consoante ENRICO PATTARO⁶¹, o Neopositivismo Lógico em sentido estrito, que se desenvolveu entre 1920 e 1940, encontrou sua expressão inicial no Círculo de Viena, com

⁶¹ "Filosofia do Direito...", *op.cit.*p.59.

autores como MORITZ SCHLICK e RUDOLF CARNAP. Fundamentalmente, essa corrente atribuía à filosofia, a tarefa de aclaração dos conceitos e métodos científicos mediante a análise da linguagem da ciência, excluindo de sua própria consideração, os discursos não verificáveis empiricamente, considerados não científicos ou privados de significado, tais como, por exemplo, os discursos particulares da Religião, da Política ou mesmo do direito.

Porém - como segue salientando PATTARO -, o Neopirismo dos primeiros neopositivistas lógicos não permaneceu estancado. O contato com a Segunda Guerra Mundial e com o Nacional-Socialismo, terminou por sensibilizar aos neopiristas para a necessidade de uma atenção com o obrar prático do homem, o que veio a alterar a rigidez inicial. De um labor em torno às linguagens ideais empiricamente verificáveis e controláveis (em termos de um controle dos significantes das proposições manejadas pelos cientistas), os neopositivistas tomaram também como tarefa filosófica pertinente, a análise de linguagens pouco rigorosas ou empiricamente indemonstráveis, tais como a do direito, mesmo que com a intenção apenas de demonstrar tal condição de referidas linguagens. Em resumo, das análises sintáticas e semânticas que caracterizaram os neopositivistas dos primeiros tempos, chegou-se, devido ao contato que a Escola teve com os americanos, a fundar-se numa investigação

preponderantemente pragmática.⁶²

Ainda como demarca PATTARO, conjuntamente ao eco norte-americano do Neopositivismo do Círculo de Viena desenvolveu-se, na Inglaterra, com formulações da filosofia analítica, uma espécie de neoempirismo que daria lugar a uma outra escola: a da *Universidade de Oxford*. Com base no denominado segundo WITTGENSTEIN, uma vez tomada por referência sua obra "As Investigações Filosóficas", posterior ao "Tractatus Lógico-Philosophicus", autores como JOHN AUSTIN, P.F. STRAWSON, etc., vieram a desenvolver trabalhos centrados na linguagem corrente, que, por sua vez, vieram a servir de orientação para a produção de obras da maior relevância para o direito, dentre as quais "The Language of Morals" (1952) de RICHARD M. HARE, e "The Concept of Law" (1961) de HERBERT HART.⁶³

Por fim, ainda em torno ao neoempirismo, faltaria assinalar a existência de uma terceira escola, nascida em decorrência dessa filosofia estudada, que é a "Escola Realista Escandinava", surgida em torno a Universidade de Upsala, e cujo representante mais destacado foi AXEL HAGERSTROM, que influenciou decisivamente sobre as obras de K. OLIVRECRONA e ALF ROSS.⁶⁴

⁶² Idem, PATTARO, op.cit.p.61.

⁶³ Cito HART, HERBERT, a partir da tradução mexicana de GENARO CARRIÓ, 1980.

⁶⁴ Idem, PATTARO, op.cit., p.66. Em relação a juristas que debateram com BOBBIO em

Com as colocações até aqui feitas, se pode ter uma idéia geral das correntes neoempiristas e de seus principais nomes. HAGERSTROM nos países escandinavos, por exemplo. NORBERTO BOBBIO, por seu turno, viria a ser um dos precursores desse pensamento na Itália.

Considerando agora a teoria de RUDOLF CARNAP, que serviu às investigações levadas a efeito por BOBBIO, podemos dizer que a tarefa neoempirista consistiu em afirmar, dentre muitas outras coisas, que em filosofia aparecem problemas lógicos em uma série de campos: no campo da lógica, da lógica aplicada e da teoria do conhecimento ou epistemologia. Assim, para os neopositivistas de primeira hora, que acaso são aqueles que se encontram presentes na obra de BOBBIO, muito embora BOBBIO não lhes seja fiel, demarcam-se os seguintes pontos sobre a filosofia:

- a) os problemas da metafísica são pseudo-problemas, e as proposições que a compõem são pseudo-proposições, que parecem ter referentes objetivos mas não têm;

.....

inúmeras ocasiões, tal como é o caso de ROSS, gostaria de mencionar um trecho escrito pelo professor italiano em "Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico", op.cit., p.44: "Tra le opere che contano, nella formazione del pensiero giuridico contemporaneo, da cui io ho tratto ispirazione, incitamento e suggestioni per il mio lavoro, e che metto volentieri tra le mani degli studenti, trovo esclusivamente opere di giuristi: Science et technique en droit privé positif di GÉNY; Die Juristische Logik di EHRLICH; Reine Rechtslehre di KELSEN, per venire sino ai pi recenti The Definition of Law di KANTOROWICZ, On Law and Justice di ROSS, The concept of Law di HART."

Além disso, gostaríamos de mencionar que nós mesmos estudamos a obra "Sobre el Derecho y la Justicia", quando da realização de nossa tese de mestrado "Da Noção de Consciência Coletiva em Questões de Política e Legitimidade no Direito", 1984, na qual tratamos de Política Jurídica, tese esta orientada pelo Prof. OSVALDO F. MELO.

- b) é ilusório considerar que existe um ponto de vista especificamente filosófico com base ao qual se podem investigar os mesmos objetos os quais se ocupa a ciência.

Com efeito, a nova filosofia neoempirista (que é análise da linguagem), ao assinalar que os problemas filosóficos tradicionais estão privados de sentido, exerce uma função que foi definida como terapêutica e libertadora.⁴⁵

Assim, na dimensão de uma meta-teoria da ciência jurídica, sobretudo como se verá com o texto de BOBBIO "Scienza del diritto i analisi del linguaggio", a filosofia neoempirista possibilitou ao jurista uma função terapêutica e libertadora da filosofia jurídica. No campo da filosofia do direito, o demonstrar que a metafísica está construída por enunciados privados de sentido - conforme nos demonstra PATTARO -, nos levará, por exemplo, ao abandono do Jusnaturalismo, o qual com certa frequência se apresenta como uma metafísica jurídica. E, finalmente, tal postura levará também, a resultados muito importantes no campo da Teoria Geral do Direito, pois ao trabalhar no âmbito de um processo de elucidação do sentido das leis, propiciará uma discussão empírica dos elementos universais do conceito de norma e ordenamento jurídico.

⁴⁵ Cfe. NICOLA ABBAGNO, "Storia della Filosofia", citado por PATTARO, op.cit., p.76.

3.2 - NORBERTO BOBBIO e a Escola Analítica Italiana de Filosofia do Direito

A Escola Analítica Italiana de Filosofia do Direito nasceu com propósitos de harmonização da filosofia neoempirista com o pensamento jurídico de HANS KELSEN. Neste ítem, procurar-se-á mostrar que a Filosofia Analítica e o Neopositivismo lógico, como vertentes do Neoempirismo, constituem-se em características fundamentais do pensamento de BOBBIO.⁶⁶

Conforme assinala SCARPELLI, NORBERTO BOBBIO, no ano de 1944, lançou um pequeno e precioso livro intitulado "La Filosofia del Decadentismo"⁶⁷, que terminaria por ser a porta de acesso a uma filosofia neoempirista. Nele, visava a um acerto de contas com o Existencialismo, movimento que o próprio BOBBIO havia integrado tempos atrás mas que, nesse momento, entendia como um aristocratismo individualista propugnado por HEIDEGGER e JASPERS, em nome de um humanismo democrático e social.⁶⁸ Em resumo, essa crítica aparecia

⁶⁶ Para buscar o entendimento do que são essas vertentes, utilizar-se-á um texto de UBERTO SCARPELLI sobre "A Filosofia, A Filosofia da ética, e a Filosofia do Direito de endereço Analítico na Itália", - texto introdutório ao livro "Diritto e Analisi del Linguaggio", 1976, vários autores, Edit.di Comunità, Milano, 1976. Também será utilizado o livro "Filosofia del Derecho. Derecho. Ciência Jurídica", de ENRICO PATTARO, Instituto Editorial Reus, SA, Madrid, 1980, op.cit..

⁶⁷ Edit. Chiantore, Torino, 1944.

⁶⁸ Cfe. texto "As Afinidades de NORBERTO BOBBIO", PERRY ANDERSON, in Rev. Novos Estudos nº24, 1989:p.17.

tendo como pano de fundo, político e ideológico, a proposição de uma "filosofia do ser que encontrasse o seu valor colaborando socialmente para uma obra comum".⁶⁹

Em seu "Política e Cultura"⁷⁰, mais tarde, viria a explicar melhor essa questão:

"... abandonamos o decadentismo, que era a expressão ideológica de uma classe em declínio, porque estávamos participando do esforço e das esperanças de uma nova classe."

Quer dizer, seu rechaço de uma filosofia simplesmente do "ser" e a adoção de uma perspectiva de "dever ser" ou de normatividade social, com a introdução do movimento neoempirista nos estudos do direito, visavam ao incremento de uma síntese entre liberalismo e socialismo. Nem tão a favor da revolução propugnada pelas classes operárias e oprimidas, nem tão de acordo com a busca de manutenção do "status quo" pregado pela burguesia.⁷¹

Portanto, diante de uma negação romântica da razão - que BOBBIO entendia a negação intentada pelo Existencialismo -, e diante da negativa de uma identificação idealística da razão com a razão de um sujeito universal ao modelo kantiano,

⁶⁹ SCARPELLI, "La Filosofia del Diritto di indirizzo Analitico...", op.cit., p.8.

⁷⁰ Edição Einaudi, 1980:p.199. Este livro é um dos mais importantes de BOBBIO, porque contextualiza o ambiente em que floresceram suas teses científicas no campo do Direito.

⁷¹ BOBBIO escreveu um artigo intitulado "Reformismo, Socialismo e Igualdade", traduzido pela Revista Novos Estudos CEBRAP nº19, 1987, e que é ilustrativo de sua posição meridiana em relação ao Liberalismo e ao Socialismo, pano de fundo de suas discussões teóricas no campo do Direito.

se recomeçava a falar de uma razão do homem: uma razão, como havia dito BOBBIO na "Filosofia del Decadentismo", não abstrata, mas histórica; uma razão que fosse na direção de um homem empenhado em construir ou reconstruir o próprio mundo; ...não uma estrutura do "ser" preconstituída e garantida, mas uma estrutura construída e continuamente aperfeiçoada, uma possibilidade selecionada dentre outras possibilidades, um projeto de existência passo a passo atualizado.⁷²

De um modo geral, o problema filosófico, paulatinamente, iria se postar na linguagem, que deveria ser perfeita e possibilitar a interação discursiva da sociedade. Como diz SCARPELLI,

"... non é il caso qui di impegnarci nella complessa trattazione che sarebbe necessaria per identificare e presentare le caratteristiche comuni delle filosofie perseguenti la chiarezza e l'onestà dell'intelletto attraverso la chiarezza e l'onestà del discorso, grazie a tali caratteristiche comuni nominabili con il comune nome di "filosofia linguistica" o (preferibilmente) di "filosofia analitica".⁷³

Pois bem. O Neoempirismo (filosofia analítica e neopositivismo) na Itália, por outro lado, envolveu-se com vários temas, dentre os quais se sobressairam a Filosofia da ética e do Direito, e a Filosofia da Ciência. Não obstante, dentre uma teoria performativista e outra construtivista, a

⁷² SCARPELLI, UBERTO, "La Filosofia...", op.cit., p.8.

⁷³ Idem, ibidem, p.10.

presença dominante na Itália foi a do *costruttivístico empirismo lógico* (ou *Neopositivismo*). Autores como JOHN AUSTIN e ALF ROSS, por exemplo, tomaram o caminho da primeira teoria, mais propriamente analítica, embora se empregue o termo como adequado a ambas as vertentes (isto será explicado em itens posteriores).

Segundo UBERTO SCARPELLI,

"... la tendenza precipuamente logico-empirista della nostra filosofia analitica ha corrisposto all'impegno razionalistico, nel senso del nuovo razionalismo caratterizzato da Geymonat come abbiamo ricordato in precedenza. La ricostruzione o costruzione linguistica, il perseguimento della chiarezza e del rigore con l'ordinamento del linguaggio, l'ordinamento dell'esperienza per la via dell'ordinamento del linguaggio, sono stati, per chi uscì dal buio del fascismo e della cultura fascista, una maniera di riaccendere e portare i "lumi della ragione", di professare e praticare un aggiornato illuminismo: un illuminismo convenzionalistico, che puntava su una ragione da configurare nella determinazione della struttura del discorso mediante scelte ed intese espresse nelle convenzioni. *Nell'idea delle convenzioni costitutive della struttura del discorso e quindi della ragione sono insiti i due grandi temi e valori etico-politici di una filosofia illuministica: quello della libertà che si realizza nella scelta e quello del contratto sociale che pone in essere le forme delle relazioni fra gli esseri umani*".⁷⁴

Tal concepção analítica foi duramente criticada por setores marxistas que, porém, segundo SCARPELLI, manifestavam o ânimo de um dogmatismo próprio de uma metafísica social.

⁷⁴ SCARPELLI, op.cit., idem, p.12.

ALBERTO GIANQUINTO em sua "La filosofia analítica. L'involuzione della riflessione sulla scienza", 1961^{<75>}, denunciava na filosofia analítica e particularmente no convencionalismo, sem nenhum atenuante, seu caráter de instrumento da hegemonia capitalista a serviço da ciência.

Particularmente ao desenvolvimento de uma filosofia analítica na Itália na direção de uma filosofia da ética e do Direito, se pode observar, antes de tudo, o quanto tal filosofia analítica representou uma conscientização histórica dos problemas políticos e sociais, conscientização esta muito rica em número e quantidade de estudos aparecidos. Como mostra RUIZ MIGUEL^{<76>}, apareceram vários estudos do próprio SCARPELLI, de AMADEO CONTE, de GIOVANNI TARELLO, de GIUSEPPE LUMIA, de GIACOMO CAVAZZI, de MARIO LOSANO, de LUIGI FERRAJOLI, e ENRICO PATTARO.

As características principais da filosofia da ética de endereço analítico na Itália são as seguintes: primeiramente, uma tendência a superar as formas clássicas de distinção entre o direito e a moral; em segundo lugar, a emergência da problemática de qual a base primeira de um sistema diretivo ou de normas. Trata-se, aqui, de buscar a legitimação do sistema normativo, que desde uma filosofia da moral indagaria da base última do sistema moral, e que desde uma filosofia da

⁷⁵ Citado apud SCARPELLI, *op.cit.*, p.14.

⁷⁶ 'Contribución a la Teoría del Derecho, estudio preliminar', *op.cit.*, p.35.

política buscaria uma justificação ideológica e uma legitimidade do poder. Contudo, desde a filosofia do direito buscaria resolver o problema de uma norma fundamental de um ordenamento jurídico. Com efeito, como diz SCARPELLI, *in rapporto al problema del fondamento di un sistema di direttive ha grande importanza la soluzione del problema della derivabilità logica di proposizioni direttive da proposizioni descrittive*⁷⁷

Assim, em relação a filosofia do direito propriamente dita, SCARPELLI emite um juízo relativamente evidente: *i giuristi sono naturaliter analisti*. E parece ser assim. Grande parte das suas atividades - como assinala o autor em estudo -, consistem em redefinições e reconstruções dos significados contidos nas interpretações dos enunciados normativos. Assim como também em redefinições, reconstruções, definições estipulativas e mesmo construções dos significados próprios à teoria jurídica.⁷⁸

A filosofia analítica, por outro lado, teve o grande mérito de liberar os juristas de uma atenção demasiadamente exagerada com o ontologismo clássico, ressaltando o carácter convencional das construções conceituais e a exigência de que elas atendam a justificações pragmáticas, ultrapassando a irracionalidade daquele ontologismo.

⁷⁷ SCARPELLI, *idem*, p.24.

⁷⁸ SCARPELLI, *idem*, *ibidem*, p.28 e 29.

Portanto, a filosofia do direito de endereço analítico contribuiu para uma nova impositação ou mesmo recomeço de tratativas sistemáticas do direito ou de seus grandes setores. Contribuiu, também, mesmo que indiretamente, para o renascimento e desenvolvimento da sociologia do direito na Itália, fulminando o terreno das filosofias globalísticas e idealísticas que sufocaram as ciências sociais. Diretamente, sustentou com muita propriedade uma batalha metodológica por uma sociologia e em particular por uma sociologia do direito.

Conforme assinala SCARPELLI,

"... a evolução e a incidência da filosofia analítica nos estudos filosóficos jurídicos na Itália, seguiram a linha de fundo de uma séria revisão dos pressupostos filosóficos e da articulação interna da teoria geral do direito de orientação normativística. A referência principal de tal revisão foi HANS KELSEN, e o ponto de partida, conforme escreveu BOBBIO em seu "Studi sulla teoria generale del diritto", 1955, foi o de uma aceitação e de uma defesa convincente do formalismo e da pureza formalística da teoria do direito. A idéia dominante, conforme BOBBIO, era que a teoria formal do direito deveria ser distinta da teoria da justiça, assim como o problema da validade do direito é distinto daquele do valor, e, ainda, como o problema lógico é distinto do problema ético." <79>

De modo que, a revisão analítica procurou elucidar que uma teoria do direito, como cada teoria, é uma construção de base convencional que requer justificacão pragmática. E, em

⁷⁹ SCARPELLI, *idem*, *ibidem*, p.31.

particular, que uma teoria do direito de tipo normativístico qual o kelseniano, que visa determinar os princípios, a estrutura, os critérios internos de um sistema ético denominado direito, supõe e transmite convenções que requerem justificações pragmáticas e ou políticas.⁸⁰

Por fim, a filosofia do direito de endereço analítico, ou seja, aquela praticada pela Escola Analítica Italiana de Filosofia do Direito moveu-se, sempre, por entre muitas dificuldades, das quais se pode destacar o fato de continuamente ter tido de se esquivar de possíveis recaídas ontologísticas. Bem como na direção de uma sempre maior conscientização política, funcionando como uma fonte de noções instrumentais para a solução de questões políticas.

3.3 - NORBERTO BOBBIO e o Positivismo Jurídico Italiano

O *positivismo jurídico italiano* é uma particular forma de positivismo jurídico. Pode dizer-se que NORBERTO BOBBIO e UBERTO SCARPELLI⁸¹ são dois de seus principais expoentes, e que uma de suas características fundamentais é a de ter

⁸⁰ SCARPELLI, *idem*, *ibidem*, p.31.

⁸¹ Utilizar-se-á, na composição deste item, um texto escrito por ENRICO PALLARO - discípulo de NORBERTO BOBBIO -, que tem por título o "Positivismo Jurídico Italiano do Renascimento a Crise". O referido texto encontra-se no livro "Diritto e Analisi del Linguaggio", organizado por UBERTO SCARPELLI, em 1976, p.451 a 486. Além dele, será utilizado o estudo preliminar de RUIZ MIGUEL à edição espanhola do "Contribución a la Teoría del Derecho", "BOBBIO y el Positivismo Jurídico Italiano", p.15 a 58.

nascido da orientação filosófica do empirismo lógico e da filosofia analítica, sob o filão, especificamente jurídico, da teoria de HANS KELSEN.

Como salienta PATTARO, o mundo cultural italiano do pós guerra viveu dias oscilantes de críticas ao passado e busca de novas idéias e instrumentais teóricos. Um pouco dessa história mostra que,

"... Molti degli esponenti della filosofia neoidealistica (pós apogeu e crise do positivismo oitocentista), già dominante, si dividono tra spiritualismo e marxismo (secondo un processo che ricorda la divisione tra destra e sinistra hegeliana in Germania); ritrova forza il neotomismo; gli intellettuali laici non marxisti sono alla ricerca di una posizione propria. Anche la letteratura giuridica - come stato scritto - "piena di esami di coscienza": il giusnaturalismo di ispirazione tomistica e quello a cui approdano i neospiritualisti fanno valere le proprie rafforzate ragioni contro il positivismo giuridico ritenuto complice del recente passato, mentre autori di formazione per lo piú strettamente giuridica portano il loro contributo alla "rivolta contro il formalismo" in nome di esperienze giuridiche non legalistiche (gli internazionalisti) ovvero attingendo a fonti diverse (al diritto romano, alla giurisprudenza degli interessi, all' esempio anglosassone) per rivalutare la figura dell' interprete come creatore di diritto o, ancora, riproponendo la concezione istituzionalistica di SANTI ROMANO, dell' HAURIUO e del RENARD."⁸²

Como se vê, tal era o clima da época. Em busca de um saber mais consistente do ponto de pista histórico e

⁸² PATTARO, op.cit., p.451/452.

empírico, autores como NORBERTO BOBBIO, vindo da fenomenologia e do existencialismo, começaram a fazer ecoar no campo da ciência do direito, as idéias do neopositivismo lógico (sobre neopositivismo lógico ver Capítulo 4 deste trabalho). Como já foi dito anteriormente e se verá adiante, "*Scienza del Diritto e Analisi del Linguaggio*", de 1950, foi o texto de arranque da Escola Analítica e dos trabalhos subsequentes do Positivismo Jurídico Italiano.

Seria quase supérfluo salientar que o encontro de BOBBIO com o neopositivismo se deu em função de suas exigências de clareza conceitual e de aderência a realidade vivenciada, sendo que este último aspecto, julgava poder encontrar adotando KELSEN - teórico exponencial do momento -, como seu interlocutor. Na mesma perspectiva, os positivistas italianos - na dúplici perspectiva do positivismo jurídico mesmo e do neopositivismo lógico -, acreditaram encontrar em KELSEN uma possibilidade alternativa de construção de uma ciência neutra e não ideológica, precisamente contra as afirmações dos facistas de que tudo é ideológico, e que saíam de cena. E do mesmo modo contra alguns marxistas que também pensavam assim e que subiam ao palco naquele momento. ⁶⁹

Com efeito, PATTARO assinala que *il positivismo giuridico sembrava ad un tempo conciliarsi con l' esigenza*

69 PATTARO, *idem*, *op.cit.*, p.435.

*intelletualistica di avalutatività della scienza e fornire gli strumenti pi validi per l' opera di ricostruzione che attendeva anche i cultori di diritto, dal momento che il diritto positivo da attuare sarebbe stato(o avrebbe dovuto essere) la nuova costituzione democratica.*⁸⁴ De alguma forma esse intento neutral e conceitual aparece demonstrado por SCARPELLI quando em seu livro sobre "Filosofia Analítica e Giurisprudenza" procura expor a teoria kelseniana vestida de uma "sintática del linguaggio giuridico".

A leitura dos textos do professor de Turim e de alguns outros interlocutores - no caso SCARPELLI e PATTARO - , fazem notar que a obra de NORBERTO BOBBIO se confunde com o próprio movimento a que deu origem, qual seja, a particular forma de positivismo jurídico italiano.

Numa breve síntese, se pode afirmar que o positivismo jurídico do qual se está a falar, lido a partir dos trabalhos de BOBBIO, seguiu pelo menos três direções:

- 1) numa primeira direcção tratou de ver como deveria ser uma TGD, ocupando-se, basicamente, da estrutura normativa do direito, e, concluindo, finalmente, pela necessidade de uma teoria formal;
- 2) numa segunda direcção, tendo BOBBIO optado por uma teoria formal, conforme o modelo kelseniano, buscou desenvolvê-la e corrigi-la;
- 3) por fim, numa terceira direcção, BOBBIO encarregou-se de aprofundar, sustentar,

⁸⁴ Idem, ibidem, op.cit., p.455.

esclarecer, defender e corrigir seu positivismo jurídico, frente, sobretudo, aos jusnaturalistas, conforme se encontra explicitado em seu curso universitário "Il Positivismo giuridico", de 1961, posteriormente editado.⁹⁵

Como se têm procurado deixar assinalado desde a introdução, este trabalho vai na direção do resgate de algumas das principais questões trabalhadas por BOBBIO no âmbito do positivismo jurídico. Quais seriam estas questões? Antes porém de salientar quais são estas questões, existe a importância de se fazer algumas diferenciações disciplinares, estabelecidas pelo próprio BOBBIO em torno aos anos 50, afim de se saber em que sentido se aplica e se relaciona tal positivismo ao conhecimento do direito.

Primeiramente, BOBBIO distinguiu entre Jurisprudência ou Ciência do Direito e Filosofia do Direito. Por Jurisprudência entendeu aquela disciplina que estuda o direito positivo ou o conteúdo das normas jurídicas, através de uma rigorosa análise da linguagem do legislador, ou, ainda, em termos de teoria geral, aqueles estudos referentes aos aspectos formais das regras jurídicas. Por Filosofia do Direito entendeu aquela disciplina que estuda a teoria da justiça ou a determinação do conjunto dos valores que presidem a constituição da realidade jurídica.

⁹⁵ Cfe. BOBBIO, "Il Positivismo Giuridico", 1979.

Em segundo lugar, cabe lembrar também a precisa distinção feita por BOBBIO entre filosofia do direito, entendida tal como recém foi anunciado, teoria geral do direito, também como estudo formal da norma, tal como foi dito, e sociologia jurídica, visto como estudo empírico do fenômeno jurídico.

Decorre de tais distinções disciplinares, conforme assinala PATTARO⁹⁶, a possibilidade de constatar que os estudos de Filosofia do Direito de BOBBIO (ano de 1948) são precedentes a sua opção pelo Neopositivismo, enquanto que, ao contrário, seus estudos sobre Jurisprudência encontram-se justamente fundamentados em tal escola. Ora, se para os neopositivistas análise da linguagem é já filosofia, ou, se se quiser, filosofia é análise da linguagem, a ciência não se distingue da filosofia, fundando apenas uma outra maneira de se entender a Filosofia Jurídica. Afora isso, na medida em que fazer ciência é tomar posse de uma dada realidade e Filosofia implica na tomada de posição diante da realidade, a anexação do Neopositivismo aos estudos jurídicos de BOBBIO causará inúmeras dificuldades e contradições, que procuraremos analisar em alguns de seus aspectos. Isto requererá futuras discussões em torno do que, verdadeiramente quer dizer, *análise da linguagem do legislador para os*

96 *Idem*, 'Il Positivismo ...', *op.cit.*, p.460.

Juristas consoante BOBBIO.

Voltando às questões principais tratadas pelo professor de Turin, *o positivismo jurídico italiano que BOBBIO transporta não só de modo epidérmico, trata mesmo é da discussão em torno à natureza da jurisprudência como ciência.* Neste intento, conforme assinala PATTARO, dois fatos são dignos de atenção:

- 1) o primeiro, diz respeito a aversão de BOBBIO a qualquer tipo de duplicação do saber jurídico;
- 2) o segundo, de capital importância nesta tese, e que só pode ser entendido considerando-se as distinções disciplinares feitas momentos antes, é o de que o positivismo jurídico italiano, com base em BOBBIO e em alguns outros autores, foi obra de Teoria Geral do Direito, em nível meta-teórico.

E isto pode ser constatado através do seguinte. Enquanto a Sociologia Jurídica é da competência dos sociólogos, que estudam a empiricidade e a evolução direito, o nexó entre as normas e a sociedade, a Jurisprudência ou Ciência do Direito, em sentido estrito, é tarefa dos juristas, que estudam os conteúdos dos sistemas jurídicos. Nem mesmo a Filosofia do Direito, que versa sobre a teoria da justiça, sobre a ideologia, com o advento das idéias da Escola Analítica, pode ser entendido como o campo de atuação

dos partícipes do positivismo jurídico italiano. O seu campo próprio seria o da Ciência Jurídica. E isto foi de capital importância para os destinos dos estudos do saber sobre o direito, no presente século.⁸⁷

Tais constatações são importantes, na medida em que esclarecem os destinos da teoria do direito dos últimos cinquenta anos. Primeiramente, assinalam o fato de que a TGD seria doravante a disciplina privilegiada para os estudos do direito, e, que, nesta perspectiva, KELSEN e sua obra deveriam ser o objeto alvo a ser retrabalhado. Por outro lado, sob o filão da teoria jurídica kelseniana, a questão da Jurisprudência ou da Ciência Jurídica viria a tomar, como se viu, um impulso neoempirista, o que implica em uma importante alteração se considerarmos que a teoria jurídica, ainda naquele momento, se encontrava presa ao kantismo.

Assim, com características convencionalistas e verificacionistas, portanto, a filosofia dos analíticos viria a trabalhar a ciência jurídica no âmbito de questões referentes à linguagem do legislador, privilegiando, assim, o nível da interpretação doutrinária do Direito frente aos seus demais níveis.

⁸⁷ Com relação a ascendência da TGD como disciplina, considere-se que o próprio BOBBIO, no prefácio do seu *Il Positivismo Jurídico*, assinala que com esta obra pretende oferecer sustentação teórica a dois de seus principais cursos anteriores: o de teoria da norma e o de teoria do ordenamento jurídico, cursos de TGD.

Consoante PATTARO, entretanto, muito embora o encontro do pensamento de KELSEN com o neoempirismo lógico tenha sido pressuposto comum aos estudos de TGD e de Ciência Jurídica, na obra de BOBBIO, ele desenvolveu-se, efetivamente, como estudos de Filosofia do Direito. É bem verdade, como uma *filosofia mais como metodologia do que ideologia*, preocupada com a linguagem do legislador, com a linguagem do jurista, e com a linguagem do teórico sistematizador do direito⁶⁰.

Pode-se constatar, efetivamente, o pouco desenvolvimento da filosofia neoempirista nos textos de Ciência Jurídica de BOBBIO, e o relativo desenvolvimento nos de Teoria Geral do Direito, o que confirma o fato daquela filosofia ter um caráter científico e aquela ciência um caráter filosófico, que engendrou um nível meta-teórico de análise da TGD, no qual o objeto trabalhado foi a própria TGD tradicional.

O encontro apregoado (neoempirismo e filosofia analítica) sob o tronco do positivismo jurídico kelseniano teve, como objetivo crucial, conforme assinala PATTARO⁶¹, reforçar os pressupostos epistemológicos nos quais se inscreve a discussão em torno à *validade do direito*.

Assim,

⁶⁰ Idem, "Il Positivismo ...", op.cit., p.463.

⁶¹ Idem, *ibidem*, p.464.

"... Il positivismo giuridico, infatti, e tanto piu palesemente nella formulazione kelseniana, riconosce una posizione privilegiata al diritto positivo, in quanto ammette che la scienza giuridica sia una, forse l' unica, scienza oggettiva di valori. Una coerente filosofia neoempiristica non puó, invece, ammettere che si dia nessuna conoscenza oggettiva dei valori come valori, e quindi neanche una scienza oggettiva del diritto come dover essere. Il punto cruciale, in cui il contrasto emerge, quello della obbligatorietà o forza vincolante del diritto, in quanto tali concetti sono legati alla teoria della validità giuridica."

Entretanto, tais estudos motivaram o aparecimento de trabalhos analíticos bem mais sofisticados e agudos, tais como os de ALF ROSS e HERBERT HART, que desde um ponto de vista crítico, conservaram e atualizaram a importância de discussões em torno à validade do direito.⁹⁰

Iniciados em 1950 com *Scienza del diritto e analisi del linguaggio* de BOBBIO, os estudos do positivismo jurídico italiano começaram a dar sinal de cansaço e esgotamento, mais ou menos ao tempo da publicação de "Giusnaturalismo e Positivismo giuridico" de NORBERTO BOBBIO, e de "Cos' é il positivismo giuridico" de UBERTO SCARPELLI. O primeiro, defendendo a cientificidade do positivismo, e, o segundo, expondo suas fraquezas e vinculações políticas.

O fato é que a partir daí os positivistas analíticos italianos tiveram de começar a reconhecer que não faziam

⁹⁰ *Idem*, *ibidem*, p.464.

ciência e sim política com a defesa do positivismo jurídico neoempirista, o que os levou a um progressivo abandono da posição originária, dando margem ao surgimento de duas diferentes vias de estudo.

A primeira, a via de BOBBIO, mostrando uma filosofia neopositivista e analítica como epistemologia preocupada com o conceito de direito, de norma e de ordenamento jurídico, etc; confirmando o deslocamento e o sucesso da TGD; a segunda, a via de SCARPELLI, mostrando-se prevalentemente como estudos sobretudo de técnica lógico-analítica, com fins políticos. De todos os modos, como se verá, a primeira via foi prevalentemente filosófica, e a segunda, exclusivamente de TGD, dependente daquela da filosofia, embora as denúncias explícitas de seu caráter político.

Assim, com a filosofia neoempirista se deixa de tratar o direito como um mundo supra-empírico, ao modo de KANT, e se passa a vê-lo mais como um fato linguístico-normativo e estatal.

CAPÍTULO 4

NORBERTO BOBBIO E O NEOPOSITIVISMO LÓGICO

4.1 - Colocação do Tema

O encontro entre a teoria kelseniana e a análise da linguagem da ciência, na obra de BOBBIO, deu-se com o texto que se tornou conhecido como um manifesto programático da Escola Analítica Italiana de Filosofia do Direito: "Ciência do Direito e Análise da Linguagem", de 1949.⁹⁴ Este encontro, por um lado, demarca proximidades e distanciamentos de BOBBIO com KELSEN e, por outro, assinala a passagem de um modelo a outro de ciência jurídica. KANT se encontrava na origem do pensamento do KELSEN daquela época, e SCHLICK e CARNAP na origem do pensamento de BOBBIO. Muito embora já tenham sido assinaladas algumas das características desses dois modelos de ciência - o modelo do transcendentalismo kantiano e do neoempirismo do Círculo de Viena -, é chegado o momento de se inteirar de alguns pormenores da aplicação do Neopositivismo lógico à problemática da Ciência Jurídica.

⁹⁴ Citamos este texto a partir da publicação do mesmo em "Diritto e Analisi del Linguaggio, a cura de UBERTO SCARPELLI", Edizioni di Comunità, 1976:p.287 a 324. Utiliza-se também a tradução castelhana de "Contribución a la Teoría del Derecho", organizada por ALFONZO RUIZ FIGUEROA, já mencionada.

Esse texto-conferência, que introduziu o positivismo lógico nos estudos jurídicos em Itália, inscreveu-se também no seio do denominado movimento *Neoiluminista*, e representou uma efetiva modificação no pensamento de BOBBIO. De uma filosofia como concepção de mundo, passou a uma filosofia como metodologia. O neoiluminismo nunca passou de movimento a escola filosófica e, em realidade, apenas agrupou um conjunto de idéias e pessoas. Resumidamente o programa dos neoiluministas fundava-se em três princípios:

- 1) a investigação filosófica não deve enclausurar-se dogmaticamente nos resultados alcançados, senão que deve manter-se sempre aberta;
- 2) deve reconhecer o lugar que a ciência ocupa no mundo contemporâneo; e, por fim,
- 3) deve também comprometer-se no mundo social e, por isso, defender também no plano político a própria possibilidade da ciência e da sociedade. ⁹²

Por outro lado, considerando a existência de uma oposição entre filósofos e juristas BOBBIO assevera que, em função do caráter especulativo do filósofo e da performance prática do direito, seria preferível o estudo desenvolvido por um jurista que se socorre da filosofia do que o estudo de um filósofo que busca adentrar ao campo do direito. Trata-se, na verdade, da opção por um método de trabalho que privilegia a análise em detrimento da síntese, justamente a inspiração

⁹² "Filosofia y Derecho en N. BOBBIO", ALFONZO RUIZ KIGUEL, 1983: p. 51 e 52.

do neopositivismo. Para usar uma expressão de EDMUND HUSSERL, realizando uma "filosofia regional" que privilegia às ciências particulares em detrimento da filosofia.

O texto mencionado, procurou asseverar a importância de uma atitude prescritiva por parte do cientista em relação à ciência do direito, na medida em que a observação dos principais modelos de ciência do direito presentes na história - racionalismo do séc.XVII e positivismo clássico -, estaria a demonstrar a existência de uma duplicação do saber jurídico (esta questão será debatida mais adiante).

