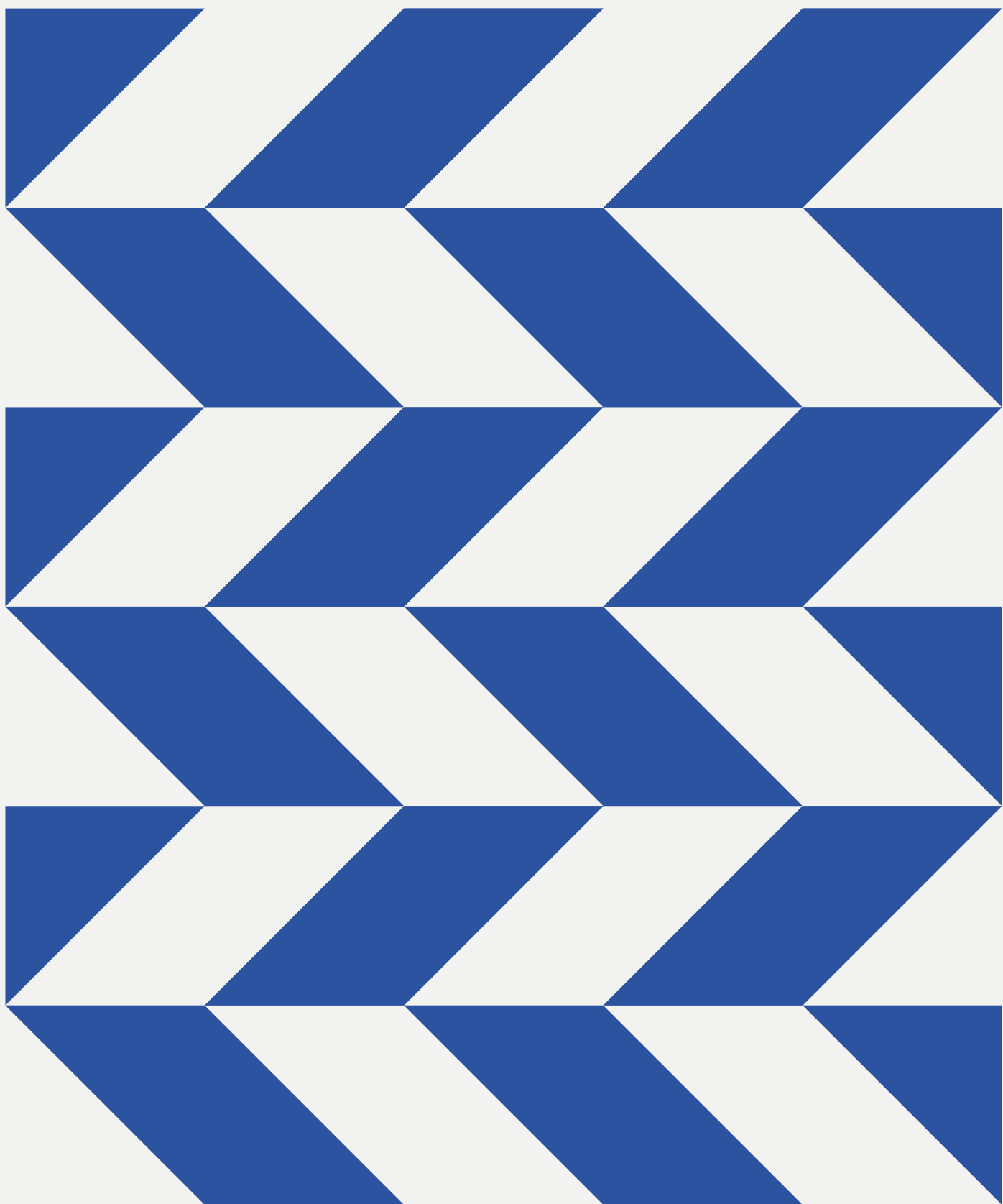


# Bindi





**B.**

**Revista Bindi: cultura, democracia e direito**

Bindi Journal: Culture, Democracy and Law

Ano 2 · vol. 2 · janeiro-junho / 2023

DOI: [10.5281/zenodo.8356127](https://doi.org/10.5281/zenodo.8356127)

