

Norberto Bobbio, um iconoclasta moderado: um pequeno mergulho no mundo historiográfico dos conceitos e ideologias jurídicas modernas

Norberto Bobbio, a moderate iconoclast: a small dive into the historiographic world of modern legal concepts and ideologies

Danilo José Viana da Silva

Universidade Católica de Pernambuco, Recife, PE, Brasil

Resumo

O objetivo deste artigo consiste em apresentar uma face de Bobbio pouco reconhecida entre os juristas, qual seja, a abordagem, ou uma contribuição para ela, proporcionada pelas incursões no universo da história dos conceitos e ideologias jurídicas modernas, denotando uma imagem mais iconoclasta do autor, mas ao mesmo tempo iremos esboçar uma imagem de um ardoroso defensor dos direitos. Empregaremos uma metodologia bibliográfica de análise e de discussão dos textos guiada pela demonstração das possíveis contribuições para o estudo do caráter histórico dos conceitos jurídicos modernos que o autor permite a partir do desenvolvimento de algumas obras. A importância desse debate pode ser apontada pela contribuição que Bobbio oferece para uma melhor compreensão sobre a produção histórica e contextual dos conceitos caros ao que se convencionou denominar de “positivismo jurídico”, sem ignorar como ele pode ser considerado um defensor dos direitos modernos sem perder de vista suas produções históricas.

Palavras-chave: contextualização histórica; conceitos jurídicos; iconoclasta; ideologias; positivismo jurídico.

Abstract

The objective of this article is to present a face of Bobbio that is little recognized among jurists, that is, the approach, or a rich contribution to it, provided by the incursions into the universe of the history of modern legal concepts and ideologies, denoting a more iconoclastic image of the author, but at the same time we will sketch an image of an ardent defender of rights. We will employ a bibliographic methodology of analysis and discussion of texts guided by the demonstration of possible contributions to the study of the historical character of modern legal concepts that the author allows from the development of some works. The importance of this debate can be highlighted by the contribution that Bobbio offers to a better understanding of the historical and contextual production of concepts dear to what is conventionally called "legal positivism", without ignoring how he can be considered a defender of modern rights without losing sight of his historical productions.

Keyword: historical contextualization; legal concepts; iconoclast; ideologies; legal positivism.

Informações do artigo

Submetido em 31/01/2024

Aprovado em 24/04/2024

Publicado em 15/09/2024.

 <https://doi.org/10.25247/P1982-999X.2024.v24n3.p4-33>



Esta obra está licenciada sob uma licença
Creative Commons CC BY 4.0

Como ser citado (modelo ABNT)

DA SILVA, Danilo José Viana. **Norberto Bobbio, um iconoclasta moderado:** um pequeno mergulho no mundo historiográfico dos conceitos e ideologias jurídicas modernas *Ágora Filosófica*, Recife, v. 24, n. 3, p. 4-33, set./dez. 2024.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste texto consiste em apresentar e ao mesmo tempo valorizar uma face de Norberto Bobbio pouco explorada nos estudos jurídicos, qual seja, a face inclinada a historicização dos conceitos e ideologias jurídicas caras à modernidade e ao que se convencionou chamar de “positivismo jurídico”, sem ignorar como essa face historiográfica não pode ser dissociada da face defensora dos direitos e que marcou a vida do intelectual italiano.

Defendemos que o modo como o autor pensa a teoria do direito, além de não ser dissociada de seu constante debate sobre a filosofia política moderna (e bastaria aqui mencionar os inúmeros exemplos onde ele recorre a ideias de filósofos como Hobbes e Locke para ilustrar o desenvolvimento de algum conceito da teoria do direito pós-Kelsen), também não se dissocia de um coerente debate sobre a formação e o contexto histórico de produção dos conceitos e das ideologias jurídicas modernas.

Defendemos que o que ele denomina de “positivismo jurídico” corresponde não apenas a uma produção teórica, mas a uma construção histórica, que evidencia resultados de lutas ou embates ao mesmo tempo políticos e jurídicos, e isso tanto no contexto francês, (que será explicado no primeiro momento) onde ele se esforça consideravelmente para evidenciar as interferências de Napoleão Bonaparte no processo de elaboração do primeiro Código Civil (que entrou em vigor em 1804) moderno na França que, aliás, foi batizado de “Código de Napoleão” (Bobbio, 1995, p. 63), e sobre como essas interferências também marcaram os interesses expansionistas do mencionado político, principalmente quando, por exemplo, o seu exército ocupou uma parte da Alemanha e pretendeu difundir o próprio Código elaborado na França e sob a participação do próprio Napoleão, quanto no contexto alemão do século XIX, fortemente marcado pela crítica historicista ao jusnaturalismo moderno e pelo impasse sobre a codificação do direito alemão representado pelo embate entre Thibaut e Savigny.

Segundo Bobbio, essa característica das guerras expansionistas, qual seja, a pretensão de universalização do código francês recém-criado e que trazia o nome do então imperador, contribuiu para o aguçamento da oposição alemã à implementação de um código civil nos moldes do de Napoleão ou “apropriado ao seu modelo” (Bobbio, 1995, p. 56). O que será trabalhado no segundo momento deste artigo. De modo semelhante, Bobbio também se esforça para explicar o carácter

histórico da formação das grandes primeiras teorias consideradas hoje como positivistas, tais como as de Bentham e Austin no contexto inglês do século XIX e como, a partir dessa contextualização, apresenta princípios que eles consideram fundamentais do “positivismo jurídico”. Este ponto será explicado no terceiro e último momento deste texto.

A face de Bobbio que iremos explorar neste artigo, em seus três momentos, consiste na imagem de um intelectual que não parte da concepção de que os conceitos caros à teoria do direito surgiram do céu, mas foram produzidos historicamente, e muitos deles fortemente ligados a interesses e a lutas políticas e ao mesmo tempo jurídicas. Defendemos o argumento de que, nos textos de Bobbio, podemos encontrar uma chave para adentrar no universo da historicização dos conceitos teóricos evidenciando como eles foram forjados no próprio interior de embates ao mesmo tempo intelectuais, como o famoso embate entre Savigny e Thibaut a propósito da codificação do direito alemão no século XIX, e políticos, marcados pelos interesses ora expansionistas de um Napoleão Bonaparte, ora conservadores de um Savigny ao mesmo tempo jurista consagrado e membro da nobreza prussiana.

Empregamos uma metodologia de análise bibliográfica onde os textos serão trabalhados em prol da valorização dessa face de um Bobbio historiador das ideologias e dos conceitos jurídicos modernos, valorizando como essa chave de leitura pode permitir, para os discentes dos cursos de graduação em direito, um maior aprofundamento sobre as origens sociais e históricas do que se convencionou denominar de “positivismo jurídico”. Deixamos claro que, para Bobbio, a compreensão dessa corrente de pensamento não pode ser dissociada de sua contextualização histórica, sobre como essa corrente mesma exige que se considere a confluência entre o contexto francês, com seu culto ao código e pelo seu positivismo legalista no século XIX; o contexto alemão da mesma época, onde elementos característicos do positivismo jurídico são identificados por Bobbio no fato de a escola histórica alemã ter desenvolvido a primeira grande crítica consistente ao jusnaturalismo, contribuindo então para o seu enfraquecimento enquanto perspectiva para se abordar o direito; e o contexto inglês, onde as primeiras teorias positivistas deram os seus passos mais direcionados a uma produção autointitulada científica, sendo esse o momento histórico do surgimento do que Chiassoni irá denominar de “alvorecer da utopia analítica” (Chiassoni, 2017, p. 21). Considerando o diálogo que Bobbio realiza com a

conjuntura histórica e política de ambos os países, assim como levando em conta as bases sociais e contextuais da própria produção de conceitos fundamentais da teoria do direito, tais como os de “coerência”, “completude”, “antinomia”, “lacuna”, entre outros.

2 UM BOBBIO HISTORIADOR? COM QUE BASES SUSTENTAMOS ESSA POSSIBILIDADE?

Escrever ou falar sobre a obra de Bobbio é considerar o produto de um intelectual incansável que sempre dialogou com diversas áreas do conhecimento. Aquilo que se convencionou denominar academicamente de interdisciplinaridade é a marca de sua obra. Em seus textos sobre teoria do direito era comum nos depararmos com menções a problemáticas advindas da filosofia política. Por exemplo, quando ele escreve sobre os tipos de fontes indiretas do direito para explicar a problemática positivista da unidade do ordenamento jurídico, ele menciona, depois de uma explicação mais calcada na tradição da teoria do direito pós-kelseniana, pontos que ele considera fundamentais na filosofia política contratualista de dois grandes nomes, Hobbes e Locke.