Além disso, o trabalho em destaque denota explicitamente a importância que BOBBIO atribuía a essa altura para uma concepção convencionalista ou nominalista da ciência, concepção esta que reunia aspectos das chamadas definições nominais e definições de uso, na busca da eliminação de objetos ideais na ciência.⁹⁹

Outrossim, NORBERTO BOBBIO passou grande parte de sua vida buscando a elaboração de uma teoria geral do direito que, no período de 49 a 60, assumiria traços claros de uma teoria formal, isenta de valorações em a grandes linhas coincidente com a de HANS KELSEN. Durante todo esse período, o pensamento de BOBBIO buscaria matizações diante do

⁹⁹ Tal concepção implica numa mudança de atitude em relação a teoria essencialista das palavras e dos termos (ou realismo verbal) elaborada por PLATÃO, e citada aqui a partir de HERMANN KANTOROWICZ, em a "Definição do direito", p.33 e 34; apud "Introducción al Analisis del Derecho", de CARLOS SANTIAGO NINO, 1987:p.12.

pensamento de KELSEN, muito embora permanecendo fiel ao formalismo, o que viria atrair críticas de diversos setores, desde elementos vinculados à Escola Analítica Italiana de Filosofia do Direito, a elementos da Escola de Upsala, etc. Tais críticas se referiam principalmente a falta de empiricidade dos enunciados de seu modelo de ciência jurídica.⁹⁴

A importância dessas alterações teóricas já foi por demais ressaltadas. Não obstante, para utilizar algumas palavras de BOBBIO, quer nos parecer que em torno ao positivismo lógico, tal como em torno ao formalismo jurídico, concentrou-se uma polêmica geral e genérica que terminou por ser uma fonte de confusão, da qual brotam equívocos, incompreensões, discussões inúteis, exclusões injustificadas, etc, e isto justifica ainda mais a análise pretendida.⁹⁵

4.2 - *O que é a Ciência Neopositivista? Contraponto com o Racionalismo do Século XVII e o Positivismo Clássico*

Podemos partir da afirmação de que o texto "Scienza del Diritto e Analisi del Linguaggio", publicado em 1952,

⁹⁴ Como exemplo dessa falta de empiricidade temos o fato de que durante algum tempo BOBBIO defendeu uma concepção formal de justiça que, partindo da importância da validade do Direito, menosprezava o âmbito da eficácia ou justeza das normas jurídicas, independente, por assim dizer, de verificabilidade. Porém, posteriormente, alteraria esse ponto de vista.

⁹⁵ "O problema do positivismo jurídico", op.cit., p.13.

teve por objeto chamar a atenção dos juristas, e em geral de todos os que se ocupam de estudos científicos, sobre a contribuição que a nova concepção de ciência do positivismo lógico oferecia para uma melhor compreensão dos procedimentos de estudo do jurista, assim como para uma nova e mais adequada colocação do problema da ciência do direito.

Medularmente, esses procedimentos deveriam partir, em função do influxo kelseniano, tomando por objeto da ciência jurídica as normas jurídicas estatais e, por via de consequência, deveriam passar incondicionalmente pelo problema da rigorosa descrição linguístico-proposicional dessas referidas normas, assim como pela discussão em torno às condições de possibilidade de uma interpretação integradora e ordenativa da ordem jurídica com a realidade social.

O critério adotado por BOBBIO consistiu em buscar uma alteração do caráter da cientificidade do conhecimento jurídico, alteração esta na qual haveria um deslocamento, em princípio, da busca da verdade dos enunciados em direção ao rigor linguístico dos enunciados da ciência, posição esta tomada do positivismo lógico.

Assinalando como concepções fundamentais da ciência jurídica a racionalista do 600 e a positivista do 800, BOBBIO a respeito de ambas trata de demonstrar duas coisas: em

primeiro lugar, que propuseram uma concepção da ciência na qual a jurisprudência, querendo permanecer fiel a seu objeto, não podia encontrar nenhum argumento para afirmar sua própria cientificidade; e em segundo lugar, que ambas deram origem, no campo dos estudos jurídicos, a criação de uma ciência totalmente dissociada da jurisprudência e estranha ao trabalho efetivo do jurista. Vislumbrando o positivismo lógico como uma terceira concepção, BOBBIO busca com ele uma mudança no entendimento da razão e da verdade como pontos absolutos de sustentação do saber tal como vinham sendo adotados pelo racionalismo e pelo positivismo clássico.⁹⁶

Assim, a concepção absoluta da razão viria a ser substituída por uma concepção puramente instrumental da razão. A concepção da verdade absoluta seria substituída por uma concepção convencionalista da verdade. E, por fim, da concepção de uma lógica absoluta passaria a uma concepção que poderia chamar-se pluralista da lógica.⁹⁷

⁹⁶ Cfe. Revista de Ciências Sociales, Chile, op.cit., p.136.

⁹⁷ Seria importante destacar, o que entende BOBBIO por lógica pluralista. Partindo da razão como tendo um caráter instrumental e de uma convencionalidade das proposições primitivas, o que implica num rechaço da teoria das essências, BOBBIO não poderia acatar a idéia segundo a qual há por essência uma só lógica, e sim que, para investigações diversas, correspondem lógicas diversas. Por lógica, BOBBIO entende o conjunto de regras intelectuais que guiam nossa investigação e a conduzem a um resultado, ou ainda evitam a falta de um resultado ou põem de manifesto um resultado negativo ou contrário. Mas essa lógica não é a mesma para toda e qualquer ciência (a Matemática e a Física, p.ex.), pois, senão, ao afirmar os princípios do positivismo lógico como adequados à ciência jurídica, BOBBIO seria obrigado a aceitar a redução do direito a uma lógica formal e simbólica, ao estilo de CARMAP. Na verdade, BOBBIO reconhece a existência no âmbito da jurisprudência, de uma lógica material que necessariamente não coincide (empiricamente) com a lógica formal e simbólica utilizada para a descrição dos enunciados proposicionais da ciência. Idem, cfe. Rev. de ..., op.cit., Chile, p.137.

Para uma melhor caracterização da problemática da cientificidade da jurisprudência, observemos os comentários de BOBBIO sobre as mencionadas concepções racionalista e positivista da ciência jurídica.

Para ilustrar a concepção racionalista de ciência do 600, BOBBIO parte da afirmação de que ela no fundo se trata de uma expressão da mentalidade iluminista em sentido amplo, contendo, pois, elementos da lógica abstrata e da matemática. Duas asserções a demarcam claramente:

- 1) o mundo é um sistema ordenado regido por leis universais e necessárias (racionalismo objetivo ou metafísico);
- 2) o homem é um ser razoável, isto é, dotado de uma faculdade que lhe permite compreender aquelas leis (racionalismo subjetivo e metodológico).

Nestas duas asserções se funda a concepção da ciência como adequação da razão subjetiva do homem a razão objetiva do universo. A ciência, em definitivo, consiste no descobrimento e formulação de leis que estão já na natureza e que como tais são imutáveis e necessárias; em consequência, os resultados que obtem, suas verdades, possuem caráter definitivo. ⁹⁸

Pois bem. Diante desses pressupostos cabe

⁹⁸ "Contribucion a la teoria del Derecho", op.cit., p.175 e 176.

imediatamente a pergunta: qual a relação do objeto da jurisprudência com esses pressupostos de ciência? Certamente muito poucas, haja visto o fato, ressaltado por BOBBIO, sobre as humildíssimas condições da jurisprudência, que na realidade possui um objeto bem menos permanente e imutável do que aquele perscrutado pelo racionalismo.

Com efeito, muito embora todas as distâncias, inúmeras escolas e doutrinadores do direito enveredaram por um labor racionalista, o que terminou por paradoxalmente ao invés de atribuir autoridade à tarefa do jurista, atribuir descrédito, dando origem ao que BOBBIO magistralmente delimitou como sendo uma *duplicação do saber jurídico*. Como disse BOBBIO, o mundo do conhecimento jurídico foi separado em duas partes: por um lado, criou-se um novo saber que por ser "verdadeiro" não era "jurídico" (o direito natural), e, por outro lado, manteve-se o saber tradicional que por ser "jurídico" não era "verdadeiro" (a jurisprudência).⁹⁹

⁹⁹ 'Contribucion ...', *idem*, p.177 e 178.

Por outro lado, para ilustrar a concepção positivista de ciência BOBBIO alude que para um positivista nem o mundo é um sistema racional nem o homem se encontra de posse de um "órgão" para o conhecimento de uma verdade absoluta como a razão. Não existem leis absolutas e pré-determinadas, senão que um conjunto de acontecimentos, vale dizer, de fatos. E estes fatos, para entrarem no sistema de ciência, precisam ser controlados experimentalmente. Assim, os fatos constituem para o positivista o pressuposto da análise científica. Mas atenção, somente enquanto puderem ser verificáveis, e assim, mesmo as leis da lógica, que são prévias à experiência, só são tomadas como objeto de análise na medida em que puderem ser apanhadas como psicologia, como intenções passíveis de serem avaliadas experimentalmente. Do mesmo modo, a ética passa a ser avaliada a partir dos comportamentos morais ou dos usos e padrões sociais dominantes que puderem ser avaliados experimentalmente, transformando-se, em última análise, em sociologia.

Diante destes pressupostos cabe igualmente a pergunta anteriormente formulada: como se insere a jurisprudência na concepção positivista do saber? A resposta de BOBBIO é taxativa: não se insere em absoluto. Na verdade, a jurisprudência realiza seu trabalho não sobre fatos experimentais, senão que sobre proposições dadas que não são outra coisa que normas jurídicas, que de modo evidente valem mesmo que não correspondam a fatos. Assim sendo, a

jurisprudência não atende aos padrões de cientificidade do positivismo, recebendo a denominação que no entender de BOBBIO é correta, de dogmática.

Resulta, contudo, devido ao influxo de que para ser ciência a jurisprudência deveria basear-se em fatos, o surgimento da sociologia e da psicologia jurídicas como únicas ciências do direito possíveis, tal como sucedeu na época do racionalismo, quando somente o direito natural racionalista seria ciência. Pode-se aduzir neste ínterim, que talvez advenha desta linha de raciocínio o rechaço permanente de BOBBIO tanto às visões idealistas do jusnaturalismo quanto às visões positivistas de cunho sociológico no âmbito da teoria jurídica. De qualquer modo, exsurgia daí a mesma problemática da duplicação do saber, onde de um lado, agregavam-se os mentores de uma ciência de fatos, fracionada em psicologia e sociologia, e, de outro, aqueles que trabalhavam efetivamente com a realidade estatalista do direito ou com as normas jurídicas.

Para ilustrar ainda mais sua crítica ao idealismo jusnaturalista e ao realismo sociológico BOBBIO lembra que já J.H. von KIRSCHMANN, um partícipe do direito natural não racionalista, havia feito duras observações sobre a ingenuidade de padrões de cientificidade que visassem a uma inalterabilidade do objeto da jurisprudência. Consoante KIRSCHMANN, o direito não pode fugir daquilo que lhe é

próprio, natural, mas isto não implica na possibilidade do estabelecimento de analogias tais como "se a lua dos tempos de PLÍNIO ainda é a mesma dos tempos atuais, então o direito também o seria". Do mesmo modo, tal como a lua é um fato único, também o direito não poderia oscilar no tempo e no espaço. Entretanto, não abdicando do pressuposto naturalista e universalista para a ciência do direito, ao mesmo tempo em que afirmava a alteridade do objeto da ciência do direito, que para ele seriam as normas jurídicas, lacunares por excelência, KIRSCHMANN terminava por entrar em contradição.

Como seria possível, então, pergunta BOBBIO, falar em cientificidade da jurisprudência?

Com base no positivismo lógico, BOBBIO demonstra como até agora o contraste entre jurisprudência e ciência foi colocado fundamentalmente a partir da busca de um critério de verdade universal que, no final das contas, intentaria a convergência da jurisprudência com a natureza. Saliendo que o tema da jurisprudência como verdadeira ciência não havia sido colocado ainda a partir dos efetivos critérios para uma ciência, ressaltava, dentre outras coisas, que critérios tais como a busca de uma verdade imutável ou a redução do direito a fatos, deveriam ser descartados. Assentado na idéia de que o objeto da ciência do direito são as normas jurídicas, segue entendendo que o ponto a ser abordado deveria ser o de uma rigorosa descrição e

delimitação dos conceitos jurídicos envolvidos na prática judiciária, por meio de um controle dos enunciados meta-linguísticos da ciência. Este critério, o professor de Turim iria buscar fundamentalmente na obra de CARNAP que, como se viu, tratou-se de um dos fundadores do Círculo de Viena.

No dizer de BOBBIO¹⁰⁰, as proposições científicas segundo os modernos metodólogos, não são proposições incondicionalmente verdadeiras, no sentido de que reproduzam por intuição (a idéia) ou através de uma operação experimental (o fato) uma verdade, ideal ou de fato, pressuposta; melhor dizendo, são proposições rigorosas, nas quais o acento passa da verdade ao rigor. Como segue BOBBIO, a cientificidade de um discurso não consiste na verdade, isto é, na correspondência da enunciação com uma realidade objetiva, senão no rigor de sua linguagem, vale dizer, na coerência de um enunciado com todos os demais enunciados que formam sistema com aquele.¹⁰¹

4.3 - Ciência como Análise da Linguagem

Sendo a ciência dependente de uma linguagem rigorosa ou, noutros termos, sendo ciência somente aquilo que é (ou -----

¹⁰⁰ "Contribución ...", *idem*, p.182.

¹⁰¹ "Contribución ...", *idem*, p.182 e 183.

poderia ser) enunciado rigorosamente do ponto de vista linguístico, BOBBIO busca definir o que seja uma linguagem rigorosa: a) quando todas as palavras das proposições primitivas do sistema estão definidas, ou seja, quando estão estabelecidas todas as regras de seu uso e não são nunca usadas em desrespeito a tais regras; b) quando estão estabelecidas as regras em base as quais das proposições primitivas se podem alcançar as proposições derivadas e não se usam outras regras fora das estabelecidas. Em consequência disso, uma ciência apresenta-se como um sistema fechado e coerente. Para BOBBIO, entretanto, muito embora o seu já reconhecido formalismo, resta claro que o problema da ciência não deve ser reduzido a um fato linguístico, muito embora este aspecto seja fundamental. Na medida em que a ciência deve ser um fato intersubjetivo no qual estão envolvidos emissores e receptores que trabalham com signos que devem possuir e produzir um sentido e uma referência convencionalizada¹⁰², não há como deixar de admitir a importância da *análise da linguagem* para a ciência.

¹⁰² "Contribución ..., idem, p.183.

Entretanto, a linguagem não seria o único aspecto importante para BOBBIO, senão que o *historicismo* matizaria sua aproximação com o empirismo contemporâneo, e basicamente em duas direções:

- 1) como uma atitude que mantém uma visão histórica dos problemas, porém de uma maneira diversa de HEGEL e MARX; e,
- 2) como uma metodologia que separa a interpretação social da explicação causal ou natural.¹⁰³

Descendo a certos detalhamentos, nas ciências empíricas, oscilante leito atribuído por BOBBIO a ciência jurídica, a observação de um experimentador constitui o começo de uma investigação, e se formula numa proposição (proposição protocolar) que vem expressa numa determinada linguagem. Tal proposição adquire valor de uma proposição científica enquanto puder ser incluída no sistema linguístico daquela ciência. Encontra-se implicado aí uma certa lógica ou discurso, mas que não se trata de uma lógica ou discurso aberto a tudo. Muito embora não sendo uma ciência empírica, a matemática, p.ex., possui uma linguagem não só específica como própria, a partir da qual são desenvolvidos os seus axiomas, linguagem esta que terá inevitavelmente de ser respeitada por qualquer tentativa de alteração de seus pressupostos teóricos.¹⁰⁴

¹⁰³ 'Fil.e Derecho', RUIZ MIGUEL, op.cit., p.57.

¹⁰⁴ Para um melhor esclarecimento do que se entende por proposições protocolares, ver HERNANDEZ GIL, Revista ..., Chile, op.cit., p. 134. Além disso, conforme RUIZ Miguel, Fil.e Dir.p.

Como exemplo de uma proposição protocolar no âmbito da ciência jurídica pode-se tomar a descrição do princípio da legalidade (ou da validade), do qual se poderá extrair uma série infundável de outras proposições derivadas, e que necessariamente não dizem respeito ao problema da verdade, mas da definição presente na enunciação de tais proposições vinculadas àquela primeira, e que podem possuir um tanto de arbitrariedade mas não podem sustentar-se a partir de uma radical contradição com o uso que é feito delas ou daquela primeira.

Dito isto, cabe a pergunta já anteriormente feita com relação ao racionalismo e o positivismo clássico: o direito se inclui neste novo modo de entender a ciência e, em caso afirmativo, como se inclui?

A resposta de BOBBIO é afirmativa e enfática. O neopositivismo poderia contribuir para o jurista compreender melhor a sua ciência, pois suas teses abrangem, de modo mais coerente, o objeto mesmo da ciência jurídica. Adiante teremos a oportunidade de analisar esta afirmação. Explicando de

59, a discussão em torno a natureza das proposições protocolares - ou protocolárias - é uma manifestação a mais da eterna disputa entre a epistemologia idealista e a realista. Dentro do empirismo lógico, o ponto de partida de RUSSEL y WITIGENSTEIN foi realista, defendendo a existência de uma correspondência entre as proposições lingüísticas simples e os fatos atômicos do mundo (atomismo lógico); esta posição foi revicada a princípios dos anos trinta por OTTO NEURATH - a quem seguiria CARNAP - num sentido idealista ou convencionalista, considerando que as proposições científicas primárias não podem comparar-se com a realidade extralingüística, senão que somente com outras proposições. Assim, pode-se dizer que BOBBIO seguiria NEURATH e isto se verá melhor adiante.

passagem esta adesão de BOBBIO, pode-se dizer que muito embora a norma jurídica seja um fato da experiência social, de modo que todos os elementos constitutivos de uma definição geral da regra jurídica são empíricos, a questão da ciência jurídica possui como leito próprio os aspectos linguísticos desse fenômeno, e portanto seu processo de verificação é dependente de uma anterior convenção, e não de alguma essencialidade da realidade vivenciada ao modo do positivismo clássico.

Por ora, fixadas essas premissas gerais é preciso ver algo mais sobre essa matéria com a qual trabalha o jurista, numa tentativa de melhor caracterização do objeto da jurisprudência. Daqui para adiante, aparecerão de modo mais evidente, as características normativistas da teoria da ciência bobbiana, em contraposição às teses comportamentalistas. Isto é fundamental para esta tese.

Tal como BOBBIO nunca deixou de reconhecer, foi mérito indiscutível da teoria normativista de KELSEN e de sua escola, a delimitação das regras de comportamento como objeto da jurisprudência. Apesar disto parecer óbvio, com esta assertiva KELSEN eliminou confusões, antes patrocinadas pelo racionalismo e pelo positivismo clássico, do objeto da jurisprudência com o objeto das regras da lógica e da sociologia. Em resumo, são as regras jurídicas em sua especificidade e não as regras de outra ciência, o objeto da

jurisprudência.

Decorrem daí sutilezas que precisam ser consideradas quando do estudo do jurista relativamente às regras de comportamento. Por um lado, tais regras podem ser apanhadas enquanto tais, enquanto signos normativos e, neste caso, estaríamos diante de um estudo que se poderia denominar de teoria geral do direito e que a juízo de BOBBIO deveria ser chamado, com maior propriedade, de teoria formal do Direito. Por outro lado, o estudo das regras de comportamento pode ser feito a partir daquilo que é regulado, com referência ao conteúdo da regra, e neste caso estaríamos no âmbito da jurisprudência propriamente dita. No texto em análise, BOBBIO assume, diante dessa sutileza, que o trabalho do jurista, do cientista, enfim, deve passar por uma purificação das proposições normativas afim de que fique claro qual o conteúdo dos conceitos jurídicos.

Ocorre que esta distinção não resta muito esclarecida por BOBBIO, terminando mesmo por confundirem-se em sua obra, pois, aliás, estamos diante de uma distinção bastante complexa. Diante disso, seria de perguntarmos: qual a real tarefa do cientista, descrever ou prescrever a realidade jurídica? Ademais, tal questão depende do conceito de direito, e da compreensão da dimensão instrumental de toda ciência. Por outro lado, seria de nos perguntarmos se quando o jurista adota um critério rigoroso para descrever as

proposições normativas e cumpre um papel crítico não estaria ele construindo lingüísticamente o conteúdo dessas mesmas regras? Este é um dos importantes dilemas da ciência contemporânea.

Assim, em síntese, com relação ao objeto da jurisprudência, BOBBIO ratifica que se deve manter firme aquela consideração de que não há jurisprudência fora da regra e do regulado¹⁰⁵. Não obstante, pode-se dizer e este é o nosso entendimento, que existe uma jurisprudência teórica - destinada a estudar e fazer avançar os pressupostos epistemológicos ou filosóficos da ciência jurídica, e que aparecem na teoria geral do direito, e uma jurisprudência aplicada, destinada a estudar e estabelecer o verdadeiro conteúdo das normas jurídicas, e que aparece no âmbito da jurisprudência ou ciência jurídica em sentido estrito. Nosso trabalho se dedica integralmente ao primeiro aspecto.

Em relação à jurisprudência como análise da linguagem, cremos ser necessário reproduzir algumas considerações do próprio BOBBIO:

"... las reglas de las que éste (o jurista) se ocupa se expresan en proposiciones que podemos llamar, a causa de su validez ideal y no real, normativas. El jurista hace objeto de su estudio un determinado conjunto de proposiciones normativas. Adviértase: el jurista no observa fenómenos, como hace el investigador de una ciencia empírica, ni se preocupa de verificar a

¹⁰⁵ *Idem*, 'Contribución ...', p.185.

través de la experiencia la verdad de las proposiciones normativas, dado que estas proposiciones, precisamente porque son normativas, porque son reglas de un comportamiento futuro y no representaciones de un acontecimiento producido, no tienen una verdad empírica sino puramente ideal, es decir, su verdad no consiste en su verificabilidad sino en la correspondencia con ciertos principios éticos acogidos como criterios regulativos de las acciones en una determinada sociedad. Por eso la jurisprudencia no es una ciencia empírica, mientras lo es la labor del sociólogo, de quien estudia los hechos sociales para determinar aquellas reglas que el jurista examina tal y como son dadas sin poderlas cambiar ni ignorar. La jurisprudencia no es tampoco una ciencia formal como la matemática y la lógica: su objeto no es la forma de cualquier posible discurso, sino un contenido determinado de un determinado discurso (el discurso del legislador o de las leyes)".¹⁰⁶

Como se observa da transcrição feita, BOBBIO delimita e ratifica seu ponto de vista sobre o que é a jurisprudencia mas, fundamentalmente, reafirma aquilo que não é a jurisprudência para ele. Em outras palavras, nem a lógica nem a sociologia em sentido estrito podem ser objeto da ciência do direito, o que coloca a empiricidade da ciência jurídica de forma indireta, via normas de comportamento postas pelo Estado. O que é empírico para a ciência jurídica não são os fatos relativos às hipóteses normativas, mas simplesmente o fato das hipóteses normativas serem fruto da experiência histórica.

 No que respeita à teoria da ciência jurídica

¹⁰⁶ Idem, "Contribucion ...", p.186.

propriamente como objeto de uma meta-jurisprudência, tal como na verdade pretendeu BOBBIO, nada mais oportuno do que estabelecer a interpretação da lei como campo próprio para o cientista. Conforme palavras de BOBBIO,

"... no hay ciencia del derecho, en suma, fuera de la labor del jurista intérprete, el cual precisamente como tal intérprete realiza ese análisis lingüístico del que ninguna ciencia puede prescindir y constituye ese lenguaje riguroso en el que consiste - según la concepción moderna de la ciencia que ha pasado el problema de la ciencia de la verdad al rigor - el carácter esencial de todo estudio que pretenda tener validez de ciencia".¹⁰⁷

4.4 - A Tarefa do Jurista Cientista

Assim, sendo a interpretação jurídica o leito propício para o labor do cientista, BOBBIO sistematiza sua intervenção nessa área a partir de três pontos essenciais:

- 1) a purificação da linguagem do legislador; 2) a integração do direito com a realidade social devido ao fato da incompletude do sistema; e, 3) a ordenação das proposições normativas no âmbito de um sistema.

Quanto à purificação da linguagem BOBBIO fornece um exemplo com o conceito de propriedade. Segundo nosso autor, um conceito está determinado somente quando estão

¹⁰⁷ Idem, "Contribucion ...", p.187.

determinadas as regras que fixam o uso da palavra que lhe corresponde. Portanto, um conceito não é mais ou menos verdadeiro, senão que mais ou menos utilizável segundo o maior ou menor rigor usado no estabelecimento das regras de seu uso. E deste modo teremos apanhado em pleno vôo o momento de transposição de uma concepção de ciência como apreensão de verdades para uma concepção de ciência como sistematização rigorosa de conceitos com fins práticos. Um estudo jurídico sobre a propriedade poderá se chamar rigoroso quando estejam estabelecidas todas as regras que estimemos necessárias para usar a palavra propriedade e quando esta palavra seja usada respeitando essas regras, isto é, sem introduzir inadvertidamente regras distintas das estabelecidas.¹⁰⁰

Este exemplo pode parecer não muito elucidativo e talvez pudéssemos tomar algum outro mais pedagógico. Não obstante, o que BOBBIO deseja demonstrar é que não existe uma realidade essencial, uniforme, daquilo que deva ser entendido por propriedade, senão que aquilo a que o signo remete é o resultado de um conjunto de intenções que foram convencionalizadas nessa unidade sógnica. Essa convenção e/ou essa intencionalidade pode variar de um sistema jurídico para outro, e isto é uma verdade.

Consoante demarca BOBBIO, a convencionalização dos

¹⁰⁰ Idem, "Contribucion ...", p.189.

conceitos jurídicos ao nível da ciência jurídica é não só importante para se buscar a definição nominal e a definição de uso de um signo, como também é essencial para o estabelecimento das regras do jogo de uma disputa teórica em torno ao conceito desse mesmo signo. Tal é o caso do exemplo da propriedade. Isto quer dizer: para que tenha sentido uma disputa teórica necessário se faz que:

- a) desenvolva-se uma crítica das regras lógico-gramaticais das quais o adversário se vale para seu estudo; tal crítica pode partir da consideração de que as regras em questão são demasiado complicadas (se pode simplificar), ou não conformes com o fim que com esse conceito o próprio investigador se propôs alcançar (são inoportunas) ou não facilmente adaptáveis às regras que vem estabelecidas para outros conceitos afins (são incompatíveis). Ou ainda:
- b) demonstre que o adversário no uso dessa palavra não se deteve às regras estabelecidas, que caiu em ambiguidades ou ainda entrou em contradição. Em ambos casos, como é evidente, o vício do estudo não consiste numa falta de verdade, senão, melhor dizendo, numa falta de rigor.¹⁰⁹

Mas o que BOBBIO nos oferece com tais afirmações é uma visão crítica daquilo que tradicionalmente vinha sendo entendido como interpretação jurídica, e que será analisado por este trabalho em um momento próprio. A interpretação jurídica não vai de encontro a alguma essencialidade, mas em busca da articulação de várias proposições convencionalizadamente enunciadas.

¹⁰⁹ Idem, 'Contribucion ...', p.190.

4.5 - *Proposição Protocolar e Validade do Direito*

Na explicitação desse ponto BOBBIO argumenta que quando se vai além de uma proposição para buscar seu sentido são encontradas outras proposições. Se se prossegue além dessas novas proposições, se encontram outras, até se chegar a um ponto no qual não existem mais proposições, um ponto a partir do qual não existe mais nada. Assim, a busca da intenção, da vontade, do espírito de uma lei, que não se dá com a tomada isolada de uma proposição normativa, encontra seu limite quando começa a vida de um signo no mundo da comunicação intersubjetiva. Com efeito, no caso do direito este limite se dá quando nos deparamos com a proposição mais primitiva do sistema. Desde KANT e passando por KELSEN, esta proposição primitiva seria o *fundamento de validade do sistema*.

Dito isto, a tarefa do cientista que, para BOBBIO se inicia com descrição rigorosa das proposições normativas, segue em direção ao desenvolvimento da idéia da integração do sistema jurídico com a realidade. Isto, na perspectiva proposta, não passa de nenhum modo pela visão tradicional, para a qual a integração é necessária pela anomia factual de normas jurídicas. Em realidade, trata-se da constatação que a plenitude e coerência do sistema pode ser alcançada pela

adequação intersubjetiva de uma proposição a outra no interior do ordenamento. Este tipo de visão da idéia de integração aparece, para o professor de Turín, porque ele entende que a falta de rigor implica na possibilidade do surgimento de vícios de plenitude do sistema jurídico.

De certo modo BOBBIO, preso aos postulados do empirismo contemporâneo, está a afirmar, contrariamente a aqueles que dizem que a vontade ou espírito da lei não pode ser passível de uma apreensão científica, de que não existe ou é desconhecida para o direito aquela vontade que não puder ser declarada ou manifestada intersubjetivamente ou, em outras palavras, através de proposições e asserções lingüísticas, o que conseqüentemente remete ao princípio da verificabilidade convencionalizada ou nominal.

Assim, do que foi dito, BOBBIO admite, coincidentemente com KELSEN, a existência de uma norma de clausura ou de limite no sistema jurídico. Frente a essa regra fundamental o jurista, em seu trabalho de integração, atua em duas direções: por um lado, reconduz uma determinada proposição ao sistema normativo mediante regras de transformação que o mesmo sistema considera como lícitas; por outro lado, exclui do sistema as proposições que não são dedutíveis.¹¹⁰ A nosso juízo, BOBBIO está a constatar

¹¹⁰ Idem, "Contribucion ...", p.194.

aquilo que é evidente até e principalmente nos cursos de introdução ao Direito, que é o fato de existir autorização legal e intersubjetiva para que se utilize de analogias e interpretações extensivas no âmbito da interpretação jurídica. E isto é um fato ineludível.

Enfim, como terceira e última etapa do jurista nesse processo aparece a ordenação sistemática do sistema. Uma vez mais aqui a tarefa visa a deslocar-se daquilo que se encontra estabelecido de uma vez para sempre como referencial de uma ciência jurídica, referencial geralmente produzido pelos efeitos de verdade que o poder da própria história relatada do direito tem sobre a realidade vivida. Trata-se de evitar, a nosso juízo, a hipostasiação da história sobre o mundo vivido. Em realidade, as proposições normativas são o resultado de distintas experiências históricas, e podem se apresentar de um modo desordenado, requerendo daqueles que escrevem a doutrina, intervenção.

Resta, ainda, em torno do texto *Ciência do Direito e Análise da Linguagem* aqui comentado, uma alusão às antinomias, que não devem ser entendidas como simples contradições. Na perspectiva do empirismo lógico, fundamento da ciência do direito ora discutida, elas aparecem de modo inequívoco como um problema linguístico. Não se fala mais de verdades últimas, mas de verdades convencionalizadas e verificáveis. Como se verá adiante em outro item, a busca do

rigor elimina a empiricidade e vice-versa, colocando o cientista numa difícil posição.

Voltado entretanto para a necessidade de algum critério de empiricidade para a ciência, mesmo que na esteira do próprio KELSEN, BOBBIO afirma que um sistema não desmorona em razão de algumas antinomias, devendo mesmo o cientista buscar o reconhecimento e o estabelecimento de possibilidades relacionais entre aquilo que é sistêmico e aquilo que é extra-sistemático. E o costume seria um instrumento lento de integração e superação das antinomias que impedem a tomada de decisões. Do mesmo modo, quando se tratar de algo insuperável, provavelmente estejamos diante de uma revolução substitutiva do anterior sistema.

Basicamente, da construção teórica bobbiana pode-se retirar o seguinte:

Por um lado, há uma concepção nominalista das definições de termos oposta a teoria essencialista da linguagem que - desde PLATÃO e ARISTÓTELES até o realismo medieval - considera as definições como determinações reais das propriedades essenciais das formas ou dos objetos designados pelos termos; para a concepção nominalista, pelo contrário, as definições dos termos são convencionais - ainda que não necessariamente arbitrárias, e seu critério de validade não é a verdade, senão a oportunidade e a utilidade, que em último análise, exigem a coerência da convenção estabelecida. Mas, por outro lado, parece haver ademais uma concepção convencionalista da verdade de todas as proposições científicas, oposta não a teoria essencialista da linguagem, senão que oposta a

teoria da verdade como correspondência que defende a existência de uma relação objetiva entre a afirmação de um fato e esse mesmo fato. Dito de outro modo, para uma concepção convencionalista da verdade, esta (a verdade) não é o que efetivamente ocorre, senão o que se crê ocorrer, de maneira que a discriminação entre crenças falsas e verdadeiras não é externa as proposições (critérios objetivos, como a percepção sensível, a verificação...), senão interna (critério subjetivo, como a coerência lógica entre as distintas proposições que compõem a teoria).¹¹¹

Por outro lado, em que pese a defesa da cientificidade, a obra de BOBBIO apresentará uma sucessiva e oscilante revisão, sempre decorrente das influências político-sociais. Um dos professores que muito debateu com BOBBIO, UBERTO SCARPELLI, inclusive tomaria caminhos bem mais radicais quanto às condições de possibilidade da ciência jurídica. As flutuações do pensamento bobbiano podem ser apanhadas nos trabalhos que ele viria a desenvolver em torno ao positivismo jurídico, doutrina que reacenderia os debates da Teoria Geral do Direito e da Jurisprudência, entre os anos 60 e 70, sobre as limitações do legalismo.

Com este capítulo, damos por encerradas as colocações historiográficas e por vezes teóricas da ciência jurídica bobbiana. A seguir, adentraremos pela conceituação formal e estrutural da T.G.D. do professor turinês, espinha dorsal, por assim dizer, de sua Jurisprudência, uma vez compreendidos

¹¹¹ "Fil.e Derecho", op.cit., p.62 e 63, RUIZ MIGUEL.

os objetivos políticos de seu labor científico, tal como esperamos deixar esclarecido.

PARTE II

A CONCEITUAÇÃO FORMAL E ESTRUTURAL
DA T.G.D. DE NORBERTO BOBBIO

CAPÍTULO 5

PRESSUPOSTOS GERAIS DA T.G.D. DE BOBBIO

5.1 - A Filosofia do Direito e a Ciência Jurídica

Analisados alguns aspectos historiográficos fundamentaram o trabalho de BOBBIO no âmbito da Jurisprudência, passaremos agora, tal como foi anunciado precedentemente, a estudar pressupostos de sua T.G.D., leito pelo qual desaguaram seus esforços de ciência jurídica.

Em outras palavras, se procurar-se-á mostrar nesta parte e na seguinte do trabalho, que a filosofia do direito de BOBBIO, a partir dos anos 50 e 60, viria caracterizar-se como uma filosofia de tipo científico, marcada pela tentativa de edificação de uma T.G.D., um pouco ao modo de KELSEN, porém com importantes sutilezas diferenciatórias. Tal característica viria assinalar que o autor estaria abandonando seus pontos de vista juvenis, nos quais entendia que a filosofia do direito deveria perseguir a idéia mais pretenciosa de uma filosofia como concepção de mundo, ao modo dos grandes sistemas filosóficos como os de KANT e de HEGEL.

Agora, era preciso trabalhar - por motivos que veremos oportunamente -, com a especificidade do jurídico, muito embora sem esquecer a importância de uma fundamentação filosófica para o saber do direito.

Numa síntese introdutória, o que caracteriza de um modo geral a filosofia do direito de BOBBIO é a busca de uma idéia de justiça relativizada pelas condições metodológicas de apreensão do saber jurídico no âmbito histórico. Tal idéia, portanto, não poderia ser nem absoluta em sentido jusnaturalístico, nem puramente racional (concepção platônica), e nem mesmo estritamente empírica ao modo dos realismos. Assim, se poderia dizer que BOBBIO tinha em mente uma idéia de justiça como uma abstração intelectual elaborada a partir da "observação" de determinadas necessidades fundamentais que se apresentam, num dado momento histórico, como dignas de atenção¹¹².

Em BOBBIO, podemos afirmar sem temor de errar, que tal critério de justiça possuiria como pressuposto fundamental uma indagação acerca dos procedimentos intelectuais adotados pelos pesquisadores para conhecer, interpretar e integrar o sistema jurídico, assumindo, pois, uma importância acentuada, o caráter rigoroso da metodologia do conhecimento do direito. Em outras termos, assume uma importância bastante grande a

¹¹² "Teoria della Scienza giuridica", op.cit., p.36.

ciência jurídica e a proposição de modelos de estudo rigorosos, claros, conectados com os fatos, como garantia de objetividade e revisabilidade da ciência.

Assim, se a filosofia do direito para BOBBIO de um modo geral deve ser apresentada sobretudo a partir de dois ângulos, quais sejam, como ideologia e como metodologia, isto é, como uma posição valorativa diante das leis que nos governam e, como crítica das condições e possibilidades do conhecimento científico do jurídico, este último aspecto viria assumir maior relevância. E devido justamente a predominância da doutrina positivista nos estudos do direito em Itália.

De todo modo, diferentemente da filosofia que se abastece de diferentes áreas do saber humano para questionar o saber jurídico, a ciência jurídica, consoante BOBBIO, apoia-se numa pesquisa teórica da realidade jurídica no interior mesmo desta realidade, e a aceita como é. A diferença básica entre filosofia e ciência, diante do exposto, estaria no fato de

a filosofia implicar numa tomada de posição frente à realidade, enquanto que a ciência numa tomada de posse desta mesma realidade.

Dada a crença de BOBBIO na cientificidade da jurisprudência, assim como sua posição acerca da

impossibilidade de controle científico da questão do valor, é que manterá até meados de 1966 uma posição científicista da filosofia do direito.