## Conselho editorial

Dr. **Alfonso Ruiz Miguel** (Universidad Autónoma de Madrid - Madrid/Espanha); Dr. **Alfredo Attiê Jr** (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP); Dr. **Assis Brandão** (Universidade Federal de Pernambuco - UFPE - Recife/PE); Dra. **Bethânia Assis** (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - Porto Alegre/RS); Dr. **Celso Campilongo** (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP - São Paulo/SP - Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP); Dr. **Celso Lafer** (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP); Dra. **Daniela Mesquita Leutchuk de Cadermatori** (Universidade La Salle (Unilasalle - Canoas/RS)); Dr. **Diego Dantas** (Universidade Federal Fluminense - UFF - Niterói/RJ); Dra. **Elza Boiteux** (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP); Dra. **Flávia Piovesan** (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP - São Paulo/SP); Dr. **Francesco Pallante** (Università degli studi di Torino - Itália); Dra. **Gisele Mascarelli Salgado** (Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo - FDSB - São Bernardo do Campo/SP); Dr. **Giuseppe Tosi** (Universidade Federal da Paraíba - UFPB - João Pessoa/PB); Dr. **José Alcebiades de Oliveira Júnior** (Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS - Porto Alegre/RS); Dr. **José Antonio Magalhães** (Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-Rio - Rio de Janeiro/RJ); Dr. **José Dias** (Universidade Estadual do Oeste do Paraná - UNIOESTE - Toledo/PR); Dr. **José Ricardo Cunha** (Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ - Rio de Janeiro/RJ); Dra. **Ludmila Franca-Lipke** (Universidade Livre de Berlin - Alemanha); Dr. **Marcelo de Azevedo Granato** (Instituto Norberto Bobbio - São Paulo/SP); Dr. **Marcio Renan Hamel** (Universidade de Passo Fundo - UPF - Passo Fundo/RS); Dr. **Massimo Cuono** (Università degli studi di Torino - Itália); Dr. **Michelangelo Bovero** (Università degli studi di Torino - Itália); Dra. **Monica Herman Salem Caggiano** (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP); Dra. **Nádia Urbinati** (Universidade de Columbia - EUA); Dr. **Philip Petit** (Universidade de Princeton - EUA); Dr. **Rafael Salatini de Almeida** (Universidade Estadual de São Paulo - UNESP - Marília/SP); Dr. **Roberto Bueno Pinto** (Universidade Federal de Uberlândia - UFU - Uberlândia/MG); Dr. **Samuel Antonio Merbach de Oliveira** (Universidade Paulista - UNIP - São Paulo/SP); Dr. **Sérgio Candido de Mello** (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP); Dra. **Silvia Pimentel** (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP - São Paulo/SP); Dr. **Tércio Sampaio Ferraz Júnior** (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP); Dra. **Valentina Pazè** (Università degli Studi di Torino - Itália); Dr. **Willis Santiago Guerra Filho** (Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ - Rio de Janeiro/RJ).

## Autores(as) (deste volume)

**Benoit Frydman** (Université Libre de Bruxelles - Bélgica); **César Mortari Barreira** (Instituto Norberto Bobbio - INB - São Paulo/SP); **Erik Chiconelli Gomes** (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP); **Frederico Lopes de Oliveira Diehl** (Universidade Tecnológica Federal do Paraná - UTFPR - Campo Mourão/PR); **Isabella Coimbra Pires de Mello** (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUCMG - Belo Horizonte/MG); **Keven Enzo Feitosa Ramos** (Faculdade Católica de Anápolis - Anápolis/GO); **Lucas Fucci Amato Barros** (Universidade Presbiteriana Mackenzie - São Paulo/SP); **Nadia Urbinati** (European University Institute - Florença - Itália); **Norberto Bobbio** (Università degli Studi di Torino (In memoriam) - Itália); **Raíssa Moreira Lima Mendes Musarra** (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP); **Rômulo Monteiro Garzillo** (Universidade Nove de Julho - UNINOVE - São Paulo/SP); **Thiago Silveira Annunziato** (Instituto Norberto Bobbio - INB - São Paulo/SP)

## Coordenação científica-editorial

Dr. Frederico Lopes de Oliveira Diehl; Dr. César Mortari Barreira; Dr. Marcelo de Azevedo Granato; Ms. Lévio Scattolini; Esp. Willians Meneses.