Para ilustrar as características dos dois tipos de fontes indiretas, quais sejam, as reconhecidas (que apontam o procedimento de limitação externa ao ordenamento jurídico que surge) e a delegadas (que evidenciam um expediente de autolimitação do poder soberano e do próprio ordenamento, uma vez que a sua produção não considera limites externos) ele escreve que

existem duas maneiras de conceber esse contrato social. Como primeira hipótese, que podemos chamar de hobbesiana, aqueles que estipulam o contrato renunciam completamente a todos os direitos do estado natural, e o poder civil nasce sem limites: qualquer limitação será uma autolimitação. Como segunda hipótese, que podemos chamar lockiana, o poder civil é fundado com o objetivo de assegurar melhor o gozo dos direitos naturais (como a vida, a propriedade, a liberdade) e, portanto, nasce originariamente limitado por um direito preexistente (Bobbio, 1999, p. 43).

Esse diálogo constante com as teorias contratualistas modernas ou com o jusnaturalismo moderno não é novidade para todas e todos que estudam o intelectual italiano. Entretanto, as incursões históricas que ele realiza quando desenvolve os seus textos sobre o positivismo jurídico, assim pensamos, é praticamente negligenciada

pelos juristas, quando muito alguns autores de sociologia do direito a levam em conta, mas essa consideração acaba sendo marcada pela falta de maiores aprofundamentos, sendo não raras vezes *en passat*.

Essa face pouco explorada pelos juristas pode se apresentar do seguinte modo: “Norberto Bobbio destaca, em seu trabalho intitulado *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, as origens do positivismo jurídico na Alemanha, na França e na Inglaterra” (Garcia; Barsalini, 2012, p. 70) e pronto! Claro que neste exemplo, trata-se de um texto dedicado a sociologia de Durkheim, mas as considerações sobre os méritos dos estudos históricos que o filósofo italiano desenvolveu são, a nosso ver, se comparados aos escritos onde ele realiza uma análise mais detida sobre os conceitos teóricos do direito, negligenciados, de modo geral, nos debates entre os juristas brasileiros.

Os efeitos negativos dessa negligência podem ser apontados tanto no que concerne a consideração incompleta do modo como ele concebia a teoria do direito, menorizando seu aspecto integral, quanto no fato de contribuir para um desinteresse, no próprio público discente, sobre os estudos relativos ao caráter histórico e social atrelados aos conceitos caros ao positivismo jurídico como corrente teórica.

Bobbio se interessou, e muito, pela história das ideias, sejam elas consideradas hoje políticas ou jurídicas. E levando em conta que o nosso autor corresponde a um tipo de “arroz de festa” dos primeiros períodos dos cursos de graduação em direito, devido a tônica didática e acessível de seus textos, quando a problemática relativa a consideração da formação histórica dos conceitos teóricos é deixada de lado, acabamos, como professores que adotam os seus textos em sala, contribuindo, conscientemente ou não, para a produção de uma imagem a-histórica sobre o pensamento jurídico moderno, e essa a-historicidade não faz parte, nem um pouco, do percurso que Bobbio construiu em seus escritos sobre teoria do direito, bem como em seus discursos sobre a importância dos direitos humanos.

Aliás, vale ressaltar que ele mesmo era consideravelmente próximo de historiadores respeitados, basta aqui mencionarmos Carlo Ginzburg, considerado um dos precursores da chamada “micro-história”, que, em seus agradecimentos constantes em uma de suas mais importantes obras, *Os andarilhos do bem*, menciona o nosso autor como um de seus mais importantes interlocutores: “Norberto Bobbio, Luigi Firpo, Aldo Garosci e Franco Venturi” (Ginzburg, 1988, p. 13) que acompanharam a elaboração de sua obra em 1962. É preciso considerar que

Ginzburg menciona Bobbio ao lado de reconhecidos historiadores italianos e, para ele, o nosso autor é também um historiador e alguém próximo.

Diante disso, quais seriam as bases argumentativas para se considerar Bobbio como um historiador dos conceitos e ideologias jurídicas? Primeiramente, considerando que suas obras são empregadas de modo significativo nos cursos de graduação em direito, assim como em concursos públicos e fases do exame para ingresso na ordem dos advogados do Brasil (OAB), acreditamos que a consideração dessa face de um Bobbio historiador dos conceitos e ideologias jurídicas permita um tratamento mais integral de sua obra, além de contribuir para uma apreensão menos ingênua da própria teoria do direito, pois a história permite uma maior compreensão sobre as relações de interesses, alguns diriam “relações de força”, presentes no momento da feitura paulatina de seus conceitos. Estes não surgiram do nada. E a história, neste caso, permite se conceber os limites e virtudes desses conceitos.

Em segundo ponto, essa consideração permite se ter em mente a posição que o intelectual italiano ocupava no universo de problemáticas reconhecidas como positivistas, estando muito mais ligado a um tipo de “positivismo moderado” quando se trata da teoria do direito, caso queiramos insistir em um rótulo. Enfim, Bobbio não é Kelsen, muito embora considere sua teoria como indispensável.

Em terceiro ponto, ele mesmo é reconhecido ao lado de importantes historiadores por um dos mais relevantes historiadores italianos, Carlo Ginzburg, e, se os juristas, de modo geral, negligenciam esta face de nosso autor, não podemos partir do pressuposto de que corresponde a uma vantagem reproduzir essa postura, pois se por um lado a história desfataliza, mostrando o caráter relativo dos conceitos jurídicos, ao mesmo tempo ela permite se conceber que os direitos não surgiram do nada e eles mesmos estão imersos na história, se eles podem ser concebidos como dotados de uma parcela de universalidade, esta nunca pode ser concebida como desprovida de uma fundamentação social. Segundo os passos dados pelos filósofo e historiador italiano sobre os direitos do Homem

a Declaração Universal contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos naturais (Bobbio, 1992, p. 30).

Ao invés de considerar ingenuamente a Declaração Universal de 1948 como um tipo de declaração de valores a-históricos fundada em uma concepção hiperabstrata do homem enquanto homem, Bobbio deixa claro o seu caráter histórico e social. A historicidade dos direitos designa a sua concretude, e o caráter universal da Declaração não pode ser desvinculado da ideia de que “os direitos do homem são direitos históricos, que emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem” (Bobbio, 1992, p. 32). Essa é vista por ele como caso exemplar de um confronto dialético entre uma perspectiva jusnaturalista, que se preocupava mais com a fundamentação universal e absoluta dos direitos como valores universais, e uma perspectiva historicista ou positivista, onde os direitos seriam apenas produtos históricos e nada mais. A Declaração representaria o resultado de uma relação dialética onde os excessos de ambas as perspectivas seriam sanados em prol da consideração de uma universalidade não mais puramente abstrata, mas histórica, pois provada pela aceitação dos Estados que concordaram com os valores nela sufragados.

Bobbio defende que a Declaração “pode ser acolhida como a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre determinado sistema de valores” (Bobbio, 1992, p. 27). O consenso geral, empiricamente tão difícil de se encontrar para os jusnaturalistas e contratualistas modernos e também para Vico, passa a ser expresso com a Declaração que “foi aprovada por 48 Estados, em 10 de dezembro de 1948, na Assembleia Geral das Nações Unidas” (Bobbio, *Ibid.*). Ela “representa um fato histórico, na medida em que, pela primeira vez, um sistema de princípios fundamentais da conduta humana foi livre e expressamente aceito, através de seus respectivos governos, pela maioria dos homens que vive na Terra” (Bobbio, 1992, p. 28). E assim, compreendemos como ela nos indica, segundo o nosso autor, uma universalidade histórica. Nem universalidade puramente abstrata, nem relativismo histórico gratuito.

Essa justificativa da importância de se considerar as preocupações de nosso autor no que toca a historicidade dos direitos e dos conceitos jurídicos convoca-nos a uma reflexão importante, qual seja, a de que a história, para ele, é tudo menos desprestigiadora do que as sociedades históricas construíram no decorrer das lutas que as marcaram secularmente. Tanto a teoria do direito, que toma o direito não como norma isolada, mas como ordenamento, quanto a defesa dos direitos humanos,

correspondem a produtos históricos, porém essa consideração contextual não equivale aqui a um julgamento negativo sobre essas elaborações. Bobbio é, para nós, um iconoclasta moderado.

Ao mesmo tempo, e eis o quarto ponto ou base para considerarmos, nos estudos do direito, a face historiográfica de nosso autor, a valorização histórica e social dos direitos, sem ignorar sua universalidade, permite-nos ter em mente o fato de que nada está plenamente garantido, não estamos no universo de um autor que concebe os direitos como se eles pudessem ser considerados conquistas estáticas inabaláveis e excludentes, vistas a partir de fases evolutivas, como se a existência de uma fase de aparecimento de determinados direitos implicasse a sua conquista estática, jamais possível de ser abalada por estratégias políticas e discursos intransigentes. Não são poucas as vezes em que ele mesmo deixa claro que, no próprio contexto do século XX pós-segunda guerra, mesmo após a Declaração, “o caminho a percorrer é ainda longo” (Bobbio, 1992, p. 46).