Não obstante, pode-se dizer que filosofia e ciência são conceitos históricos ao mesmo tempo que instrumentos disciplinares utilizados pelos investigadores para o conhecimento do direito e das questões da sociedade. Especialmente deve ser notado que são instrumentos vinculados a circunstâncias temporais históricas, oriundas de uma gama de elementos que fazem a sociedade brotar e ser percebida como tal, e dentre os quais se sobressai o elemento político. Pois é esta especificidade do político que assinala distâncias entre a filosofia e a ciência e que faz prevalecer um instrumento sobre o outro. Em BOBBIO essa especificidade é particularmente importante¹¹³.

Com efeito, BOBBIO defende a causa de uma filosofia do tipo científico. Conforme suas palavras, "*mentre la scienza può fare a meno della filosofia, la filosofia non può fare a meno della scienza*"¹¹⁴. Tal afirmação, caracteriza o atrelamento da filosofia à ciência no âmbito do pensamento jurídico de NORBERTO BOBBIO, e é preciso ver a importância disso e sua repercussão histórica, coisas que serão feitas no

¹¹³ Em filosofia cabe especulação, em ciência exige-se demonstração e verificabilidade. Por tal motivo BOBBIO tenderia a uma visão científicista da filosofia do direito, marcada por uma preocupação com a TGD.

¹¹⁴ 'teoria della Scienza', op.cit., p.22.

seu devido tempo.

Portanto, na discussão sobre as relações entre filosofia e ciência, o professor de Turim frisa dois pontos:

- 1) a ciência e a filosofia são distintas como é distinto o ordenamento teórico da nossa consciência e a avaliação que dele fazemos com o fim de determinar nossa ação no mundo;
- 2) a filosofia deve ter em conta os resultados da ciência, para evitar a petrificação e a morte.

Como assinala BOBBIO e tendendo já para uma explicação do caráter cientificista de sua filosofia, a distinção entre ciência e filosofia pode ser caracterizada através da posição assumida pelo investigador. Quando visar a uma tomada de posição frente ao mundo, ele estará no campo do ideológico; quando visar a uma tomada de posse da realidade jurídica, ele estará no campo da ciência. E BOBBIO acredita poder demonstrar que existe uma parcela do direito (o campo do conhecimento e sistematização da realidade jurídico-positiva por parte do cientista) que pode se dar de modo neutro e desinteressado, fruto de um tipo de ciência unificada que exporemos mais adiante.

Aliás, como ilustração, por um lado, tal campo do direito seria aquele próprio do doutrinador, que escreve sobre matéria de direito e é reconhecido pela comunidade como cientista. Por outro, seria aquele da TGD ou dos aspectos lógico-formais do sistema jurídico. Tal operação dos

juristas, que, implica na tomada de posse da realidade ou de uma parte da realidade jurídica de um determinado país, que BOBBIO define como ciência jurídica. Logicamente, isto estabiliza e funcionaliza as relações sociais. Porém, também as aprisiona. Não discute os problemas do sujeito cognoscível e reduz a amplitude do objeto pesquisado. Como se verá noutra parte, BOBBIO terminaria por alterar esta sua posição inicial quando de um encontro sobre a crise do positivismo jurídico italiano. Neste encontro, discutiu-se dentre outros o texto de BOBBIO "Essere e dover essere en la scienza giuridica", 1970, que ultrapassa o tema delimitado para esta tese.

Pode-se dizer ainda que a questão filosofia X ciência no estrito campo do conhecimento jurídico têm se resolvido historicamente na disputa entre duas escolas: a do Direito Natural e a do Direito Positivo ou do Positivismo Jurídico, que nos tem conduzido pelas entranhas da Escola Analítica Italiana de Filosofia do Direito. Em tal disputa, aparecem questões de método, de objeto e de fins do direito que claramente distinguem uma escola da outra. Consoante BOBBIO

"... il diritto positivo é il diritto storico, cioè il diritto che vige o ha avuto vigore in un determinato luogo e in un determinato periodo di tempo. La caratteristica del diritto positivo é la mutevolezza (limite temporale), la particolarità (limite spaziale). Il diritto naturale é il diritto razionale o essenziale o fondamentale, che non vige e non ha mai avuto vigore, nel senso che non é posto da una volontà particolare, ma si pone come norma ideale del diritto positivo. La caratteristica del diritto

naturale é la immutabilità e la universalità"¹¹⁵„

Em virtude do exposto, mesmo mantendo uma posição de filósofo, BOBBIO conclui ser a ciência um instrumento indispensável e mesmo a única saída para a Filosofia do Direito. E isto viria a conduzi-lo pelos senderos de uma teoria geral formal do direito que, por seu turno, visaria, especialmente, na esteira de KELSEN, a uma maior garantia metodológica para o pesquisador aproximar-se ao fenômeno do direito. E isto também o levaria, ao nível de uma TGD consolidada e não apenas pressuposta, ao perfeccionamento do conceito de norma e de ordenamento jurídico.

Por outro lado, a filosofia se volta para a ciência devido a predominância do positivismo jurídico nos estudos de teoria do direito na Itália. Trata-se da questão do poder que se encontra em jogo ao momento do final da segunda grande guerra e da experiência fascista. Se a filosofia do direito como interrogação idealista da realidade jurídica pode ser aproximada ou mesmo confundida com o direito natural, quando da derrocada deste e com a ascensão do positivismo jurídico, renovou-se de acordo com as características deste positivismo¹¹⁶„

¹¹⁵ "Teoria della Scienza", op.cit., p.29 e 30.

¹¹⁶ Ver SMITH, ELISA, "Las Ideologías y el Derecho", 1982; recomenda-se este livro especialmente para analisar as relações entre Ciência e Ideologia.

No interior do paradigma do positivismo jurídico italiano cabe descer, agora, a algumas considerações sobre o que seja uma filosofia do direito praticada por Juristas-filósofos, que afinal caracteriza o pensamento maduro de N.BOBBIO.

5.2 - O Sentido Valorante da Filosofia como Metodologia: A Filosofia do Direito dos Juristas

Inicialmente, pode dizer-se que a natureza e a função da filosofia do direito de BOBBIO pode ser encontrada, como já foi explanado anteriormente, no questionamento da metodologia empregada no conhecimento do direito. Decorre daí um indagação primordial na obra do professor de Turim, que é a de se a ciência pode ou não substituir a filosofia nesse desiderato.

A passagem de uma filosofia como concepção de mundo para uma filosofia como metodologia foi, de algum modo, uma alteração metodológica que respondeu a essa questão, muito embora tenha deixado muitas obscuridades. Por outro lado, implicou numa tendência da filosofia geral que, a partir do Círculo de Viena, chamou a atenção para a importância da Ciência para a Filosofia e que, como é sabido, foi acatada pelo BOBBIO dos anos 50.

Não obstante, como aponta RUIZ MIGUEL¹¹⁷, "a tendência científicista da filosofia em geral e de BOBBIO em particular, não conseguiria eliminar totalmente o caráter especulativo próprio de toda a filosofia. Em que pese os adjetivos de "positiva", "empírica", etc., assim como uma versão da filosofia arraigada nos fatos, dependente das ciências, ocupada com problemas concretos, ainda assim há que reconhecer que ela continua contendo algo que não é meramente científico, quer se chame isto de razão, intuição ou metafísica".

Muito embora, por exemplo, em "Scienza e tecnica del diritto", 1934, sejam numerosas as ocasiões nas quais BOBBIO demonstra desagrado pela atividade dos juristas, assim como em outros lugares defende uma filosofia clássica do direito, o fato é que a partir de 1949 viria a privilegiar o ponto de vista dos juristas frente ao dos filósofos, em termos de filosofia jurídica. Isto significa, por exemplo, adotar uma filosofia ao modo do KELSEN da 2ª edição da Teoria Pura do Direito, ao invés de uma filosofia do tipo idealista a maneira de HEGEL, ou pura e simplesmente racionalista ao modo do KELSEN dos primeiros tempos.

Com efeito, BOBBIO digladiou-se permanentemente com os "ismos" filosóficos. Dentre eles, o idealismo, o neokantismo,

¹¹⁷ "Filosofia y Derecho", op.cit., p.103.

o existencialismo, etc. Mesmo em relação ao neopositivismo que, como se sabe, é fundamental à sua obra, nunca chegou a admitir integralmente a sua influência. Ocorre, que BOBBIO tinha em mente a necessidade de um "renascer" do jurídico, face ao predomínio extrínseco da filosofia geral aplicada aos campos de investigação do direito, o que só seria possível através do engendramento de uma filosofia própria dos juristas. Tratava-se de uma questão de método.

Assim, em "Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico"¹⁴⁰ afirmava:

"... se entende que a preferência face as obras dos juristas que elevam a filosofia mais que face aos filósofos que se rebaixam ao mundo do direito, revela a preferência por um método, ou melhor, por um certo estilo de trabalho, que é mais fácil encontrar nas obras dos primeiros que na dos segundos: o que caracteriza tal estilo de trabalho é a primazia dada a análise sobre a síntese, primazia fundada na convicção de que, ainda sendo análise e síntese momentos necessários de toda investigação, é sempre preferível uma análise sem síntese (o que reforça amiúde aos juristas-filósofos) que uma síntese sem análise (que é o vício comum aos filósofos-juristas) (...).

De qualquer modo, em caráter conclusivo a este ítem, cabe afirmar que o próprio BOBBIO sempre esteve consciente de que no estrito campo da TGD a separação entre filósofos e juristas não pode ser tão rígida (veja-se o caso de KELSEN).

¹⁴⁰ BOBBIO, Giusnaturalismo y positivismo, op.cit., p.44.

Por outro lado, se a filosofia jurídica possui como campos privilegiados a metodologia da ciência e a teoria da justiça, é inevitável a presença da filosofia, mesmo que seja uma filosofia especial e particular como é a filosofia analítica. Enfim, a teoria de BOBBIO atendeu ao clamor cientificista próprio de sua época, e alguns de seus aspectos positivos e negativos é o que pretendemos discutir na sequência deste trabalho.

5.3 - O Marco Teórico Kelseniano de TGD

A ciência jurídica kelseniana (conforme suas obras *Reine Rechtslehre*, 1934, e *General Theory of Law and State*, 1945) objetivou construir uma ciência pura do direito positivo, livre de elementos naturalísticos por uma parte e de elementos valorativos, por outra. Como salienta PATTARO⁴⁴⁹

..... a pureza metodológica era um ideal

⁴⁴⁹ "Fil. del Derecho y Ciencia Jurídica", op.cit., p. 101. Quando a teoria pura do Direito define o domínio do Direito como o normativo, põe uma região ontológica definida e só permite como pertinente a essa região proposição normativa. Em rigor, a pureza metódica está fundada na especificidade da região fenomenológica da normatividade: o normativo jurídico é irreduzível ao puramente factual, seja físico, biológico, psicológico ou sociológico (com a reserva, que fizemos, de que o sociológico é factual relativamente à norma jurídica que o deixa fora de algum pressuposto; por constituição mesma, todo fato social é estruturado normativamente, seja norma do uso, do costume, da moral, etc., antes de o ser por norma jurídica). Cfe. LOURIVAL VILANOVA, "As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo", p.128. Ver também LUIS WARA, "A Pureza do Poder", 1983.

tipicamente kantiano e alemão, que havia encontrado já sua expressão no campo da filosofia jurídica, entre outros, na obra de RUDOLF STAMMLER (1856-1938), o qual (aceitando os pressupostos da escola neokantiana de Marburgo) havia concebido a ciência jurídica como teoria pura do direito (e inclusive utilizado literalmente esta expressão para qualificar a seu próprio sistema)".

Como se viu nos Capítulos 1 e 2 deste trabalho, a pureza metodológica recorda, por uma parte, a idéia (tomada das escolas neokantianas) de um conhecimento formal, categórico, a priori, e por isso puro e objetivo; e por outra, supõe uma profissão de incontaminação ideológica, política e moral no estudo do direito.^{<120>}

Inclusive, como pontifica LUIS WARAT,

"A questão nodal que nos deve colocar uma Ciência do Direito, em sentido estrito, é a das condições objetivas de validade do direito positivo. A avaliação da produção das condições de validade objetivas das normas positivas é o que leva a Escola Vienense a realizar uma leitura crítica das doutrinas do Direito Natural, vistas como uma proposta ideológica que pretende uma fundamentação metafísica e política do critério de validade."^{<121>}

Assim, KELSEN vale-se da noção transcendental de "dever ser" para distinguir a ciência jurídica - como Ciência do Direito positivo -, da Sociologia Jurídica e da Teoria da

¹²⁰ PATTARO, op.cit., p.103.

¹²¹ Cfe. WARAT, "A Pureza ...", op.cit., p.58.

Justiça. De modo que a categoria do Direito como ordenamento normativo não pertence ao "ser" mas ao "dever ser".¹²²

Tal como também já foi visto no Capítulo 1, KELSEN persegue o entendimento de que a esfera natural se distingue da normativa e que, nesta última, o direito se distingue da Moral, recorrendo para demonstrar isso, aos conceitos de "causalidade" e "imputação". Além disso, é importante ser salientado que para KELSEN a lei jurídica é uma hipótese condicional, também com base em KANT. Resulta, a aplicação dos conceitos de causalidade à Moral e de imputação ao direito. A imperatividade, portanto, como sendo essencial ao direito. Em síntese, o pensamento de KELSEN situa o direito dentro de uma categoria própria, a categoria do "dever ser" (da normatividade). Isto significa que para KELSEN o direito é norma, isto é, que o direito é constituído por normas, que são o objeto exclusivo de estudo da Ciência Jurídica. Por fim, a previsão de uma sanção por parte da norma jurídica é o que possibilitará, dentro da esfera normativa, a distinção entre o direito, a Religião e a Moral.

Posta a questão nestes termos, cabe aduzir que com relação as normas jurídicas, KELSEN inverterá a distinção tradicional entre normas primárias e secundárias, acentuando que a primária - única e verdadeira norma jurídica - é a que

¹²² LUNIA, "Empirismo Lógico", op.cit., p. 36 e 37.

imputa e prescreve uma sanção. A que prevê o comportamento é a secundária.

Assim, o conteúdo do direito são as sanções ou, o que é o mesmo, o uso da força. Nas palavras de KELSEN, " direito é a força organizada".

Em termos de um apanhado, podemos dizer que o conceito de direito de KELSEN se refere a duas idéias às quais deve-se aduzir uma terceira, consoante PATTARO¹²⁹:

1. O direito pertence a esfera do "dever ser" e não do "ser"; se entende e se configura formalmente segundo a categorias do dever ser. Como o dever é normatividade, o direito será norma, terá a estrutura da norma e estará composto por normas. A estrutura da norma é a do juízo hipotético no qual a cópula está constituída por um "dever ser" e não por um "é". Por esta razão, ainda sendo um juízo, a norma mantém um caráter prescritivo. Esta configuração do direito em termos de "dever ser", de categoria, de juízo hipotético, é o tributo que KELSEN paga, não já a KANT, senão às suas próprias veleidades filosóficas, muito próximas ao neokantismo.
2. No âmbito da normatividade, o direito se distingue especificamente pelo peculiar conteúdo das normas jurídicas, que é sempre a coação. As normas jurídicas são juízos hipotéticos que imputam sempre uma sanção; são regras que em última instância disciplinam sempre o uso da força. Neste aspecto, KELSEN continua e inova proveitosamente a tradição coativista do positivismo jurídico do séc. XIX.
3. O direito é uma técnica social específica. Que o seja significa que o direito serve para fazer com que se observem certos

¹²⁹ PATTARO, ENRICO, "Fil. del Derecho", op.cit., p.113 e 114.

comportamentos numa sociedade: a técnica na qual se manifesta o direito consiste na ameaça que congrega medidas coativas - isto é, a privação coativa de um bem: a vida, a liberdade, os bens económicos - no caso de que não se observe um comportamento prescrito.

Pois bem, dentre os muitos aspectos que poderiam ser salientados e comentados na teoria da ciência de KELSEN, interessa-nos o fato de que resulta notória a concepção do direito como uma ordenação da conduta humana e que, como tal, se constitui em um conjunto sistemático de regras (e não simplesmente um agregado destas). A validade do direito aparece como o resultado da conexão que estas regras apresentam no ordenamento, umas remetendo às outras, até uma norma fundamental do sistema, que é uma norma pensada, pelo menos na 1ª versão da T. P. D.¹²⁴.

Concebido o direito como sistema, a validade reside no fato que uma norma é criada de acordo com determinada outra regra e só por isso. A validade, assim está no sistema e não no conteúdo mesmo de cada norma, afirmando-se o carácter lógico-formal da ciência jurídica de KELSEN. Se, por um lado, KELSEN afasta-se dos naturalismos e dos moralistas, por outro lado, faz emergir um sem número de outras críticas relacionadas aos aspectos metafísicos de sua teoria¹²⁵.

¹²⁴ Ver NINO, CARLOS SANTIAGO, "El Concepto de Validez y el Problema del Conflicto entre Normas de Diferente Jerarquía en la Teoría Pura del Derecho", in "Derecho, Filosofía y Lenguaje", B.A., 1976:p.131/144.

¹²⁵ Como entendemos existir uma ligação incluível de KELSEN com KANT, gostaríamos de

Dentre as críticas que poderiam ser citadas, encontramos a de MIGUEL REALE que, no intuito de edificação de sua "Teoria Tridimensional do Direito", desde 1934 criticava o reducionismo da teoria de KELSEN, salientando a ineludível interpenetração do "dever ser" com o "ser". Não obstante, o próprio REALE reconhece que "na segunda fase do pensamento Kelseniano o "dever ser" como que perde seu caráter de estrutura lógica pura, para adquirir um certo sentido dinâmico de cunho metodológico funcional"¹²⁷..

Tal amainamento da radicalidade lógico-formal do direito aparece, na obra de KELSEN, com o acentuamento da visão do direito como a interpenetração de um sistema estático com outro dinâmico. Como assinala REALE

"... o primeiro, concebível como sistema de normas determinantes dos atos de conduta humana, o segundo, correspondente aos atos de conduta humana determinados por normas. Desse modo, a norma passa a ter referência mais positiva ao plano da existência concreta, apresentando-se como elemento inseparável da conduta:— o objeto da ciência do direito, assevera o mestre do normativismo, são as normas jurídicas determinantes da conduta humana, ou a conduta enquanto determinada pelas normas jurídicas, e isto quer dizer:— a conduta humana enquanto contida nas normas jurídicas"¹²⁸..

 mencionar uma obra de MARIO CATTANEO, "Metafísica del Diritto e Razione Pura, Studio sul Platonismo Giuridico de KANT", 1984, que sugere com muita propriedade o problema da metafísica nos fundamentos da Teoria Jurídica Moderna. Mas considerar especialmente sobre o tema a obra de PIER LUIGI ZAPPETI, "Metafísica e Scienza del Diritto nel KELSEN", 1956.

¹²⁷ REALE, MIGUEL, "Filosofia do Direito", 1990:p.469.

Essas colocações nos permitem passar a outro aspecto que se nos afigura fundamental à teoria da ciência de KELSEN e que nem sempre tem sido colocado com a devida pertinência: trata-se da discussão em torno a base empírica da "Teoria Pura do Direito" do professor austríaco, e que conduz ao problema da validade e da eficácia.

Tal afirmação, num primeiro momento, pode parecer paradoxal, principalmente se levarmos em conta a resposta literal a seguinte pergunta: *"Ma quale ci consente di riconoscere la validità della norma fondamentale?"*¹²⁷

A resposta do próprio KELSEN é que a norma fundamental será válida se for eficaz, isto é, se os comportamentos dos homens aos quais o ordenamento se refere se conformam, em um grau mínimo de suportabilidade, às normas desse mesmo ordenamento¹²⁸. Esta questão não é simples, mas como também lembra RICARDO GUIBOURG,

"... validez y eficacia no son idénticas, pero hay entre ambos conceptos una importante relación: la eficacia general es condicion de la validez de un orden jurídico, ainqu e no su fundamento. Esto se ve claramente desde el punto de vista del derecho internacional público: la norma fundamental sólo se supone cuando el orden

¹²⁶ "Filosofia do direito", edit. Saraiva, op.cit., p.470 e 471.

¹²⁹ LUXIA, "Empirismo Lógico", op.cit., p.42. O que é mais importante como fundamento do direito: o pressuposto racional das normas jurídicas ou a sua eficácia no plano histórico?

¹³⁰ LUXIA, op.cit., p.42.

que de ella deriva es eficaz, de modo que un sistema entero puede perder la validez si deja de ser cumplido o aplicado en general; por ejemplo, como efecto de una revolución. Es más: lo que diferencia a un Estado de una banda de ladrones es que esta segunda no tiene eficacia duradera" ¹³¹.

A questão é polêmica também porque conforme KELSEN em sua Teoria Geral do Direito e do Estado, citada aqui por intermédio de MIGUEL REALE,

"... a validade é uma qualidade do direito; a chamada eficácia é atributo da conduta real dos homens, e não como o uso da linguagem parece sugerir-lo, do direito mesmo" ¹³².

Não obstante, é necessário acentuar que a eficácia da qual fala KELSEN se trata de uma eficácia presumida e referente ao ordenamento como um todo, e não de cada norma em particular. Em tom de comentário, o fato que é que a teoria da validade de KELSEN mesmo tendo como fundamento um a priori da razão, busca uma referência e uma base empírica, mesmo que de forma indireta.

Uma questão que poderia ser colocada diz respeito a pergunta: Quantas normas eficazes são necessárias para se falar da eficácia de um sistema e, por consequência, de uma norma fundamental? Do mesmo modo, quantas vezes uma norma individual tem de ser aplicada para ser considerada eficaz?

¹³¹ GUIBOURG, RICARDO, "Derecho y Sistema", 1980:p.17.

¹³² REALE, MIGUEL, "Filosofia do Direito", op.cit., p.463. Recentemente foi publicada no Brasil pela UnB uma tradução da "Teoria Geral do Direito e do Estado", de HANS KELSEN, 1990.

Resulta, ainda, como mostra GUIBOURG, uma outra questão: em que momento se considera oportuno deixar de supor a antiga norma fundamental para admitir uma nova como pressuposto de nosso conhecimento jurídico? E a resposta terá de ser uma relativização.

Pois bem. Em NORBERTO BOBBIO, como se verá, a problemática da ciência jurídica continuará se envolvendo com as distintas e polêmicas versões racionalistas e empiristas da Ciência. Porém, muitas questões sofrerão alteração. Saliente-se a busca, em NORBERTO BOBBIO, especialmente de uma lógica pluralista e de uma preocupação da ciência como análise da linguagem, enfatizando um ponto que de certa forma não preocupou a KELSEN, qual seja, o âmbito da interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas, sob uma base caracterizadamente mais empírica que a de KELSEN. Não obstante, numa posição envolta por muitas contradições, tal como se verá no Capítulo 7.

5.4 - Ciência Jurídica e TGD em BOBBIO

Vimos, em momentos anteriores, que frente a uma regra ou norma de conduta a investigação do jurista pode adotar dois caminhos: por uma parte, a análise da regra enquanto

tal; por outra parte, a análise de seu conteúdo (o comportamento regulado). O primeiro aspecto, se caracteriza como um trabalho de TGD; o segundo, como dogmática jurídica.

Como filósofo do direito, BOBBIO ao tratar desses dois assuntos pode ser considerado como um obstinado epistemólogo da Ciência Jurídica. Como um intelectual neo-iluminista atento às necessidades de rigor e engajamento da Ciência, tratou da incorporação da filosofia neo-empirista à Ciência Jurídica, concebendo esta - muito embora distintamente de KELSEN -, como uma meta-teoria linguística, com princípios e regras que deveriam oportunizar integração e consistência ao sistema de ciência.

Um dos aspectos caracterizadores de sua filosofia da ciência, assim, é a metodologia analítica que adota, buscando definir os pressupostos para a ação efetiva do jurista investigador, o que, aliás, explicita em "Scienza del diritto i analisi del linguaggio" já citado.

Indubitavelmente, como mostra em seu "Teoria della Scienza Giuridica"¹³³, a metodologia da ciência como questão filosófica visa a responder a uma série de indagações do tipo seguinte:

¹³³ Op.cit., p.43.

1) que coisa é a Ciência Jurídica? 2) primeiro de tudo, se pode falar de uma Ciência Jurídica? 3) se existe uma Ciência Jurídica, a qual tipo de Ciência pertence? 4) Qual é o seu objeto específico, seu fim, e seus procedimentos característicos de pesquisa?

As respostas a essas questões, que se referem ao balanço dialético que move a esta tese, BOBBIO as oferecerá na sua obra "Teoria della Scienza" a pouco referida. Todavia, podem ser sintetizadas com base em quatro proposições, que possuem a intenção de afirmar a idéia de Ciência frente a Filosofia:

"... si può definire la giurisprudenza come una ricerca, fondata sull'esperienza, delle proposizioni normative giuridiche, allo scopo di comprenderne il significato e di costruirne il sistema." ^{<194>}

Assim, como segue afirmando BOBBIO, com essas colocações, esclarece-se o seguinte:

"... rispetto alla ricerca del giurista, l'oggetto (sono le proposizioni normative), il fondamento (l'esperienza), il metodo (l'interpretazione), il fine (il sistema)" ^{<195>}.

Na continuação de nosso trabalho, trataremos de enfatizar os conceitos fundamentais e específicos da TGD de BOBBIO, procurando apontar para alguns de seus limites e para

¹⁹⁴ Teoria della scienza, op.cit., p.201.

¹⁹⁵ Teoria della scienza, op.cit., p.202.

suas finalidades políticas.

Como encerramento destas colocações mais gerais acerca da T.G.D. de BOBBIO, cabe dizer que com base na obra de KELSEN instaurou-se uma concepção de saber que afirma o fato de que a realidade jurídica é constituída de dois planos estruturais relacionados entre sí, como conteúdo e forma, e que é sobre este último aspecto que o renomado professor italiano debruçará seus esforços, procurando não só pensar como edificar uma teoria geral do direito.

CAPÍTULO 6

CARACTERÍSTICAS FORMAIS E ESTRUTURAIS DA TEORIA GERAL DO DIREITO DE BOBBIO

6.1 - Ciência Jurídica como Dogmática e Teoria Geral em NORBERTO BOBBIO - recolocação do assunto

Esta tese, como já foi dito, versa sobre fundamentos de teoria jurídica em Norberto BOBBIO, quer sejam eles históricos, teóricos ou críticos - ideológico-políticos. Nesta parte do trabalho, buscaremos apresentar mais pormenorizadamente algumas características formais e estruturais de sua TGD, o que por certo contribuirá para um melhor entendimento das relações de sua teoria com a lógica e a política, principalmente.

Em primeiro lugar, a fonte do pensamento teórico-jurídico de BOBBIO se encontra no Positivismo Jurídico Italiano de matriz kelseniana e neoempirista e, portanto, trata-se de uma forma de pensar o direito na qual as normas jurídicas são os vértices do assunto. Delas

decorrem dois ângulos importantes de análise, próprios da Ciência Jurídica. Por um lado, a relação de identificação desses enunciados com a matéria social ou conduta, o que é vulgarmente conhecido por dogmática jurídica; e por outro lado, a relação lógica e sistemática desses enunciados entre si, o que termina por conformar a idéia da presença de um ordenamento. Deste último ângulo são estudadas as propriedades formais do sistema, suas possibilidades de coerência, plenitude e independência, e pode-se dizer que estamos no âmbito de uma Teoria Geral do Direito.

Diante disso, a discussão que desejamos implementar sobre a validade do saber jurídico e, conseqüentemente, do direito, se vincula a TGD e ao que BOBBIO denomina universo ontológico, recuperando, por certo, uma problemática que não é nova, referente ao dualismo realidade e validade no direito¹³⁶.

Antes porém, como já vimos fazendo ao longo deste trabalho, cabe assinalar mais uma vez que a problemática da ciência jurídica tanto quanto a problemática da justiça, é dilemática, e alguns autores como ZULETA PUCEIRO¹³⁷ não se eximem de taxá-la de ideológica, isto é, como uma disputa pela institucionalização de pseudo-verdades. Porém, existem outras interpretações. Em N. BOBBIO, a Ciência se apresenta como uma preocupação com "as regras do jogo", sendo possível

¹³⁶ ROSS, ALF, "Hacia una Ciencia Realista del Derecho", p.15.

¹³⁷ "Teoria del Derecho", op.cit., p.29.

aproximá-la de teses atualmente defendidas por pensadores neoliberais e que encaram o tema da ciência jurídica como necessário ao estabelecimento de bases formais para a decidibilidade de conflitos. Em última análise, apresentando-a como uma tecnologia, ou mesmo como uma dogmática planificada. Não é porque tal posição tenha conduzido a um "egocentrismo jurídico", que devemos deixar de extrair certas conseqüências positivas para a democracia¹⁹⁰.

Assim, a ciência jurídica em BOBBIO funciona - a partir do neoempirismo -, como uma meta-linguagem formal e rigorosa que, visando conhecer e sistematizar as normas, serve de trampolim para a superação das contradições e antinomias próprias da realidade social. Neste sentido, possui uma face de teoria geral do direito e outra de dogmática jurídica. Uma estudando a norma enquanto tal; a outra o normado, o conteúdo.

Poder-se-ia dizer ainda que BOBBIO se enfrenta - a partir do neoempirismo, insistimos -, com problemas relativos a uma teoria da ciência como "descrição" e/ou como "prescrição", o que o afasta do Positivismo clássico de COMTE, que pretende ser apenas uma descrição fiel da natureza. Do mesmo modo, a partir do Neopositivismo, BOBBIO

¹⁹⁰ Podemos lembrar, neste momento, a TÉRCIO SAMPAIO, para quem a ciência jurídica versa sobre a possibilidade do estabelecimento de uma instância de decisão de conflitos - cfe. "A Ciência Jurídica", p.104 e 105. Sobre egocentrismo jurídico e egocentrismo textual ver WARAT em seu texto El jardín de los senderos que se bifurcan.

se defronta com o dilema de estabelecer se a ciência jurídica possui a predominância de elementos empíricos ou racionalistas (formais). Frente a isso, porém, não desemboca numa dialética totalizante, preferindo assumir a possibilidade mais modesta da análise, de uma teoria da verdade como conceitos convencionalizados que não perdem de vista o todo¹³⁹.

Com efeito, desde uma perspectiva filosófica geral, a *teoria da ciência de BOBBIO possui como pressuposto principal a tomada de consciência de que o direito é uma linguagem e que a linguagem é um problema filosófico*. Sendo assim, necessário se faz o estudo da ciência jurídica como a formalização semântico-linguística de princípios gerais de direito. Verifica-se, neste passo, uma profunda alteração da concepção tradicional de ciência e filosofia, sobretudo face às teses kantianas.

A perspectiva analítica de BOBBIO, por outro lado, determina à investigação - voltamos a repetir -, uma preocupação com o que alguns autores chamam de "ponto de vista interno" da ciência jurídica. Quer dizer, com a especificidade do fenômeno jurídico, e com questões tais como a teoria da norma e do ordenamento, etc., atitude mesma determinante da própria possibilidade de circunscrição do conceito de direito. E, neste sentido, como já foi dito, a

¹³⁹ Para uma proposta de ciência jurídica dialética, ver AGOSTINHO RAHALHO MARQUES NETO, "A Ciência do Direito", Edit. Forense RJ, 1982.

investigação se desenvolve no interior do anteriormente estudado "positivismo jurídico italiano".

Não obstante, como salienta ZULETA PUCEIRO¹⁴⁰, uma olhada nos temas que ocupam a atenção da filosofia jurídica nos anos 80 demonstra que a preocupação tem se voltado mais para o "ponto de vista externo" da ciência jurídica. Segundo ZULETA PUCEIRO,

"... la discusión generalizada sobre el sistema político ha llevado, en el ámbito jurídico, a una reconsideración de la cuestión del fundamento del poder normativo, a la luz de los problemas actuales de la teoría de la participación y de la relación estrecha entre problemas de legitimidad y problemas de gobernalidad en el Estado contemporáneo."¹⁴¹.

Tal posição, por assim dizer, faz uma revisão da teoria dogmática das fontes do direito. Trata-se, efetivamente, da atribuição de uma maior relevância ao papel do Executivo e do Judiciário face ao Legislativo. Assim, recoloca - ampliando - o problema da interpretação. Entretanto, perguntamos: esse avanço implica na eliminação da discussão interna da ciência jurídica? Da importância do direito legislado? Da construção de uma idéia de sistema?

Qualquer que seja a resposta, acredita-se que o avanço crítico depende da compreensão dos paradigmas herdados, que

¹⁴⁰ Teoría del derecho, op.cit., p.30.

¹⁴¹ Teoría del derecho, op.cit., p.30. Ver também de FARIA, José Eduardo, Eficácia Jurídica e Violência Simbólica

indiscutivelmente em relação ao direito, contém forte influência de uma disciplina que se sobressaiu neste século, a Teoria Geral do Direito,¹⁴² que por sua vez surgiu do engendramento de um conceito de direito como um conjunto de normas legisladas.

Assim, pode afirmar-se que o labor teórico de BOBBIO dirigiu-se basicamente ao ponto de vista interno da ciência jurídica, aparecendo como central na análise, o tema da validade do direito, sem que fossem eliminadas as questões de fundamento e de valor, sobre as quais refletiremos adiante. Posteriormente, utilizando-nos de autores como LUIS WART - profundo conhecedor do neopositivismo e da filosofia analítica -, buscaremos rever criticamente alguns dos pressupostos e dilemas teóricos da ciência jurídica de BOBBIO, desenvolvida por volta dos anos cinquenta. Antes, porém, façamos algumas precisões interessantes como preparação ao debate sobre ciência jurídica e validade do direito.

6.2 - *Jurisprudência e Meta-Jurisprudência*

Embora o tema jurisprudência tenha sido objeto específico da 1ª. parte deste trabalho, ele deve voltar agora para que possamos melhor demonstrar sua relação com a TGD.

¹⁴² Ver PUCEIRO, ZULETA, op.cit., p.31.

Conforme assinala RICCARDO GUASTINI em "Problemi di teoria del diritto"¹⁴⁹, comumente por jurisprudência se entende um conjunto de decisões dos tribunais. Todavia, os teóricos do direito vez por outra usam este vocábulo para designar a atividade interpretativa dos enunciados jurídicos, quer legislativos ou não somente.

Em tal sentido, jurisprudência se refere a atividade interpretativa dos vários órgãos de aplicação do direito (especialmente os judiciais, mas não somente), podendo ser entendida também como a atividade interpretativa dos estudiosos, cujo resultado é denominado geralmente de "doutrina". Não obstante, jurisprudência pode ainda ser um termo empregado para designar a interpretação em geral, sem vinculações a uma teoria geral do direito em particular. Inclusive, na língua inglesa - conforme GUASTINI -, jurisprudência significa tanto ciência do direito quanto teoria e/ou filosofia do direito.

NORBERTO BOBBIO o emprega com um sentido explícito de ciência do direito, e sua obra representa, como estamos a estudar, a partir dos anos 50, justamente um pensar e repensar em torno à problemática da ciência jurídica. Este repensar metódico da ciência, também como já se viu e ainda se verá neste trabalho, é um tarefa e um campo próprio da

¹⁴⁹ GUASTINI, RICCARDO, *op.cit.*, 1980:p.31.

filosofia do direito, e pode referir-se, a nosso juízo, tanto aos aspectos formais do fenômeno jurídico (caso em que se dirigiria a teoria geral do direito), como aos aspectos materiais ou de conteúdo das normas jurídicas (caso da ciência jurídica em sentido próprio ou dogmática). Quais as condições para se chamar de científica a atividade dos juristas é, não por acaso, uma das principais preocupações de BOBBIO.

O professor italiano fala, ainda, em diversas partes de sua obra, que a jurisprudência ao tratar dos processos intelectuais empregados pelos juristas para interpretar, integrar e conciliar o sistema jurídico com a realidade social, assume o caráter de um ato interpretativo, tratando-se ela também de uma análise da linguagem. Com efeito, o resultado desta atividade pode ser entendido como uma meta-linguagem sobre o direito experiencial, que seria a linguagem objeto.

Assim, se pode chamar de meta-jurisprudência aquela "sottodisciplina" da teoria geral que não tem como objeto a linguagem do legislador mas consta de um discurso sobre a jurisprudência; precisamente se trata de uma análise (metalingüística, porque lingüístico é o seu objeto) dos discursos interpretativos consumados nas operações jurídicas.¹⁴⁴ A meta-jurisprudência dirigiu-se a construção

¹⁴⁴ GUASTINI, op.cit., p.31 e 32. Ver também a distinção entre jurisprudência e

de uma teoria geral do direito e é isto que gostaríamos de chamar a especial atenção. Não vamos nos aprofundar estritamente nas questões de T.G.D. porque nosso interesse é mais panorâmico.

