

Notas sobre ‘O Positivismo Jurídico’, de Norberto Bobbio

Norberto Bobbio (1909-2004) deixou-nos extensa bibliografia. Tratou de teoria geral do Direito, de Filosofia, de Ciência Política, e mesmo de memorialística. Nos *Embargos Culturais* desta semana comento "O Positivismo Jurídico — Lições de Filosofia do Direito". A Ícone publicou uma tradução para o português desse importante livro em 1995. São notas de aula, compiladas por Nello Morra. Ao que consta (lê-se no prefácio também), trata-se de um curso lecionado no ano acadêmico de 1960-1961. A leitura do livro confirma a advertência. O texto flui leve, direto. O leitor tem impressão de que ouve o



Bobbio explora inicialmente as origens históricas do positivismo

jurídico. Segue uma tradição e contrapõe o Direito natural ao Direito positivo, nos Direitos clássico, medieval e moderno. Fixa um quadro comparativo muito didático, ao qual acrescento algumas percepções minhas.

O Direito natural sugere percepção de Justiça transcendente e atemporal, e o Direito positivo, uma percepção de Justiça imanente e temporal. No Direito natural, o critério de aplicação do Direito seria o crivo do justo; no Direito positivo, o crivo do válido. O Direito natural teria eficácia em todos os lugares e tempos. O Direito positivo estaria centrado em normas culturais que regeriam determinadas comunidades. O Direito positivo seria variável no tempo.

O Direito natural seria revelado pela razão ou até por uma ordem divina. O Direito positivo seria revelado pela vontade do soberano ou do povo. O Direito natural buscaria o bom; o Direito positivo, o útil. O Direito natural predicaria na justa razão. O Direito positivo, no poder civil. À informalidade do Direito natural opõe-se a formalidade do Direito positivo.



Ao voluntarismo do Direito natural opõe-se o imperativismo do Direito positivo. Há um certo pluralismo nas fontes do Direito natural, enquanto tem-se um monismo de fontes no Direito positivo. O Direito natural é centrado no idealismo. O Direito positivo no realismo. O Direito natural seria mais metafísico. O Direito positivo, substancialmente mais pragmático. À universalidade de um pretensão conteúdo do Direito natural opõe-se a particularidade do conteúdo do Direito positivo.

Nesse livro de Bobbio há um capítulo sobre os pressupostos históricos do positivismo jurídico, com certa ênfase no Direito romano. Bobbio trata o Direito romano no contexto de um Direito elegante medieval, especialmente quanto ao papel da Escola de Bologna. Nesse abstrato mundo medieval, o Direito romano transitaria como um Direito comum, contrapondo-se a Direitos locais, os chamados Direitos próprios. A ordem jurídica feudal descentralizada resistia a uma ordem geral, que substancializará a agenda de formação do Estado Nacional Moderno.

No contexto da construção de Direitos nacionais, com referências à tradição normativa romana, Bobbio explora os papéis de Montesquieu e Beccaria. Quanto à Inglaterra, evidencia a importância de Edward Coke e de Thomas Hobbes. Eu tenho muitas dúvidas quanto ao fato de o Direito romano ser mais marcante na tradição ocidental do *civil law* do que na tradição insular do *common law*. No *common law*, ao contrário de nosso modelo, os remédios precedem os direitos (*remedies preced rights*). Essa premissa, no entanto, é romanística ao extremo. Basta levarmos em conta o sistema formular do processo civil romano.

Bobbio trata também separadamente das origens do positivismo jurídico. Nesse espaço do livro há menções a grandes nomes da história do Direito na Alemanha (Gustavo Hugo, Savigny, Thibaut), na França (Cambacérès e Portalis) e na Inglaterra (Bentham e Austin). O tema da codificação é muito recorrente na Inglaterra também. Não nos esqueçamos de que Bentham foi um dos maiores defensores de códigos.

Há uma distinção entre Direito legislativo e Direito judiciário, que parece ser o pano de fundo do *common law*. Na França, por outro lado, prepondera uma obsessão napoleônica com a legislação. Até pouco tempo os franceses somente conheciam o controle prévio de constitucionalidade de normas. Bobbio também se ocupa com Jhering (que Tobias Barreto divulgou entre nós), a quem imputou um método e uma concepção de ciência jurídica.

Bobbio discursou também sobre validade e eficácia de normas jurídicas, a propósito de definições valorativas do Direito. Explorou o tema do Direito como função de coação. Explorou o tema central das fontes do Direito, com estações em aspectos hoje pouco lembrados como o tema da "natureza das coisas" — tão forte em Montesquieu —, e bem como o tema do costume como fonte do Direito.



A partir de uma teoria imperativista da norma jurídica, Bobbio avançou para a teoria do ordenamento jurídico, assunto de outro de seus cursos. Os problemas (ou falsos problemas) de antinomias e lacunas é recorrente em Bobbio. O autor rompe as barreiras de um positivismo de neutralidade axiológica (impraticável) e trata, no último capítulo, do positivismo jurídico como ideologia do Direito. Apresenta também uma versão moderada do positivismo, no contexto de um positivismo ético. A ordem, nessa lógica, seria também um valor próprio do Direito.

O positivismo é um tema central na teoria do Direito. Entre nós, imperdível o verbete "Positivismo Jurídico" no "Dicionário de Hermenêutica" de Lenio Streck, publicado pela Casa do Direito, e também o ensaio de Dimitri Dimoulis, "Positivismo Jurídico", publicado pela Método.

Esse tema também me parece geracional. Ao meu tempo de faculdade (década de 1980) hostilizava-se o positivismo, porque identificado com uma certa insensibilidade na magistratura. Hoje, pelo contrário, invocamos a preponderância de regras claras e precisas, como parâmetro de decisões, temerosos que somos de um voluntarismo que tende a subverter o escrito pelo dito.

Date Created

14/11/2021