Esse tipo de argumento nos leva a considerar aqui a possibilidade de pensarmos o nosso autor como um caso exemplar de um iconoclasta moderado. Trata-se de algo nada novo sustentar este argumento, tendo em vista a posição que ele comumente tende a ocupar. A opção por posições não extremadas parece ser uma tônica constante em seus escritos, principalmente naqueles em que pensamento político e direito se interconectam.

Com isso, o contexto não impossibilita analisar o seu pensamento a partir de diálogos com alguns intelectuais importantes do século XX. Um deles poderia muito bem ser Albert Hirschman. Este também corresponde a um pensador de várias faces, e a que nos permite alguma aproximação com Bobbio, segundo o modo como pensamos os dois, considera a face de filósofo político ou “pensador social” que Hirschman empregou em alguns de seus conhecidos livros como, por exemplo, a *retórica da intransigência*, onde ele, entre outros pontos, argumenta que os direitos e conquistas conseguidos por meio de lutas, como o sufrágio universal, sempre foram e ainda são alvos de discursos reacionários, sendo este termo considerado “sem injetar constantemente um juízo de valor” (Hirschman, 1992, p. 17). Considerando como a “reação” ou a “contra-vestida” características presentes em alguns dos principais momentos de conquistas de direitos na modernidade ocidental.

Neste sentido, pensar o progresso exige um certo tipo de ceticismo contra uma ingenuidade que parece estar presente no modo como os direitos são tratados

em algumas correntes do direito constitucional, qual seja, a que implica se considerar os direitos fundamentais, por exemplo, como resultados de conquistas inabaláveis pelas contra-vestidas ideológicas marcadas, segundo Hirschman, por três tônicas, a da “perversidade”, onde, sinteticamente, “qualquer ação proporcional para melhorar um aspecto da ordem econômica, social ou política só serve para exacerbar a situação que se deseja remediar” (Hirschman, 1992, p. 15) pela “futilidade” que “sustenta que as tentativas de transformação social serão infrutíferas,” (Hirschman, *Ibid.*) e, por fim, a da “ameaça” “argumenta que o custo da reforma ou mudança proposta é alto demais, pois coloca em perigo outra preciosa realização anterior” (Hirschman, 1992, p. 15-16). A consciência de que, muito embora tenhamos “chegado” a um patamar importante no que tange a conquistas de direitos no século XX não é completamente alheia as dificuldades, como as apontadas por Hirschman, a que a concretização desses direitos está sujeita. Um diálogo entre Bobbio e Hirschman não seria no todo desinteressante para perscrutamos posicionamentos intelectualmente fecundos sobre como pensar os direitos na atualidade. E o estudo da história do pensamento político, bem como de seus discursos, corresponde a um importante integrante de uma empresa investigativa de sucesso.

Uma vez explicitado nossos argumentos em favor dos ganhos e virtudes de se considerar a face de historiador que o intelectual italiano nunca negligenciou em seus escritos sobre os direitos, agora iremos elaborar argumentos em prol da consideração sobre como essa face permite-nos considerar, mais de perto, algumas observações que ele mesmo deixava claro em seus escritos mais analíticos e menos históricos à primeira vista, como as que ele argumenta o seguinte, quando da explicação de uma das fontes indiretas do ordenamento, “um ordenamento não nasce num deserto [...]” (Bobbio, 1999, p. 41), mas em sociedades históricas e o que os juristas ou doutrinadores tradicionais costumam chamar de “legislador” “é um personagem imaginário que esconde uma realidade mais complexa” (Bobbio, 1999, p. 37). E defendemos aqui a ideia de que a história da formação dos conceitos e ideologias jurídicas modernas corresponde a uma parte integrante que não pode ser dispensada quando do estudo dos escritos sobre a teoria do direito que o nosso autor desenvolveu, e essa postura pode ajudar a uma melhor e mais interessante compreensão sobre, por exemplo, as diversas complexidades subjacentes ao imaginário jurídico moderno.

3 BOBBIO E A HISTÓRIA DO POSITIVISMO JURÍDICO: UMA CARACTERÍSTICA INDISPENSÁVEL

A consideração da vasta obra de Bobbio sobre o direito não é, como já dissemos, desprovida de uma preocupação histórica, principalmente demonstrada a partir do esforço do intelectual italiano para deixar claro que os conceitos jurídicos, bem como algumas ideologias que, com o tempo, passaram a ser tomadas como características importantes do direito segundo o positivismo jurídico, correspondem a produções sócio-históricas. Ainda que esse esforço seja considerado, por ele mesmo, como um “breve panorama histórico” (Bobbio, 1995, p. 25), defendemos aqui que uma leitura da obra do autor sem o cuidado de considerar a própria historicidade se aproxima de um estudo incompleto da obra do autor e de suas preocupações sobre os problemas da própria teoria do direito.

Se o autor considera que “o positivismo jurídico é uma concepção do direito que nasce quando ‘direito positivo’ e ‘direito natural’ não mais são considerados direito no mesmo sentido” (Bobbio, 1995, p. 26) e que por “obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria do direito” (Bobbio, *Ibid.*), ele não chega a essas conclusões sem investigar os seus percursos históricos.

Não foi do nada que o direito natural deixou de ser considerado o direito por excelência, do mesmo modo não foi por acaso e do nada que algumas noções-chaves do positivismo jurídico se formaram: a conhecida e tão repetida noção de “legislador”, o conceito de “completude do direito” que, aliás, não é completamente desprovido de um ressaibo ideológico, assim como o ideal e, ao mesmo tempo, noção de “coerência” correspondem a *constructos* que são marcados por determinados contextos a um só tempo políticos, jurídicos, e socioculturais.

Neste caso, iremos seguir um pouco os passos do autor sugerindo leituras e abordagens para se considerar a formação conceitual do positivismo como marcada por dinâmicas históricas que permitem uma compreensão menos enfadonha sobre a própria teoria do direito, para argumentarmos que uma teoria do direito e uma teoria do ordenamento são incompletas caso venhamos a negligenciar a própria historicidade dessas abordagens.

3.1 Sobre a formação do positivismo jurídico na França do século XIX: seguindo os passos de Bobbio

O nosso autor deixa claro que na França do século XIX não houve a produção de uma teoria propriamente positivista do direito, mas houve um tipo de corrente ideológica, que jamais deve ser considerada como algo espontâneo, que contribuiu consideravelmente para a concepção de que o direito por excelência seria o direito positivo tomado como codificado, levando em conta este como o direito produzido pelo Estado. E essa corrente ideológica é denominada de “escola de exegese”, sendo concebida como um tipo de doutrina reverencial ao “Código de Napoleão” que entrou em vigor em França em 1804. Tanto essa doutrina quanto o Código correspondem a realidades indissociáveis. O intelectual italiano deixa claro que a escola de exegese é marcada por cinco causas e características, ambas voltadas à consideração do lastro histórico que as envolve. Essa escola correspondeu a um tipo de doutrina interpretativa do direito, cujo principal objetivo era reduzir a atividade interpretativa a uma prática marcada pela passividade diante do texto de lei. Segundo essa escola, o juiz seria a boca da lei. Mas o nosso autor não fica apenas por aí.

Segundo Bobbio, as interferências das intenções políticas de Napoleão Bonaparte foram muito importantes para o desenvolvimento da ideologia da escola de exegese. E essas interferências podem ser constatadas no modo como o imperador acabou participando ativamente do próprio processo de produção do Código que foi batizado com o seu nome. O nosso autor se esforça para desenvolver uma narrativa histórica, a partir de uma laboriosa investigação onde autores clássicos são considerados, em que os principais projetos são abordados, de Cambacérès a Portalis, e todas as comissões de juristas que redigiram ou contribuíram para redigir direta ou indiretamente o Código, Bobbio deixa claro que as recusas e aceitações totais ou parciais dos vários projetos do Código foram marcadas pelas interferências direta ou indiretamente de Napoleão, que contribuíram sobremaneira para a proibição do ensino de concepções consideradas jusnaturalistas nos cursos jurídicos, bem como de possíveis influências jusnaturalistas na textualidade do projeto de lei. As interferências do então imperador foram marcadas pela consideração de que essas concepções, justamente por não tratarem do Código batizado com seu nome, deveriam ser vistas como “todas inúteis, ou perigosas” (Bobbio, 1995, p. 81). Sendo assim, no contexto francês a rejeição do direito natural em favor do direito positivo,

exemplificado a partir do Código, não correspondeu tanto a consequência de um efeito apenas e tão somente teórico, pois foi fortemente marcada pelas pressões do governo napoleônico que, como lembra Bobbio, “era nitidamente autoritário” (Bobbio, *Ibid.*).