De qualquer modo, este trabalho versa, como se está a perceber, tanto os aspectos meta-teóricos da ciência jurídica bobbiana em sentido estrito - 1a. parte -, como os aspectos meta-teóricos da T.G.D., ciência jurídica em sentido amplo - 2a. parte -, visando interpretá-los em um contexto histórico mínimo, que permita compreender os fundamentos de liberdade e igualdade de sua teoria, cunhados por uma longa tradição liberal e social de pensamento.

6.3 - Duas Teorias sobre a Ciência Jurídica e o lugar de NORBERTO BOBBIO

Seguindo a RICCARDO GUASTINI em seu texto "Los Juristas a la Búsqueda de la Ciencia - relectura de BOBBIO"¹⁴⁵, duas teorias sobre a ciência jurídica tem-se confrontado neste século. Uma, a teoria Normativista da Ciência Jurídica; a outra, a teoria Comportamentalista (ou Realista) da Ciência Jurídica. Suas principais diferenças são as seguintes, conforme anota GUASTINI:

teoria geral do direito proposta por RUIZ MIGUEL em *Filosofia y Derecho*, op.cit.p.149

¹⁴⁵ In *Revista de Ciencias Sociales*, Chile, op.cit.p.245.

- 1) Segundo a teoria normativista, a ciência jurídica opera com regras ou normas, entendidas como comunicações lingüísticas preceptivas. Portanto, essa teoria configura os enunciados(as formulações) dos juristas como proposições sobre normas.
 - 1.1.) A teoria normativista adota normalmente a atitude de uma teoria descritiva da ciência jurídica: uma teoria que intenta analisar e aclarar as operações intelectuais que os juristas, com efeito, realizam habitualmente.
- 2) Segundo a teoria comportamentalista, a ciência jurídica - como qualquer outra ciência social - versa sobre comportamentos humanos; enquanto comportamentos produtores de normas e/ou guiados por normas. Desde esse ponto de vista os enunciados dos juristas expressam ordinárias proposições sobre fatos.
 - 2.1.) Pelo contrário, a teoria comportamentalista se aproxima mais a teoria prescritiva da ciência jurídica: uma teoria que propõe aos juristas um modelo de jurisprudência, e precisamente um modelo de todo diferente da jurisprudência efetivamente praticada.

Como se verá adiante, não resta nenhuma dúvida sobre a posição de BOBBIO com respeito a essas duas teorias: a ciência jurídica é uma ciência de normas, que, fundamentalmente sob o influxo do chamado "neoempirismo", implica em uma análise da linguagem do direito.

A posição de BOBBIO possui um forte eixo de sustentação que é a sua busca de uma aproximação entre o legal e o válido e o empírico ou científico. Porém, isto viria a lhe acarretar contínuas e oscilantes revisões, colocando-o diante de difíceis controvérsias teóricas, tais como a indagação sobre ser a ciência jurídica uma ciência

formal ou empírica. Além de obscuridades e contradições: purifica-se e formaliza-se a linguagem do jurista ou a do legislador?

Dentre as razões de sua opção normativista, acreditamos encontrar como central - conforme anota RUIZ MIGUEL em sua tese¹⁴⁶ -, o ideal de avaloridade da ciência. Conforme assinala o professor espanhol,

"... desde finais dos anos 50, aceita BOBBIO um conceito unificado de ciência que quer dizer p.ex. a aceitação de uma ciência ao mesmo tempo com tendências historicistas e idealistas, e matiza seu anterior convencionalismo em favor do empirismo, o caráter da avaloridade passa a ser o traço fundamental de sua teoria da ciência."

Na verdade, o tema da exclusão dos juízos de valor da ciência - especialmente em ciências sociais, como afirma MIGUEL -, não só está no centro de uma quase centenária discussão, como segue sendo atual. A análise da questão do ideal de avaloridade adquire em BOBBIO uma importância tridimensional, muito bem rastreada por RUIZ MIGUEL e que é a seguinte:

"... primeiro, deve-se discutir os valores antes da ciência para se verificar rigorosamente quais são os critérios metodológicos de uma decisão por fazer este ou aquele tipo de ciência e quais seus pressupostos ético-práticos; em segundo lugar, deve-se discutir os valores durante a investigação, quer dizer, discutir como se dá a seleção de um tema e a criação de hipóteses e

¹⁴⁶ 'Filosofia y Derecho'. op.cit., p. 108 e segs.

teorias acerca do mesmo, discutindo também como se dão as valorações introduzidas durante a pesquisa em termos de privilegiamento de dados ou estatísticas, etc.; em terceiro lugar, viriam as valorações posteriores ao estudo, referentes ao uso prático dos resultados científicos obtidos." ¹⁴⁷

Com efeito, o fato é que a discussão ao nível de meta-jurisprudência desenvolvida por BOBBIO nos anos 50 - a mesma que circunscreve o ideal de avaloridade em termos de uma linguagem rigorosa e convencionalizada -, esteve relacionada ao seu questionamento em torno à cientificidade da jurisprudência e a importância disto para a democracia. Neste sentido, não foi casual seu encontro com as teses do neopositivismo lógico, senão que elas viriam a lhe permitir falar de uma ciência jurídica não muito distante daquilo que de fato acontecia nas práticas judiciárias e, portanto, distinta das versões morais e metafísicas próprias do jusnaturalistas de distintos matizes.

Contudo, as teses dos anos 50, como já foi dito em outro lugar, viriam a sofrer sucessivas e constantes revisões, chegando mesmo BOBBIO a implodir com o esquema do ideal de avaloridade da ciência jurídica. Entretanto, nos interessam por ora os textos nos quais BOBBIO exprimiu seus ideais cientificistas, cabendo-nos descrevê-los e criticá-los. A mudança de opinião de BOBBIO é um problema posterior a 1966 e atinente a um outro contexto histórico.

¹⁴⁷ RUIZ MIGUEL, op.cit., p.109 e 110.

*6.4 - Ciência Jurídica e Sistematização do Direito: BOBBIO
entre o Normativismo e o Realismo jurídicos*

Na intenção de estudar as características estruturais e formais da teoria jurídica de BOBBIO, que buscou implementar uma visão sistematizada do direito, por interesses políticos, é que passaremos agora a descrever com mais detalhes certos aspectos de sua T.G.D..

Como afirmamos anteriormente, foi com base na obra de KELSEN - marco da T.G.D. neste século -, que BOBBIO formulou sua conceituação. Assim, quando a teoria pura do direito define o domínio do direito como o normativo, põe uma região ontológica específica e só permite como pertinente a essa região, proposição normativa. De alguma maneira, frente aos sociólogos e no marco dos normativistas, estava aceitando a existência de uma T.G.D. de caráter formal e lógico, decorrente das possíveis interrelações, deduções e inferências dessas proposições normativas em um sistema, que, inclusive, para alguns, seria irredutível ao puramente fático. Portanto, um mundo ontologicamente constituído de maneira diferente da visão jusnaturalista.

Entretanto, o mundo das idéias raramente encontra unanimidade, e o direito tem a sua origem - segundo outras teorias - em fatos sociais ou condutas, posteriormente

codificadas em normas, comunicáveis através da linguagem ordinária. De qualquer maneira, o fato do direito numa perspectiva ou noutra se apresentar como através de linguagens, demonstra que o sistema jurídico não é tão invulnerável a aspectos extra-jurídicos ou extra-normativos como desejariam especialmente os estruturalistas-normativistas.

Não obstante, tais colocações ressaltam o aspecto dualístico da visão dos teóricos - normativismo X realismo -, e é preciso dizer que, para certos autores, esse dualismo entre validade formal ou normatividade e realidade, dever ser e ser, empírico e a priori, se trata de uma visão equivocada do direito. É o caso de ALF ROSS em seu "Hacia una Ciencia Realista del Derecho, crítica del dualismo en el Derecho". Numa hipótese que ultrapassa nossa discussão, ROSS procurou mostrar como o conceito de direito surgiu na vida como o resultado de uma íntima fusão das noções de validade, no sentido ideal e simbólico, com a noção de realidade, entendida como as ações humanas próprias da experiência, porém iluminadas por aqueles ideais.

Como precedentemente foi dito, a ciência jurídica em BOBBIO caracteriza-se um pouco ao modo de ALF ROSS por também aceitar a interrelação do normativo com o empírico. Porém, encarando a relação entre esses dois mundos numa perspectiva contrária a de ROSS, isto é, entendendo como ponto fundante do direito, a normatividade.

Por outro lado, BOBBIO assinala que a falta de coordenação lógica ou filosófica entre o a priori e a experiência não quer dizer que essas categorias sejam opostas, mas apenas que são elementos distintos do fenômeno jurídico. Por isso vimos pondo em relêvo que a ciência bobbiana tratou tanto dos aspectos formais quanto de conteúdo do fenômeno jurídico. Há que se reconhecer, todavia, que a influência kelseniana, no marco da Teoria Normativista da Ciência e do Positivismo Jurídico Italiano, determinou a BOBBIO uma visível inclinação para a formalidade da TGD, levando-o a salientar o tema das fontes, da norma e do ordenamento, etc., a partir do legal. Com efeito, dado o caráter formal de sua teoria é que, a lógica e suas relações com o direito, viriam figurar como objeto de estudos específicos do prof. de Turin, nos anos 1965. Dentre as conclusões destes estudos está a de que - segundo suas próprias palavras - "é forçoso reconhecer, no âmbito do normativo, a utilidade da lógica para a T.G.D.".¹⁴⁸

Gostaríamos de ressaltar ainda de modo preliminar, mesmo que repetidamente, que os primeiros escritos de Norberto BOBBIO em termos de teoria jurídica, se caracterizaram mais por um antiformalismo de cunho fenomenológico, que visava encontrar o conteúdo essencial da realidade jurídica, mediante a intuição eidética¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Cfe. "Derecho y Logica", 1965:p.41.

Entretanto, como também anota o professor espanhol ¹⁴⁹, os primeiros passos ao normativismo foram dados nos "Lezioni di Filosofia del Diritto", nos idos de 1940-41, cuja parte especial se dedicava justamente ao tema das fontes do direito, e começava indicando que a palavra "direito" se entende no sentido de "norma" ou "conjunto de normas".

Nos anos 1945 em diante, BOBBIO iria radicalizar na afirmação de que o direito é a forma de toda possível convivência", numa afronta a redução de alguns marxistas e num marco neokantiano, porém ainda distante de KELSEN. A partir de 49, começam os estudos maduros de T.G.D. já sob a orientação de KELSEN.

Assim, o normativismo foi se impondo frente a outras teorias, tais como a relacionista e institucionalista ¹⁵⁰. A chave da T.G.D. de BOBBIO de cunho normativista se centrava no pressuposto de que existe uma validade formal das normas independente de sua validade efetiva (ou eficácia), além de ser independente do problema da justiça ¹⁵¹. De qualquer sorte, como menciona MIGUEL ¹⁵², a aceitação do normativismo conduz a pergunta pela relação deste com o formalismo, por um lado, e com o positivismo jurídico, por outro. E tais relações, cremos, estão sendo explicadas ao longo de todo o

¹⁴⁹ Cfe. RUIZ MIGUEL, *Filosofia y Derecho*, op.cit.p.191.

¹⁵⁰ Idem, *Filosofia y Derecho*, op.cit., p.193.

¹⁵¹ Cfe. MIGUEL, op.cit., p.195.

¹⁵² Cfe. "teoria da Norma", p.22 e seqs., in "teoria General del Derecho", BOBBIO,

Colombia.

¹⁵³ Op.cit., p.203.

nosso trabalho, e como tem sido visto, BOBBIO desenvolveu estudos conceituais que se tornaram famosos sobre o formalismo e o positivismo jurídico¹⁵⁴.

Passando ao que é específico numa T.G.D. e tomando a metodologia analítica de ALCHOURRÓN e BULYGIN como referência¹⁵⁵, para uma melhor compreensão das idéias próprias de BOBBIO, vale a pena dizer que "a lógica dos enunciados jurídicos organizados em um sistema" foi um dos problemas fundamentais da ciência Jurídica daqueles anos. E mais. Visto como um problema independente das questões empíricas relativas a identificação dos enunciados de direito que poderiam constituir-se na base do sistema (o que num certo sentido colocaria o problema da validade pensado desde um prisma material do ser)¹⁵⁶.

De modo que a proposta analítica de uma maneira geral - como salienta ALCHOURRÓN e BULYGIN -, nunca pretendeu descrever o que os juristas fazem, senão edificar um ideal de ciência jurídica voltado, dentre outras coisas, para falar de uma completude do sistema jurídico. Acrescentaríamos: um sistema jurídico visto como a outra face institucional do poder. Todavia, é preciso enfatizar que mesmo percorrendo um ideal de ciência jurídica, BOBBIO em particular sempre pretendeu descrever aquilo que os juristas efetivamente

¹⁵⁴ Ver especialmente "Formalismo Giuridico e Formalismo ético, Sul formalismo Giuridico, e Il Positivismo Giuridico".

¹⁵⁵ Cfe. "Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales", p.24.

fazem, o que o forçou a reconhecer a lacunaridade dos sistemas jurídicos. Assim, embora normativista foi mais realista do que idealista no âmbito da analítica, tendo de se enfrentar com uma série de dificuldades, tais como as inter-relações do sistema axiomático com o extra-sistêmico, dificuldades que justamente alimentarão nossas reflexões no Capítulo 7. Em outras palavras, por ter de enfrentar-se com os paradoxos resultantes da aproximação dos aspectos formais com os empíricos do fenômeno jurídico.

A título de comentário, por estar ao lado de KELSEN, contudo, BOBBIO poderia ser enquadrado na "teoria de fossilização estrutural e metamorfose histórica dos conceitos", de que fala ALF ROSS em seu "Hacia una Ciencia Realista del Derecho"¹⁵⁶. E isto, devido a sua acentuada inclinação estruturalista. Como o próprio BOBBIO assinalou em um prólogo recente¹⁵⁷,

"no considero necesario tener que ocultar el hecho, evidente a todo lector bien informado, de que la orientación de mis estudios de aquellos años se centraba en el análisis estructural del ordenamiento jurídico, según la enseñanza de la teoría pura del derecho".

Inclusive, mesmo hoje em dia, quando se critica o alheamento e a artificialidade da ciência jurídica, talvez devido justamente ao excessivo zêlo estruturalista, BOBBIO no

¹⁵⁶ Op.cit., p.19.

¹⁵⁷ In "teoria General del Derecho", Colombia, 1987, p.VIII.

citado prefácio, frente as alternativas funcionalistas que se sucederam, mantém sua posição inicial.

Por outro lado, como o próprio professor estudado revela,

"durante aquellos años aparecieron los primeros escritos de la lógica de las normas, o deontica, como desde entonces fue llamada, de Kalinowski y Von Wright, que inmediatamente atrajeron mi atención, y, con ocasión de los escritos de lógica normativa de Eduardo García Maynez, escribí en 1954 un ensayo, que creo fue uno de los primeros, si no el primero, en presentar estos temas en Italia"¹⁵⁸..

De modo que para BOBBIO parece ser indiscutível a presença de uma lógica dedutiva estruturante do mundo jurídico, e que integra e co-constitui uma região ontológica do direito. Certamente o direito não se reduz a essa lógica, mas, diante da complexidade de sua natureza, ela funciona como um dos pilares de identificação do mundo jurídico.

Porém, é de se sublinhar que BOBBIO fala de uma lógica pluralista no campo do direito, tal como vimos no Capítulo 4. No Brasil, o prof. NEWTON DA COSTA fala de uma "lógica paraconsistente"¹⁵⁹. Adentrando a esta questão, pode dizer-se que a teoria jurídica de BOBBIO mesmo pretendendo a construção de um sistema, buscou obstinadamente os pontos de

¹⁵⁸ *Idem*, prólogo citado, p.VIII.

¹⁵⁹ Vide "Anais do IV Congresso Brasileiro de Filosofia do Direito", J.P.Pa., p.112.

intersecção dos aspectos lógicos com os empíricos do fenômeno do direito. Todavia, sem abandonar as ilusões de que existe uma teoria geral que apanha e molda a globalidade complexa da experiência cotidiana, trazendo-a para o direito. Em outras palavras, poderia dizer-se que para BOBBIO não existe dogmática jurídica sem T.G.D. e vice-versa, o que salienta a presença de uma dialética entre o normativo e o empírico, entre o ideal e a dogmática. A lógica jurídica aplicada a uma teoria geral viria contribuir para uma funcionalização da dogmática jurídica em sentido estrito.

De qualquer maneira, se tomamos o tema das fontes da ciência jurídica em sentido amplo, veremos que a dialética entre doutrinas jusnaturalistas e positivistas é inevitável. Um suposto conhecimento científico nunca afasta totalmente a metafísica ou a ideologia. De todo modo, os analíticos pensaram poder trabalhar com um conceito formal e conceitual de validade do direito, e que teria por objeto as relações (deduções e inferências) das normas entre si.

Vejamos agora as teorias normativistas e realistas referidas à problemática da validade do direito. Se é certo que uma dessas correntes - realismo - examina o direito pela ótica dos fatos, e a outra - o normativismo - o analisa a partir da estrutura interna dos sistemas jurídicos, é igualmente correto que ambas têm de lidar com a questão da posituação da lei: aquela pela qual o direito positivo vai deixando de ser entendido como simples relação causal, entre

a vontade do legislador e o direito como norma legislada ou posta, mas compreendido como resultado da imputação de validade de normas e certas decisões - o que lhe permite prescindir de uma referência genética aos fatos que o produziram (um ato de uma vontade historicamente determinado.)¹⁶⁰. Daí a pergunta acerca da validade última do direito que, para os normativistas, residiria em critérios internos ao sistema jurídico (estruturais), enquanto que para os realistas ela teria que ser encontrada em aspectos extra-normativos ou meta-sistemáticos(funcionais), relativos à eficácia do direito.

No marco dos analíticos, HERBERT HART possui uma visão do problema da validade como algo interno ao sistema jurídico. No Cap. VI de seu "El Concepto de Derecho" diz que

"solo necesitamos la palabra validez, y así la usamos comunmente, para resolver cuestiones que surgen dentro de un sistema de reglas, donde el status de una regla como miembro del sistema depende de que satisfaga ciertos criterios suministrados por la regla de reconocimiento." , que é admitida embora indemonstrável¹⁶¹.

Na visão de RUIZ MIGUEL¹⁶² tal regra de reconhecimento não seria mais que uma prática social efetiva e obrigatória que subministra os critérios básicos aceitos em um determinado sistema jurídico, que determina as normas

¹⁶⁰ FARIA, "Retórica Política e Ideologia Democrática", op.cit.p.25.

¹⁶¹ HART, El concepto de derecho, op.cit., p.135.

¹⁶² Filosofia y Derecho, op.cit., p.367.

pertencentes a dito sistema. E é assim que se passa de modo geral com os analíticos a respeito da validade, muito embora BOBBIO possua algumas diferenças importantes em relação a esses pontos.

Conviria assinalar uma vez mais com ALCHOURRÓN e BULYGIN, contudo, que a questão da validade é tratada na teoria jurídica a partir de duas concepções opostas e ao mesmo tempo deformantes que são, por um lado, o racionalismo ou formalismo, que consiste em desconhecer ou menosprezar a importância dos problemas empíricos, com a conseqüente pretensão de resolver todos os problemas com que se enfrenta a ciência do direito, mediante métodos puramente racionais (dedutivos). Por outro lado, o vício oposto patrocinado pelo empirismo ou realismo, que coloca excessiva ênfase na problemática empírica, chegando a negar qualquer importância para a sistematização¹⁴⁹.

De modo que para os argentinos citados, mais do que combater concepções teóricas de distintos autores, seria necessário observar o que fazem os juristas quando se dedicam à ciência jurídica. Segundo o estudo de ALCHOURRÓN e BULYGIN, como já assinalamos, tomando-se a atividade mesma dos juristas, encontramos como tarefa primordial a tentativa de apresentação do fenômeno jurídico (experiência jurídica) de uma forma ordenada ou sistemática, tornando assim possível o

¹⁴⁹ Cfe. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas e sociales, op.cit., p.112.

seu manejo por parte dos interessados. Conforme também já assinalamos, a definição de Ciência Jurídica de BOBBIO se dirige justamente a isso: interpretar, ordenar e sistematizar as normas jurídicas.

Todavia, como se verá mais detidamente no capítulo 7, ocorre que expressões tais como "descrição", "sistematização", etc., são muito ambíguas e escondem uma série de problemas. O quadro de neutralidade científica proposto pelo positivismo italiano foi uma idealização, e seria de nos perguntarmos sobre a face criadora da tarefa judicial, diante dos limites de uma descrição neutra e de uma aplicação lógica ou no máximo analógica do direito.

Não obstante, a sistematização proposta pelos analíticos italianos pressupõe a delimitação de um mundo jurídico manejável objetivamente e no qual se encontram certos elementos a partir dos quais o jurista empreende a sua sistematização. São eles:

1) a *matéria social* que deve ser regulada, ou então o status normativo que o direito confere a certas condutas em certas circunstâncias. 2) *os enunciados de direito*, ou então o conjunto de enunciados de direito que constituem sua base axiomática. Em outras palavras, aqueles enunciados que se consideram admissíveis para figurar na base de um sistema jurídico e que por isso são considerados válidos. 3) *Regras de inferência*, ou seja, aqueles enunciados que são consequências dos enunciados tidos como válidos. Em outras palavras, tratam-se das deduções lógicas dos enunciados normativos.

Diante desses elementos, a Ciência Jurídica com base na atividade que é própria dos juristas passa, por um lado, a tentar estabelecer identificação doutrinária entre a base e os enunciados jurídicos, através, digamos assim, de uma metalinguagem proposicional. Por outro lado, caminha no sentido de descrever formalmente as características das normas jurídicas, as relações entre elas, sua ordenação e vinculação a um sistema, questões de completude e lacunaridade, etc., atividade de T.G.D.. Este âmbito seria como a sombra em relação ao corpo do direito. Certamente, o problema da validade do direito só pode ser discutido a partir de uma visão conjunta das questões da dogmática e da T.G.D.. Entretanto, diante do preconceito de que os juízos de valor não podem ser traduzidos cientificamente, e que, dada a complexidade de determinação de um princípio material - ou do mundo do ser - da validade do direito, cada vez mais vai assumindo relevância o conceito de "ordenamento jurídico", e a validade como algo a ser extraído das relações das normas entre si.

Assim, assume proeminência uma noção formal de validade jurídica, que aumenta a fragmentação dos saberes, pois a discussão dos fundamentos do direito é remetida para a filosofia jurídica, e o aspecto da eficácia para a sociologia do direito. Trata-se de uma maneira de superar, no âmbito das fontes, a polêmica entre jusnaturalismo e positivismo jurídico.

Diga-se de passagem, que tal redução do objeto da ciência jurídica determinado pela proeminência da T.G.D., se deu por questões de método, como assinala RUIZ MIGUEL. Entretanto, a crítica de UBERTO SCARPELLI a BOBBIO, em relação ao positivismo jurídico, visou explicitar que por detrás dessa metodologia se encontrava uma ideologia política, ou mesmo que esse positivismo ao invés de ciência seria uma ideologia, o que parece mesmo ser evidente.

Voltando ao cerne da discussão, a existência de um ordenamento permite um critério formal de identificação do que seja direito, independente dos conteúdos das normas jurídicas. Em síntese, o ordenamento conteria regras de admissão e de exclusão de enunciados jurídicos. Isto, assim posto, eliminaria o critério material ou de conteúdo para identificação do que seja direito, o que não quer dizer que estariam eliminados os condicionamentos políticos e ideológicos das decisões jurídicas, enquanto tais decisões são atravessadas por fatores extra-normativos.

Como se verá no Capítulo 7, deve-se acrescentar que os enunciados jurídicos são formulados em linguagem ordinária e que, assim, as inferências lógicas dos juristas não são necessariamente rigorosas. Como assinalam ALCHOURRÓN e BULYGIN, "a questão de se saber se um determinado enunciado tem ou não tais consequências e se deve figurar portanto na base, não pode resolver-se muitas vezes por meios puramente racionais. Há que se passar ao plano empírico. Inclusive,

talvez exista a possibilidade do jurista apenas sugerir alternativas para uma decisão judicial, que por seu turno envolverá uma outra série de fatores".

De qualquer modo, diante dessa fragilidade estrutural, caminha uma boa parte das reflexões de BOBBIO. Num certo sentido, é inegável a tarefa criadora do juiz, trazendo para o âmbito do sistema jurídico questões que inicialmente não lhe eram pertinentes. E BOBBIO tem consciência da lacunaridade dos sistemas jurídicos. Entretanto, os princípios convencionalizados de uma teoria geral - tais como por exemplo o conceito de "reincidência" -, são indispensáveis ao funcionamento da justiça, para o prof. turinês.

Portanto, embora as muitas possibilidades de crítica às fragilidades de qualquer teoria geral, o fato é que BOBBIO a considera imprescindível para o funcionamento do direito e da democracia. Tomando uma avaliação final e sintética da teoria geral de BOBBIO, feita por RUIZ MIGUEL, a teoria jurídica realizada por BOBBIO viu o direito como um conjunto de proposições prescritivas que, sem formar um todo coerente e completo, se caracteriza por constituir uma unidade ao serviço do poder político - tendencialmente estatal - apoiado no uso organizado da força como última ratio.

A democracia, assim, para BOBBIO, depende da institucionalização de um conjunto de princípios históricos,

teóricos e críticos, dentre os quais, por exemplo, destacam-se a aceitação do direito como uma teoria coativa, legislativa e imperativa. Não obstante, isto não implica em ter-se de aceitar uma teoria da coerência do ordenamento jurídico, nem muito menos da completude. Seja como for, o que BOBBIO defendeu de um modo geral e especialmente no seu "Il Positivismo Giuridico", 1979, é que a funcionalização do direito depende da existência de uma estrutura, sem a qual seria impossível entender as soluções dos conflitos como arbitrados por um sujeito terceiro que monopolizaria esse saber e que seria o Estado. Mas atenção: deve ficar bem explicitado que a a posição de BOBBIO não implica numa atrelamento puro e simples ao Estado e ao legalismo; porém que ela se dá sobretudo em razão de sua compreensão de que a atenção ao direito instituído carrega em si uma ética societária que o transcende, e que inaugurou a sociedade moderna face ao mundo medieval.

6.5 - Ciência Jurídica e Validade do Direito em NORBERTO BOBBIO. Aspectos teóricos e políticos

Como já foi visto, esta tese sobre a filosofia da ciência jurídica de NORBERTO BOBBIO, trata de estudar, especialmente, a importância do Neopositivismo para a resposta a já clássica pergunta de ser ou não a jurisprudência uma ciência e, assim, obter-se justificacão para a obediência a ordem jurídica.

A busca da cientificidade da jurisprudência se insere, de modo geral, no ideal kantiano e alemão de uma ciência jurídica neutra e objetiva. Sem ideologia e sem metafísica. HANS KELSEN, depois de Von KIRSCHMAN, é um divisor de águas no assunto importante deste século em teoria jurídica. Um tratado de ciência jurídica que emprestou dignidade ao saber do direito.

A autoridade do saber científico aplicado ao direito, ou, dito de outra forma, o direito visto a partir dos conceitos científicos, é um problema e um interesse que possui uma longa história. Muitas são as teorias. Poder-se-ia perguntar: o direito obriga por encaixar-se no conceito das ciências naturais ou das ciências históricas? Ou, então, das ciências formais ou empíricas?

Não obstante, a afirmação da jurisprudência como ciência é também uma questão política, e faz parte de uma concepção de mundo que tem visado a uma funcionalização do "poder" no Estado moderno. Por isso, a ciência jurídica tem sido alvo de inúmeras críticas de interesses opostos, ora liberais, ora marxistas. NORBERTO BOBBIO, em sua obra, diante desse envolvimento político da ciência, viria a trabalhar a justiça no interior do positivismo jurídico, e, portanto, no plano de uma investigação interna do fenômeno jurídico. Assim, ao contrário do que se poderia pensar, manifestando sua preocupação com uma ética societária.

Com efeito, os pressupostos da teoria geral de BOBBIO são, por um lado teóricos, e, por outro, políticos. A discussão da formalização científica, de um direito legal e de um validade não como verdade mas como correlação de enunciados normativos, e que coloca a justiça, em princípio, como legalidade, característica do positivismo jurídico, correlaciona-se com o processo político de legitimação dos grandes estados modernos...¹⁶⁴..

De qualquer modo, seria interessante trazer à colação algumas palavras de BOBBIO sobre a importância da cientificidade da jurisprudência, emitidas nos anos 50, e que se encontram inseridas numa obra de ENRICO LANFRANCHI sobre "Política e Cultura no Pensamento de NORBERTO BOBBIO". Elas podem dar a noção de que tal assunto, no âmbito do meio cultural italiano, girava não somente em torno à ideologia mas também em torno da preocupação de BOBBIO com o papel dos intelectuais:

"... ci di cui avevamo bisogno era di assimilare (o riconquistare) nuove tecniche di ricerca, dalla logica simbolica all'analisi del linguaggio, dalla psicologia del comportamento alla sociologia sperimentale (...) e di rompere il dominio delle tecniche in cui eravamo avviluppati e che erano giochi di bambini spensierati (...) proporrei per i prossimi (anni), una tregua ideologica e che ciascuno si metta a studiare. Dopo dieci anni vedremo chi avrà scritto e libri migliori..."¹⁶⁵

¹⁶⁴ LAFER, CELSO. "A Reconstrução dos Direitos Humanos", 1988, p.69.

¹⁶⁵ LANFRANCHI, ENRICO. "Política e Cultura nel pensiero de N.BOBBIO - un filosofo militante", op.cit.1989 p.104.

Por outro lado, a obra de BOBBIO é pródiga em discussões sobre as relações conflitantes de "giusnaturalistas" e "positivistas jurídicos", (e isto já foi demonstrado no Capítulo 5 deste trabalho e conforme obras já citadas), basicamente em função da tentativa do estabelecimento de uma condição de autoridade para o saber jurídico. Como já dissemos, o jusnaturalismo seria uma ideologia, e o positivismo jurídico uma teoria da ciência, para BOBBIO.

Como lembra LANFRANCHI,

"... il positivismo giuridico - si potrebbe affermare - ha compiuto nel campo diritto un'operazione analoga per molti aspetti a quella compiuta da Machiavelli nell'ambito della politica: ha voluto separare la considerazione della validità di una norma giuridica dal suo valore, cioè dalla sua conformità o meno all'ideale di giustizia..."¹⁴⁶

Passando a um outro comentarista de BOBBIO que se considera significativo, PERRY ANDERSON¹⁴⁷, uma das originalidades de BOBBIO é a tentativa de intersecção, em seu trabalho, de três tradições distintas de pensamento:

- 1) a do liberalismo clássico, entendido mais como um compromisso com o estado constitucional do que com o livre mercado - tendo a liberdade como essencial, portanto;

¹⁴⁶ "Politica e Cultura", op.cit., p.127 e 128.

¹⁴⁷ "As Afinidades de ROBERTO BOBBIO", in Revista Cebrap, n924, 1989:p. 26 e seqs.

- 2) a do marxismo de MARX, na medida em que entende que as reformas que são ao mesmo tempo libertadoras e igualitárias derivam da constatação de que há reformas que não são igualitárias, como seria o caso de qualquer reforma de tipo neo-liberal, que oferece ampla margem de manobra frente aos problemas sociais;
- 3) a do realismo de MAQUIAVEL, que tende a discutir a essencialidade do político (mas que pode ser também do jurídico), ou o jogo intrínseco do poder, o que o levará à questão da democracia como valor universal.

Com efeito, indiscutivelmente a tentativa de BOBBIO - passando pela adoção dos princípios dos neopositivistas - de uma teoria da validade da ciência para a determinação do direito válido, tem a ver com um resgate da tradição do realismo de MAQUIAVEL. Resgate das primeiras aventuras epistemológicas da Florença do século XV, conforme assinalamos em texto escrito para a Revista Sequência, da UFSC.¹⁶⁰

Ainda como salienta LANFRANCHI,

"... la separazione delle due sfere quella del valores e quella della validità - del diritto, permette infatti di distinguere la scienza dall'ideologia e, conseguentemente, consente anche l'applicazione di un metodo rigorosamente descrittivo nell'ambito della prima. Il non riconoscere questa fondamentale distinzione, anziché costituire un antidoto contro lo statualismo e il legalismo, acresce la confusione e non giova certo alla causa della giustizia: eloquente l'esempio adottato da

¹⁶⁰ Revista Sequência nº7, 1983:p.16/19, artigo intitulado A diferença entre a moral e a política para Maquiavel.

BOBBIO delle norme del codice fascista, che non postevano certo essere ritenute non valide per il fatto di non essere giuste."^{<169>}.

Em que pese a polémica inerente a tais afirmações, elas retratam com clareza o núcleo do positivismo jurídico e mostram donde brota a idéia de validade do direito.

Em suma, caberia citar GIUSEPPE LUMIA para reafirmar que:

"... dovendosi determinare la nozione di ci che sia diritto valido, s'è voluto attingere al massimo del rigore scientifico, eliminando ogni residuo giusnaturalistico e ogni riferimento ai valori, ed a tal fine si è fatto ricorso a criteri che manifestano una non casuale analogia con quelli proposti, in seno al neo-positivismo, per determinare la validità della conoscenza scientifica in generale"^{<170>}.

Todavia, estamos falando de uma validade relativa ao encontro do chamado "neoempirismo com a ciência jurídica. Porém, existem algumas distinções sobre o entendimento de neoempirismo, conforme seja este ou aquele jurista em referência, ou conforme esteja em jogo este ou aquele filósofo do Círculo de Viena. Explicitemos a posição de três filósofos analíticos para se ter uma melhor compreensão dos pressupostos teóricos da validade da teoria geral de BOBBIO:

Primeiramente, conforme SCHLICK, a validade do

¹⁶⁹ LANFRANCHI, op.cit., p.127 e 128.

¹⁷⁰ "Empirismo Lógico e Positivismo jurídico", op.cit., p.34.

conhecimento se encontra fundada sobre a verificabilidade empírica de cada um dos enunciados; em segundo lugar, consoante CARNAP, ela se encontra na coerência lógica do conjunto dos enunciados integrantes do mesmo sistema lingüístico; e, em terceiro lugar, para MORRIS, se trata da operatividade comunicacional, na qual seja possível se determinar ao receptor respostas específicas a certos tipos de mensagens.

A relação de KELSEN com o Círculo de Viena visou encontrar o fundamento empírico da validade dos enunciados; a convergência de BOBBIO, visou aplicar à jurisprudência, o convencionalismo lógico-sintático de CARNAP; e, por fim, como último exemplo, podemos dizer que ALF ROSS, adotou a via de MORRIS, utilizando-se de numerosos apontamentos pragmatistas e comportamentalistas, próprios da fase americana do empirismo lógico.

Diante dessas diferentes posições onde se enquadra BOBBIO? A resposta não é simples, e talvez uma das originalidades de nosso trabalho seja a conclusão de que a teoria de BOBBIO associa essas distintas posições, uma vez que considera importantes tanto a empiricidade quanto a descritividade e a valoridade. Contudo, uma empiricidade indireta, ao modelo kelseniano, assim como uma descritividade nem entendida como pura nem apenas como predição, porém, mais propriamente como um construtivismo, afirmação que até agora não vimos nenhum comentarista de BOBBIO fazer.

Enfim, poderíamos dizer com FARREL que, "a concepção semântica da verdade que aparece em BOBBIO, subministra um

excelente ponto de partida para a compreensão do conceito de validade. Com efeito, assim como a verdade não é uma propriedade das proposições, tampouco a validade é uma propriedade das normas jurídicas. Tal como a verdade, a validade é uma relação; e neste caso, uma relação entre a norma e o critério de validade eleito pelo jurista". Tratou-se em última análise da tentativa de determinação de uma base científica para o saber jurídico, mediação das condutas com as normas jurídicas, possibilitando assim a resolução do problema da decidibilidade dos conflitos¹⁷¹.

¹⁷¹ Cfc. FARREL, Martín Diego, La metodología del positivismo lógico, su aplicación al derecho, Edit. Astrea, B.A. 1979, p. 173. Ver también TERCIO SANPAIO "A Ciência Jurídica", op.cit., 104.

PARTE III

HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E POLÍTICA
DA TEORIA JURÍDICA EM NORBERTO BOBBIO

CAPÍTULO 7

REFLEXÕES CIENTÍFICAS E FILOSÓFICAS DA TEORIA

JURÍDICA EM BOBBIO

7.1 - *Comparações entre o modelo kantiano e neoempirista de saber*

Após o levantamento dos fundamentos históricos da jurisprudência como ciência e de algumas das características da TGD de BOBBIO, é chegado o momento de realizarmos algumas reflexões sobre os dados colhidos. Para tanto, iniciemos retomando questões mais gerais da filosofia, isto é, das diferenças e proximidades do kantismo, neokantismo e neoempirismo.