## Equipe editorial

### Coordenação Científica-Editorial

**Editores-chefes:** Dr. César Mortari Barreira e Prof. Dr. Frederico Lopes de Oliveira Diehl

**Editores-assistentes:** Dra. Raíssa Moreira Lima Mendes Musarra, Dr. Marcelo de Azevedo Granato, Ms. Lévio Scattolini e Esp. Willians Meneses

**Capa e Diagramação:** Igor Alves da Silva

**Coordenação Editorial:** Willians Meneses

## Diretoria executiva

Presidente **Celso de Souza Azzi**

Vice-presidente **Ary Oswaldo Mattos Filho**

Conselheiro **Raymundo Magliano Neto**

Diretor Executivo **César Mortari Barreira**

Diretor Jurídico **Marcelo Granato**

Coord. Geral **Lévio Scattolini Oscar Júnior**

Secretário **Guido Urizio**

Colaborador **Marcelo de Azevedo Granato**

Pesquisas **César Mortari Barreira, Júlia Albergaria, Lévio Scattolini Oscar Júnior e Raíssa M.L.M. Musarra**

Designer **Igor Alves da Silva**

Coord. de Comunicação **Thiago Silveira Annunziato**

Gestora de Projetos e Pesquisadora **Raíssa M. L. M. Musarra**

Coord. Editorial **Willians Meneses**

Gerente Financeira **Luana Silva**

Gerente Administrativa **Kelly Cristina**

Estagiário Pesquisa **Robson Gomes**

## Endereço para visitas

Avenida Ipiranga, 344, Edifício Itália,  
Conjunto 22B República - São Paulo/SP

## Endereço para correspondência

Avenida São Luiz, 50, Conjunto 22B República -  
São Paulo/SP - CEP: 01046-926

## Horário de funcionamento

Segunda-feira a sexta-feira, das 14h às 18h

Telefone: +55 (11) 3129-7076

E-mail: [instituto@inb.org.br](mailto:instituto@inb.org.br)

Visite nosso site: [www.inb.org.br](http://www.inb.org.br)

© edição e distribuição do INSTITUTO NORBERTO BOBBIO

A Revista Bindi está licenciada sob a Licença Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0).

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

Revista Bindi: Cultura, Democracia e Direito

## Filosofia do direito

Prof. Dr. Marco Antonio  
Loschiavo Leme de Barros



Faculdade de Direito da Pontifícia  
Universidade Católica de São Paulo  
e da Universidade Presbiteriana  
Mackenzie - São Paulo/SP.  
E-mail: marcoloschiavo@gmail.com

Prof. Dr. Lucas  
Fucci Amato



Universidade de São Paulo -  
USP - São Paulo/SP  
E-mail: lucas.amato@usp.br  
DOI: 10.5281/zenodo.8356366

# Sobre a trajetória de uma filosofia do direito em Bobbio: entre racionalidade e imprevisibilidade

On the path of  
a philosophy of  
law in Bobbio:  
between  
rationality and  
unpredictability

Artigo

## Resumo

O artigo pretende comentar o texto de Norberto Bobbio “Natureza e função da filosofia do direito”, situando-o tanto no plano geral da filosofia do direito (especialmente da tradição positivista) quanto na evolução da obra do próprio autor. Além de apresentar a hoje clássica distinção entre filosofia do direito dos juristas e filosofia do direito dos filósofos, Bobbio avança em seu ensaio uma discussão metodológica e epistemológica: como abordar o conhecimento jurídico? Ao delimitar o campo da Filosofia do Direito, seus métodos e suas vertentes, Bobbio enfrenta o desafio de abordar a racionalidade e a imprevisibilidade do direito e coloca como tarefa central da filosofia jurídica apreender a mutabilidade de seu objeto. Com isso, a Filosofia do Direito serve ao desenvolvimento do raciocínio jurídico em seu momento (estrutural) de descrição e sistematização de normas e de estudo (funcional) do comportamento de seus aplicadores e destinatários.

---

### Palavras-chave

Norberto Bobbio,  
positivismo jurídico,  
filosofia do direito, teoria do  
direito.