A consideração das pressões exercidas pelo político nesse processo indica que o intelectual italiano não parte da ideia de que a escola de exegese correspondeu a uma mera doutrina onde juristas incautos sustentavam concepções consideradas hoje como ultrapassadas sobre como o direito positivo e a linguagem é ou deveriam ser interpretados e concebidos. Sustentar esse argumento corresponde não só a um vício de anacronismo histórico, mas também implica uma abordagem ingênua por negligenciar a relação entre direito e política tanto na obra do nosso autor, quanto no modo como aquilo que hoje consideramos uma abordagem positivista se forjou na modernidade marcada pela ideia de um Estado caracterizado pela pretensão de monopólio da produção do direito.

Isso nos leva a pensar que as interferências do político na feitura dessa doutrina diante da lei não foi das menores, tendo em vista que o Código (e essa pode ser uma interpretação que poderemos chegar com Bobbio) constituía parte importante das estratégias de poder e de dominação tomadas pelo próprio Napoleão, tanto em sua face mais expansionista, quando ele pretendeu “levar” o seu Código para regiões por ele conquistadas, como no caso da Alemanha, quanto no que diz respeito a continuidade do exercício de sua dominação, pois na medida em que o Código passa a ser autossuficiente em termos jurídicos, o direito natural e seu caráter revolucionário, visto como perigoso por ele, passa a ser de ensino proibido nas escolas de direito que assumiram posições importantes para Napoleão. Bobbio lembra que, neste período,

as velhas Faculdades de Direito da Universidade haviam sido substituídas pelas *Escolas centrais* por obra da República, transformadas posteriormente sob o Império em *Escolas de Direito* e colocadas sob controle direto das autoridades políticas (Bobbio, 1995. p. 81).

Se o jusnaturalismo corresponde a uma doutrina perigosa para o imperador francês, o Código exerceria uma função relevante, pois ele iria contribuir para que essa doutrina com ares revolucionários fosse combatida com o argumento de que uma vez que o Código fora produzido, não haveria mais razões para se pensar ou se falar em direitos que poderiam existir fora dessa lei napoleônica.

Não é por acaso, por exemplo, que qualquer tipo de integração da legislação com normas heterônomas a ela era proibido. No próprio processo de elaboração do mencionado Código que, aliás, foi marcado por fases diferentes, a própria possibilidade de hetero-integração que, nas palavras do nosso autor, consiste em um expediente onde, diante da insuficiência da lei, o juiz deveria buscar a regra para supri-la no exterior do sistema, “deduzindo-a de um juízo pessoal de equidade (o que significa: recorrendo a um sistema normativo – o moral ou aquele do direito natural – distinto do sistema do direito positivo)”(Bobbio, 1995, p. 74), foi proibida pela não aceitação do art. 9º do projeto elaborado por Portalis e a comissão de juristas ligada a ele e subordinada ao imperador francês. Enquanto o artigo 4º do projeto deixava claro que se o juiz não decidisse com as normas do código, ele poderia ser condenado por “denegação de justiça”, o art. 9º antevia a possibilidade do uso de normas heterônomas ao sistema do direito positivo caso este se mostrasse insuficiente. Entretanto, uma vez que este artigo fora recusado, os juízes se viram na condição de impedimento de uso de qualquer tipo de normas que extrapolassem as delimitações do Código, evitando, então, a possibilidade do uso e da consideração de princípios de equidade que poderiam trazer, aos olhos do império napoleônico, alguns ressaibos do direito natural.

Sendo assim, o apego a lei, considerado hoje como exagerado, que marcou a atualmente denominada “escola de exegese”, não deve ser entendido sem essa contextualização histórica que nos faz levar em linha de conta os interesses políticos de um imperador cuja intransigência marcou a própria história tanto da elaboração do famoso Código, quanto das próprias condições históricas de emergência de um corpo de profissionais marcados por aquilo que o nosso autor chama de “*fetichismo da lei*”, um tipo de apego hoje considerado exacerbado à literalidade da legislação.

Bobbio argumenta que aquilo que podemos chamar de cultura jurídica moderna bebeu consideravelmente desse contexto, principalmente para se considerar como o direito positivo, reduzido a direito produzido pelo Estado, suplantou, passo a passo, e com interferências políticas dignas de nota, a ideia do direito natural como um tipo de bússola-guia para o direito positivo. Observamos que o próprio código teve uma utilidade importante para o império napoleônico, qual seja, o de construir a sua imagem como racional e a de contribuir para fincar o nome de Napoleão no próprio projeto de constituição da cultura do direito codificado na modernidade ocidental.

Considerando que a codificação moderna foi pensada como sinônimo de racionalização da vida e das relações sociais, a associação de Napoleão a essa legislação contribuiu sobremaneira para se pintar a sua imagem como a de um tipo de corporificação da razão. Ele, o Código, permitiu um tipo de justificação racional da dominação napoleônica. Uma sociedade marcada pela presença de um direito codificado estaria de acordo com o projeto de racionalização da vida. Sendo o projeto da razão, e estando essa razão expressa na ideologia do “legislador onipotente”, o código, que traria o nome de Napoleão, foi recebido, ou deveria ser concebido de toda maneira, com entusiasmo pela cultura jurídica francesa no século XIX.

Esse contexto seria marcado por algumas causas que Bobbio aponta como importantes para a formação de uma cultura jurídica que contribuiu significativamente para a formação do que hoje poderíamos chamar de positivismo jurídico, muito embora uma teoria propriamente positivista não tenha sido formulada neste momento, quais sejam, (1) o “próprio fato da legislação” (Bobbio, 1995, p. 78), em que o código apareceria como um tipo de fonte jurídica marcada por um maior nível de “simplicidade”, tendo em vista que outros tipos de fontes, consideradas ao olhos dos defensores da legislação neste período como de uso mais complexo e até mais confuso, menos racionais, eram vistas como dispendiosas e de difícil manuseio, como no caso da jurisprudência ou doutrina jurídicas. Aqui a utopia do direito positivo como um sistema organizado de normas pode encontrar uma contextualização mais interessante, a nosso ver.

(2) A “*mentalidade dos juristas* dominada pelo princípio de autoridade.” (BOBBIO, *Ibid*), neste sentido o significado desse princípio consiste justamente no fato de que os operadores do direito raciocinam sempre a partir do apego à ideologia da vontade do legislador enquanto uma expressão da razão moderna, trata-se de um personagem cuja vontade estaria “expressa de modo seguro e completo” no Código. Desse legislador a cultura jurídica ocidental não se livrou completamente, ele está presente e é parte constitutiva do modo de pensamento dos doutrinadores do direito como um tipo de Deus secularizado; (3) a “*doutrina da separação dos poderes*, que constitui o fundamento ideológico da estrutura do Estado moderno” (Bobbio, 1995, p. 79), segundo essa doutrina o juiz estaria limitado a sua função de ser, segundo os argumentos montesquianos, “a boca através da qual fala a lei” (Bobbio, *Ibid.*), e os juízes estariam estritamente proibidos de exercer qualquer tipo de atividade criativa no cumprimento de suas funções delimitadas. Ele estava subordinado fortemente à

autointegração, onde todo tipo de suposta insuficiência, se é que esta podia ser concebida ou declarada, deveria ser solucionada com as regras do próprio sistema do direito positivo que, em nosso caso, seria o próprio Código. Com isso, a história desses dois conceitos, atuo e hetero-integração, que aludem a problemática das chamadas fontes integradoras, não deve deixar de lado questões políticas que estão a elas subjacentes, como as próprias pressões exercidas pelo imperador francês. Com isso Bobbio sugere a consideração da própria gênese histórica dos conceitos caros ao que hoje consideramos como problemáticas meramente teóricas ou até mesmo técnicas, há uma história dos conceitos constitutivos e basilares da cultura jurídica ocidental que o mestre italiano considerou consistentemente; poderíamos aqui lembrar do (4) “*princípio da certeza do direito*” (Bobbio, *Ibid.*) hoje denominada de “segurança jurídica”, onde a chegada de uma legislação permitiria a produção de um considerável nível de segurança ou proteção as expectativas relacionais intersubjetivas. Ela, a legislação, permitiria aos sujeitos antever e conceber de um modo mais seguro as consequências de suas ações, trata-se de uma marca da utopia racionalista jurídica que indica que as relações sociais consideradas de maior importância estariam satisfatoriamente normatizadas pelas regras do Código: racionalização da vida associada ao maior nível de segurança em relação as expectativas e o ápice dessa utopia poderia ser associada ao sonho de uma legislação que conseguisse totalizar as relações sociais; e, por fim, as já explicadas “*pressões exercidas pelo regime napoleônico*” (Bobbio, 1995, p. 81) que contribuiu sobremaneira para a própria subordinação da cultura jurídica, seja esta prática ou acadêmica, aos seus ditames marcados por uma significativa intransigência em relação ao uso de qualquer tipo de fonte que fugisse ao Código.