Recorrendo a WOLFGANG STEGMULLER¹⁷², o empirismo lógico visou a recusa de todo e qualquer tipo de metafísica. Para os autores desse movimento, seria impossível conhecer a constituição e as leis do mundo real através da pura reflexão e sem qualquer controle empírico (ou observação). Buscaram a realização desses primados, como é sabido, em primeiro lugar

¹⁷² "A Filosofia Contemporânea", 2 volumes, 1977:p.274 a 329.

através de uma rigorosa análise lógica da linguagem.

Pois bem, para autores como SCHLICK e CARNAP, perguntas que não admitem respostas intersubjetivamente testáveis são pseudo-problemas filosóficos, como por exemplo o que é alma. Para eles, nas ciências empíricas, ao introduzir-se uma nova expressão, seria preciso indicar, com exatidão, quais são as condições observáveis que se devem cumprir para que a expressão possa ser utilizada, como por exemplo, no caso da expressão "economia livre de mercado".

Assim sendo, o filósofo empirista chega ao fundamental do conhecimento científico considerando aproximadamente o seguinte:

- 1) os conceitos usados na ciência, exceto os da lógica formal e da matemática, devem ser empíricos, isto é, conceitos sobre cuja aplicabilidade, em cada caso concreto, seja possível uma decisão tomada exclusivamente com o auxílio de observações. Conceitos que não cumpram esse requisito são pseudo-conceitos e devem ser eliminados da ciência;
- 2) todas as sentenças cientificamente admissíveis devem ser justificáveis de modo puramente lógico ou confirmáveis através da experiência.

Neste último caso, não é necessário que as sentenças sejam descrições de observações ou que sejam logicamente deduzíveis de outras sentenças, que, por sua vez, descrevem observações, de maneira a tratar-se de enunciados

empiricamente verificáveis. Porém, é possível tratar-se de hipóteses que não possam ser verificadas definitivamente com o auxílio de observações. Contudo, também tais hipóteses, como supostos científicos, devem distinguir-se de pseudo teses especulativas, na medida em que, em princípio, forem comprováveis empiricamente através de convencionalizações. E esta é uma questão bastante complexa e que foge ao objeto de nosso estudo.

Quer nos parecer, em função dessa complexidade, que a oscilação de BOBBIO quanto a ciência jurídica ser ou não uma ciência empírica, advém de uma certa vacilação do próprio empirismo lógico no que se refere aquilo que pode ou não ser verificável. De qualquer modo, quando BOBBIO faz referência ao que deve nortear uma disputa teórica em torno do uso ou não de uma hipótese que se pretenda científica, entendemos que ele adota justamente o que se poderia denominar de uma posição instrumental da razão, com a qual visa preponderantemente estabelecer as regras a partir das quais se torna possível afirmar a irracionalidade ou ilogicidade do discurso oponente, como no caso de uma visão puramente idealista do direito.

Pois bem. O neoempirismo se opôs ao idealismo kantiano e por esta razão é de se perguntar imediatamente no que o empirismo lógico se diferencia do kantismo? Em que ponto eles coincidem e no qual se distanciam?

Considerando que para KANT as verdades lógico-formais eram chamadas verdades analíticas, enquanto que as sentenças que descrevem observações, assim como aquelas que são empiricamente comprováveis constituem o que chamou de enunciados sintéticos, pode-se considerar que do ponto de vista dos empiristas lógicos, todas as sentenças cientificamente aceitáveis devem ser ou enunciados analíticos, ou enunciados sintéticos a posteriori (ou empíricos).

Agora, sabidamente, KANT recusou a metafísica por entender que não poderia existir conhecimento científico de objetos não-empíricos, e parece ser esta a mesma preocupação dos empiristas lógicos. Porém, para KANT, ao lado dos enunciados analíticos (a lógica) e os enunciados sintéticos (empíricos), que o empirismo lógico asseverou só existirem quando comprováveis experimentalmente, chamando-os de enunciados sintéticos a posteriori, existem os enunciados sintéticos a priori, para os quais mesmo não se estando no âmbito específico da lógica, independem de qualquer forma de observação. Ora, dado que não existem essências para KANT, no fundo o próprio pressuposto da ciência empírica seria um enunciado sintético a priori, do qual se extrairia a permanência desse modelo de ciência, ou a própria condição de validade das ciências empíricas, a partir de um suposto do conhecimento que, em última análise, não poderia jamais ser

demonstrado empiricamente, e esta posição repercutiu e repercute até hoje nos meios acadêmicos.

HANS KELSEN sobre o influxo do kantismo viria basear sua ciência, em termos do fundamento último de validade, nessa condição proposta por KANT, e definida como um enunciado sintético a priori, e não como pensam alguns, em alguma hipostasiação da norma fundamental com alguma noção material de Constituição. E esta posição kantiana até hoje e onde se pode ver, não foi superada. Ao nível do conhecimento científico, não se indaga o fundamento dessa validade, aceita-se-a. A metafísica é ainda hóspede de luxo das teorias da ciência conhecidas, quer se queira ou não.

De qualquer modo, a norma fundamental se apresenta em KELSEN como uma hipótese do tipo científico suposta pelo conhecimento científico, mas não posta por autoridade alguma. Sem dúvida, se trata de uma construção necessariamente ambígua por sua dupla e incompatível função de fundamentar transcendentemente o conhecimento do direito, e conectá-lo com a realidade. Por conseguinte, BOBBIO sempre alheio a epistemologia kantiana e mais próximo do empirismo, viria a desenhar a norma fundamental num indissolúvel casamento com o poder coativo histórico, que para ele dá origem ao direito. Uma afirmação de BOBBIO não deixa dúvidas quanto ao empiricismo historicista em torno ao Direito:

"... el derecho, tal y como es, es expresion de los más fuertes, no de los más justos. Tanto mejor si los más fuertes son también los más justos." (179)

Assim a validade da norma última se funda, para BOBBIO, na efetividade do poder último, que poderá se encontrar em mãos de poderosos.

Não obstante, é o rechaço da metafísica a obstinação do moderno empirismo e do próprio BOBBIO. Os defensores desta escola não discutem a correção da teoria de KANT; recusam-se a acolher o ponto de partida desde o qual ela passa a ter sentido: a existência de conhecimentos sintéticos a priori. Assim sendo, face ao problema kantiano, podemos resumir a posição empirista da seguinte forma: tendo em vista que não há sentença sintética a priori, a pergunta central da crítica kantiana da razão pura, sobre se tais sentenças existiriam e qual seria o fundamento da sua validade, carece de sentido; em virtude disso não tem sentido, em particular, elaborar uma teoria segundo o modelo de KANT, que tenta responder a pergunta acerca da validade, como algo meramente transcendental.

Tais posições conflitivas no âmbito da teoria do conhecimento viriam a matizar o aproximar-se da ciência do direito, por parte de NORBERTO BOBBIO, em relação a posição

¹⁷⁹ "Fil. y Derecho", RUIZ MIGUEL, op.cit., p.279/280.

de HANS KELSEN, o mesmo acontecendo com ALF ROSS e HERBERT HART em relação aos dois anteriormente mencionados. BOBBIO não se contenta com o idealismo kantiano e parte, pois, para as certezas possíveis, ofertadas pelo Empirismo Lógico.

7.2 - Discussões sobre a aproximação das Ciências Formais e Empíricas na obra de BOBBIO

A obra de NORBERTO BOBBIO supõe uma atualização e desenvolvimento da teoria kelseniana, incorporando os novos postulados do conhecimento científico e os mais recentes instrumentos da lógica e da análise da linguagem. A teoria da ciência jurídica do professor de Turim, constitui uma mostra típica de como se pode manter essa atividade na condição de "verdadeira" ciência, sem a necessidade de desvirtuá-la excessivamente, muito embora ao preço de um conceito de ciência "sui generis".

Neste momento, tomando em consideração um escrito de Enrico PATTARO¹⁷⁴ sobre a fase científicista de BOBBIO, que, como já foi dito, se notabilizou mais ou menos em torno aos anos 50, buscar-se-á descrever algumas das principais discussões sobre o tema da ciência segundo este autor. Dentre os temas desponta o da classificação das ciências - em

¹⁷⁴ 'Filosofia del Derecho', op.cit., p.304 e segs..

formais e empíricas -, o da relação entre formalismo e ciência jurídica, o estudo da linguagem no direito, a relação entre ciência empírica e interpretação, o método axiomático, a filosofia do direito, a ciência jurídica e o direito propriamente dito.

Tomando a RUDOLF CARNAP como orientação, BOBBIO afirma que se consideram ciências formais a lógica e a matemática, que se caracterizam por estarem constituídas tão somente por proposições analíticas, com o que estão desprovidas de objeto, dependendo, sua verdade ou falsidade, unicamente da forma em que se usam as palavras que contém, pelo que, se desejamos contestá-las, resultam irrelevantes os resultados de suas proposições. Ao contrário, as ciências empíricas constam de proposições sintéticas, versam sobre fatos e são empiricamente verificáveis.¹⁷⁵

De alguma maneira e ainda seguindo a CARNAP, pode-se dizer que para BOBBIO as ciências formais realizam a importante função de auxiliar as ciências empíricas. Certamente, a aplicação das primeiras às segundas, proporciona uma maior eficácia de expressão destas últimas, cujo exemplo notável pode ser dado com a observação do quanto a Lógica vem contribuindo com os campos da Física e da Química e poderia vir a contribuir com o Direito.

¹⁷⁵ PATTARO, Enrico. "Filosofia...", op.cit., p.311.

Transportando esse ponto de vista ao direito, NORBERTO BOBBIO procura demonstrar que muito embora a importância das ciências formais - como por exemplo a lógica - para este campo, o fato é que a ciência jurídica apesar de uma determinada forma, não se confunde e não se reduz nem ao formalismo nem às ciências formais.^{<176>}

Contudo, BOBBIO não segue uma via puramente empírica, se considerarmos tal via como não podendo prescindir da teoria da verificabilidade, testabilidade, etc. Melhor dizendo, BOBBIO intenta abrir uma via alternativa na qual busca conciliar e conformar exigências da metodologia neoempirista (anteriormente apresentada neste trabalho), com a concepção juspositivista do direito e com o que o próprio BOBBIO denomina de "atitude operativa dos juristas". A via intentada por BOBBIO comporta, com efeito, uma singular configuração da ciência jurídica como ciência empírica e como uma especial valorização do método axiomático.^{<177>}

Consoante PATTARO, quando se pretende falar da via mestra da ciência empírica neoempirista cabe recordar que,

"... o cientista extrai o ponto de partida pragmático da observação (em geral reiterada) dos fenômenos individuais e eventualmente de seu

¹⁷⁶ PATTARO, op.cit., p.315.

¹⁷⁷ PATTARO, op.cit., p.316.

registro. Desta forma extrai o ponto de partida pragmático para formular hipóteses e conjecturas que logo submeterá a elaboração racional inferindo dedutivamente ou indutivamente (com o auxílio de adequadas premissas adicionais e se fora necessário de definições) as previsões consistentes em possíveis resultados de específicos processos de observação e experimentação, realizando estes últimos mediante determinadas e repetidas intervenções sobre seus objetos de estudo. Esta pode ser a forma mais regular de proceder, mas nem por isso se limita o cientista a este procedimento no desenvolvimento de sua própria atividade teórico construtiva. Se os resultados dos processos referidos se estimam positivos em um número suficiente, assegurarão indutivamente um grau adequado de confirmação das próprias hipóteses, permitindo desta forma sua enunciação como leis ou teorias. Finalmente, quando se procedeu já ao estabelecimento de semelhantes leis e teorias, o cientista pode servir-se delas para explicar ou prever fenômenos compreendidos no domínio que ele tenha investigado, inferindo-os depois de haver procedido a especificação das condições iniciais relevantes deste ou daquele conjunto de princípios nomológicos, ao nível da observação do teórico." (170)

Com a afirmação de que o direito não é uma ciência empírica porém forma parte da grande família destas ciências, como se verá, BOBBIO incita a polêmicas que nos chegam até hoje. Com tal afirmação, deseja consignar que o jurista se ocupa de *regras* de comportamento (que enquanto tal possuem uma base empírica) mas, que, todavia possuem uma validade ideal e não real (pois se referem a acontecimentos futuros que ainda não oferecem possibilidade de verificação). Neste sentido, o direito seria uma ciência empírica porém não ao modo da sociologia, por exemplo. Nesta, o cientista observa e

¹⁷⁰ PATTARO, op.cit., p.316.

descreve fatos constatáveis, enquanto que na ciência jurídica o que o jurista tem em conta são regras que se referem ao futuro e que não lhe compete alterar, e que busca descrever em proposições científicas.

Numa posição de crítica aos argumentos de BOBBIO, PATTARO procura demonstrar que o fato de o jurista estudar enunciados lingüísticos (as regras) e não comportamentos (os fatos), não é motivo suficiente para excluir o marco das investigações empíricas do campo do direito (e um bom exemplo é a Psicologia). Entende que uma ciência para ser empírica deve ter como verificável, testável, as proposições em sua relação com as regras que pretende descrever ou prescrever, e não a relação dessas mesmas regras com os comportamentos que elas visam atingir em sua materialidade. Em última análise, *a verificabilidade é um requisito antes da ciência do que do seu objeto.*

Com efeito, o motivo pelo qual BOBBIO propõe a inclusão da chamada ciência do direito no conjunto das ciências empíricas é sua crença de que, em que pese o fato do jurista estudar regras de comportamento (proposições normativas) e, portanto, entidades lingüísticas, sua atividade pressupõe a referência aos comportamentos reais (que são sempre entidades extralingüísticas) dos quais a proposição foi extraída.^{<179>}

Dado o caráter linguístico das normas jurídicas, que se interpõem entre a realidade e a investigação realizada pelo jurista, BOBBIO conclui que a *ciência jurídica não exerce o papel de conhecer fatos reais e sim o de interpretar o sentido de determinadas afirmações acerca da realidade.*

O que constitui de modo central as observações até aqui feitas é o fato de que assiste razão a BOBBIO quando busca descrever a atividade dos juristas. Porém, restam muitas discussões em torno de se esta forma de atuar do jurista se trata ou não de uma atividade de ciência empírica.

De qualquer maneira, as teses de BOBBIO em torno à necessária relação da atividade do jurista com a experiência, podem ser percebidas quando em seu "Teoria della Scienza Giuridica" afirma que,

"... constitui um velho prejuízo o entender que a compreensão da lei não tem necessidade de outro material que aquele da própria lei, e que, portanto, a ciência jurídica não tem necessidade da experiência, senão que é, mais ou menos, uma espécie de pura dedução formal da lei. Pelo contrário, o intérprete, se quiser compreender o significado de uma norma que prescreve um determinado comportamento, observa (da mesma forma que poderia fazer um historiador ou um sociólogo) o comportamento real e deste conhecimento extrai os elementos indispensáveis para desenvolver sua função interpretativa. Ademais, em nossos dias, pode dizer-se que esta necessidade goza de um reconhecimento comum entre os próprios juristas, que estão dispostos

¹⁷⁹ PATTARO, op.cit., p.319.

a confessar que entre os meios hermenêuticos dos quais um bom intérprete deve servir-se, se contam o recurso a denominada "natureza dos fatos" ou a "natureza da relação regulada", etc., isto é a toda uma série de expressões que nos estejam indicando a exigência que temos posto de relevo de que para a compreensão dos comportamentos presumidos que as normas jurídicas tenham hipotetizado resulta obrigatória a observação dos comportamentos reais." ¹⁰⁰

Assim, o intento de atribuir um caráter empírico particular e diferente à ciência do direito não é outro do que o estabelecimento de uma distinção entre dois tipos de empiricidade: de um lado, a empiricidade dos enunciados das ciências naturais ou das ciências sociais empíricas que descrevem fatos, e, de outro, a pressuposta empiricidade dos enunciados de *disciplinas interpretativas como é o caso da Ciência do Direito* ou da teologia moral, que apesar de não descreverem fatos, se referem a eles, quer passados ou futuros. ¹⁰¹

De modo que o que BOBBIO está a afirmar é que tanto o direito (prescrições do legislador) como a Ciência do Direito (a interpretação-sistematização que destes preceitos realizam os juristas) estão imersos, por assim dizer, na sociedade e na história. Isto é indiscutível, mas não é suficiente para converter em empíricos (isto é, em empiricamente controláveis) nem aos enunciados do legislador, nem aos do

¹⁰⁰ "teoria della Scienza...", op.cit., p.162/163; e PATTARO, op.cit., p.320/321.

¹⁰¹ PATTARO, op.cit., p.323.

jurista intérprete.¹⁰²

7.3 - *A Ciência Jurídica e o Método Axiomático*

Conforme foi aludido em momentos anteriores, o Neopositivismo lógico adotado por BOBBIO no texto "Ciência do Direito e Análise da Linguagem" e no curso monográfico sobre "A Teoria da Ciência Jurídica", teve por finalidade reclamar a atenção dos estudiosos italianos para uma concepção de cientificidade não mais baseada na verdade e sim no rigor da linguagem da ciência.

Em que pese BOBBIO não declarar expressamente, essa atitude redundou na adoção dos princípios do chamado método axiomático, tal como assinala PATTARO¹⁰³ em seu texto sobre a ciência jurídica de NORBERTO BOBBIO, o que aumenta o número de questões em torno da cientificidade da jurisprudência. Na busca de uma reconstituição de alguns desses problemas e dos contornos essenciais da ciência jurídica do professor de Turim, far-se-á a partir de agora uma digressão sobre o método axiomático e suas relações com a obra de BOBBIO.

Por método axiomático entende-se um conjunto de procedimentos científico-dedutivos que possuem origem muito

¹⁰² PATTARO, idem, p.325.

¹⁰³ 'Filosofia...', op.cit., p.327.

antiga e, muito provavelmente, EUCLIDES seja seu precursor mais destacado. Tal método implica em um sistema dedutivo com definições, axiomas (princípios ou supostos evidentes e irreduzíveis, porque a eles se reduzem todas as demais proposições que lhe servem de apoio), teoremas (proposições que podem demonstrar-se e não são evidentes) e postulados (proposições indemonstráveis e que não gozam de evidência). A axiomática de EUCLIDES é não formal e visou conformar um sistema que implicasse em quatro operações, das quais as duas últimas fossem o desenvolvimento das duas primeiras, que, em princípio, lhe serviriam de fundamento.¹⁸⁴

Por outro lado, diz-se que um método é axiomático-não formal quando seus termos primitivos são dotados de significado ou se apresentam como significantes, muito embora constituídos por juízos analíticos, se encarados desde a perspectiva das ciências formais. Como exemplo, temos os termos "linha", "ponto", etc. Contrariamente, podem existir axiomáticas formais, que são aquelas nas quais se empregam unicamente termos privados de significado, ou seja, símbolos (tais como "p", "q", "=").

¹⁸⁴ São elas: 1) a individualização de uma classe de conceitos ou termos primitivos, como por exemplo, ponto, reta, etc., que não tivessem a necessidade de serem definidos; 2) a enunciação de axiomas ou postulados, isto é, de proposições cuja verdade seria evidente, como por exemplo, o axioma segundo o qual dados uma reta e um ponto, por dito ponto passa uma e só uma reta paralela a reta dada; 3) a definição de novos termos ou conceitos em base (e a partir de) aos termos ou conceitos primitivos não definidos; 4) a demonstração dos teoremas sobre a base dos axiomas não demonstrados.

A axiomática mais recente, diferentemente da proposta de EUCLIDES, que acreditava na existência de uma auto-evidência dos termos primitivos, é uma axiomática formal (ao destacar o caráter convencional dos axiomas) porém que abandona o critério da auto-evidência como garantia da verdade.¹⁰⁵

Assim, conforme salienta PATTARO, o método axiomático, seja formal ou não, é o método típico das ciências formais (p.ex.a lógica e a matemática). Portanto, quando se reivindica o caráter de ciência formal para uma determinada ciência (tal como na obra de BOBBIO em relação a ciência jurídica) faz-se menção, mesmo que indireta, ao método axiomático, uma vez que se atribui uma validade e uma especificidade intrasistemática a tal ciência. É mesmo que se reivindique, ao mesmo tempo, o caráter empírico para dita ciência, que é o que acontece em BOBBIO. Assim, no caso em pauta, mais precisamente o que BOBBIO reivindica é que a dimensão formal ou axiomática própria das ciências formais pode e deve exercer uma função instrumental e auxiliar a ciência jurídica, na direção de um maior rigor de expressão

¹⁰⁵ Conforme salienta PATTARO, a axiomática mais recente caracteriza-se por um acréscimo de mais quatro operações às já propostas por EUCLIDES, e que tendo as primeiras como fundamento, vicariam ao desenvolvimento do sistema. São elas, 1) a classificação ou introdução dos termos primitivos, que são símbolos carentes de significado; 2) a enunciação de regras de formação; 3) a enunciação dos axiomas; 4) a enunciação das regras de transformação; 5) a definição dos novos termos ou conceitos primitivos; 6) a demonstração dos teoremas sobre a base dos axiomas seguindo as regras de transformação e demonstração enunciadas; 7) a interpretação do sistema; 8) o controle meta-teórico. Outrossim, a axiomática moderna pode ser estudada na obra 'A Lógica da Pesquisa Científica' de KARL POPPER; cfe. PATTARO, op.cit., pg.333 a 335.

de dita ciência.^{<106>}

Entretanto, em que pese a busca de um tipo de cientificidade baseado nas ciências formais e no método axiomático, BOBBIO está consciente de que a ciência jurídica não pode existir, como tal, apenas por contar com um linguajar científico porque rigoroso, e vice-versa. Se assim fosse, a uma "fábula" caprichosamente inventada se poderia atribuir o caráter de ciência; do mesmo modo se poderia atribuir o caráter de científico a um conjunto de fatos narrados e documentados por um historiador.

Numa tentativa de síntese ilustrativa do problema da cientificidade da jurisprudência em BOBBIO, vejamos os seguintes comentários de PATTARO:

"NORBERTO BOBBIO, em *Scienza del Diritto e Analisi del Linguaggio*, al mismo tiempo que se aferra a la tesis de que la ciencia del Derecho no es ni una ciencia formal (como la lógica y la matemática pura) ni una ciencia empírica (dentro de las cuales había distinguido, al igual que gran parte de los neoempiristas, entre ciencias naturales - física, química, biología - y ciencias sociales - empíricas obviamente, como la sociología, la ciencia política, la economía, la antropología...- a las que, como hemos visto, atribuía en su *Teoria della norma giuridica* una empiricidad de distinto signo), mantiene, sin embargo, que participa "de las características.. de las dos" (formales y empíricas), ya que "todo análisis que pretenda el título de ciencia no sólo contiene una parte constitutiva de la investigación que la erige en ciencia empírica

¹⁰⁶ PATTARO, *op.cit.*, p.337.

(en el supuesto de que su análisis tenga por objeto hechos de la experiencia) o en ciencia formal (si, por el contrario, el análisis se dirige al elemento formal del universo objeto de investigación), sino que debe contar también con una parte eminentemente crítica que consiste en realidad en la construcción de un lenguaje riguroso, de modo tal que sólo por su intermedio adquiere la investigación emprendida el valor (la condición) de investigación científica. Esta parte crítica, común e indispensable a toda ciencia, sería el análisis del lenguaje."¹⁰⁷

Assim, como pode ser notado, existem muitos paradoxos no modelo de ciência de BOBBIO, sendo que se destaca o caráter ao mesmo tempo analítico e hermenêutico de sua teoria, e que estudaremos adiante.

Não obstante, é significativo notar uma outra complicação constatada por PATTARO, e que é resultante do entendimento da ciência como análise da linguagem, e que já fizemos alusão em várias partes desta tese:

"... la ciencia del Derecho, en la medida en que tiene como objeto el lenguaje del legislador, constaría tan sólo de la parte crítica (es decir, del análisis lingüístico de la "construcción de un lenguaje riguroso con la finalidad de alcanzar la plena comunicabilidad de las experiencias que - el legislador - ha fijado - o contemplado - de antemano"). La ciencia del Derecho será entonces análisis del lenguaje que construye (y al hacerlo reconstruye) de modo riguroso el discurso del legislador. El jurista (científico del Derecho) realiza esta tarea a través de lo que tradicionalmente se denomina "interpretación de la ley."

¹⁰⁷ PATTARO, op.cit., p.339/340.

Decorrem das sínteses buscadas por BOBBIO, questões muito relevantes. O cientista descreve ou prescreve a realidade jurídica? O cientista trabalha, em nível meta-lingüístico, ao modo de KELSEN, ou no âmbito de uma linguagem independente?

Não obstante, BOBBIO procura demonstrar que a análise rigorosa da linguagem é essencial, haja vista a notória deficiência da linguagem do legislador e isto independentemente do problema ideológico. Conceitos como o de propriedade, mandato, mútuo, etc., requerem convencionalização e sistematização. E o progresso da ciência jurídica depende, segundo BOBBIO, da firmeza de ânimo com que os juristas empreendam uma elaboração sistemática do direito, sem concessões.

Assim, o que em substância parece propor BOBBIO - conforme PATTARO¹⁰⁰ -, *é um modelo de ciência do direito como sistema axiomático não formal, cujos termos se encontrem dotados de significado "ab initio"*. Porém, diferentemente do sistema clássico de EUCLIDES, eis que as proposições protocolares não são auto-evidentes e sim fruto de convenções.

¹⁰⁰ Op.cit., p.343

Ainda consoante PATTARO, o que foi dito e visto sugere três outras objeções importantes:

A primeira corresponde a base empírica da ciência jurídica por ele proposta. Qual é essa base?; a segunda, trata de entender como pode ser compatibilizado, na ação do intérprete, o sistema axiomatizado e a consideração empírica da sociedade e da história. Onde fica o sistema rigoroso e axiomático se o jurista atém-se aos fatos quando da interpretação?; e, terceira, a de que seguindo ao modelo de BOBBIO, a linguagem que se reduziria a um sistema rigoroso seria a linguagem do legislador e não a do jurista, o que significa dizer que ao reduzir a ciência jurídica a análise da linguagem, BOBBIO corre o risco de atribuir condição de ciência a um sistema de prescrições jurídicas - tal como o direito - , ao invés de atribuir essa condição as proposições da chamada ciência jurídica.

Enfim, se a linguagem do jurista toma a do legislador em nível meta-linguístico, enquanto linguagem objeto, para torna-la rigorosa e sistematizada, isto implica numa "análise" em termos filosóficos e não científicos. Isto é, valorativa em alguma medida. O jurista, assim, não só constata e descreve aquilo que é, senão que cumpre através da função analítica e crítica própria da filosofia e não da ciência, o papel de construir situações. Tais são alguns dos paradoxos que nossa interpretação histórico-hermenêutica constatou até aqui.

7.4 - A Proposta linguística de BOBBIO

7.4.1 - Direito: um universo de discursos - discurso e meta-discurso

Como se pode notar, questionar sobre a ciência jurídica e o direito não é uma tarefa simples. Indiscutivelmente, trata-se de uma questão filosófica com muitas implicações. Entretanto, desde um ponto de vista genericamente aceito, este questionamento nos trás a mente coisas como "leis", "códigos", "sentenças", "contratos", "testamentos", etc. Algumas reflexões, também o colocam como um fenômeno de outro gênero, ora entendido como uma complexa máquina de decisões políticas ou de governo, ora como uma máquina repressiva ou de possibilidade de obtenção de consenso. Como afirma GUASTINI¹⁸⁹, " em suma, como uma série de comportamentos humanos por assim dizer materiais, ou seja, não linguísticos (ou não totalmente linguísticos) e, por outro, como uma série de objetos tangíveis, tais como as prisões e as polícias".

Um exemplo disso pode ser dado, como mostra RICCARDO GUASTINI¹⁹⁰, quando se indaga a um marxista sobre que coisa

¹⁸⁹ "Problemi di Teoria del Diritto", 1980, p. 9

é o direito e a sua resposta vai na direção da afirmação de que "o direito é um aparato de repressão a serviço da classe dominante, ou, ainda, que o direito é o conjunto das relações sociais, etc."

Em que pesem as múltiplas possibilidades definitórias, o direito pode ser entendido como um conjunto de leis, de contratos, etc. e, na perspectiva deste trabalho, como uma linguagem. Em outras palavras, o direito pode ser entendido como um conjunto de discursos, de comunicações lingüísticas; discursos dos legisladores (as leis e os códigos), discursos dos juízes (as sentenças), discursos das pessoas privadas (os testamentos e os contratos realizados, etc.). Acrescente-se, ainda, que os advogados também produzem discursos, assim como os professores de direito, etc.

Disto resulta que o direito é uma linguagem, muito embora uma linguagem *sui generis*. O vocábulo direito, assim, denota uma série de comunicações lingüísticas para as quais é preciso atentar em suas características básicas. Na perspectiva de BOBBIO, autor aqui analisado, o direito se caracteriza como um conjunto de regras de comportamento expressas em proposições normativas. As normas são o objeto da atividade do jurista e, conseqüentemente, em nível meta-lingüístico, objeto da atividade do cientista do

190 "Problemi ...", *op.cit.*, p.9.

direito.

Não obstante, tal constatação, aparentemente óbvia, foi o grande mérito da Escola Analítica Italiana de Filosofia do Direito. Porém, ela suscita uma série de indagações, dentre as quais uma é fundamental para esta tese: *trata-se de saber se a estipulação do objeto da jurisprudência como sendo as proposições normativas e a conseqüente possibilidade de aproximar a atividade interpretativa do jurista ao modelo de ciência do Neopositivismo lógico, acrescenta ou não às polêmicas em torno ao que seja ou deva ser o objeto da ciência jurídica e a cientificidade ou não da jurisprudência*. Em outras palavras, se tal aproximação faz progredir ou não os estudos de ciência jurídica na direção do esclarecimento do que deva ser entendido ou daquilo que efetivamente é a realidade especificamente jurídica. Avança no sentido de se dizer "o que é o direito?" ou apenas no sentido de se dizer "o que é uma solução jurídica?".

Muito embora o direito possa ser entendido como uma linguagem, o problema da cientificidade da ciência jurídica que BOBBIO apresenta é distinto, por exemplo, do mesmo problema em HANS KELSEN. O direito como uma linguagem, em KELSEN, faz parte exclusivamente do mundo da lógica (formal), não se tratando de um fato e sim de um valor. Pertencente, portanto, ao mundo do "sollen" e não do "sein". Constitui-se, pura e simplesmente, como uma lógica deôntica.

Contrariamente, em BOBBIO, o direito não é uma entidade puramente racional ou lógica, mas uma realidade ao mesmo tempo empírica, e, assim, como uma linguagem não só lógica ou axiomatizada, mas como uma linguagem natural multi-problemática, envolvida com complexas circunstâncias históricas.

Assim, como se vê, a visão do direito como uma linguagem e da ciência jurídica como uma meta-linguagem antes de por um término às discussões sobre a ciência jurídica, as incrementa. São agora os problemas da ciência jurídica em sentido estrito e da ciência da linguagem aplicada ao direito que devem ser tratados conjuntamente.

7.4.2 - Ciência Jurídica e Interpretação Linguística

Em momentos anteriores, buscamos descrever a lógica da teoria da ciência jurídica de BOBBIO. Dentro dos aspectos ressaltados, está o fato de que a teoria da ciência do prof. italiano se inscreve na denominada teoria normativista da ciência jurídica, proveniente de HANS KELSEN. Porém, se trata de uma peculiar teoria, senão vejamos.

Seguindo a GUASTINI - um dos corifeus da Escola Analítica Italiana -, para se compreender a originalidade da tese de BOBBIO, cabe frisar uma especial diferença dele com

KELSEN, com a qual concordamos integralmente. Na "Reine Rechtslehre", o direito se configura como uma espécie de mundo supra-sensível: o reino do "dever ser", ou seja, um universo não real regido por leis próprias (o princípio da imputação contraposto ao princípio da causalidade). Por conseguinte, a ciência jurídica se apresenta em KELSEN como uma ciência duplamente peculiar. Por um lado, se expressa numa linguagem não efetiva, senão que normativa: os enunciados dos juristas não são indicativos, senão deônticos; desde o ponto de vista de sua formulação, os enunciados dos juristas são indiferenciáveis dos do legislador.¹⁹¹

Segundo BOBBIO, contrariamente, o direito não é mais que um discurso (e, neste sentido, um fato): precisamente, o discurso prescritivo do legislador. As normas, das quais foi constituído o direito, não são mais que comunicações lingüísticas prescritivas; ou seja, enunciados (nem verdadeiros nem falsos) dirigidos a modificar a conduta humana. De modo que - como conclui GUASTINI -, a jurisprudência constitui para BOBBIO (e creio que isto também restou suficientemente demonstrado anteriormente), não uma enigmática ciência "normativa", senão simplesmente uma análise lingüística: mais concretamente, a análise do discurso do legislativo.¹⁹² Assim sendo, como também foi adiantado neste trabalho, a jurisprudência aparece como um

¹⁹¹ Revista de Ciências Sociales, Chile, op.cit., p. 121.

¹⁹² Idem, op.cit., p.121.

discurso sobre um discurso: uma meta-linguagem descritiva, cujo objeto linguístico é o discurso prescritivo do legislador.¹⁹³

Essas colocações, reforçam a idéia de que a ciência, para BOBBIO, é uma atividade intelectual do jurista com a finalidade de purificar, completar e sistematizar a linguagem do legislador.¹⁹⁴ Assim, pode-se dizer em reforço ao que já foi afirmado no ítem sobre a contribuição do neopositivismo, que a ciência em BOBBIO aparece despreocupada com o problema da verdade, ideal oitocentista, porém preocupada com o rigor linguístico de seus enunciados. Resulta também, dessa maneira de conceber a cientificidade, um importante aspecto ressaltado na introdução deste trabalho, e que muito tem a ver com a determinação do direito válido: trata-se do entendimento de que o labor científico dos neopositivistas vai na direção do estabelecimento de uma teoria definitiva do direito.¹⁹⁵ Não obstante, surge a seguinte questão: dada a busca de uma objetividade e neutralidade, como fica o questionamento em torno ao fato de se os juristas transformam ou não o discurso legislativo? Em BOBBIO, a resposta é afirmativa, muito embora tal afirmação implique num sem número de confusões e contradições que, como foi visto, apresentam-se de difícil solução.

¹⁹³ De acordo com "Problemi di Teoria del Diritto", op.cit., p.9 a 32.

¹⁹⁴ Cfe. "Teoria della Scienza", op.cit., p.217 e segs; e "Empirismo Lógico e Positivismo Jurídico", op.cit., p.49.

¹⁹⁵ Ver NARAT, LUIS. "Semiótica y Derecho", B.A., 1972:p.90 e segs. .

Antes porém de passarmos a uma análise crítica da teoria definitória pretendida por BOBBIO, gostaríamos de salientar alguns dos pontos a partir dos quais o jurista desenvolve sua tarefa intelectual interpretativa, purificadora, sistematizante, etc.

Em sua "Teoria della Scienza Giuridica", BOBBIO afirma que as três fases do desenvolvimento da jurisprudência quando por jurisprudência se entenda de pronto a análise lingüística que tem por objeto as proposições normativas de um determinado ordenamento jurídico, são:

"Prima fase: il linguaggio del legislatore non é necessariamente rigoroso; il primo compito del giurista é quello di renderlo piu rigoroso. Seconda fase: il linguaggio del legislatore non di completarlo quanto piu é possibile. Terza fase: il linguaggio del giurista non é necessariamente ordinato; il terzo compito del giurista é di *purificazione*, la seconda di *complemento*, la terza di *ordinamento* del linguaggio giuridico." (196)

Diante desse tipo de atividade do jurista o questionamento que emerge é o de qual a natureza da pesquisa do jurista? Assim, após muito refletir BOBBIO se pergunta acerca da conclusão àquele questionamento e responde que,

"Il giurista, quando svolge la sua indagine

¹⁹⁶ "Teoria della Scienza ...", op.cit., p.231.

intesa alla purificazione, alla sistematica delle proposizioni normative, fa della scienza nella misura in cui compie queste operazioni al fine di costruire un linguaggio giurídico rigoroso, indipendentemente dal fatto che le verità che egli enuncia siano definite o provvisorie, eterne o caduche, pi perenni del bronzo o destinate a diventare carta da macero in pochi anni." "197"

Assim, a tarefa do jurista, para BOBBIO, não necessita ser verdadeira, basta que seja técnica e/ou mesmo dogmática.

Agora, tomando como fonte mais geral a obra de PATTARO sobre filosofia do direito, especialmente a parte 4 referente ao epílogo¹⁹⁸, e a obra "Semiótica y Derecho" do Prof. LUIS WARAT, gostaríamos de fazer algumas observações críticas à tentativa de ciência como análise da linguagem para BOBBIO.

Na obra de NORBERTO BOBBIO dos anos 50, principalmente em "Scienza del Diritto e Analisi del Linguaggio" e "Teoria della Scienza Giuridica", a interpretação do direito aparece como a base mesma da atividade teórica e prática do jurista.

Sob o signo do Neopositivismo Lógico, tal atividade visaria a um controle do significado da norma. Com isto, seria possível:

a) conformar o comportamento próprio ao mandato

¹⁹⁷ "Teoria ...", op.cit., p.234/235.