## Abstract

The article aims at commenting on Norberto Bobbio's text on the "Nature and function of the philosophy of law", placing it both in the general plan of the philosophy of law (especially in the positivist tradition) and in the evolution of the author's own work. Besides presenting the now classic distinction between jurists' philosophy of law and philosophers' philosophy of law, Bobbio advances in his essay a methodological and epistemological discussion: how to approach legal knowledge? By delimiting the field of Philosophy of Law, its methods and its strands, Bobbio faces the challenge of addressing the rationality and unpredictability of law and places as a central task of legal philosophy to apprehend the mutability of its object. With this, the Philosophy of Law serves the development of legal reasoning in its moment (structural) of description and systematization of norms and (functional) study of the behavior of its enforcers and addressees.

---

### Keywords

Norberto Bobbio, legal positivism, philosophy of law, jurisprudence.



## Objetivo

O artigo pretende comentar o texto de Norberto Bobbio “Natureza e função da filosofia do direito”, situando-o tanto no plano geral da filosofia do direito (especialmente da tradição positivista) quanto na evolução da obra do próprio autor.

## Método

Revisão de literatura e discussão conceitual.

## Conclusões

Bobbio enfrenta em seu ensaio o desafio de abordar a racionalidade e a imprevisibilidade do direito e coloca como tarefa central da filosofia jurídica apreender a mutabilidade de seu objeto. Com isso, a Filosofia do Direito serve ao desenvolvimento do raciocínio jurídico em seu momento (estrutural) de descrição e sistematização de normas e de estudo (funcional) do comportamento de seus aplicadores e destinatários.

## Introdução

O texto “*Nature et fonction de la philosophie du droit*” foi escrito por Norberto Bobbio no ano de 1962 para a revista francesa *Archives de philosophie du droit*, nº VII, com a preocupação de encaminhar a questão: *Qu’est-ce que la philosophie du droit?* Alguns anos mais tarde, o mesmo texto foi introduzido no compêndio publicado na Itália intitulado *Giunaturalismo e positivismo giuridico* (Milano: Comunità, 1965).

De maneira geral, o texto é um inventário da chamada “filosofia do direito” a partir da história da filosofia. Foi dividido pelo autor em cinco pontos: 1) *Campi di ricerca della filosofia del diritto*, 2) *La filosofia del diritto come filosofia applicata*, 3) *Filosofia del diritto dei filosofi e filosofia del diritto dei giuristi*, 4) *Un programma di lavoro*, 5) *Utilità della filosofia del diritto*. A proposta é delimitar um espaço autônomo da produção filosófico-jurídica. Para tanto, o autor envereda em um percurso crítico no qual primeiramente refuta a tese da filosofia do direito como disciplina unitária, referência direta aos tratados de direito natural dos séculos XVII e XVIII, e, posteriormente, abandona a hipótese da filosofia do direito como forma de filosofia aplicada, fruto do desdobramento da teoria do conhecimento do século XIX.

O que subjaz a esse percurso é uma discussão metodológica e epistemológica: como abordar o conhecimento jurídico? O propósito deste artigo é comentar a proposição de Bobbio sobre a “Natureza e função da filosofia do direito”, situando-a no contexto de sua produção teórica mais ampla e contrapondo-a a outras vertentes da filosofia jurídica analítica, para caracterizar sua especificidade e originalidade.

Nosso itinerário argumentativo começa com uma indicação do desafio epistemológico do positivismo jurídico: como construir uma metodologia capaz de conferir racionalidade e certeza científica ao estudo de um fenômeno contingente e histórico? A seguir, abordamos a proposta de Bobbio sobre a delimitação metodológica da filosofia do direito. Destacamos, então, o que tal proposta implica para a combinação entre racionalidade e imprevisibilidade no direito. Finalmente, indicamos como a obra posterior de Bobbio conferiu uma ênfase ao aspecto contingente da fenomenologia jurídica, ao encaminhar uma abordagem funcional do direito.

## O desafio epistemológico do positivismo jurídico

Uma das mais conhecidas observações de Bobbio sobre a delimitação do campo da filosofia do direito é o comentário que distingue o que tipifica uma filosofia do direito dos juristas em contraposição a uma filosofia do direito dos filósofos.