Isso contribuiu para algumas características que marcaram essa tradição, quais sejam, a (1) inversão da relação que tradicionalmente existia entre direito natural e o positivo, onde, a partir de agora, o segundo seria considerado direito enquanto o primeiro não mais. (2) A redução do direito a lei escrita e (3) produzida pelo Estado, no caso da primeira redução, nos deparamos com um traço importante da cultura jurídica ocidental: o seu nada desprezível nível de culto a legislação, característica que comumente permite a associação ou comparações dessa cultura a uma tônica religiosa, onde o direito, pelo fato de seus profissionais serem apegados a literalidade da legislação e a utilizarem como principal fonte, passa a ser visto como um tipo de cultura marcada por conceitos teológicos secularizados, como um tipo de religiosidade

secularizada pela racionalidade moderna. E a redução do direito positivo a um produto de Estado passa a ser um dos princípios do positivismo jurídico que, muito embora não seja totalizador, marca boa parte das elaborações teóricas de seus representantes. E a redução do direito positivo a codificação corresponde a uma concepção da qual, segundo Bobbio, “os jovens que iniciam os estudos jurídicos devem procurar se livrar” (Bobbio, 1995, p. 63). (4) A interpretação baseada na intenção ou vontade do legislador consiste em outro ponto importante, juntamente com (5) o princípio da autoridade, ambos seriam marcados pela presença de um legislador racional cuja vontade deveria ser decifrada, e esse personagem deveria ser considerado seja nos casos em que a lei fosse considerada obscura ou em casos de omissão do legislador, daí se distinguir entre “vontade real” empregada nos primeiro caso (obscuridade), onde o intérprete iria se preocupar em entender o que o legislador realmente quis dizer, e a “vontade presumida da legislador” (Bobbio, 1995, p. 87) iria ser procurada diante das chamadas lacunas da lei ou omissão, aqui o operador do direito iria empenhar esforços em conceber ou presumir o que legislador, diante da racionalidade que marca o sistema da lei feita por ele, diria diante de um caso onde a lei se mostrou omissa. O princípio de autoridade nos mostra os próprios efeitos de poder implicados no uso da legislação. Fundamentar um argumento com o uso da legislação equivale a revesti-lo de uma autoridade nada desprezível, visto que não reproduz uma opinião pessoal, mas eivada de racionalidade que, em seu fundamento, seria incontestável. Seria a própria aceitação tácita de todo o corpo de profissionais jurídicos da ideia de que a lei não deve ser negada enquanto suporte de autoridade.

Assim, a leitura de Bobbio neste aspecto sugere que os próprios conceitos jurídicos além de serem produtos históricos, seriam marcados por uma verve ideológica, não completamente separada das interferências políticas nada desprezíveis. O nosso autor, assim defendemos, produz subsídios importantes para uma leitura da formação da tradição teórica como a de uma história de uma utopia racionalista.

3.2 Sobre o positivismo jurídico na Alemanha: a “despotencialização” político-teórica do direito natural

Neste segundo momento iremos tentar empregar essa chave historicista moderada para uma leitura da formação do “positivismo jurídico”. Aqui também iremos

“vender nosso peixe”, ou seja, iremos nos esforçar para denotar como essa abordagem mais histórica sobre a teoria do direito pode esclarecer como os seus conceitos foram forjados paralelamente a demandas a um só tempo jurídicas, políticas e ideológicas. Bobbio, a partir deste enfoque, será apresentado como um autor que instiga se pensar a formação dos conceitos teóricos caros à modernidade a partir de uma perspectiva dinâmica, nunca estática. Aqui, mostraremos como essa abordagem pode ser considerada diferente, mas ao mesmo tempo pode integrar algumas análises que negligenciam a dinâmica da historicidade da formação conceitual teórico-jurídica ou, ao menos, a consideram superficialmente, tal como o caso de Karl Larenz. (Larenz, 1997).

O modo como Bobbio desenvolve sobre o legado da escola histórica alemã para a produção sócio-histórica do positivismo jurídico não pode ser adequadamente compreendida sem a consideração de sua contextualização francesa. Do mesmo modo, seria uma dificuldade compreender melhor esse desenvolvimento sem se considerar como tanto a Alemanha quanto a França foram representantes de palcos de produções intelectuais marcadas por um considerável antagonismo já celebrenemente explorado por intelectuais como Norbert Elias,¹ por exemplo.

Se, de um lado, temos um contexto como o francês do século XIX, marcado pela defesa de uma razão universal que determina a configuração dos direitos entoados na Declaração de direitos pós-Revolução, onde o projeto de civilização veio encontrar uma determinante ideológica fundamental, de outro, como no caso da Alemanha, temos um contexto em que a defesa de direitos baseada em uma arquitetônica universal passa a ser tanto criticada como, em grande parte, fortemente combatida em prol do culto às raízes e tradições históricas do “povo” alemão, com isso, o próprio conceito germânico de “*kultur*” (Elias, 1997, p. 122) passa a ser pensado como um termo opositor, enquanto processo de construção social, ao termo francês “civilização” (Elias, 2011, p. 26).

Esse contexto de oposição é explicado por Bobbio a partir dos embates entre dois modos de se pensar a própria produção jurídica, bem como sobre qual seria o melhor “caminho” para a unificação da Alemanha no início do século XIX. Se, como argumenta o intelectual italiano, a Alemanha neste momento era marcada por uma codificação, a prussiana de 1797, que “conservava ainda a distinção da população em três castas ou “estados”: nobreza, burguesia e campesinato” (Bobbio, 1995, p. 56), diante do contexto expansionista que marca a história e a hagiografia napoleônicas,

as tentativas de se codificar o direito alemão advindas do império francês, logo após ter este conquistado parte do território alemão, se mostraram como consideráveis fermentos para o aguçamento da oposição entre um imaginário universalista, que postula a codificação como materialização da razão, e o imaginário baseado no espírito do povo alemão, que consistiria, em grande parte, em uma reação ou oposição as tentativas de se postular os direitos a partir de uma base abstrata e generalista, tendo em vista que estas negligenciavam a história de um povo e suas “raízes” próprias, ou seja, suas tradições culturais consideradas autênticas.

Neste sentido, as tentativas para se codificar o direito alemão segundo o *mood* francês estavam baseadas tanto nas pretensões de expansão do império napoleônico, como também foram encabeçadas com o argumento de que um código produzido segundo os ditames de um legislador racional e universal seria mais apropriado para que a Alemanha pudesse, finalmente, conseguir a sua unificação política e jurídica, tendo em vista que a codificação a lá francesa, ou ela própria, por ser considerada a expressão da razão, contribuiria para a própria racionalização da realidade social alemã da época, permitindo a sua unificação e simplificação, em detrimento dos vários regulamentos em vigor que marcavam traços de uma sociedade com traços fortemente feudais. E como argumenta Bobbio a respeito: havia a defesa de um argumento francês de que esse sistema de codificação jurídica contribuiria sobremaneira para “eliminar as grandes dificuldades que a pluralidade e o fracionamento do direito causavam na prática jurídica” (Bobbio, 1995, p. 56).

Compreender esse contexto é fundamental, e os escritos de nosso autor a respeito são dignos de uma respeitável consideração, tendo em vista que eles permitem se entender as próprias determinações históricas das modificações de pontos de vista sobre a própria teoria do direito. Um autor como, por exemplo, Karl Larenz, que em sua principal obra, *A metodologia da ciência do direito*, (Larenz, 1997) está mais preocupado em explicar ou decompor analiticamente os métodos que subjazem as abordagens consideradas científicas e/ou teóricas sobre o direito, não se preocupa em explicar as determinações sócio-históricas que impulsionaram modificações radicais neste contexto alemão da aurora do século XIX. Savigny, jurista alemão importante nesta época e que contribuiu para a estratégia ao mesmo tempo jurídica e política de oposição ao projeto de codificação do direito alemão segundo o *mood* francês, é explicado por Larenz sem a consideração histórica das próprias modificações teóricas e conceituais que marcam a obra de Savigny. Larenz deixa

claro, por exemplo, que o jurista alemão do século XIX fora marcado, no início de sua produção, por uma posição legalista que considerava a importância da história, e que nessa fase a sua produção teórica era marcada por maiores preocupações conceituais que colocavam a lei como principal fonte do direito, entretanto por volta de 1814 Larenz argumenta o seguinte sobre a concepção legalista inicial de Savigny,

esta concepção sofre uma profunda alteração no momento em que Savigny passou a considerar como fonte originária do Direito não já a lei, mas a comum convicção jurídica do povo, o 'espírito do povo' – o que aconteceu, pela primeira vez, no seu escrito *Vorn Beruf unserer Zeit* (Larenz, 1997, p. 13).

A partir desta obra, cujo título traduzido para o português seria “Da vocação do nosso tempo para a legislação e jurisprudência”, Savigny passou a considerar o fundamento do direito como parte constitutiva do *volksgeist* (“espírito do povo”), que seria anterior a lei escrita, e os “institutos jurídicos” não seriam mais passíveis de conceitualização, eles resistiriam a qualquer tentativa de classificação ou apreensão conceitual e/ou normativa. O instituto jurídico, seria, para o Savigny mais amadurecido, “um todo, pleno de sentido e que se transforma no tempo, de relações humanas consideradas como típicas, nunca logrando, por isso, ser exposto inteiramente pelo somatório das normas que lhe dizem respeito” (Larenz, *Ibid.*). Para o Savigny dessa fase, a verdadeira fonte do direito só pode ser compreendida via “*intuição do instituto jurídico*” (Larenz, 1997, p. 14).