¹⁹⁸ Ver p.346 a 381.

da norma; b) valorar e julgar um comportamento com referência a norma; e, finalmente, c) possibilitar aos órgãos competentes a aplicação de dita norma.

Pode-se entender por significado de uma expressão lingüística, nos termos da Escola Analítica Italiana de Filosofia do Direito, a identificação com certas imagens e ou conceitos, que de modo idôneo podem estas expressões suscitar na imaginação de um receptor. Por assim dizer, o significado se encontra na função semântico-representativa de uma expressão lingüística, e muito provavelmente reside numa crença, que muito embora inexata, encontra respaldo ainda hoje. Os artigos dos códigos que regulam a função interpretativa das normas, são exemplos inequívocos disto.

Tal crença teve muito a ver com a afirmação de um princípio controlável de validade do direito. Muito embora se tenha presente hoje que quando o jurista pretenda interpretar o direito realize análises sociológicas e psicológicas, o certo é que no âmbito da "Escola de BOBBIO", para a qual o objeto da ciência seriam as normas jurídicas, se entendesse que os juristas não efetuam análises sociológicas ou psicológicas, o que de certa forma torna assaz complexa a proposição.

Como acentua PATTARO⁽¹⁹⁹⁾, as expressões lingüísticas não só produzem o significado ao suscitar aquelas imagens e

conceitos que idôneamente podem produzir, em função semântico-representativa dada uma comunidade lingüística de destinatários, senão que também estão em condições de produzir significados - por assim dizer - artificiais ou corrigidos, enquanto se intervenha sobre o receptor induzindo-lhe a responder com determinadas imagens e ou conceitos a percepção de certas expressões lingüísticas em determinados contextos. A teoria definitória mostra de modo evidente que sempre existe a possibilidade do emissor influir sobre o receptor quanto às imagens e conceitos circunscritos.

Apesar disso, as leis contém ocasionalmente verdadeiras definições (como por exemplo a de "bens imóveis"), isto é, prescrições que ao serem recebidas como tais em função preceptiva, podem induzir a que o destinatário quando receba em função semântico-representativa outras prescrições jurídicas, as receba de uma determinada maneira (com um alcance determinado) e não de outra (respondendo desta forma com certas imagens e ou conceitos e não com outros). <200>

Em que pese a complexidade dessa problemática, a teoria da ciência jurídica de BOBBIO ao partir das definições do legislador (e das regras que este tenha estabelecido para

¹⁹⁹ "Filosofia ...", op.cit., p. 354.

²⁰⁰ Idem, p.362.

formação e transformação do discurso legislativo), visa chegar - purificando, complementando e harmonizando a linguagem própria do legislador - a um sistema de prescrições jurídicas. Tal sistema além de rigoroso e coerente, deve ser perfeitamente comunicável.²⁰¹ Mesmo que isto implique, como já foi dito, numa falta de empiricidade, que seria própria, por exemplo, da aceitação das inevitáveis relações da ciência jurídica com a sociologia e a psicologia. Mas, nem por isto, a idéia de ciência analítica deveria ser invalidada.

Introduzir a idéia de que a ciência tem a ver com a busca de um rigor da linguagem do legislador, ao mesmo tempo em que se busque adequá-la às circunstâncias cambiantes da realidade social, é uma tentativa que pode ser válida para a democracia. Ela encontra respaldo científico e filosófico em aspectos da teoria de KANT que ainda não foram superados (ver conclusão).

Como assinala PATTARO²⁰², "o jurista não conhece senão que faz o direito, ou (ao menos) contribui notavelmente para fazê-lo, numa medida não menor que naquela que contribui para conhecê-lo". Segundo BOBBIO, "o jurista, junto com o legislador e o juiz, é um dos protagonistas da obra de formação e transformação de um sistema jurídico".

De qualquer modo, como assinala WARAT em seu "Mitos e

²⁰¹ Ibidem, p.365.

²⁰² Ibidem, p.367.

Teorias na Interpretação da Lei" ²⁰⁹ de uma forma aguda

"... as diversas teorias jurídicas, quer dizer, o senso comum teórico produzido no campo do direito, ensejou distintas concepções em relação ao tema da interpretação da lei e da função judicial. Desqualificando-se aspectos secundários, as teorias referidas podem ser alinhadas em duas grandes tendências: as formalistas ou racionalistas, e as realistas ou anti-racionalistas... Ambas, em seus recíprocos exageros e através de mútuos embates, têm desviado a atenção do observador da função ideológica de suas afirmações e da estreita vinculação de suas teses com o poder socialmente dominante. Suas propostas devem, portanto, ser objeto de uma leitura conotativa que explique os valores subjacentes aos modelos teóricos que postulam."

Não obstante o caráter político subjacente, o modelo de ciência jurídica apregoado por BOBBIO pode ser entendido como uma tentativa de aproximação das teorias formalistas com as realistas, como se entre elas não houvesse uma genuína oposição. Entretanto, como também salienta o Professor WARAT, esta pode ser uma falsa questão, senão vejamos:

"Ambas, indudablemente, han distorsionado la mostración, pensando la seguridad y la flexibilidad como si fueran términos antagónicos. De ahí en más, comiezan los mutuos embates, una estéril polémica donde los partidarios de ambas corrientes procuran reivindicar - con exclusividad - la parte que los otros deliberadamente pretendieron olvidar; formalismo versus realismo. Pero el dilema no existe y ambas posturas tienen parte de razón. La presentación formalista cumple una interesante y positiva función argumental, que

²⁰⁹ Editora Síntese, POA, 1979:p.45.

queda totalmente olvidada dentro de la mecánica que se pretende asumir con el realismo; la explicación no es, sin embargo, sencilla, y el dilema resulta bastante difícil de quebrar. Para su consolidación han concurrido una gama de heterogéneos factores, que impidieron la simplificación del problema y su probable solución." <204>

Podér-se-ia dizer que efetivamente a linguagem do direito não se caracteriza nem pela formalidade pretendida pelos normativistas e nem pela flexibilidade idealizada pelos realistas, sendo, isto sim, próprio da linguagem ordinária, fonte do discurso técnico-jurídico, ser vaga e ambígua, o que é salutar para a democracia. Como assinala WARAT, de um modo muito preciso,

"El análisis semiótico del acto de interpretación de la ley revela la presencia de expresiones con un alto grado de vaguedad, polisemia, anemia semántica y anfibología, que son responsables de los fracasos comunicacionales. Sin embargo, dejan de tener un signo negativo, cuando son usadas dentro del marco de la oposición entre la seguridad y la equidad. En este caso resultan ser la mejor arma para la adecuabilidad normativa. Prestan un gran servicio, cuando las exigencias del momento axiológico obligan a ignorar el significado "standard" de las palabras de la ley. A través de su utilización de la "redefinición de los términos" y el acoplamiento de "variables axiológicas"." <205>

Pois bem, em que pese essas questões relevantes do ponto de vista lingüístico, caberia salientar que BOBBIO, ao

²⁰⁴ Cfe. "Semiótica y Derecho", 1972:p.130.

²⁰⁵ Idem, op.cit., p.178.

previdenciar o formalismo e a teoria normativista, permanece fiel ao pressuposto cientificista da filosofia kantiana, carregando consigo, desta forma, dúvidas e interesses políticos inerentes a esta filosofia. Como anota LEONEL ROCHA²⁰⁶,

"... KANT não constroi somente uma metafísica de segundo grau preocupada com a eidética dos saberes, mas um discurso com conotações políticas bem precisas. O que não significa necessariamente que exista a sua apreensão de forma mecânica pela burguesia como denunciou MARX. O discurso kantiano como todo discurso possui uma especificidade simbólica, gerando apropriações tanto dos setores conservadores, quanto críticos, ao co-constituir cada formação social.

O autoritário no pensamento de KANT é a sua tentativa de sistematizar o conhecimento, em detrimento de seus aspectos político-ideológicos, a procura de uma razão pura...".

Diante disso, seria de perguntar se o modelo ciência como interpretação proposto por BOBBIO possui um caráter científico ou apenas retórico da atividade dos juristas. Em última análise, a pretensa neutralidade e objetividade da filosofia analítica é algo possível ou ainda continuamos presos aos "a priori" e esquemas mentais kantianos? Neste último caso, seria ainda de indagarmos acerca dos limites do caráter positivista da teoria de KANT, que procura de alguma maneira excluir as essências para falar das aparências, controláveis pelos cinco sentidos externos. A subjetividade

²⁰⁶ Cfe. "A Problemática Jurídica: uma introdução transdisciplinar", 1985:p.24.

kantiana, que poderia ser um "plus" em relação à analítica, se encontra obstruída pelas condições do seu aparecer e do seu exercício. Todavia, a crítica ao transcendentalismo kantiano proposta pelos neomepiristas possui um critério de verdade bastante discutível e que não evita à possibilidade de se entender o direito como uma "superestrutura" moral, como um arquétipo (no sentido junguiano) que pode estar distante daquilo que é a verdadeira vida.

7.5 - O Problema da Psicologia frente à Ciência Neopositivista

Como se observa, é extremamente complexo traçar limites e campos para a Filosofia do Direito. Se, num dado momento predominaram preocupações internas com o fenômeno jurídico, hoje predominam preocupações externas. E BOBBIO, com o funcionalismo, procurou dar um passo além da filosofia analítica, na direção da descrição efetiva da realidade do direito. O jurista, mais que um guardião da sociedade, deveria ser um efetivo promotor de novas e diferenciadas relações sociais. Entretanto, como poderia fazê-lo no marco teórico do Neopositivismo?

Ora, quando se trata de fazer filosofia crítica, temos que ter presente o fato de que as teorias são incompletas, insatisfatórias, e o que adquire verdadeiramente importância,

é o processo auto-reflexivo de que essas teorias no mais das vezes não promovem a compreensão de como deva dar-se a construção da "melhor" sociedade. A sociedade é a projeção dos interiores, e enquanto não houver uma maior compreensão das questões inconscientes, a ciência será mais um instrumento de dominação do que de libertação. E esta é a falsa questão posta por jusnaturalistas e positivistas, que como se viu anteriormente, fetichizam tanto o idealismo como o empirismo.

Como dissemos ao início, o problema maior não é o da completude das teorias, e sim o da necessidade de se aproximar as relações do consciente com o inconsciente. Quer dizer, cada um de nós possui uma dimensão inconsciente que precisa ser considerada quando do balanço das teorias das ciências humanas. A partir disto, a questão Ciência X Ideologia pode ser uma falsa questão. Com efeito, a ciência não conseguirá nunca extirpar a ideologia de suas proposições, e sempre corremos o risco de estarmos idolatrando um objeto que nos aprisiona. Gostamos do exemplo dos "buracos negros" na astronomia, que também são ideológicos na medida que estruturam toda uma série de axiomas em torno à organização e à origem do Universo. E a Ciência Jurídica tende a ser ideológica por trazer na base do seu conhecimento um conjunto de interesses, sociais, políticos e históricos que reduzem a complexidade social e humana.

Assim, se a passagem de uma filosofia clássica, global e subjetivista, para uma filosofia analítica e objetivista, por um lado representou um avanço ao enfatizar o problema da linguagem, por outro lado apresentou-se também e paradoxalmente como um retrocesso ao negar importância aos sujeitos cognoscentes e a complexidade do objeto.

Gostaríamos de assinalar, portanto, que muito embora o acento do conhecimento, no kantismo, esteja no sujeito cognoscente, e no neoempirismo, ele se encontre na mediação sógnica, ambas teorias são positivistas num sentido problemático, pois que tomam o seu objeto (no caso o mundo do direito), a partir de uma perigosa redução de sua complexidade. Em ambas teorias, o elemento *intersubjetividade* se encontra premido ou por esquemas mentais prévios, oriundos de valores próprios de nossa cultura ocidental, ou por esquemas analítico-lingüísticos que visaram democratizar a comunicação desses valores.

NORBERTO BOBBIO, tomou esse último caminho, acentuando, portanto, a importância da mediação lingüística. Porém, sempre de uma maneira perigosa, embora supostamente democrática e aberta a outras posturas teóricas.

Retornando ao problema central da complexidade da ciência, pode dizer-se que a mediação sógnica é apenas uma

dimensão supostamente consciente do real. Todavia, o real é infinito intensiva e extensivamente, e, neste sentido, caberia dizer com ELIZALDE que

"... com a progressiva evolução das ciências positivas, e sua aplicação concreta em sentido técnico, sempre mais se afirmou um positivismo reducionista. De per si, o positivismo é algo de bom, porque direciona ao concreto e impede o transcendentalismo vazio, estéril, infelizmente muito frequente nos dados filosóficos. Quando, porém, o positivismo nega a validade da ciência a todo o conhecimento não verificável através dos cinco sentidos externos, cai num dogmatismo ridículo e estéril".

De modo que não seria correto afirmar a correspondência objetiva entre os signos lingüísticos que constituem um enunciado e a experiência mesma que possa verificar essa correspondência. Há uma dimensão psíquica em jogo. Na verdade tal correspondência é absolutamente inverificável pelos métodos positivistas. Contudo, é sobre a fé nessa possibilidade que se funda a validade da ciência como sistema de proposições verificáveis, mediante as observações experimentais de uma pluralidade de indivíduos.

Creemos existir, hoje, novas hipóteses científicas e filosóficas que, percebendo o abismo entre a positividade da ciência e o inexprimível do desejo inconsciente, podem contribuir metodologicamente para a ampliação do conceito e do objeto do direito. <207>

Preocupa-nos a drástica redução da filosofia do direito a uma teoria geral do direito positivo, assim como a presença de uma ciência jurídica voltada, preponderantemente, para a institucionalização do poder. Em última instância, a ciência jurídica poderia ampliar suas preocupações com o homem, o social e o político, dando um salto de qualidade sobre certos valores morais predominantes.

Sem pregar um retorno a KANT, conclui-se pela ineludível presença de uma dialética entre o objetivo e o subjetivo quando de uma investigação que vise compreender as articulações do real. Como preambularmente foi afirmado nesta tese, também com base em KANT, a tarefa do pesquisador em Ciência Jurídica não pode se restringir a um conjunto de argumentos retóricos que tornem legítima uma decisão como sendo uma solução jurídica. Há que se ir em direção ao "quid jus", ou seja, o que é o direito, sendo necessário, para tal, que problematizemos os "egos" e "superegos" que andam por aí. Como também que nos desloquemos do critério de realidade utilizado pela ciência positivista e neopositivista. Passemos a algumas reflexões de caráter político da teoria jurídica de BOBBIO.

²⁰⁷ Sugerimos a leitura da obra do professor italiano ANTONIO MENEGETTI, especialmente o livro "O Monitor de Deflexão na Psique Humana", tradução de ALECIO VIDOR, 1987.

CAPÍTULO 8

REFLEXÕES POLÍTICAS EM TORNO DA TEORIA JURÍDICA EM NORBERTO BOBBIO

8.1 - Positivismo Jurídico e Democracia

Feitas as colocações de caráter mais epistemológico, passaremos agora a relacionar o trabalho teórico-jurídico de BOBBIO com a política. Além dele dar margem a isso, não se pode entender o seu trabalho fora das relações com a política e a cultura. O seu neopositivismo possui um cunho ideológico liberal e que precisa ser analisado.

A doutrina do positivismo jurídico, e BOBBIO possui um trabalho que serviu como sustentação teórica e política de sua T.G.D. -, representa o ponto culminante de uma longa caminhada em busca do estabelecimento de um saber confiável e seguro no campo do direito. Frente à metafísica, de um lado, e à ideologia, de outro. De modo que, como coloca o próprio BOBBIO em sua obra, "o Positivismo Jurídico é a própria encarnação da filosofia de nossa época", a época da ciência,

tanto como crítica do Jusnaturalismo, medieval e racionalista, como do Positivismo clássico e sociológico, das teorias idealistas, marxistas, neokantianas, fenomenológicas e, em parte, do neopositivismo do Círculo de Viena, concepções de mundo bastante discutíveis.

Como o positivismo jurídico possui distintos significados na literatura jurídica de nossos dias, é necessário, para evitar confusões e mal entendidos, especificar com o máximo de clareza e objetividade em que sentido se afirma algo como incluso nesse conceito. NORBERTO BOBBIO, autor aqui estudado, distingue três aspectos do Positivismo Jurídico, correspondentes às maneiras como tal doutrina têm-se apresentado historicamente. Um, metodológico; outro, teórico; e, um terceiro, ideológico. Antes, porém gostaríamos de ampliar as informações histórico-conceituais em torno da oposição Jusnaturalismo X Positivismo Jurídico a partir do que BOBBIO escreveu no seu livro "El Problema del Positivismo Jurídico" ²⁰⁶.

Segundo BOBBIO, por jusnaturalismo se entende aquela corrente que admite a distinção entre Direito Natural e Direito Positivo e sustenta a supremacia do 1º sobre o 2º.

Por outro lado, BOBBIO entende por Positivismo Jurídico aquela corrente que não admite a distinção entre Direito Natural e Direito Positivo e afirma que não existe

²⁰⁶ Op.cit., p.67.

outro direito que o Direito Positivo.

Nem uma nem outra concepção esgota o conceito de direito e a amplitude do fenômeno jurídico, assim como ambas são ambíguas, segundo colocações do próprio professor italiano. Mas para se entender melhor o jusnaturalismo, vejamos três formas pelas quais se apresenta esta doutrina:

1. O Direito Natural é o conjunto de primeiros princípios éticos, muito gerais, dos quais o legislador humano deve tomar sua inspiração para a formulação das regras do Direito Positivo (Escolástica);
2. O Direito Natural é o conjunto de "dictamina rectae rationis" que proporciona a matéria da regulamentação, enquanto que o Direito Positivo é o conjunto dos meios prático-políticos (como a instituição e a organização de um poder coativo), que determina a forma daquelas matérias; KANT e o problema da forma e do conteúdo. Nesta concepção, o Direito Natural é o produto das relações de coexistência dos indivíduos fora do Estado;
3. O Direito Natural é o fundamento ou a sustentação de toda a ordem jurídica positiva. A função do Direito Natural é pura e simplesmente a de dar um fundamento de legitimidade ao poder do legislador humano, prescrevendo aos súditos, à obediência e a tudo aquilo que ordena a soberania. HOBBS: o

Direito Natural se reduz a uma única norma. Na sociedade de iguais, há que cumprir as promessas; na sociedade de desiguais, há que obedecer as ordens do superior. Nesta concepção, a lei natural serve unicamente para por em movimento o sistema, mas uma vez posto em marcha, este funciona por si mesmo.

Como já foi dito no texto desta tese, o direito positivo ou positivismo jurídico pode ser entendido a partir de uma perspectiva tríplice, envolvendo um aspecto metodológico, outro teórico e um terceiro ideológico, dos quais falaremos em seguida, por nos interessar muito especialmente. Não obstante, frente ao jusnaturalismo, lembremos três momentos da crítica positivista:

- Frente à 1ª teoria ou escolástica, segundo a qual o Direito Natural é o conjunto dos primeiros princípios éticos - o positivismo jurídico, valeu-se da crítica historicista, que não admite princípios éticos evidentes por si mesmos, com valor absoluto e universal.

- Frente à 2ª teoria, a crítica positivista vem afirmando cada vez com maior clareza, que não existem matérias jurídicas privilegiadas e que, por conseguinte, todo o comportamento pode vir a ser conteúdo de uma norma jurídica. O que faz com que uma regra de conduta seja uma norma jurídica, não é o fato

de possuir este ou aquele conteúdo, senão que o modo de sua criação ou de sua execução.

- Frente à 3ª teoria, se encontra o princípio positivista por excelência da fundamentação do Direito, que diz que o fundamento de um direito não pode recair sobre outro direito, o que implicaria num regresso "ad infinitum", senão que sobre um fato; quer dizer, o princípio de efetividade. O direito é obedecido não porque existe um "dever ser" extrapositivo e anterior, senão que é obedecido pelo simples fato de ser efetivo para a maior parte das pessoas a quem ele se dirige.

Gostaríamos ainda de lembrar que, em relação a essas discussões, BOBBIO possui várias obras sistemáticas, dentre as quais se destacam "Giusnaturalismo i Positivismo Giuridico", "El Problema del Positivismo Jurídico" e "Il Positivismo Giuridico", mencionado ao início.

Assim, em primeiro lugar - explica BOBBIO -, existe um Positivismo Jurídico entendido como um modo através do qual o jurista consegue levar a termo seguro a identificação e o estudo do direito. Neste primeiro aspecto, o positivismo jurídico se caracteriza por uma clara distinção entre o direito real e o direito ideal, entre o direito que é e o direito que deve ser, entre o direito como fato e o direito como valor, e por convicção de que os juristas se ocupam, antes de tudo, do direito que é e não do que deveria ser, da

ciência e não da ideologia, o positivismo Jurídico acentua como único direito existente, o direito positivo. As normas jurídicas são o ponto equidistante de identificação do direito²⁰⁹.

Em segundo lugar, BOBBIO identifica um positivismo jurídico como teoria estatalista do direito, vinculando a existência do direito à formação do Estado moderno, e entendendo que todo o direito é produto da atividade estatal. Se na aceção anterior se poderia associar positivismo com cientificismo, nesta segunda, se poderia associar positivismo com legalismo. Decorre daí, uma concepção que liga o fenômeno jurídico à formação de um poder soberano capaz de exercitar a coação, e, portanto, uma concepção que liga o direito à uma normatividade sancionada, provinda de atos de autoridade tomados no âmbito de um ordenamento sistêmico legal²¹⁰.

Por último, o positivismo jurídico - segundo BOBBIO -, existe também como uma determinada ideologia, que engloba uma ou ambas das seguintes afirmações: primeiro, que todo o direito positivo é justo somente pelo fato de ser direito positivo; e, segundo, que o direito positivo, sem importar seu conteúdo, isto é, à margem de sua maior ou menor justiça de acordo com algum sistema moral que lhe sirva de parâmetro, é sempre um instrumento idôneo para se obter certos fins como

²⁰⁹ BOBBIO, "El Problema del Positivismo Jurídico", p.37 a 67. Ainda sobre o tema pode-se consultar EDUARDO GARCIA NAYNEZ, "Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo", 1977.

²¹⁰ BOBBIO, *idem*, p.37/67.

a ordem, a paz e a segurança jurídica. O positivismo ideológico, assim, implica uma exaltação do papel do Estado e de sua função na vida do direito²¹¹.

A adesão de BOBBIO a tais aspectos do Positivismo Jurídico sempre foi discutida e matizada. Por exemplo, sempre admitiu-o como método de aproximação do fenômeno jurídico, uma vez que todo o seu trabalho se desenvolveu em meio ao preconceito positivista de que os valores são impossíveis de serem tratados e controlados cientificamente. Entretanto, como teoria, nunca aceitou o direito unicamente como um fenômeno estatalista, estruturalista e repressor. Ao contrário, o direito, para BOBBIO, apesar de ser um fenômeno estruturado pela sanção, como vinha sendo definido pela tradição até então dominante, possuiria também um papel funcional, como promotor e incentivador de novas realidades. Para BOBBIO, em que pese a interpretação e aplicação do direito possuírem uma base legal, ainda assim, o papel do direito poderia ser estendido, quando do ato interpretativo, para além das intenções originais do legislador. Por fim, enquanto ideologia, nunca aceitou a identificação pura e simples da justiça com o legalismo. Suas históricas preocupações com o socialismo-liberal, o conduziram à críticas importantes e inovadoras do distanciamento da racionalidade formal do direito com as realidades capitalistas, por vezes, profundamente desumanas e desiguais

²¹¹ BOBBIO, *idem*, p.37/67.

para ele²¹² .

De qualquer modo, o positivismo jurídico foi engendrando, pari e passu, um paradigma - nos termos colocados anteriormente -, demasiadamente dogmático e a-histórico. Em síntese, esse paradigma firmou, dentre outras coisas,

A) a consolidação do conceito moderno de Ciência, já não tão preocupado com a verdade ou falsidade das conclusões obtidas, mas com o caráter sistemático e coerente das proposições, como p.ex. a máxima todos são iguais perante a lei; B) a separação radical entre teoria e prática, com um modelo de saber, primordialmente, teórico, avalorativo e descritivo, quer dizer, o juscientista trabalha no interesse geral e público e não do particular e privado; C) por direito passou a ser entendido somente o Direito Positivo, uma vez que a doutrina do Direito Natural, modelo precedente de saber, passou a ser vista como uma visão metafísica do social.

Além disso, ocorreu também a substituição de uma lógica de problemas por uma lógica formal e apodítica, com verdades "a priori" consubstanciadas nos mitos da coerência e da plenitude dos ordenamentos jurídicos positivos, e fazendo da teoria Normativista da Ciência Jurídica, uma teoria hegemônica²¹³ .

²¹² Cfe. BOBBIO, Il positivismo giuridico, op.cit.,p.279 a 285. SQUELLA, AGUSTIN. "Positivismo Jurídico y Democracia", 1989:p.13 e segs. .

²¹³ Cfe. WARAT, LUIS. "Mitos e Teorias na Interpretação da Lei", op.cit., p.45 e segs. .

8.2 - *Da validade à eficácia na T.G.D. de BOBBIO e suas repercussões políticas*

Muito embora a Filosofia do Direito tenha sido criada no século XIX como um campo de discussões críticas do fenômeno jurídico, com a consolidação do paradigma positivista ela passou a ter funções limitadas, e daí a primeira pergunta: poderia ela contentar-se apenas com questões metodológicas, omitindo discussões ideológicas e valorativas? Certamente que não.²¹⁴ Mas, por outro lado, poderia ela partir para discussões puramente ideológicas, desconsiderando toda a construção teórica disponível? Dito de outra forma, seria possível a legalidade sem a legitimidade e vice-versa? Seguindo, ainda, a um outro grande sociólogo contemporâneo, MAX WEBER, seria possível a adoção de uma "ética de princípios" ignorando-se uma "ética de resultados" e vice-versa?²¹⁵

Na direção das respostas às perguntas feitas e na busca daquele horizonte universal de saber sobre o direito anunciado ao início, é que a filosofia jurídica, apregoada por NORBERTO BOBBIO, viria a discutir objetos diversos tais como a metodologia da ciência jurídica, a ontologia ou teoria geral do direito, a fenomenologia ou sociologia jurídica, e, por fim, a deontologia ou teoria da justiça - dos valores -

²¹⁴ Cfe. "Natureza e Função da Filosofia do Direito", in "Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico" de BOBBIO, 1977, op.cit., p.37 a 51.

²¹⁵ Sobre o tema ver OSCAR NEGTE, "Dialética e História", 1984.

ou, ainda, em outros termos, a filosofia política.

A questão essencial que se apresenta, numa tentativa de sistematização, é o fato de que a filosofia do direito, neste século, por muitas ocasiões, reduziu-se a um conjunto de preocupações técnico-científicas isoladas, atinentes a cada um dos campos de atenção recém delimitados. Os estudos conduziram a uma fragmentação disciplinar.

Porém, é nosso ponto de vista que isto tenha se passado em razão da já citada submissão histórica e política das Ciências Sociais, bem como devido a tentativa dos juristas de encontrar um saber que lhes fosse próprio. Entretanto, a curta história da disciplina de filosofia do direito demonstra a implicação político-ideológica das teorias e a indiscutível ligação do direito com o todo das ciências sociais. Numa reflexão que transcende em certo sentido a obra de BOBBIO, vejamos de modo breve um pouco dessa história.

Em primeiro lugar, não foi por acaso que o campo metodológico tornou-se a preocupação preponderante da filosofia do direito dos primeiros tempos. A fortuna da Filosofia positivista de COMTE, no século passado, e do Neopositivismo do Círculo de Viena, neste século, na busca da afirmação do primado da objetividade e da neutralidade da ciência, frente à metafísica e à ideologia, fizeram do jurista um "colega menor" e dependente do filósofo geral. As

práticas do direito, que são indiscutivelmente históricas, políticas e contingentes, foram envolvidas pela pretensa universalidade da filosofia das luzes, própria do Estado moderno. Um exemplo de trabalho condicionado pelas correntes da filosofia geral, é o do jurista mais famoso deste século, HANS KELSEN (da 1ª edição da Teoria Pura).

A filosofia do direito, em consequência disso e na busca de sua utilidade, em segundo lugar, viria então a privilegiar os aspectos ontológicos do direito - segundo a ciência, não valorativos -, através da atribuição de uma suprema importância à teoria geral do direito. Quer dizer, viria a trabalhar no sentido da elaboração das formas universais do jurídico, com total isenção da discussão do conteúdo do direito. Os juristas, condicionados pelo preconceito positivista já mencionado da impossibilidade do tratamento científico do conteúdo do direito, viriam a se debater, por exemplo, pela consolidação formal e externa daquilo que distingue o direito da moral (do tipo formalismo kantiano); assim, como também, com a caracterização formal e estrutural da idéia de ordenamento jurídico, seus pressupostos de coerência, completude, sistematicidade, hierarquia, além da criação, como é sabido, na dogmática brasileira, de critérios formais e regravativos resolúveis das antinomias legais. A vista disso tudo, lembre-se que não é desprovido de sentido a importância atribuída hoje às cadeiras de Processo no âmbito dos Cursos de Direito.

A consequência imediata desse legalismo científico não poderia ser outra. A racionalidade formal passou a atender apenas a uma ética de princípios, esquecendo-se totalmente de uma ética de resultados. E, assim, a filosofia do direito, mais ou menos ao redor dos anos cinquenta e sessenta, em função dos agravamentos sociais das desigualdades capitalistas, bem como na luta para reencontrar a sua utilidade prática perdida, viria a deslocar-se para uma posição mais fenomenológica - sociológica - no estudo do direito. Aliás, muitos professores - JOSÉ EDUARDO FARIA, CELSO CAMPILONGO e outros -, reivindicam a autonomia da Sociologia Jurídica, muito embora, no nosso entendimento, as preocupações com eficácia e legitimidade são preocupações, antes de tudo, filosóficas²¹⁶.

Se, nos primeiros tempos, a filosofia positivista entronizou a teoria normativista, formal e legal, agora, as exigências político-sociais, até mesmo na direção da possibilidade de não implosão do sistema jurídico social, viriam a endear a teoria realista ou sociológica do direito. Se, nos momentos anteriores, a preocupação dos estudiosos foi com a validade e a legalidade do direito, agora elas teriam passado a ser, também e sobretudo, com a eficácia e a legitimidade. Curiosamente, essa visão sociológica e realista do direito teve nos EUA seu solo mais fértil²¹⁷.

²¹⁶ Cfe. FARIA, JOSÉ EDUARDO, organizador. "Direito e Justiça - A Função Social do Judiciário", 1989.

É importante que se diga que de modo algum se está a menosprezar a teoria realista e sociológica do direito, sobretudo no que ela tem de alteração crítica dos pontos de vista que endeusam o Estado legislador, edificado pelo cientificismo. Sobretudo na medida em que o realismo propugna a revolta dos juizes contra a injustiça do legalismo. Entretanto, a posição realista possui os seus limites, que são dados, de modo genético, pelo próprio fato dela não ser muito mais do que um braço esticado do positivismo legal e do Estado moderno.

Acreditamos que a história brasileira pode demonstrar claramente isto, na medida em que nos momentos continuados de autoritarismo ou de ditadura, isto é, de formas de sociedade que se estabelecem ao arrepio da lei, pouco ou mesmo quase nada puderam fazer os juizes ou quem quer que fosse. Mesmo em momentos de legalidade as decisões judiciais, na sua maioria, se encontram condicionadas por uma série de fatores.

Quanto ao tema da justiça, por fim, gostaríamos de dizer que ele é um tema clássico por ser recorrente em qualquer reflexão sobre o direito. Como afirma CELSO LAFER, toda metajurisprudência institivamente se interroga sobre o valor do direito²¹⁷. Porém, como se viu, a discussão do valor nas Ciências Sociais (justo, injusto, igual e desigual)

²¹⁷ Idem, FARIA, op.cit.p.56

²¹⁸ 'A Reconstrução dos Direitos Humanos', SP, Cia. das Letras, 1988, p.62.

é dilemática, e isto tem conduzido os teóricos ao entendimento de que justiça é dar a todos segundo aquilo que a lei lhes atribui. Portanto, a uma visão legalista que ainda é a dominante.

Entretanto, gostaríamos de ressaltar um aspecto da discussão sobre a justiça que cremos interessa de perto à análise. Trata-se das ligações entre o direito moderno e o Estado moderno.

Aliás, como a doutrina do positivismo jurídico veio ressaltando. Assim, a partir do entendimento de que essas ligações são inevitavelmente históricas, a questão da justiça, por estar tal questão calcada na lei, se liga ao problema da autoridade. Autoridade de quem faz a lei, bem como a autoridade para o estabelecimento de critérios de legitimidade do Poder, pois aí residem os fundamentos da obrigação política e os porquês da obediência à autoridade. Como se observa, a justiça é um tema recorrente tanto da filosofia do direito como da filosofia política, e coloca, como cremos ser possível notar, o problema das formas de governo e de sociedade possíveis. Aristocracia, Demagogia, Democracia, Ditadura.²¹⁹.

Diante disso, talvez a clássica discussão, no âmbito

²¹⁹ Sobre o tema BOBBIO possui inúmeras obras. Gostaríamos de chamar a atenção para "A Teoria das Formas de Governo", 1980, "Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna", 1986, "O Futuro da Democracia", 1986, e "Estado, Governo e Sociedade", 1987.

da filosofia política, recuperada recentemente por BOBBIO, sobre a alternativa quanto ao modo de bem governar - colocada pela disjuntiva: primado das boas leis ou dos bons homens - mostre, através da preferência pelas leis, que a legalidade pode ser vista como qualidade de governo. E trata-se de fato de uma qualidade, na medida em que a lei delimita o exercício do Poder, impedindo, pela norma, a injustiça da arbitrariedade. O quanto a lei pode ser um obstáculo a mudança social é outra questão que também deverá ser discutida mais adiante, como se verá na continuação.

8.3 - A idéia de um estrutural-funcionalismo na teoria jurídica de BOBBIO

Com o advento da crise do positivismo jurídico, em muito conectada com a crise do sistema político-social como um todo, BOBBIO viria matizar suas anteriores posições em relação à cientificidade da jurisprudência. E isto pode ser constatado em seu texto "Essere e dover essere nella scienza giuridica", lido na "Tavola rotonda sul positivismo giuridico", em 1965²²⁰.

Com esse texto, surgia na obra de BOBBIO um sério reconhecimento da insuficiência científica do positivismo jurídico e uma significativa revisão da metodologia da ciência jurídica. Todavia, não se tratava agora de fazer

²²⁰ Cfe. BOBBIO, Contribucion a la teoria del derecho, op.cit. Estudio preliminar de RUIZ MIGUEL, p.37 a 39.

renascer a polêmica da doutrina do positivismo jurídico com o jusnaturalismo, que entendia como inócua diante do novo momento histórico. Tratava-se, isto sim, com um certo distanciamento da teoria de KELSEN e com a percepção do caráter ideológico do positivismo, de se buscar uma terceira via teórica, que nos seus traços essenciais poderia ser qualificada de um estrutural-funcionalismo.

Como demarca LANFRANCHI,

"l'evoluzione storica e soprattutto istituzionale italiana in quegli anni avevano indotto il filosofo a superare i limite della prospettiva formalistica per aprirsi alla comprensione politica della sfera giuridica"(...)²²¹..

Pode-se dizer ainda que "Dalla Struttura alla Funzione", de 1977, é uma obra que testemunha a mudança de direção dos trabalhos do professor de Turin²²²..

Por outro lado, a crise do positivismo jurídico faria crescer as manifestações favoráveis aos "realismos" sociológicos e às influências da teoria marxista no direito²²³..

Dentro desse quadro histórico, a partir de 1969, começariam a aparecer ensaios escritos por BOBBIO em torno à

²²¹ Cfe. LANFRANCHI, Política e Cultura nel pensiero di N. BOBBIO, op.cit.p.169.

²²² Dalla Struttura...op.cit.

²²³ Idem LANFRANCHI, op.cit.p.169.

problemática do funcionalismo na ciência jurídica, e que podem ser considerados, por um lado, como aproximações de uma visão formal da teoria geral do direito com a sociologia jurídica, e, por outro, uma vez que BOBBIO não dava por esgotado o pensamento de KELSEN, como escritos tendentes a revisar a posição estruturalista do pensador austríaco, a partir da incorporação das descobertas da nova teoria dos sistemas.

Com efeito, a nova via teórica e metodológica de BOBBIO visava a uma atualização da teoria jurídica frente ao que ele denominava de uma mudança nas características do Estado, que de um modelo liberal clássico havia adquirido uma função caracterizadamente assistencial.

Os principais textos de BOBBIO sobre o assunto são os seguintes: "Sulla funzione promozionale del diritto", de 1969, "Sulle sanzioni positive", de 1971, "Il diritto, in Le scienze umane in Italia, oggi", de 1971, "Verso una teoria funzionalistica del diritto", de 1971, "Struttura e funzione nella teoria del diritto di Kelsen", de 1973, e "L'analisi funzionale del diritto: tendenze e problemi", de 1975. Além destes, pode-se fazer menção a outros três textos de BOBBIO: "Kant e le due liberta", "Gramsci e la concezione della società civile", de 1969, e, por fim, "Quale socialismo?", de 1976.

Para dizer em poucas palavras, um dos pontos que se

apresenta como fundamental é a compreensão de que o direito é um dos sub-sistemas sociais, cumprindo uma função de integração primária de todo o sistema social. Com base no texto "Verso una Teoria Funcional del Derecho", p.ex., BOBBIO busca estabelecer em especial os fundamentos da alteração metodológica anunciada, no que ela tem a ver com a tentativa de superação do pensamento de KELSEN. A análise culmina, no sentido estrito da teoria jurídica, com uma projeção das tendências e problemas da análise funcional enquanto capaz de dar conta da realidade estritamente jurídica, presente nas práticas judiciárias, relacionadas às questões do sistema social como um todo.

Entendendo que o direito é parte de um sistema social e se correlaciona com a esfera da cultura e da política, cumprindo assim uma função de integração, BOBBIO passa a dar uma importância cada vez maior ao papel dos intelectuais. Assim, de um modo ilustrativo, tal como ele disse de Ascarelli, creio ser uma imposição dizer o mesmo do professor de Turim:

"... Bobbio, da buon storicista, sapeva che le metodologie non nascono improvvisate nel cervello di un pensatore, perché sono il prodotto di situazioni storiche concrete, in particolare, trattandosi di teorie sul metodo della scienza giuridica, delle condizioni di sviluppo di una determinata società, coi suoi conflitti d'interesse, e con le concezioni generali che ne derivano sulla funzione del diritto"²²⁴.

²²⁴ 'Dalla Struttura alla Funzione', op.cit., 1977:p.219/220.

Com efeito, como segue BOBBIO afirmando em *Dalla Struttura alla Funzione*, particularmente em seu estudo sobre ASCARELLI, a distinção entre aquilo que os juristas fazem e aquilo que crêem fazer, é o instrumento mediante o qual se rompe a frágil distinção entre dimensão axiológica e científica do estudo jurídico²²⁵.

Em outro texto, "La funzione promozionale del diritto", BOBBIO partindo do conceito de obrigação na teoria jurídica procura demonstrar basicamente uma coisa: o direito moderno, estatal, não possui como querem algumas teorias, um carácter unicamente protetor e repressivo. Ao contrário: a ação do Estado social de nossos dias se distingue profundamente da do Estado liberal clássico, por caracterizar-se pelo emprego de técnicas de encorajamento (e premiação) ao invés de técnicas de desencorajamento (e punição)²²⁶.

Fundamentalmente, no artigo em referência, BOBBIO procura demonstrar como algumas teorias que afirmam o carácter primordialmente repressivo do direito, a exemplo das teorias de THOMASIVS e SPENCER, são reducionistas da complexidade do direito e da realidade, além de não tomarem em conta as mudanças nas características do Estado e de seu papel.²²⁷ Lembrando F.A. HAYEK²²⁸, BOBBIO assinala que

²²⁵ LANFRANCHI, p.219.

²²⁶ *Dalla Struttura...op.cit.*, p.13 e 14.

este, a partir da decomposição do direito em normas primárias e secundárias e, por considerar a referida mudança no papel do Estado, teria sido o primeiro a propor um modelo alternativo ao tradicional modelo repressivo de direito, muito embora de um modo por demais simplificado.

A partir da constatação da existência de normas primárias e secundárias nos ordenamentos jurídicos, ou de normas de conduta e organização, para falar em outros termos, F.A.HAYEK afirma que se o Estado liberal caracterizou-se por um aumento das primeiras, o Estado social ou assistencial teria se caracterizado pelo implemento das segundas. Entretanto, consoante BOBBIO, esta explicação, embora correta, toma o caminho mais difícil para ser aceita. Se aceitamos que as normas primárias ou de conduta distinguem-se das secundárias ou de organização porque estas últimas são portadoras das sanções, e não fazemos uma distinção entre sanções positivas e negativas, terminamos por entrar em contradição. Teria sido mais conveniente admitir que além de sanções negativas o direito acarreta sanções positivas, e que normas de organização, neste sentido, querem dizer exatamente isto, encorajamento.

Todavia, nesse texto, BOBBIO admite que muito embora as novas características do Estado, que são de um aumento da

²²⁷ Idem, p.17,18,19.

²²⁸ Op.Cit., p.23.

normas de organização, dentre as quais grande número de normas de encorajamento, o Estado assistencial ainda se encontra longe de suprimir o carácter repressor e penal próprio da imagem tradicional do direito e do Estado anterior. Como exemplo empírico, fala da Constituição italiana e suas transformações, onde aparece, frequentemente, além do papel de tutelar, o papel de promover, tal como diz o artigo sobre os direitos do homem, no qual se verifica que além de reconhecer e garantir, o Estado deve remover os obstáculos a tais direitos.

Em síntese, e para usar palavras do próprio BOBBIO, pode-se distinguir

"... un ordinamento protettivo-repressivo da un ordinamento promozionale, dicendo che al primo interessano soprattutto i comportamenti socialmente non desiderati, onde il suo fine precipuo di impedirne quanto pi possibile il compimento; al secondo interessano soprattutto i comportamenti socialmente desiderati, onde il suo fine di provocarne il compimento anche nei confronti dei recalcitranti" <229>.

Portanto, se trata aqui da passagem de uma visão estruturalista a uma composição desta com o funcionalismo, diante da qual Bobbio assinala que a caracterização do direito como se se faz "a" deve-se "b", ou sanção penal, é insuficiente. Deve-se aduzir, também, que se se faz "a", pode-se receber "b", isto é, tem-se o direito a obter uma premiação. Em relação a uma visão de *conservação* da sociedade

²²⁹ "Dalla Struttura...", op.cit., p.26/27.

tal como se encontra, no caso da visão estruturalista, BOBBIO assinala, em última análise, que a visão funcionalista dirige-se à tendência de se ver no direito possibilidades de mudanças sociais além das possibilidades de conservação.

É interessante ressaltar, diante do exposto, que recentemente num prefácio à Teoria Geral do Direito de sua autoria publicada na Colômbia, o professor italiano sustentou a importância de uma visão funcionalista acerca do jurídico, porém, sem olvidar, por nenhum momento, a importância da visão estrutural²³⁰.

Por outro lado, como também salientou o pesquisador PAULO DE TARSO RIBEIRO²³¹,

"à teoria geral do direito mais tradicional certamente pareceria um exercício de retórica, marcado por elementos "extrajurídicos" de flagrante inadequação lógica e científica, qualquer tentativa de compreensão do universo jurídico que não fosse pautada segundo os critérios de investigação herdados do purismo metodológico normativista que orientou e ainda orienta a pesquisa e indagação dos juristas. Todavia, sem esquecer a contribuição fundamental lesada por esta espécie de "estruturalismo positivista" de ambições ontológicas que impregnou o horizonte de indagações da ciência jurídica"(...)

Assim, mesmo considerando-se a análise funcional como um avanço em relação ao estruturalismo, o que não se pode

²³⁰ Cfe. BOBBIO, Teoria General del Derecho, Colombia, 1987, prólogo, p.VIII a X

²³¹ Ver A crise do direito numa sociedade em mudança, p.81 e seqs.

esquecer é que mesmo ela lança mão de um conceito de direito como norma, e, neste sentido, numa análise que depende de definições e divisões estruturais do fenômeno jurídico. Parece-nos oportuno reprimir uma outra passagem do professor PAULO DE TARSO que assinala que o estudo da função promocional do direito

"trata-se de uma questão tanto mais importante, uma vez que coloca para os juristas o problema de adequar a teoria geral do direito às transformações da sociedade contemporânea e ao crescimento do chamado Estado social, ou Welfare state ou ainda estado assistencialista, como queiram. E esta adequação se faz ainda mais premente quando se procura compreender a passagem do estado "garantista" para o estado "dirigista" e, por tabela, a mudança na noção de direito, enquanto instrumento de controle social, para instrumento de direção social, em sociedades em constante processo mutativo²³²."

Com efeito, os trabalhos de BOBBIO mostram exatamente essa atualização, e por isso vêm sendo utilizados por muitos autores, notadamente por MAURO CAPELLETTI, quando trata do tema do ACESSO À JUSTIÇA, uma típica problemática do Welfare State²³³. Enfim, as alterações teórico-doutrinárias em BOBBIO mostram visíveis sinais de uma politização da problemática jurídica, o que transparece em seus textos de filosofia política e de suas tentativas de aproximação das tradições liberais e socialistas.

²³² Idem, cfe. A crise do direito...op.cit. p.83.

²³³ Cfe. Conferências em Porto Alegre, 1984. Ver também seu ACESSO À JUSTIÇA, trad.de Ellen Gracie Northfleet. POA, Segio Fabris, 1988, p.11. Ver ainda sobre o papel do Estado contemporâneo, PASOLD, Cesar Luiz, 'Função Social do Estado Contemporâneo', especialmente p.59 e segs.

8.4 - A Síntese Liberalismo e Socialismo: a terceira via de BOBBIO

Tal como foi assinalado em outros momentos desta tese, a filosofia do direito de BOBBIO ocupou-se tanto com questões metodológicas quanto com problemas ideológicos. A temática da justiça, central para a filosofia política e jurídica, sempre foi vista - pelo prof. de Turin - a partir de uma rigorosa metodologia jurídica. Todavia, desde os anos 1965, BOBBIO cada vez mais buscou uma interrelação da igualdade formal, própria da teoria jurídica, com a igualdade material ou substancial, inerente à teoria política.

Para se perceber preliminarmente como o político se entrelaça com o jurídico, podemos tomar um texto de BOBBIO sobre KANT e as duas liberdades. Neste texto, nosso autor demonstra com clareza que termos de T.G.D. tais como permitido e obrigatório fazem parte também da linguagem política, porque ambos possuem uma significação comum que é a auto-determinação. Assim, a liberdade, com efeito, na esfera do permitido é aquela em que cada um age sem limitações externas, o que equivale a dizer que nessa esfera nossa ação é determinada por nós mesmos, não por outrem. Por outro lado, se um indivíduo ou grupo só obedecer a leis formuladas por ele próprio, quer dizer que o grupo ou indivíduo em questão determina sua própria conduta. E assim, a liberdade é uma questão tanto política quanto jurídica e se trata de um primeiro passo ao socialismo. Sobretudo liga a filosofia

política moderna à teoria geral do direito.

Não obstante, a preocupação de BOBBIO com a política pode ser notada através do relativismo que desde um ponto de vista interno sempre predominou em sua teoria jurídica. Poder-se-ia dizer que a terceira via teórica de BOBBIO é no final das contas a tentativa de realização de uma filosofia do direito na qual o problema da justiça aparece conectado com as questões político-sociais.

Por outro lado, muito provavelmente a preocupação mais recente e explícita de BOBBIO com a filosofia política tenha origem no seu engajamento ao socialismo. De qualquer forma, como anota RUIZ MIGUEL, poderia dizer-se que com anterioridade a 1965, o pensamento desse Professor caracterizou-se pela predominância de um espírito liberal, e que, posteriormente a esta data, o seu pensamento viria a caracterizar-se pelo socialismo. Não obstante, o mais destacável de sua teoria da justiça foi a manutenção substancial do núcleo ideológico da democracia liberal, como um sistema político regrado e encaminhado a um aprofundamento da igualdade social²⁹⁴.

Outrossim, como também afirma MIGUEL²⁹⁵, a defesa da liberdade como não impedimento nos anos 50, não tinha a

²⁹⁴ Em relação ao tema KANT e as duas liberdades, pode ser consultado seu livro *Ensaio Escolhidos*, Edit. Cardin, 1989, p. 21, 22 e segs. Em relação a afirmação de RUIZ MIGUEL, ver seu *Filosofia y Derecho*, op.cit. p.421 e 430.

²⁹⁵ *Idem*, *Filosofia y Derecho*, op.cit. p.423

função de consagrar a liberdade em abstrato ou qualquer tipo indiscriminado de liberdades, especialmente as econômicas, senão que garantir as liberdades políticas que configuram aos regimes democráticos. Todavia, a concretização desses ideais começou a se dar em sua obra ao redor dos anos 75, quando publicou um pequeno, porém famoso e polêmico texto, intitulado "Qual Socialismo?"

Como núcleo desse debate e como introdução ao desenvolvimeto deste ítem de nossa tese, pode-se dizer que as idéias de BOBBIO, por uma parte, assinalavam que a teoria política marxista era insuficiente no tratamento das instituições que devem presidir o passo do capitalismo ao socialismo, e que, por outra parte, para a construção e credibilidade de uma sociedade socialista não se deve prescindir da democracia representativa, dentro de um sistema de liberdades públicas²³⁶.

Assim, a busca de uma síntese do liberalismo com o socialismo, sob o viés da democracia ou da manutenção de determinadas regras, foi um dos principais ideários da obra madura mais recente de BOBBIO. E o direito seria o canal de encaminhamento dessa ordem regrada. Tal síntese, porém, é um tema ao mesmo tempo clássico e atual. Mesmo em distintos modelos de apreensão e estudo das relações entre a sociedade e o Estado, como é o caso dos modelos jusnaturalista e

²³⁶ Idem, *ibidem*, MIGUEL, p.425.

positivista, encontram-se tentativas de aproximações da liberdade com a igualdade, privilegiando-se, por vezes, um ou outro aspecto.

Contudo, tradicionalmente, liberalismo e socialismo têm sido vistos convencionalmente como tradições intelectuais e políticas antagônicas, e razões não faltam para tal. Entretanto, desde JOHN STUART MILL até NORBERTO BOBBIO, por exemplo, as relações entre essas tradições vem recebendo especial atenção. E o método democrático tem sido visto como uma possível ponte para o encurtamento das distâncias entre liberais e socialistas²³⁷.

Diante do exposto e a partir da obra de BOBBIO, é possível demonstrar alguns dos obstáculos no caminho do liberal-socialismo, assim como no do socialismo pretendidamente democrático-liberal, como regimes políticos de legitimação da organização da vida social²³⁸.

²³⁷ Cabem aqui alguns esclarecimentos. Em primeiro lugar, a democracia não deve ser tomada como interdependente nem do liberalismo nem do socialismo. Conforme BOBBIO, em "Liberalismo e Democracia", p.7, por liberalismo entende-se uma determinada concepção de Estado, na qual o Estado tem poderes e funções limitadas, e como tal se contrapõe tanto ao Estado absoluto quanto ao Estado que hoje chamamos de social, ou mesmo o Socialismo real soviético; por democracia, entende-se uma das várias formas de governo, em particular aquelas em que o poder não está nas mãos de um só ou de poucos, mas de todos, ou melhor, da maior parte, como tal se contrapondo às formas autocráticas, como a monarquia e a oligarquia. E um Estado liberal ou um Estado socialista não são necessariamente democráticos.

²³⁸ Consideramos no desenvolvimento desta reflexão os livros de BOBBIO sobre "O Futuro da Democracia" e "Qual Socialismo?", assim como seu artigo "Reformismo, Socialismo e Igualdade", publicado na revista Novos Estudos nº 19. Além disso, dois artigos de PERRY ANDERSON, interpretando BOBBIO: "Norberto Bobbio e a Democracia Moderna", publicado na revista Novos Rumos, nº 15, SP, 1989, e "As Afinidades de Norberto Bobbio", publicado na revista Novos Estudos nº 24, 1989.

Por razões conceituais, gostaríamos de dizer inicialmente que tanto a tradição do liberalismo quanto a do socialismo, podem ser tomadas a partir de três núcleos fundamentais: o moral, o político e o econômico. Quanto ao primeiro aspecto, pode-se dizer que o liberalismo acentua como fundamental as liberdades civis individuais, enquanto que o socialismo, ao contrário, assinala uma ideologia comunitarista. No que se refere ao núcleo político, entendido aqui como o jogo de poder que se processa no âmbito das relações entre sociedade e Estado, é já lugar comum o princípio da não intervenção pregado pelo liberalismo e, a necessária intervenção do Estado, mesmo que transitória, pregada pelo socialismo. Por último, está a idéia de livre mercado para o liberalismo e o entendimento, por parte do socialismo, de que o controle dos meios de produção por uns poucos, implica na coerção legalizada de muitos²⁹⁹.

Diante disso e da observação da experiência histórica, pode-se dizer que isoladamente nem a tradição liberal nem a socialista respondem a todas as questões; a miséria das democracias periféricas e a crise do socialismo real são fatos indiscutíveis, e acentuam a importância de uma alternativa.

Dentre as maneiras de se chamar a atenção para a importância do interrelacionamento entre liberalismo e

²⁹⁹ Sobre essa idéia dos núcleos fundamentais do liberalismo e do socialismo, ver o livro "Ideologias Políticas Contemporâneas", de ROY MACRIDIS, UnB, 1982, p. 33 a 90.

socialismo, quando muitos pregam o fim das ideologias, está em se recordar significativos exemplos históricos. Como dissemos ao início, STUART MILL talvez seja um bom exemplo clássico; porém existem muitos outros, em diferentes partes do mundo e tratando do assunto desde diferentes ângulos. É o caso de BERTRANT RUSSEL; J. A. HOBSON e JOHN RAWLS na Inglaterra, JOHN DEWEY e ROBERT DAHL nos EUA, etc.²⁴⁰.

Entretanto, um dos exemplos atuais, como já dissemos, é o de NORBERTO BOBBIO, autor do que vem sendo denominado de "terceira via", e é o que nos interessa. Considerando sua trajetória de professor e de ativista político, pode vislumbrar-se que a complexidade do assunto é enorme, e que, a prudência impõe não se negar peremptoriamente incompatibilidade entre liberalismo e socialismo, sob o viés da democracia. Sobretudo, entre o socialismo e algumas das liberdades conquistadas pela burguesia.

A longa trajetória de NORBERTO BOBBIO, que se estende dos anos trinta aos oitenta, demarca exatamente isto. Embora liberal por formação e convicção, aprendeu com marxismo que um mundo melhor não se encontra no refúgio ilhado da interioridade²⁴¹. Porém, também não se encontra nas vantagens públicas da crítica fácil, porém dogmática, como a

²⁴⁰ Desses exemplos, é especialmente significativo para a filosofia do direito "A Teoria da Justiça" de JOHN RAWLS, que prega uma síntese entre o liberalismo de KANT e o socialismo de ROUSSEAU.

²⁴¹ Cfe. ANDERSON, PERRY. As Afinidades de NORBERTO BOBBIO, Rev. Novos Estudos CEBRAP, nº 24, 1989, p.14 a 17

exercitaram alguns setores da esquerda italiana.

Polêmicas com tradições intelectuais triunfantes, como a do existencialismo de HEIDEGGER, que ele julgava aristocrático e individualista, assim como com o radicalismo oportunista de integrantes do PCI, como GALVANO DELLA VOLPE e PALMIRO TOGLIATTI, frente ao fascismo, foram inevitáveis, e demonstram o seu firme propósito de não se afastar de uma perspectiva de mundo mais humana, mesmo que ao preço de uma dura e cáustica experiência pessoal.

O Partido da Ação, do qual foi fundador e militante nos anos 40 e 50, movimento antifascista e que buscava exatamente a realização de uma síntese entre liberalismo e socialismo, desapareceu em muito breve espaço de tempo, justamente por tal petulância sintética. E os motivos, descritos pelo próprio BOBBIO, num artigo sobre "Inchiesta sul Partito de la Azione", escrito dez anos depois, são ilustrativos para os nossos propósitos:

"tínhamos posições morais claras e firmes, mas nossas posições políticas eram sutis e dialéticas - e portanto móveis e instáveis, continuamente em busca de uma inserção na vida política italiana. Mas permanecemos sem raízes na sociedade italiana daqueles anos. Para quem deveríamos voltar-nos? Moralistas acima de tudo, defendíamos uma completa renovação da vida política italiana, a começar por seus costumes. Mas achávamos que para tal renovação não era necessário uma revolução. Consequentemente, fomos rejeitados pela burguesia, que não desejava renovação, e pela maior parte do proletariado, que não queria renunciar a

Assim, muito embora um período de ostracismo tenha se passado, após a desintegração do Partido da Ação, NORBERTO BOBBIO voltaria a cena política nos anos 50, com um sereno e severo artigo criticando posições do PCI, e intitulado "Democracia e Ditadura". Nele, voltava a insistir nos cuidados que a esquerda italiana deveria ter na importação do modelo soviético de sociedade, assim como acerca da importância permanente de certas instituições políticas liberais ocidentais. E novamente foi duramente criticado por DELLA VOLPE e TOGLIATTI.

Mas a dialética da história encarregou-se de lhe dar razão. Nos anos 70, o P.C.I. realizou uma união estratégica com o P.D.C., que havia assumido o poder já nos anos 60, e o reconhecimento chegou. A esquerda começava a ver a importância do reformismo. Com tal prestígio, foi convidado a colaborar na elaboração do programa do P.S.I., por assim dizer, um braço dissidente do PCI mais radical, e assim terminou por ser nomeado senador vitalício pelo Presidente da República. O PSI, sob o comando de BETINO CRAXI, porém, viria a desvirtuar-se dos propósitos iniciais, e BOBBIO, nos anos 80, transformar-se-ia, novamente, num franco atirador.

A vista disso, pois, transparece, acima de tudo, que a originalidade de BOBBIO está em sua grande capacidade intelectual, como filósofo da história, de não se render aos ganhos ocasionais oriundos de visões parciais de mundo.

Sobretudo na análise da ideologia, como uma espécie do gênero história e não o contrário. As aporias resultantes de uma incompreensão acerca disto, têm intensificado as dificuldades de integração entre liberalismo e socialismo, sobretudo porque a visão de uns e de outros, se encontra demasiadamente alicerçada no aspecto ideológico da defesa ou da contrariedade, p.ex., da livre iniciativa e da propriedade privada.

Conforme já dissemos anteriormente, a tentativa de intersecção de três tradições políticas distintas - a do liberalismo, a do marxismo e a do realismo maquiavélico -, dá uma visão interessante da complexidade da questão e do seu esforço, que não pode ser rotulado pura e simplesmente com certos "ismos" filosóficos²⁴⁹.

Todavia, retomando nossa linha inicial de raciocínio de que existem múltiplos obstáculos à integração do liberalismo com o socialismo, e se considerando como pertinente a cada uma das tradições três núcleos distintos porém interligados, o moral, o político e o econômico, pode dizer-se que enquanto o socialismo continuar priorizando o econômico e o liberalismo o político, a dita "terceira via" será muito difícil de ser alcançada.

Em BOBBIO, a questão da priorização do político, não

²⁴⁹ BOBBIO, "Reformismo, Socialismo e Igualdade", p.23. Idem, ANDERSON, Afinidades, op.cit.p. 22 e segs.

obstante, se encontra cionada com a institucionalização do poder e se espraia na democracia, entendida como um conjunto de regras, como uma forma de sociedade e de governo, com liberdade e igualdade. Os partidos de esquerda ou os socialistas italianos de um modo amplo, na visão de Bobbio, extraem frequentemente conclusões muito rígidas em torno a importância da base econômica da sociedade, que seria mais constante que suas formas políticas²⁴⁴. Neste sentido, o reformismo seria insuficiente e apenas oportunista. Haveria a necessidade de uma mudança radical de posições na sociedade, entre dominantes e dominados, através da revolução, para só então tratar da forma pela qual o poder deveria ser exercido, o que é o inverso da posição de BOBBIO.

De fato, a democracia é uma exigência que o pensador italiano, principalmente a partir dos ensinamentos de MAQUIAVEL em torno à política²⁴⁵, não se dispõe a abrir mão. A aproximação das tradições liberais e socialistas, portanto, deveria considerar como essencial certos critérios formais, e que BOBBIO descreveria em seu "O Futuro da Democracia"²⁴⁶.

Com efeito, e descendo um pouco ao cerne desta discussão, BOBBIO sustenta que o marxismo subestima a idéia de método, de forma de sociedade e de governo, e que o erro

²⁴⁴ BOBBIO, em Sociedade e estado na filosofia política moderna, p.9.

²⁴⁵ BOBBIO, em Direito e Estado no pensamento de Kant, Edit.UnB, 1984, p.13, 14 e 15.

²⁴⁶ Cfe. BOBBIO, em O Futuro da Democracia, 1986, p.13

maior seria o de preocupar-se, demasiadamente, com o "quem" domina e não com o "como" se realiza o domínio. E esta é a questão chave do seu texto de 1954, sobre ditadura e democracia, publicado no Brasil em "Estado, Governo e Sociedade"²⁴⁷.

Assumindo a importância do político e a necessidade do estabelecimento de regras democráticas para o jogo social, BOBBIO viria a se perguntar pelas alternativas possíveis à democracia liberal, que, para ele, conforme afirmamos anteriormente, seria a democracia representativa, própria do Estado constitucional. E sua crítica é contundente a qualquer democracia direta ou então a alguma via revolucionária, direta porém ditatorial, como as que tem se apresentado na história do socialismo. Principalmente com relação a democracia direta, argumenta solidamente contra a idéia de assembleias populares e mandatos revogáveis, que são suas principais características. Como se verá, tal democracia direta aproxima-se da democracia proposta pelos socialistas, e BOBBIO não acredita na possibilidade de sua implantação.

Assim, poder-se-ia dizer que o socialismo de BOBBIO começa, efetivamente, quando a democracia liberal, enquanto método de governo, fracassa no estabelecimento de sua prometida forma de sociedade livre e igual. Porém, neste momento, como comenta Perry Anderson²⁴⁸, uma visão

²⁴⁷ Cfe. Estado, Governo e Sociedade, op.cit. p.135 a 165

individualista de mundo já se encontra introjetada e disseminada nas escolas, nas fábricas, nas famílias, etc., decorrente da ideologia individualista do livre mercado própria do liberalismo e dos sonhos com grandes "lucros" pessoais. Muito provavelmente, não haverá nem uma lei que imposta desde fora tenha condições de alterar o quadro de desigualdades engendrado pela conjunção de ideais políticos com ilusões capitalistas. Com efeito, o iluminismo e a modernidade seriam o marco divisor da exacerbação do individualismo, por um lado, e da radicalização do socialismo, por outro. A Democracia vista a partir unicamente do núcleo político, como um conjunto de regras intrínsecas ao jogo do Poder, segundo as críticas, terminaria por não fazer parte do ser, humano e social, apresentando-se como uma "lei" acima dos homens e da sociedade. Esta é a crítica principal dos neo-socialistas frankfurteanos, para os quais a ciência jurídica e política iluminista não necessariamente liberta. Mais exatamente falando, para os frankfurteanos, elas aprisionam.

Pormenorizando alguns dos problemas da democracia liberal diante do socialismo, convém assinalar com BOBBIO que,

"a maior parte dos escritores socialistas e dos movimentos que neles se inspiraram identificaram o liberalismo - com ou sem razão, mas no plano

²⁴⁸ Cfe. ANDERSON, NORBERTO BOBBIO e a democracia moderna, Revista Novos Rumos, nº 15, Edit. Novos Rumos, SP, 1989, p. 17 a 32

histórico certamente com razão - com a defesa da liberdade econômica e, portanto, com a defesa da propriedade individual como única garantia da liberdade econômica, entendida por sua vez como pressuposto necessário da real explicação de todas as outras liberdades"²⁴⁹, o que termina por comprovar as ineludíveis distâncias entre as duas tradições por ora estudadas.

De qualquer maneira, a democracia tem servido de ponte entre liberalismo e socialismo, pois como assinala o próprio BOBBIO, é incontestemente a abertura dos regimes socialistas à democracia, e a democracia socialista representa um avanço em relação a democracia liberal. Três argumentos são lembrados:

a) enquanto a democracia liberal - ou, polemicamente, capitalista e, do ponto de vista do sujeito histórico que a promoveu, burguesa - nasceu como democracia representativa na qual os representantes eleitos tomam suas decisões sem vínculo de mandato, a democracia socialista - ou, do ponto de vista classista, proletária - será uma democracia direta, no duplo sentido de democracia de todo o povo sem representantes e de democracia não de representantes mas de delegados cujos mandatos vinculados estão sujeitos a revogação; b) enquanto a democracia burguesa permitiu, até o extremo limite do sufrágio universal masculino e feminino, a participação no poder político, central e local, apenas a democracia socialista permitirá a participação popular também na tomada de decisões econômicas que numa sociedade capitalista são tomadas autocraticamente, representando nesse sentido não só um reforço da participação em intensidade, mas também uma extensão quantitativa, como efeito da abertura de novos espaços para o exercício da soberania popular em que consiste a essência da democracia; c) enfim, aquilo que mais importa: enquanto na democracia liberal a atribuição ao povo do direito de participar direta ou indiretamente das decisões políticas não procede no mesmo passo de uma mais equânime distribuição do poder econômico e, portanto, faz do direito de

²⁴⁹ 'Liberalismo e Democracia', p. 80.

voto uma mera aparência, na democracia socialista essa mais equânime distribuição, tornando-se um dos objetivos primários da mudança do regime econômico, transforma o poder formal de participação em poder substancial e, ao mesmo tempo, realiza a democracia inclusive no seu ideal último, que é o da maior igualdade entre os homens²⁵⁰.

Assim, diante do exposto, quer nos parecer que o mais importante não é sabermos se BOBBIO é mais liberal e menos socialista e vice-versa. Parece-nos apropriado, entretanto, reconhecer que a "terceira via", por ele proposta, diante das contradições e da experiência histórica, deve ser buscada numa revisão conceitual tanto da democracia liberal quanto do socialismo marxista, aceitando-se a importância das regras do jogo.

O iluminismo e a modernidade caracterizaram-se pelo implemento de uma razão instrumental, que inaugurou certas especificidades conceituais e disciplinares da política e do direito. E BOBBIO esteve atento a isso. Porém, como ele próprio disse, com "o dever de sermos pessimistas". Não obstante, sua terceira via liga-se a idéia de que a ação política clássica - desde HOBBS - pode levar a mudança social. Contudo, isto não quer dizer que possamos estar seguros de que as coisas se passem sempre assim. Ou que ação política e mudança social, em outras palavras, estão estreitamente unidas uma a outra, ou que a segunda depende exclusivamente da primeira.

²⁵⁰ Cfe. "Liberalismo e Democracia", p.82 e 83.

CONCLUSÃO

"De boa vontade deixo para os fanáticos, ou seja, para aqueles que desejam a catástrofe, e para os insensatos, ou seja, para aqueles que pensam que no fim tudo se acomoda, o prazer de serem otimistas. O pessimismo hoje, seja-me permitida mais esta expressão impolítica, é um dever civil. Um dever civil porque só um pessimismo radical da razão pode despertar com uma sacudidela aqueles que, de um lado ou de outro, mostram que ainda não se deram conta de que o sono da razão gera monstros". - BOBBIO

A extensão e a complexidade do objeto desta investigação - fundamentos de teoria jurídica em NORBERTO BOBBIO -, tornam as últimas palavras difíceis de serem escritas. Colocações gerais obscureceriam a análise, e particularizações perderiam de vista a transcendentalidade do estudo.

De qualquer maneira, um grande esforço foi canalizado para se demonstrar a importância do "novo racionalismo"²⁵¹ proposto por BOBBIO, bem como suas insuficiências e interesses políticos. Assim sendo e tomando em consideração a estrutura tríplice do trabalho, nesta conclusão procurar-se-á pontualizar alguns aspectos referentes a cada uma de suas partes, para, finalmente, fazer-se algumas colocações gerais atinentes ao conjunto da leitura proposta.

Em relação à primeira parte, julgamos interessante pontualizar alguns aspectos da interrelação entre kantismo, neokantismo e neoempirismo que, de diversas maneiras, procuraram forjar os primados paradigmáticos da ciência hodierna:

A) Dentre as muitas observações cabíveis, pode-se dizer que a oposição entre o kantismo e o neoempirismo - eixo central da discussão encetada nesta parte do trabalho - não é senão aparente, e que essas teorias podem ser vistas como complementares²⁵². Diante desta premissa, o direito não pode ser nem definido nem conceituado a partir apenas da idéia que afirma a existência de um mundo supra-sensível, logradouro da razão; há que se ter presente, desde a

²⁵¹ Conforme foi especialmente discutido e demonstrado no capítulo 7.

²⁵² RORTHY, RICHARD faz esta leitura das relações entre o kantismo e o neoempirismo em *A Filosofia e o Espelho da Natureza*, 1990, p. 18 e 19.

contribuição neopositivista, de que o direito é também um fato lingüístico-normativo e empírico, advindo de convencionalizações sociais e, por conseguinte, sujeito a reinterpretações, decorrentes da própria linguagem na qual ele se exprime. Isto completa mas não elimina o racionalismo.

B) De outra parte, o neopositivismo, no século XX, funcionou como possibilidade de deslocamento do pressuposto epistemológico da ciência como verdade, para a idéia de ciência como controle rigoroso de proposições sistematizadas em um ordenamento. A ciência jurídica seria uma ciência de significações normativas.

C) Um terceiro aspecto conclusivo diz respeito ao fato de que não se pode reduzir os fundamentos da teoria jurídica bobbiana ao Empirismo Lógico, o que seria um equívoco²⁵³. Em algum momento, BOBBIO foi também adepto da fenomenologia, por exemplo. Não obstante, com o neopositivismo o professor italiano encontrou a rota para descrever com maior precisão a tarefa dos juristas, deslocando-se, assim, tanto do jusnaturalismo racionalista quanto do positivismo sociológico.

Enfim, com relação a primeira parte caberia dizer ainda que o neoempirismo (neopositivismo e filosofia

²⁵³ Cfe. MIGUEL, RUIZ, *Filosofia y Derecho*, op.cit.p.47.

analítica), como salienta Richard Rorty em "A Filosofia e o Espelho da Natureza" ²⁵⁴,

"é mais uma variante da filosofia kantiana, uma variante marcada principalmente pela consideração da representação como mais linguística do que mental, e da filosofia da linguagem em detrimento da 'crítica transcendental', ou da psicologia, como a disciplina que exhibe os 'fundamentos do conhecimento' (...) "essa tônica na linguagem, não altera a essência da problemática cartesiana-kantiana, e não confere verdadeiramente uma nova imagem de si mesma à filosofia. Porque a filosofia analítica está ainda empenhada na construção de um quadro permanente e neutro para o inquirido - da sociedade - e por conseguinte para o resto da cultura".

E tal afirmação é essencial para nossas conclusões. Possuímos uma ciência que precisa ser questionada devido a sua falta de responsabilidade. Ao voltar-se para a linguagem, ela dissimula a importância de discussões sobre a incomensurabilidade do sujeito cognoscente e a complexidade do objeto em questão, deixando, desta forma, de questionar a moralidade infra-estrutural do direito, da qual brota a "superestrutura" jurídica e que em muitos casos está em desacordo com as necessidades vitais do homem.

Na segunda parte do trabalho, tratou-se de estudar a natureza formal e estrutural da T.G.D. de BOBBIO, leito pelo

²⁵⁴ Idem, op.cit.p.18, 19 e segs.

qual desembocaram as maiores preocupações da ciência do professor turinês. Em resumo, tivemos por escopo mostrar que com a construção de sua T.G.D. prosseguiu a formalização e a logicização da ciência jurídica iniciada com o kelsenismo, e que foi impulsionada pelo neoempirismo.

Os pressupostos analíticos de sua TGD podem ser resumidos como a decomposição da maquinaria jurídica e a aplicação da análise da linguagem do direito como método. Com efeito, BOBBIO dirigiu-se para o estabelecimento de um saber específico e próprio de juristas, e não de filósofos, ao reforçar a idéia de que não existe ciência jurídica fora da norma e do normado. Tal posição coloca a origem e o fundamento da teoria jurídica mais como decorrente do voluntarismo inaugurado por HOBBS e que KELSEN dá prosseguimento, do que da razão ou das teorias do intelectualismo, ao modo da teoria de KANT, por exemplo. Em síntese, a característica chave da TGD bobbiana pode ser encontrada no seu permanente intento de ficar alheia tanto aos juízos de valor (jusnaturalismo, idealismo, ideologismo) como da análise dos fatos sociais (realismo jurídico, sociologia jurídica, psicologismo), caracterizando-se, enfim, pela substituição do neokantismo pela analítica. Diante disso, cabe salientar os seguintes pontos:

A) A moderna filosofia do direito italiana - sobretudo a da "Escola de BOBBIO" - é uma filosofia de juristas porque

privilegiou aspectos metodológicos, lógicos, analógicos, técnicos e sistemáticos da discussão do saber jurídico, em detrimento do aprofundamento das questões morais ou ideológicas. Neste sentido, a filosofia em sentido próprio é apenas um apêndice do trabalho do jurista, e não o ponto de partida. A "Escola de BOBBIO" mostrou-se como uma tentativa de ruptura com a tradição filosófica dos grandes sistemas de pensamento, e a nosso juízo deu os passos necessários à implantação definitiva da tradição romano-germânica no direito.