Mas, o que faz com que esse jurista mude suas concepções de modo “profundo”? O próprio Larenz não nos dá uma resposta. Todavia, argumentamos que com Bobbio podemos encontrá-la. E é justamente um retrato do cadinho ideológico jurídico alemão da aurora do século XIX que o intelectual italiano se esforça por explicar. Primeiramente, seria preciso considerar o fato de que uma legislação com ares modernos para a Alemanha da época poderia não ser tão desejável para os ocupantes das posições nobiliárquicas, e o próprio Savigny era ocupante de um posto de nobreza nada desprezível. Principalmente pelo fato de que a aceitação desse *mood* racionalista a francesa designava o endosso de um imaginário onde as posições nobiliárquicas deveriam ser superadas em prol de uma ideologia generalizada do mérito e da igualdade de acesso, ao menos teoricamente, às posições. Bobbio deixa claro que os propósitos de implementação de uma codificação moderna “suscitaram a oposição dos meios conservadores que, em nome da defesa das características

nacionais da civilização alemã, defendiam na realidade privilégios que uma legislação do tipo francês teria ameaçado” (Bobbio, 1995, p. 56).

Uma das mais conhecidas respostas contrárias às oposições a implementação de um código a francesa na Alemanha foi redigida por um renomado jurista da época, Antonio Frederico Thibaut, partidário de uma concepção sobre o direito muito próxima do que Larenz considera como do Savigny de juventude, ele defendia como aceitável a implementação desse tipo de legislação, mas não endossava a sua fundamentação universalista ou generalista desprovida de lastro histórico. Thibaut era partidário da concepção de que um direito codificado e unificado para a Alemanha iria contribuir de maneira mais decisiva para a implementação de um direito positivo. Ele escreveu um ensaio intitulado *Sobre a necessidade de um direito civil geral para a Alemanha* onde ele argumenta em prol da

necessidade de uma legislação geral, isto é, de uma codificação propriamente dita, e enuncia as vantagens desta seja para os juízes, seja para os estudiosos do direito, seja para os simples cidadãos; a codificação, por outro lado, traria também algumas vantagens políticas, visto que daria um impulso decisivo à unificação da Alemanha (Bobbio, 1995, p. 59).

É preciso considerar que esse texto contribuiu para uma resposta contrária do próprio Savigny, então respeitável e nobre jurista. É preciso considerar que a defesa da codificação do direito alemão por parte de Thibaut não significa que ele era um defensor de um universalismo que partiria do princípio da possibilidade de uma codificação universal, onde supostamente ela seria a materialização da razão. Muito pelo contrário, ele era defensor de uma codificação autenticamente alemã que permitiria, segundo a sua concepção, o fortalecimento da própria nação, bem como sua unificação política. E, para isso, ele tece críticas ao direito vigente marcado por ser multifacetado, defendendo a sua inadequação aos tempos atuais.

Entretanto, Savigny escreve, no mesmo ano em que Thibaut publica o seu ensaio, em 1814, um de seus mais conhecidos trabalhos em oposição à defesa da codificação do direito alemão. Trata-se de *Da vocação do nosso tempo para legislação e jurisprudência*. Essa obra é lida como uma resposta ao próprio Thibaut. Aqui Savigny defende que o direito codificado seria próprio de “sociedades em decadência” (Bobbio, 1995, p. 62) e argumenta que a verdadeira fonte do direito não seria a legislação escrita, muito menos uma suposta razão universal sem história, mas o “espírito do

povo”, o famoso *volksgeist*. Este não seria marcado por codificação ou passível de ser compreendido pelo pensamento formal ou pelas normas escritas *a priori*, pois os “institutos jurídicos”, a face jurídica do *volksgeist*, que o compõe só poderiam ser acessados via intuição, um tipo de possibilidade de conhecimento que não reproduziria um tipo de razão progressista, marcada por uma imagem de tempo vetorial, pois essa determinação do direito pelo *volksgeist* coloca como imperativa a consideração das tradições e da história do povo alemão que seria viva e não passível de apreensão conceitual.

Compreendemos que essa perspectiva não era exclusiva de Savigny, ela, aliás, marca tanto o movimento de reação próprio do romantismo alemão, quanto a reação da famosa escola histórica que poderia até mesmo ser pensada como uma variação do romantismo alemão ou sua face jurídica. Trata-se de um movimento de reação ao projeto de civilização a lá francesa baseado em uma razão universal onde os direitos seriam fundamentados nesse tipo de razão, e é esse fundamento metafísico que a escola histórica do direito irá combater, defendendo a história e a tradição do povo em oposição a concepção generalizante e universalista defendida pelo pensamento francês envelopado pela Declaração de Direitos pós-revolução. Com isso, trata-se de um movimento que irá combater teoricamente o jusnaturalismo moderno, tendo em vista a sua concepção generalizante dos direitos.

Esta escola de pensamento, neste momento, pode ser vista como representativa de uma concepção reacionária ou conservadora, e o próprio Savigny, em grande parte, pode ser compreendido dessa maneira, tendo em vista o fato de o jurista ocupar uma posição nobiliárquica que poderia estar ameaçada com a chegada de uma codificação fundamentada em valores modernos que postulavam uma realidade onde essas distinções nobiliárquicas deveriam ser superadas. Todavia, e retirando esse ranço reacionário, a concepção historicista lançou possibilidades outras para se pensar os fundamentos dos direitos considerando a sua produção histórica, além de ter contribuído para que a historicização dos direitos não fosse tomada como demeritória, pois os direitos seriam produções legadas por toda uma história social e pela própria cultura. Muito embora a concepção de *volksgeist* seja criticada por seu viés nitidamente ideológico, tendo em vista o contexto político em que ela foi forjada.²

Segundo Bobbio, a escola histórica contribuiu para a formação do positivismo no seguinte aspecto: a despotencialização do direito natural. Os componentes que caracterizam o historicismo jurídico alemão do início do século XIX, quais sejam, (1)

A “*Individualidade e variedade do homem*” (Bobbio, 1995, 51) em contraposição a uma concepção universalista de Homem contida no pensamento jusnaturalista e na Declaração de Direitos francesa, (2) “*Irracionalidade das forças históricas*” (Bobbio, *Ibid.*) contrariamente à concepção vetorial o progressista da história presente no pensamento iluminista moderno, onde a história seria tomada como um tipo de marcha em prol do melhoramento da humanidade, (3) “*Pessimismo antropológico*” (Bobbio, 1995, p. 52) que, em linha de continuação, defende uma “descrença na possibilidade do progresso humano” (Bobbio, *Ibid.*) que seria impulsionado por uma suposta evolução racional levada a cabo pelo desenvolvimento de inovações jurídicas e políticas que iriam ser impostas a sociedade em prol de valores universais e supostamente incontestáveis; (4) “*Amor pelo passado*”(Bobbio, *Ibid.*) que indicaria a necessidade de considerar o passado e as tradições, sendo estes as autênticas fontes do direito, ao invés do apego a sociedades imaginárias, que seriam postuladas pela razão, vista pelo historicismo como fonte de ilusões quando se pretende fundamentar as sociedades e todo um povo em seus preceitos abstratos e, por fim, e fortemente ligado ao amor pelo passado, o (5) “*sentido de tradição*” (Bobbio, 1995, p. 52), onde o costume seria supervalorizado, ele seria “o direito que nasce diretamente do povo e que exprime o sentimento e o “espírito do povo”(Bobbio, *Ibid.*). O *volksgeist* poderia ser tomado aqui como um tipo de síntese do passado e das tradições do povo, e seria nele que o verdadeiro direito deveria ser procurado ou acessado pela intuição, não nos alegados direitos naturais defendidos pela filosofia iluminista moderna.

Com isso, nos deparamos com uma das críticas mais conhecidas ao jusnaturalismo e a própria codificação moderna do direito alemão, pois seu aspecto formal e generalizante contribuiria para se negligenciar as tradições históricas do povo. As críticas que a escola histórica teceu ao jusnaturalismo seriam marcadas, como lembra Bobbio, por uma estratégia de unificação, onde todos os filósofos jusnaturalistas poderiam ser concebidos segundo a adoção do método racional generalizante. De fato, uma das características da crítica do historicismo ao jusnaturalismo consiste no seguinte: “pôr todos os seus componentes, indistintamente, num único alinhamento (o que) tornava mais fácil acertar o alvo, com a finalidade de desembaraçar-se de uma vez para sempre de um erro funesto” (Bobbio, 1991, p. 15).

Temos aqui, sintetizada, a explicação de um movimento de reação a defesa do caráter universal dos direitos que surtiu efeitos no que tange a própria oposição

teórica e política ao projeto de codificação do direito na Alemanha do século XIX. Não é por acaso que o primeiro Código Civil moderno só veio entrar em vigor no mencionado país no início do século XX. Mas é preciso considerar as pressões políticas envernizadas pela imagem do “culto a terra” e “as raízes” que estava hiperpresente na vida intelectual alemã há tempos, e o século XIX deu mostras de como essa ideologia contribuiu para a produção de uma escola de pensamento jurídico. O embate entre Savigny e Thibaut é representativo de um contexto consideravelmente instigante para se compreender a história não apenas da formação do positivismo jurídico, mas da própria codificação moderna. Lembrando que a contribuição que essa escola pôde oferecer para a formação de um imaginário positivista sobre o direito consiste no modo como ela permitiu a produção de uma crítica legada por uma escola de pensamento jurídico. E a obra de Bobbio é importante para chegarmos a essa conclusão, onde as lutas jurídicas são a um só tempo também lutas político-ideológicas. Neste sentido, consideramos que, em Bobbio, a produção dos conceitos caros a tradição teórica não é desprovida de uma fundamentação baseada em interesses não apenas jurídicos a eles subjacentes.

4 OS PRIMEIROS PASSOS PARA UMA “TEORIA” POSITIVISTA DO DIREITO: SOBRE AS DETERMINANTES HISTÓRICAS INGLESA.

Segundo o intelectual italiano é na transição secular do século XVIII para o XIX que o que se pode considerar os primeiros passos de uma teoria positivista do direito podem ser considerados. E esses passos podem se mostrar nas obras de um dos filósofos ingleses mais importantes, Jeremy Bentham. E as produções deste foram seguidas, claro que no intuito de um maior aprimoramento no século XIX, por outro importante jurista, John Austin. Não é por acaso que quando Dworkin, (Dworkin, 2007, p. 23-34) por exemplo, tece suas críticas ao modelo de regras desenvolvido pelo positivismo jurídico, ele parte da análise da obra de Austin.

Considerar a história do positivismo jurídico exige se levar em conta a produção desses dois pensadores importantes para a determinação de uma filosofia do direito positivo. Chiassoni lembra que “os escritos de Bentham sobre o tema constituem [...] um ponto de partida imprescritível para qualquer um que queira falar, ainda que superficialmente, das origens da filosofia do direito positivo na cultura inglesa e na cultura ocidental em geral” (Chiassoni, 2017, p. 30). E essa importância não pode ser concebida sem a consideração das características políticas que marcam

a obra do autor enquanto, segundo Bobbio, um defensor da democracia liberal, e isso subjaz a suas análises críticas em relação ao direito produzido segundo o sistema do *common law*. Para Bentham o direito mais adequado seria aquele que se coaduna melhor com o princípio de utilidade que orientaria um direito adequado ou o seu nível de adequação, sendo este avaliado segundo “a utilidade que produzirá ao maior número possível de cidadãos” (Bobbio, 1995, p. 100). E aquilo que é útil seria o que maximiza a felicidade, daí essa doutrina, que pode ser encontrada em pensadores como Beccaria e Bentham, com o detalhe de que este último tenha se preocupado mais em transformar essa máxima em um tipo de corolário de seu sistema filosófico e, claro, essa máxima irá guiar os estudos que ele irá desenvolver sobre o direito na órbita de uma jurisprudência crítica ou censória, bem como as suas críticas ao jusnaturalismo que ele considerava ilusório.

Bobbio deixa claro como essa máxima orienta tanto a defesa do direito codificado quanto as críticas que Bentham irá realizar ao sistema do direito judiciário em vigor na Inglaterra. É essa face do filósofo inglês que Bobbio irá destacar com o intuito de deixar claro as inclinações para o desenvolvimento de uma teoria do direito com pretensões científicas, e que utilizou significativamente o modo de sistematização da botânica, tal como pode-se depreender do mapa do saber jurídico benthamiano, arvorado com base na distinção entre “jurisprudência *expositiva* e jurisprudência *censória*” (Bobbio, 1995, p. 102), que se subdividiria em diversas gradações, em que a *expositiva* poderia ser *autoritativa* ou *não-autoritativa*, a qual poderia se subdividir em *particular* e *geral*, sendo esta uma teoria descritiva do direito se preocuparia em expor os conceitos fundamentais do direito, enquanto a jurisprudência censória, do outro lado, iria se preocupar em avaliar criticamente determinado sistema de direito visando averiguar o seu nível de adequação que, no caso de Bentham, seria determinado pela aproximação com a máxima do utilitarismo.

Bobbio não deixa de lado a exposição de traços biográficos importantes sobre a vida do filósofo inglês, tal como seu empenho para a produção de projetos de lei para diversos países, bem como as recusas dos governantes e os motivos delas. Bentham é apresentado por Bobbio como um dos artífices iniciais da produção de uma pretensa teoria científica do direito, bem como de uma filosofia do direito positivo fundada em uma máxima de justiça refletida no utilitarismo do qual ele é um dos mais autorizados precursores e defensores nas mais variadas frentes, seja na escolha da melhor forma de governo e como esta, que, para ele, seria a democracia liberal, seja

no que tange a formulação da base de produção de um direito mais adequado a utilidade ou felicidade geral, visto que o povo estaria presente, ainda que indiretamente, na produção do direito por meio de seus representantes, realidade que não existiria em um direito produzido pelos juízes. Neste sentido, Bentham enxerga o direito judiciário como aquele que sofreria de um déficit de legitimidade democrática, sem esquecer de sua insegurança jurídica e técnica se comparada ao direito codificado. Ele é um tipo de “Newton da Legislação” (Bobbio, 1995, p. 91) ou um “infatigável ‘legislador do mundo’” (Chiassoni, *Ibid.*). E essa consideração de Bentham como um incansável legislador é explicada por Bobbio a partir da consideração de uma peculiaridade importante que marca a mentalidade racional do filósofo inglês, qual seja, a defesa de uma maior “objetividade” e “neutralidade” na elaboração das leis do Estado. Por isso, Bentham defendia, “que um estrangeiro podia, melhor que um cidadão do país, dar a uma nação um corpo de leis boas e apropriadas, visto que estaria livre dos preconceitos locais, reafirmando uma vez mais a idéia racionalista o legislador universal” (Bobbio, 1995, p. 100).

O que podemos aqui argumentar é que, segundo Bobbio, Bentham se responsabilizou por desenvolver uma sistematização onde a possibilidade de um estudo expositivo, que toma o direito “como ele é”, se constitui distintamente da possibilidade de um estudo censório ou crítico, que toma o direito como ele “deveria ser”. Claro que as crenças de Bentham nas ideias iluministas não significaram que ele aceitou, por exemplo, a doutrina do jusnaturalismo, posto que ele mesmo desenvolveu críticas e essa doutrina com o intuito de valorizar a sua máxima do utilitarismo como mais adequada, pois seria fundada em um “fato empiricamente verificável de que *cada homem busca a própria utilidade*” (Bobbio, 1995, p. 92), e não em um postulado metafísico de uma suposta natureza humana.

A distinção presente no mapa benthamiano irá impactar a produção de outro importante precursor da teoria positivista do direito, trata-se justamente do filósofo inglês John Austin, que, ao menos como Bobbio o explica, deu uma maior importância aos estudos expositivos do direito, àquilo que Bentham chamou de jurisprudência expositiva.

No caso das contribuições de Austin para o positivismo jurídico podemos aqui apontar que Bobbio irá identificá-las em alguns pontos importantes, quais sejam, (1) a preocupação em desenvolver um âmbito específico ao estudo científico e positivo do direito positivo e de defini-lo como “comando emanado pelo *soberano*, numa

sociedade política independente” (Bobbio, 1995, p. 106), considerando essas definições como que desprovidas de juízos de valor, Austin, assim, não se direciona a definir o direito a partir da preocupação em pensá-lo como ele deveria ser, mas sim como ele é, trata-se do princípio de objetividade ou de neutralidade axiológica que irá marcar a tradição do positivismo jurídico daí em diante. Bobbio irá se esforçar para evidenciar esse ponto que permite uma diferenciação entre Austin e Bentham. (2) A distinção entre o direito positivo e o direito natural como sendo importante para se deixar claro que a “filosofia do direito positivo” (Bobbio, 1995, p. 103), não deveria tomar como objeto de análise o direito natural, vista como moralidade positiva, pois esta não teria as características do direito positivo, que seriam o comando como ordem, soberania como a determinação da posição superior em determinado espaço territorial e o Estado como sociedade política e independente. Para Austin não pode existir direito positivo sem subordinação geral aos comandos de um superior hierárquico, que tanto pode ser um único indivíduo quanto um parlamento; sendo assim, não é qualquer tipo de ordem que caracteriza o direito positivo, com isso, a perspectiva por ele formulada é até hoje considerada imperativa, pois o direito é concebido por meio de sua característica imperativa, como ordem que se direciona diretamente a regulação da conduta dos subordinados. (3) O Estado é elemento crucial para a consideração do direito positivo, pois ele seria, segundo Austin, o delimitador geográfico do poder de império do soberano. Neste sentido, a definição de soberania subjaz a definição de direito positivo de Austin. Estado e soberania seriam componentes correlatos sem os quais o direito positivo não poderia ser concebido.