B) No marco da analítica e com o interesse pela linguagem, BOBBIO procurou duas coisas: 1) espantar a metafísica do "dever ser" kelseniano, e, 2) transitar pelas sendas da certeza. Por isso, nos anos 50 - auge do positivismo jurídico - afirmava que a ciência pode fazer pouco caso da filosofia mas a filosofia não poderia fazer o mesmo com a ciência. Porém, seguimos entendendo que a filosofia é também essencial para a ciência - mormente quanto aos critérios de verdade do conhecimento científico. A verdade não é apenas uma questão de convencionalização semântica.

C) A opção pelo Normativismo, por outro lado, face às teses do Realismo, deveu-se a motivos políticos. Todavia, deveu-se também ao fato de que a definição do direito - essencial à tarefa dos juristas para o professor de Turin -,

radica no critério *sanção*. MARIA UNZUETA²⁵⁵ assinala, porém, que tal critério hipoteca clareza e ambigüidade ao discurso bobbio, conduzindo-o, ademais a uma aporia. E poderíamos complementar falando de uma fetichização da lei. E isto deu margem a um pensamento rico mas necessariamente não o mais criativo, como afirmou o professor ZULETA PUCEIRO. Rico em relação a teoria do ordenamento jurídico, porém pobre em termos de questionamentos deontológicos. De qualquer maneira, ao decompor o conceito de sanção em negativas e positivas, pode vir a falar de uma teoria geral do direito ao mesmo tempo estruturalista e funcionalista, tematizando pois princípios e fins do direito.

D) Enfim, pode-se dizer que a teoria geral do direito de BOBBIO viria a consumir-se como uma teoria estatalista, embora isto não deva ser confundido com a aceitação pura e simples do legalismo. O que diferencia fundamentalmente sua teoria geral da de Kelsen, são suas discussões acerca do critério último da juridicidade, que para além da razão, estão no poder e na força. Isto conduz a uma outra forma de explicação da "pirâmide jurídica", na base da qual ao invés de uma norma fundamental hipotéticamente pensada, tal como em Kant e com os neokantianos, estaria o poder político, numa visão que procurou transcender a pura lógica e a metafísica, porém sem conseguir romper com a idéia central de que fazer

²⁵⁵ Cfe. UNZUETA, MARIA. La Escuela de BOBBIO, Madrid, 1990, p.270 e 271

ciência jurídica é praticar análise linguística. De modo que, tomando o poder político estatal e o elemento sanção decomposto em sanções positivas e negativas, como fundamento do direito, BOBBIO pode falar então de um direito não apenas repressivo e conservador do status quo mas, também, de um direito político capaz de acompanhar e implementar mudanças sociais.

As conclusões relativas à terceira parte vão na direção de um breve resgate das polêmicas ali apresentadas. Na perspectiva epistemológica, destacam-se as discussões entre o modelo kantiano e neoempirista de ciência, a sustentação epistemológica do formalismo e do método axiomático, bem como as condições e possibilidades de uma teoria do significado no campo do direito. A multiplicidade do que ali foi discutido não autoriza uma reprodução neste momento. Talvez coubesse apenas reafirmar que em substância o que BOBBIO pareceu propor foi um modelo de ciência do direito como sistema axiomático não formal, cujos termos se encontrem dotados de significado "ab initio". Porém, diferentemente do sistema clássico de EUCLIDES, eis que as proposições protocolares não são auto-evidentes e sim fruto de convenções.

De qualquer maneira, em que pese as limitações desta proposta, ela inaugurou uma Escola de Filosofia do Direito na

Itália que, até hoje, continua rendendo frutos acadêmicos, tendo proporcionado o aparecimento de nomes importantes como o de ENRICO PATTARO e MÁRIO LOSANO, o primeiro no empenho de uma filosofia do direito realista, e o segundo desenvolvendo, sob o influxo do neopositivismo, quer nos parecer, estudos de Juscibernética.

De nossa leitura hermenêutica caberia dizer de modo enfático, que a posição formal e neoempirista da teoria jurídica de BOBBIO - o seu legalismo -, não teve nada de ingênuo, e visou à implementação do que alguns autores como OTFRIED HOFFE²⁵⁶ denominaram de "projeto político da modernidade" - sociedades livres e iguais -, no âmbito das quais o direito e o estado possuem um preponderante papel a cumprir. Todavia, algumas observações específicas sobre esta terceira parte podem e devem ser oferecidas:

A) Em primeiro lugar, as bases do saber atual ainda continuam iluministas. As teorias ditas críticas e alternativas não tem conseguido mais do que serem versões alternativas das decisões judiciais e não do direito. Assim, não tem passado de meros mecanismos de reprodução de um tipo específico de sociedade: àquele marcado pela forma estatal de dominação.

²⁵⁶ Cfe. HOFFE, OTFRIED. *A Justiça Política*, editora Vozes, 1991, p.26

B) Uma segunda observação epistemológica - mas que também é política -, diz respeito ao fato de que o labor teórico bobbiano se encontra entre duas águas: 1) o mundo da analítica-empiricista dos filósofos neopositivistas, e o mundo do kelsenismo de origem neokantiana e mesmo kantiana. Ora, a defesa do kelsenismo-normativista atualiza o ideal iluminista - kantiano e alemão -, de uma ciência jurídica neutra e objetiva. BOBBIO está consciente das limitações desse ideal. Porém, considera maiores as dificuldades e sobressaltos valorativos das teorias que se lhe opõem, dentre as quais os jusnaturalismos e sociologismos. A analítica lhe permitiu descer das nuvens à planície da ciência, e colocar um conceito de direito mais próximo das realidades históricas. Conceito esse entendido como um sistema de normas sancionadas auto-impostas pela sociedade, o que quer dizer que BOBBIO teve certos cuidados para não reduzir o direito à força, dado que seu conceito de direito também supõe a idéia de um contrato oriundo do livre arbítrio.

C) Quanto à sua filosofia linguística, que recebeu especial destaque nesta tese, muitos questionamentos são possíveis. Consoante afirma LUMIA,

"il neo-positivismo crede di poter trovare la soluzione dei problemi della filosofia mediante la dissoluzione della filosofia nell'analisi del linguaggio, ma, così facendo, incorre in un curioso paralogismo, per cui quello che ha

soltato uno strumento a servizio della filosofia viene scambiato per la filosofia stessa, col malinconico risultato che, avulsa dal suo scopo, l'analisi linguistica null'altro si rivela che una inutile e pedante esercitazione erudita" <257>.

Um exame crítico do neopositivismo todavia não pode deixar de sublinhar também a dificuldade de uma concepção empírico-lingüística de ciência, devido ao caráter problemático das denominadas proposições protocolares. Tal como assinala GIUSEPE LUMIA,

" queste difficoltà investono lo stesso principio di verificação, su cui poggia la validità del discorso scientifico. Il principio di verificação presuppone, infatti, una certa corrispondenza tra i segni linguistici che costituiscono un enunciato e l'esperienza che pu verificarlo; e presuppone altres un contenuto d'esperienza comune a piu osservatori. Ma quale corrispondenza ci può essere tra un segno linguistico e un fatto osservato? E chi ci garantisce che lo stato psichico o il contenuto d'esperienza che un osservatore indica con un certo segno corrisponde allo stato psichico o al contenuto di esperienza che noi intendiamo con quel segno" <258>?

Resulta que tal correspondência - proposições protocolares e realidade dinâmica - é absolutamente inverificável. Todavia, é sob a fé nessa possibilidade que se funda a validade da ciência como sistema de proposições

257 Cfe. LUMIA, Empirismo...op.cit.p.97.

258 Idem, op.cit.p.98

verificáveis, mediante as observações experimentais de uma pluralidade de indivíduos. Resultou de nossa investigação também, que é desta pretensa verificabilidade a decorrência de uma idéia também fundamental e que procura responder ao que deve ser entendido como direito válido. Direito válido é aquilo que é autorizado por uma proposição em relação a outra até a proposição protocolar, norma de clausura do sistema.

D) Uma quarta conclusão relaciona positivismo jurídico e política, e afronta a questão dos juízos de valor. O positivismo jurídico se trata de uma doutrina metodológica que torna indispensável o Estado. Porém, não um Estado a-moral e apenas repressivo, senão que um Estado que pensa a liberdade de uma maneira solidária e o socialismo de um modo democrático. O que BOBBIO tem em mente é que muito embora as distâncias entre a sociedade e o Estado, geradas pelo predomínio de uma tradição romano-germânica de direito, o fato é que para se buscar a efetividade, não há como se afastar do que poderia ser entendido como o ideal mítico do positivismo jurídico sem cair em outro tipo de explicações transistóricas, tais como as jusnaturalistas. Porém, a desobediência ao direito injusto é um dever civil da sociedade. A teoria sem a prática é inócua, e a prática sem a dimensão cognocente é cega. Uma visão integrada dos aspectos estruturais(formais) e funcionais(realistas) da teoria jurídica, conjugando questões de validade e de eficácia é imprescindível. Como coloca LANFRANCHI,

" a evolução histórica e sobretudo institucional italiana nos anos sessenta, conduziram ao filósofo a ter de superar os limites da perspectiva formalista, abrindo-se a compreensão política da esfera jurídica: o ensaio de 1964 dedicado as relações entre ciclo da norma e ciclo do poder, deu início a reflexão sobre o papel político que o pensamento jurídico necessariamente envolve, e sobretudo sobre a função política que um ordenamento jurídico absorve nos confrontos da realidade social e econômica" <259>.

D) Entretanto, a relação da teoria jurídica com a política, que, como foi dito visou à edificação de um socialismo-liberal, serve como testemunha da mudança de endereço que o autor dá aos seus estudos jurídicos em sua fase mais madura, aceitando o carácter político da doutrina do positivismo jurídico. Quanto a este aspecto cabe salientar, resumidamente, uma interpretação assaz interessante das relações da teoria com a política: *a função política do direito resulta das relações externas do jurídico com a sociedade, e, portanto, o que deve ser sublinhado, é que o político aparece mais propriamente naquilo que os juristas fazem e não naquilo que pensam fazer, quando olham o seu trabalho desde uma perspectiva específica e especializada.*

Dentre as conclusões gerais, uma vez expostas as conclusões parciais, e concordando uma vez mais com MARIA UNZUETA <260>,

²⁵⁹ Cfe. Política e cultura nel pensiero di BOBBIO, op.cit.p.69

"a introdução do neoempirismo na filosofia do direito italiana reflete a fé num novo método capaz de engendrar um 'novo racionalismo', cujos princípios e ferramentas linguísticas foram logo empregados no esclarecimento e elaboração de uma noção indispensável na teorização do direito: o conceito de norma".

Contudo, esse novo racionalismo que parece obter ganhos do ponto de vista epistemológico ao delimitar com relativa precisão o conceito de norma jurídica, e atribuir a ela a condição de objeto da ciência jurídica, a nosso juízo não oferece um estatuto epistemológico alternativo ao que denominaríamos de *crise da filosofia clássica ou metafísica*. E isto porque ao mesmo tempo se envolve com o que poderíamos denominar de *crise da objetividade científica*, determinada pela crença positivista de que seria possível uma linguagem formalizada e simbolicamente exata, assim como pela redução objetivista do objeto das ciências humanas, o homem. Portanto, permanecem as características cartesiano-positivistas clássicas que pretendem colocar a questão do conhecimento apenas como decorrente de uma dimensão objetiva e supostamente consciente do homem. Ora, desde HUSSERL se observai quão superficial é esse otimismo positivista. Entendemos, particularmente, que a ciência jurídica deveria avançar em direção a critérios mais complexos de verdade, critérios estes que não neguem sua

interrelação ou mesmo sua gênese com a moral, discutindo-a.

De outra parte, a delimitação do conceito e do objeto da ciência jurídica em BOBBIO teve implicitamente muito a ver com a política. Conforme RUIZ MIGUEL citado por LANFRANCHI:²⁶¹, "há que se distinguir entre a metodologia da teoria jurídica de BOBBIO e a metodologia na obra de BOBBIO. Se a primeira é expressamente referida ao campo jurídico, a metodologia na obra de BOBBIO é aquela de caráter neoiluminista que visa rechaçar a metafísica e a filosofia especulativa." Ora, isto é visivelmente uma preocupação política, pois mesmo partindo da especificidade do jurídico projeta uma ética que transcende ao direito, em direção às possibilidades de uma sociedade racional e dialógica. Com efeito, juntando esses elementos podemos dizer que BOBBIO mesmo não querendo assumir a dimensão transcendental ou até metafísica da ciência jurídica, não consegue afastá-la totalmente, por que ela é parte integrante das sociedades humanas, quer queiramos ou não.

Não obstante, tais ligações aparecem no que se poderia denominar de *implícita teoria da justiça* que perpassa todo o trabalho de BOBBIO, cabendo assinalar - também com RUIZ MIGUEL²⁶² - que o núcleo ideológico de sua teoria jurídica sempre foi basicamente a defesa da democracia liberal como

²⁶¹ Cfe. Política e cultura nel pensiero...op.cit. p.171

²⁶² Filosofia y derecho, op.cit. p. 430

sistema político, encaminhado a um aprofundamento da igualdade social.

Isto quer dizer, em palavras de ENRICO LANFRANCHI²⁶³, "que BOBBIO pregou sempre um "democratismo progressista", aberto às exigências de caráter social oriundas da tradição socialista, cujas linhas essenciais até o momento ainda não as desenvolveu. De todo modo, como o próprio BOBBIO assinalou na sua obra "El problema del positivismo jurídico"²⁶⁴,

" en algunos casos, la oposición entre jusnaturalismo y positivismo jurídico se presenta como natural sustitución histórica de escuelas, o como antítesis entre dos concepciones opuestas e irreconciliables del derecho, en otros, o como un desgarramiento dentro de cada uno de nosotros entre nuestra educación científica y nuestras exigencias morales"

Dentre as conclusões mais gerais saliente-se, ainda, que os trabalhos de BOBBIO foram e continuam sendo fundamentais para o desenvolvimento da teoria geral do direito neste século. O que nossa leitura histórico-hermenêutica da teoria jurídica de BOBBIO procurou fazer foi constatar que a doutrina do positivismo jurídico - filosofia científica de sua época - influenciou teórica e politicamente de maneira decisiva em seu trabalho, deixando

²⁶³ Política e cultura nel pensiero...op.cit. p.187

²⁶⁴ BOBBIO, NORBERTO. El problema del positivismo jurídico, B.A., 1965, p.7

algumas lições que nos chegam até hoje, tais como a de ter salientado a importância de não se confundir e principalmente distinguir, entre direito e justiça, assinalando que em vários momentos, nas sociedades modernas, a justiça depende do direito, tal como colocamos em epígrafe na Introdução.

Para finalizar, conforme palavras de BOBBIO também colocadas na epígrafe desta Conclusão²⁴⁵ temos que ser pessimistas e acordarmos diante do sono da razão que gera monstros, pois não podemos nos contentar apenas com critérios semânticos (no sentido da língua como descrição neutra de um objeto) de verdade, tal como pretendeu o neopositivismo. Com este critério, BOBBIO buscou aproximar-se do que fazem os juristas. Porém, resta saber que consciência possuem os juristas daquilo que fazem, constroem ou destroem. E para tanto, não basta uma análise política; necessário se faz também uma análise psicológica, que coloque em questão o substrato moral do direito. Em última ratio, precisamos encontrar o caminho adequado para nos movermos em meio a crise da filosofia clássica ou metafísica e a crise da objetividade da ciência moderna.

²⁴⁵ BOBBIO, "As Ideologias e o Poder em Crise, p.181

BIBLIOGRAFIA

Obras de Norberto Bobbio em língua italiana

1. BOBBIO, Norberto. La Filosofia di Husserl e la Tendenza Fenomenologica. Rivista di Filosofia, pp.47-65, Milano, 1935.
2. -----. Scienza del Diritto e Analisi del Linguaggio. In Diritto e Analisi del Linguaggio, Milano, Comunità, 1976, p.287-324
3. -----. Teoria della Scienza Giuridica. Torino, Giappichelli, 1950, 239 p.
4. -----. La Teoria Pura del Diritto ed i Suoi Critici. Milano. Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1954.
5. -----. Politica e Cultura. Torino, Einaudi, 1955.
6. -----. Diritto e Stato nel pensiero di Emanuele Kant. Torino, Giappichelli, 1957.
7. -----. Teoria della Norma Giuridica. Torino, Giappichelli, 1958.
8. -----. Teoria dell'Ordinamento Giuridico. Torino, Giappichelli, 1960.
9. -----. Due Concetti di Libertà nel Pensiero Politico di Kant. Milano, Giuffr, pp.219-235, 1960.
10. -----. Il Positivismo Giuridico. Torino, Editrice Cooperativa Libreria Universitaria, 1961.
11. -----. Da Hobbes a Marx. Saggi di Storia della Filosofia, Morano, Napoli, 1965.

12. ----- . Giuridicalismo e Positivismo Giuridico. Milano, Edit.Comunità, 1965.
13. ----- . Gramsci e la Concezione della Società Civile. Milano, Feltrinelli, 1976.
14. ----- . La Teoria delle Forme di Governo nella Storia del Pensiero Politico. Torino, Giappichelli, 212 p., 1976.
15. ----- . Quale Socialismo?. Torino, Einaudi, 1976.
16. ----- . Dalla Struttura alla Funzione. Milano, Comunità, 1977.
17. ----- . Studi Hegeliani. Diritto, società civile, stato. Torino, Einaudi, 1981.
18. ----- . Derecho y Lógica. México. U.N.A.M., 1965.
19. ----- . Democrazia, Maggioranza e Minoranze. Bologna, il Mulino, 1981.
20. ----- . Il terzo assente. Milano, Edizioni Sonda, 1989, 236 p.

Obras de Norberto Bobbio em outras línguas

21. BOBBIO, Norberto. Contribución a la Teoría del Derecho. Trad. de Alfonso Ruiz Miguel, Valência, Espanha, Edic.Artes gráficas Soles SA, 1980, 404 p.
22. ----- . Teoría General del Derecho. Trad. de Eduardo Rozo Acuña, Bogotá, Colombia, Editorial Temis SA, 1987, 269 p.
23. ----- . Estudios de Historia de la Filosofía: De Hobbes a Gramsci. Trad. de Juan Carlos Bayon, Madrid, Espanha, Editorial Debate, 1985, 364 p.
24. ----- . Teoria do Ordenamento Jurídico. Trad. de Cláudio de Cicco e Maria Celeste Santos, Brasília, Brasil, Edit. Polis e Edit.Universidade de Brasília, 1989.
25. ----- . Hacia una teoría funcional del derecho. In Derecho, Filosofía y Lenguaie. B.A., Editorial Astrea, 1976, p.9-30
26. ----- . Qual Socialismo? Debate sobre uma alternativa. Trad. de Iza de Salles Freaza, RJ, Brasil, Paz e Terra, 1983, 111 p.

27. ----- . O Futuro da Democracia, uma defesa das regras do jogo. Trad. de Marco Aurélio Nogueira, RJ, Brasil, Edit. Paz e Terra, 1986, 171 p.
28. ----- . Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna. Trad. de Carlos Nelson Coutinho, SP, Brasil, Edit. Brasiliense, 1986, 179 p.
29. ----- . Estado, Governo e Sociedade. Trad. de Marco Aurélio Nogueira, RJ, Brasil, Edit. Paz e Terra, 1987, 173 p.
30. ----- . Ensaio Escolhidos. Trad. de Sérgio Bath, Brasília, Brasil, C.H. Cardin Edit., 1989, 232 p.
31. ----- . Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant. Trad. de Alfredo Fait, Brasília, Brasil, Edit. UnB, 1984, 168 p.
32. ----- . A teoria das Formas de Governo. Trad. de Sérgio Bath, Brasília, Brasil, Edit. UnB, 2ª ed., 1980, 178 p.
33. ----- . et alii Dicionário de Política. Trad. de Luis Guerreiro Pinto Cacaís, et alii, Brasília, Brasil, Edit. UnB, 1986, 1328 p.
34. ----- . Liberalismo e Democracia. Trad. de Marco Aurélio Nogueira, SP, Brasil, Edit. Brasiliense, 1988, 100 p.
35. ----- . Estudos sobre Hegel. Trad. de Luiz Sérgio Henriques e Carlos Nelson Coutinho, SP, Brasil, Edit. Brasiliense e Unesp, 1989.
36. ----- . Thomas Hobbes. Trad. de Carlos Néelson Coutinho. RJ, Campus, 1991.
37. ----- . El Problema del Positivismo Jurídico. Trad. de Ernesto Garzón Valdés, B.A. Argentina, Eudeba, 1965, 114 p.
38. ----- . La Ciencia Política en Italia: de Mosca a Sartori. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho, nº 1. Trad. ide César Cansino y Víctor Alarcón, Puebla, México, 1984.
39. ----- . Fundamento y Futuro de la Democracia. Trad. de Gabriel Del Favero Valdés. Valparaíso, Edeval, 1986.
40. ----- . Derecho y Lógica. México, Universidad Nacional Autónoma, 1965, p.7-42
41. ----- . As ideologias e o poder em crise. Trad. de João Ferreira. Brasília, UnB; e SP, Polis, 1990, 40 p.

Estudos sobre Norberto Bobbio

42. ANDERSON, Perry. As Afinidades de Norberto Bobbio. In Revista CEBRAP nº 24. Trad.de Heloísa Jahn. SP, 1989, p.14-41
43. CAMPOS, Astério. O Pensamento Jurídico de Norberto Bobbio. SP, Edit.Saraiva e Edit.Universidade de São Paulo, 1986.
44. DIAZ, Elías. Sociologia y Filosofía del Derecho. Madrid, Espanha, 1982.
45. LANFRANCHI, Enrico. Un Filosofo Militante. Política e cultura nel pensiero di Norberto Bobbio. Torino, Bollati Boringhieri editore, 1989, 258 p.
46. MAYNEZ, Eduardo Garcia. Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1977, 178 p.
47. PATTARO, Enrico. Filosofía del Derecho. Derecho y Ciencia Jurídica. Trad. de Jose Iturmendi Morales. Madrid, Editorial Reus, 1980, 399 p.
48. REALE, Miguel. Nova fase do Direito Moderno. SP, Saraiva, 1990, 239 p.
49. RUIZ MIGUEL, Alfonso. Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio. Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1983, 509 p.
50. -----. Bobbio y el Positivismo Jurídico Italiano. In Contribucion a la teoria del derecho. Trad. de Ruiz Miguel, Valência, Espanha, Artes Gráficas Soles, 1980, pp. 08-45.
51. -----. Filosofía de la Historia e Historia de la Filosofía en Norberto Bobbio. In Estudios de Historia de la Filosofía: De Hobbes a Gramsci. Trad. de Juan Carlos Cayon, Madrid, Editorial Debate, 1985, pp. 05 a 53.
52. SCARPELLI, Uberto. Cos'è il Positivismo Giuridico. Milano, Edizioni di Comunità, 1965, 153 p.
53. SQUELLA, Agustin. et alli. Norberto Bobbio - Estudios en su Homenaje. Revista de Ciencias Sociales. Valparaíso, Chile, 1987, 437 p.

54. UNZUETA, Maria Ángeles Barrére. La Escuela de Robbio. Madrid, Editorial Tecnos, SA. 1990, 274 p.
55. VIOLI, Carlo. Norberto Bobbio - A Bibliography by Carlo Violi. Varese, Itália, Tipografia Mori E C S P A, 1984.
56. ZACCARIA, Annalisa. Norberto Bobbio - Per una Filosofia Militante. Napole, Itália, Edizioni Scientifiche italiana, 1981.

Outras obras consultadas

57. ARON, Raymond. As etapas do pensamento sociológico. Brasilia, UnB, 1979, 557 p.
58. BERMAN, Marshall. Tudo que é Sólido Desmancha na Ar: a aventura da modernidade. Trad. Carlos Felipe Moisés e Ana Maria L. Foriatti, SP, Companhia das Letras, 1987. 360 p.
59. BLOCH, Ernst. Derecho Natural y Dignidad Humana. Trad. de Felipe Gonzalez Vicen. Madrid, Aguilar ediciones, 1980, 331 p.
60. BORNHEIM, Gerd A. Dialética. POA, RJ, Editora Globo, 1983, 340 p.
61. CALERA, Nicolás López. Sobre el uso alternativo del Derecho. Valência, Fernando Torres Editor, 1978, 93 p.
62. CAMPILONGO, Celso Fernandes. Representação Política e Ordem Jurídica. Os dilemas da democracia liberal. SP, Dissertação de Mestrado, circulação restrita, 1987.
63. CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. POA, Sergio Fabris, 1988, 168 p.
64. CARRIÓ, Genaro. Principios Jurídicos y Positivismo Jurídico. B.A. Abeledo-Perrot, 1970, 75 p.
65. CASSIRER, Ernst. Filosofia de la Ilustracion. Trad. de Eugenio Imaz. México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 405 p.
66. CATTANEO, Mario A. Metafisica del diritto e ragione pura. Milano, Giuffré Editore, 1984, 244 p.
67. DE GIORGI, Rafaele. Scienza del Diritto e Legittimazione. Bari, Itália, De donato editore SA, 1974.

68. DEL VECCHIO, Giorgio. Licções de Filosofia do Direito. 5ª ed. Trad. de L. Cabral de Moncada et alli, Coimbra, Armênio Amado editor, 1979.
69. DWORKIN, Ronald. Los Derechos en Serio. Trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984.
70. ECO, Umberto. Como se faz uma tese. Trad. de Gilson C. Cardoso de Souza. SP, Editora Perspectiva, 1983, 184 p.
71. ELIZALDE, José A. Introdução à Ontopsicologia. Trad. de Alcício Vidor. Santa Maria, Editora Ontopsicológica, 1990, 271 p.
72. ESTEVEZ, José Lois. La Investigación Científica y su Procedencia en el Derecho. Caracas, Venezuela, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, 1970. 214 p.
73. FARIA, José Eduardo. Retórica Política e Ideologia Democrática. A legitimação do discurso jurídico liberal. RJ, edição graal, 1984.
74. ----- . Eficácia Jurídica e Violência Simbólica. O Direito como instrumento de transformação social. SP, Edit. da USP, 1988.
75. FARREL, Martin Diego. La Metodología del Positivismo Lógico. B.A. Editorial Astrea, 1979, 205 p.
76. FERRAZ JR, Tercio Sampaio. A Ciência do Direito. SP, Atlas, 1977, 111 p.
77. ----- . Eunção Social da Dogmática Jurídica. SP, Edit. Revista dos Tribunais, 1980, 219 p.
78. ----- . Conceito de Sistema no Direito. SP, Edit. Revista dos Tribunais, 1976, 188 p.
79. FREUND, Julien. A Teoria das Ciências Humanas. Trad. de Laura Montenegro, Lisboa, Portugal, Socio-cultur, 1977, 170 p.
80. GADAMER, Hans-Georg. A Razão na época da Ciência. Trad. de Angela Dias, RJ, Tempo Brasileiro, 1983, 105 p.
81. GUASTINI, Riccardo. Problemi di teoria del diritto. Bologna, Il Mulino, 1980, 406 p.
82. GUIBOURG, Ricardo A. Derecho, Sistema y Realidad. B.A. Editorial Astrea, 1986, 77 p.
83. HABERMAS, Jurgen. La Lógica de las Ciencias Sociales. Madrid, Espanha, 1988.

84. -----. Conhecimento e Interesse. Trad. de José Heck. RJ, Zahar Editores, 1982, 367 p.
85. -----. Teoría y Praxis. Trad. de Salvador Torres. Madrid, Editorial Tecnos, 1987, 439 p.
86. -----. Teoría de la acción comunicativa. Trad. de Manuel Redondo. Madrid, Taurus ediciones, 1987, 2 vol.
87. -----. Conhecimento e Interesse. In Coleção Pensadores, SP, Abril Cultural, 1980. p.301 a 312.
88. HART, Herbert L. A. El Concepto de Derecho. Trad. de Genaro Carrió, México, Edit. Nacional, 1980.
89. HEGEL, G.W.Friederich. Princípios da Filosofia do Direito. Trad. de Orlando Vitorino. Lisboa, Martins Fontes, 1976, 2ª edição, 315 p.
90. -----. Lecciones sobre la filosofía de la historia universal. Trad. de José Gaos. Madrid, Alianza Editorial, 1982, 701 p.
91. HOFFE, Otfried. Estudios Sobre Teoria del Derecho y la Justicia. Trad. de Jorge M. Seña, Barcelona, Editorial Alfa, 1988, 203 p.
92. KANT, Immanuel. Crítica da Razão Prática. Trad. de Artur Morão. RJ, Edições 70, 1989, 195 p.
93. -----. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Pensadores 2. SP, Abril Cultural, 1980, p. 101-162
94. KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 4ª ed. Trad. de João Batista Machado. Coimbra, Armênio Amado Editor 1976.
95. -----. Teoria Geral das Normas. Trad. de José Florentino Duarte, POA, Sergio Fabris, 1986.
96. -----. Teoria Geral do Direito e do Estado. Trad. de Luís Carlos Borges, SP, Martins Fontes, Brasília, UnB, 1990, 433 p.
97. KUHN, Thomas. A Estrutura das Revoluções Científicas. SP, Perspectiva, 1982, 257 p.
98. KUNDERA, Milan. A Arte do Romance. Trad. de Teresa Bulhões C. da Fonseca e Vara Mourão, RJ, Nova Fronteira, 1988.
99. LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos. um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt. SP, Edit. Companhia das Letras, 1988. 406 p.

100. LASK, Emil. Filosofia Jurídica. Trad.de Roberto Goldschmidt. B.A. Editorial Depalma, 1946, 101 p.
101. LEFORT, Claude. As formas da história. Trad.de Luiz Roberto Salinas Fortes e Marilena S.Chauí. SP, Brasiliense, 1979, 345 p.
102. LUHMANN, Niklas. Sistema Giuridico e Dogmatica Giuridica. Trad. de Alberto Febbrajo, Bologna, Itália, Soceità editrice il mulino, 1978, 163 p.
103. LUMIA, Giuseppe. Empirismo Logico e Positivismo Giuridico. Milano, Dott. A. Giuffré - Editore, 1963, 128 p.
104. MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. A Ciência do Direito: conceito, objeto, método. RJ, Edit.Forense, 1982, 196 p.
105. MCCARTHY, Thomas. La Teoria Crítica de Jurgen Habermas. Trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Espanha, Editorial Tecnos, 1987, 479 p.
106. MELO, Osvaldo Ferreira de. Considerações Sobre Política Jurídica. Revista Sequência nº 15. Florianópolis, UFSC, 1987.
107. MENEGHETTI, Antonio. O Monitor de Deflexão na Psique Humana. Trad.de Alécio Vidor. Santa Maria, Editora Ontopsicológica, 1987, 339 p.
108. NEGt, Oskar. Dialética e História. Trad. de Ernildo Stein, POA, Edit.Movimento, 1984, 127 p.
109. NINO, Carlos Santiago. El concepto de Validez y El problema del conflicto entre normas de diferente jerarquía en la teoría pura del derecho. In Derecho, Filosofía y Lenguaje. B.A.Edit.Astrea, 1976, p.131-144
110. -----. Introducción al análisis del derecho. B.A.Editorial Astrea, 1987, 477 p.
111. OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de. A diferença entre a moral e a política para Maquiavel. Revista Sequência Z. Florianópolis, UFSC, 1983, p.16-19.
112. OTTO APEL, Karl. La transformación de la filosofía. Trad. de Adela Cortina, Joaquín Chamorro y Jesús Conill, Madrid, Taurus, 1985, 2 vols, 792 p.

113. PATTARO, Enrico. Il positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisi. In Diritto e Analisi del Linguaggio. Milano, Edizioni di Comunità, 1976, p.451-487
114. PASOLD, Cesar Luiz. Função Social do Estado Contemporâneo. Florianópolis, Edição do autor, 1984. 79 p.
115. PERELMAN, Chaim. Trattato dell'Argomentazione. La nuova retorica. Trad. de Carla Schick, Maria Mayer e Elena Barassi, Torino, Einaudi, 1966, 2 vols.
116. POPPER, Karl R. Realismo y el Objetivo de la Ciência. Trad. de Marta Sansigre Vidal, Madrid, Edit. Tecnos, 1985.
117. ----- . A Lógica da Pesquisa Científica. Trad. de Leonidas Hegenberg e Octanny S.Mota. SP, Edit.Cultrix, 1972, 567 p.
118. ----- . Conjecturas e Refutações. Trad.de Sérgio Bath. Brasília, Edit.UnB, 1972, 449 p.
119. PUCEIRO, Enrique Zuleta. Paradigma Dogmático y Ciencia del Derecho. Madrid,Espanha, Editoriales de derecho reunidas, 1981. 302 p.
120. ----- . Teoria del Derecho. una introducción crítica. Buenos Aires, Argentina, Ediciones Depalma, 1987. 164 p.
121. RADBRUCH, Gustav. Filosofia do Direito. 6ª ed. Trad. de L. Cabral de Moncada, Coimbra, Arménio Amado, 1979, 430 p.
122. REALE, Miguel. Filosofia do Direito. SP, Saraiva, 1990, 749 p.
123. ----- . Verdade e Conjetura. RJ, Nova Fronteira, 1983. 188 p.
124. ----- . Fundamentos do Direito. SP, Rev.Tribunais, 1972, 2ª edic., 30 p.
125. ROCHA, Leonel. A Problemática Jurídica: uma introdução transdisciplinar. POA, Sergio Fabris, 1985. 120 p.
126. RORTY, Richard. A Filosofia e o Espelho da Natureza. Trad. de Jorge Pires. Lisboa, Publicações Dom Quixote, 1988, 310 p.
127. ROSS, Alf. Sobre el Derecho y la Justicia. Trad. de Genaro Carrió, B.A., Eudeba, 1977.

128. ----- . Critica del Diritto e Analisi del Linguaggio. Trad. de Alberto Febbrajo e Ricardo Guastini, Bologna, Società editrice il Mulino, 1982.
129. SAVIGNY, Friedrich Karl Von. Metodología Jurídica. Trad. de JJ. Santa-Pinter. B.A. Depalma, 1979, 89 p.
130. SCARPELLI, Uberto et alli. Diritto e Analisi del Linguaggio. Milano, Itália, Edizioni di comunità, 1976. 487 p.
131. ----- . La filosofia. La filosofia dell'etica. La filosofia del diritto di indirizzo analitico in Italia. In Diritto e Analisi del Linguaggio. Milano, Itália, Edizioni di comunità, 1976, p.7-35.
132. SCHAPP, Jan. Problemas Fundamentais da Metodologia Jurídica. Trad. de Ernildo Stein. POA, Sergio A. Fabris, 1985, 135 p.
133. SMITH, Elisa A. Mendez de. Las Ideologías y el derecho. B.A. Editorial Astrea, 1982, 158 p.
134. SQUELLA, Augustin. Positivismo Jurídico y Democracia. Santiago do Chile, Academia Chilena de Ciencias Sociales, 1989. 83 p.
135. STEGMULLER, Wolfgang. A Filosofia Contemporânea. Uma introdução crítica. SP, EPU, Ed. da Univ. São Paulo, 1972, 2 vols.
136. VERNENGO, Roberto José. Curso de Teoria General del Derecho. B.A. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976, 464 p.
137. VILANOVA, Lourival. As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo. SP, Edit. Revista dos Tribunais, 1977.
138. VILLEY, Michel. Filosofia do direito. Trad. de Alcidema Franco Bueno Torres. SP, Editora Atlas, 1977, 174 p.
139. WARAT, Luis Alberto. A Pureza do Poder. Florianópolis, Edit. UFSC, 1983. 134 p.
140. ----- . Semiótica y Derecho. Buenos Aires, Edit. Eikon SA, 1972. 192 p.
141. ----- . Abuso del derecho y lagunas de la ley. B.A. Abeledo-Perrot, 1969, 102 p.
142. ----- . Mitos e Teorias na Interpretación da Lei. POA, Síntese, 1979, 159 p.

143. ----- . O Amor Tomado Pelo Amor. SP, Editôra Acadêmica, 1990.
144. ----- . Sobre la Dogmática Jurídica. In Revista Sequência 2. Florianópolis, UFSC, 1980, p.33-55
145. ----- . El Derecho y Su Lenguaje. B.A. Cooperadora de Derecho Y Ciencias Sociales, 1976, 191 p.
146. WARAT, Luis Alberto e RUSSO, Eduardo A. Interpretacion de la Ley. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987.
147. WARAT, Luis Alberto et alii. O Direito e sua Linguagem. POA, Sergio Antonio Fabris, 1984, 2ª versão, 103 p.
148. ZAMPETTI, Pier Luigi. Metafisica e Scienza del diritto nel Kelsen. Milano, Dott. A.Giuffré Editore, 1956, 180 p.