Sendo assim, Bobbio irá apontar três princípios fundamentais presentes na teoria de Austin e que irão caracterizar a abordagem positivista a partir de então:

“a) a afirmação de que o objeto da jurisprudência (isto é, ciência do direito) é o direito tal como ele é e não como deveria ser (concepção *positivista* do direito); b) a afirmação de que a norma jurídica tem a estrutura de um comando (concepção *imperativista* do direito); c) a afirmação de que o direito é posto pelo soberano da comunidade política independente – isto é, em termos modernos, pelo órgão legislativo do Estado (concepção *estatal* do direito) (Bobbio, 1995, p. 108).

Muito embora a concepção estatal do direito não seja considerada por Bobbio como tão geral com as outras, ela permanece como um princípio fundamental do

positivismo jurídico como teoria. O que equivale a considerar que a feitura de uma teoria desse calibre passa a ser, ao menos em seus primeiros passos, inseparável dos esforços teóricos para se elaborar uma teoria sobre o Estado moderno e sobre a noção de Soberania. Uma abordagem com pretensões científicas sobre essas duas realidades, que marcam o arvorecer da construção de um imaginário jurídico ocidental fundado na crença da possibilidade de um conhecimento científico a partir de um paradigma analítico, e que Chiassoni irá considerar como utópica, nasce em paralelo com uma exposição pretensamente científica e secularizada sobre o direito, sendo este marcado, agora em diante, como passível de uma dissecação analítica que permite a transfiguração de suas determinantes teológico-políticas e históricas. Esse esforço teórico faz parte do processo de secularização do direito no ocidente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nunca muito afeito a extremismos, sejam eles à esquerda ou à direita, os estudos de Bobbio sobre a formação histórica dos conceitos constitutivos da teoria positivista do direito, bem como de suas pretensões científicas, são marcados por uma ponderação que nos permite considerá-lo como um iconoclasta moderado. A iconoclastia que podemos observar na face de seus escritos mais historiográficos sobre o direito não significa que o nosso autor, na medida em que se esforça para historicizar os conceitos teóricos e os próprios direitos, condene essas produções a um tipo de relativismo histórico sem valor ou importância, muito pelo contrário, a consideração dos fundamentos históricos dos direitos, e dos conceitos forjados para teoriza-los, é marca da valorização da própria conscientização sobre a importância deles, bem como serve para uma maior compreensão sobre o fato de que os direitos, e as mais diversas sistematizações desenvolvidas sobre ele, não nasceram do nada, pois são indicativos de contextualizações que os apontam como marcadores de ilusões, tal como a ilusão de sistematicidade e de completude tão nutridas pela escola de exegese, ou o imaginário alemão do século XIX, com sua definição de “espírito do povo”, mas também de conquistas importantes que fundaram o imaginário político e jurídico ocidental moderno. A historicização das esperanças de nosso tempo, e que estão sufragadas nas Declarações modernas, é um interesse inegociável de nosso autor.

Se Bobbio confia no potencial de concretização dos direitos como parte do projeto geral de civilização ocidental e aposta suas fichas nisso, essa postura não

corresponde a uma tomada de posição evitada de ingenuidade, visto que o intelectual italiano deixa claro a importância de se conceber os direitos como produções históricas e contextuais. O aspecto de universalização dos direitos não se desvincula da conscientização de seu surgimento histórico, bem como de seus limites. E o mesmo pode-se dizer do modo como ele concebe a própria teoria do direito de matriz positivista. O modo como ele reconstrói, em sua visão, o panorama histórico do desenvolvimento do que hoje podemos chamar de positivismo jurídico sugere o vigor de um autor que defende a importância da compreensão histórica tanto dos conceitos que estruturam a abordagem positivista sobre o direito, quanto de suas pretensões de cientificidade.

Essa abordagem positivista, enquanto expressão importante do processo de secularização que marca o arvorecer da modernidade, passa a ser vista como um indicador das crenças racionalistas legadas pelo projeto do iluminismo, a crença em uma razão universal pode ser vista como a base das pretensões da criação de uma codificação universal presente na cultura jurídica francesa do século XIX, do mesmo modo, a ideia de que essa codificação seria produzida por um legislador universal. De outro modo, e em contraposição direta ao *mood* francês, na Alemanha do século XIX, o culto às raízes e a visão de mundo que marca o movimento do romantismo demonstrou a sua face jurídica por meio da consideração dos aspectos jurídicos que seriam constantes no conceito de *volksgeist* contra as investidas generalizantes sobre o direito que seriam marcas da ideologia francesa. Esse contexto é explicado por Bobbio sem desconsiderar os aspectos intervencionistas que marcaram os sonhos de poder de Napoleão Bonaparte, sem dúvidas, o nosso autor deixa claro que não há como se compreender a formação histórica do positivismo jurídico sem levar em conta as problemáticas políticas relativas ao expansionismo do imperador francês.

As influências inglesas para a explicação do positivismo também foram explicadas pelo autor como um tipo de fechamento teórico, também marcado pelo debate político balanceado pelo utilitarismo, pois foi na Inglaterra, segundo o nosso autor, onde se forjou as construções teóricas consideradas precursoras da utopia analítica sobre o direito.

Neste sentido, defendemos que uma leitura da produção de Bobbio sobre o direito só pode ser completa caso venhamos a considerar a fundamentação histórica deste enfoque, este seria um produto social não completamente desvinculado de um projeto político marcado pelo aparecimento histórico do Estado moderno e da

consideração do apego generalizado a entidades abstratas como legislador, e a conceitos que evidenciam a pretensão de se construir uma ordem jurídica a luz da valorização da abordagem sistêmica presente no universo da “ciência”.

Sem a consideração da abordagem histórica, o estudo da obra teórica sobre o direito produzida pelo nosso autor se mostra incompleta, pois a sua desconsideração faz com que os conceitos que marcam a abordagem positivista sobre o direito sejam vistos como entidades puramente abstratas forjadas por uma mentalidade despolitizada e a-histórica. Essa abordagem além de ser ilusória, é antipedagógica, tendo em vista que não contribui para uma maior compreensão sobre as razões sociais tanto dos usos quanto das produções conceituais básicas do que hoje se convencionou denominar de teoria do direito. A *teoria da norma jurídica* e a *Teoria do ordenamento jurídico* só podem ser adequadamente compreendidas em complemento com o todo da obra do autor, e a consideração da incursão histórica sobre a produção do positivismo jurídico presente em sua obra *O positivismo jurídico* já corresponde a um importante primeiro passo para uma leitura menos ingênua e desestimulante sobre a teoria do direito. A historicização da teoria do direito pode contribuir para deixar o seu estudo menos enfadonho em nossas terras tupiniquins.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues, São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e estado na filosofia política moderna**. 3. ed. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Campinas: Brasiliense, 1991.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 3. ed. Tradução: Fernando Pavan Baptista, Ariani Bueno Sudatti. Bauru: EDIPRO, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Tradução: Maria Celeste, C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

CHIASSONI, Pierluigi. **Enfoque analítico na filosofia do direito**: de Bentham a Kelsen. Tradução: Heleno Taveira Torres; Henrique Melo. São Paulo: Contracorrente, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. 2. ed. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ELIAS, Norbert. **A sociedade de corte**: investigação sobre a sociologia da realza e da aristocracia de corte. Tradução: Pedro Sússeking. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

ELIAS, Norbert. **Os alemães**: a luta pelo poder e a evolução do *habitus* nos séculos XIX e XX. Tradução: Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

ELIAS, Norbert. **O processo civilizador**: uma história dos costumes. v. 1. 2. ed. Tradução: Ruy Jugmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011.

GARCIA, Dirce Maria Falcone; BARSALINI, Glauco. Émile Durkheim. *In*: FILHO, Arnaldo Lemos (org.). **Sociologia geral e do direito**. 5. ed. Campinas: Alínea, 2012.

GINZBURG, Carlo. **Os andarilhos do bem**: feitiçarias e cultos agrários nos séculos XVI e XVII. Tradução: Jônatas Batista Neto. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milénio. Portugal: Publicações Europa-América, LTDA, 2003.

HIRSCHMAN, Albert. **A retórica da intransigência**: perversidade, futilidade, ameaça. Tradução: Tomás Rosa Bueno. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

DADOS DO AUTOR

Danilo José Viana da Silva

Graduado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Mestre em Teoria do Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco - PPGD/UFPE. Doutor em Teoria do Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco - PPGD/UFPE. Professor Assistente II de propedêutica Jurídica da Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7780899951788420>

E-mail: danilo.viana@unicap.br