Entende-se que a preferência pelas obras dos juristas sobre as obras de filosofia voltadas para o mundo jurídico revela uma preferência de método, ou melhor, de um estilo de trabalho que se encontra mais facilmente entre os juristas do que entre os filósofos. O que caracteriza esse estilo é a prioridade conferida à análise em relação à síntese, prioridade baseada na convicção de que, ainda que a análise e a síntese sejam duas fases complementares de toda pesquisa, uma análise sem síntese (comumente presente entre as obras dos juristas) é preferível a uma síntese sem análise (defeito comum entre os filósofos-juristas). O primeiro método procura os meios materiais para a construção, enquanto que o segundo consiste em construir castelos de areia onde ninguém irá prazerosamente residir. (BOBBIO, 1977, p. 44)

Além de uma distinção típico-ideal, não é demais notar no contraponto bobbiano um elogio ao trabalho mais minucioso, gradativo, cumulativo – talvez mais indutivo e analógico – que caracterizaria a análise jurídica, em contraste com os grandes sistemas filosóficos. Claro que um pano de fundo importante é a rejeição da tradição jusnaturalista moderna, que se expressou por meio de tratados de direitos e deveres naturais, e a afirmação do método positivista, voltado ao estudo do direito posto, historicamente contingente em sua validade. Note-se que, em contraponto, a própria crítica contemporânea ao positivismo, por parte de Dworkin (2010), por exemplo, parece implicar a defesa de uma filosofia do direito dos filósofos, de uma transposição dos grandes debates e sistemas filosóficos (políticos, morais e linguísticos) ao cerne da interpretação judicial. Juristas deveriam consultar a grande filosofia ao tratarem de conceitos como “liberdade” e “dignidade”.

Não é o que propõem os positivistas. Foi Savigny quem delimitou a problemática metodológica do positivismo jurídico com seu Sistema de direito romano atual. Do lado britânico, Austin – por ele influenciado – veio a firmar o campo da teoria do direito, propondo um positivismo analítico enquanto abordagem centrada na decomposição analítica de conceitos jurídicos como norma e validade. Entretanto, o problema da certeza jurídica diante da mutabilidade do direito permaneceu cerceado pela escola histórica do direito, em virtude da contraposição entre um direito mais autêntico (o costume perene,

exemplarmente o legado do direito romano) e um direito mais artificial (a legislação). De outra parte, a incerteza jurídica foi subestimada pelas concepções formalistas do direito (a começar pela jurisprudência dos conceitos), as quais pressupunham um constrangimento (quase) absoluto do sentido das normas jurídicas a partir dos textos positivados e formalizados, sobretudo pela legislação. Diante do ataque de correntes antiformalistas desde fins do século XIX (ver AMATO, 2022, cap. 2) é que se firma o desafio de ancorar a certeza do direito em alguma metodologia própria, sem que se pudesse mais admitir a plena determinabilidade da própria substância das normas. Segundo a reconstrução da epistemologia jurídica apresentada por De Giorgi (2017), Kelsen representa a solução histórica a esse desafio: uma ciência formal do direito – como estrutura escalonada de validação das normas, por remissão apenas a autoridades e procedimentos – seria apta a estudar o direito como um sistema dinâmico, de conteúdo mutável e contingente (o direito pode obrigar, proibir ou permitir qualquer conduta possível, isto é, que não seja necessária nem impossível).

Como observa Bobbio (2018, p. 225), o próprio tema clássico da distinção entre direito e moral foi milenarmente abordado a partir de uma perspectiva ontológica – o objeto do direito seriam as ações externas; da moral, as ações internas; as sanções morais seriam internas e difusas, enquanto que as jurídicas seriam externas e institucionalizadas. Kelsen (2006, cap. 5) propõe uma diferenciação entre direito e moral a partir da construção diferenciada de dois sistemas normativos: o direito positivo regido pelo princípio dinâmico (que reproduz a hierarquia de poder como um escalonamento formal da validade normativa) e a moral, pelo princípio estático (que observa o conteúdo de uma norma mais específica como dedução ou determinação de uma norma mais geral).

A certeza do conhecimento jurídico – não mais do objeto deste conhecimento: o direito – faz a teoria do direito transitar para as questões metodológicas e epistemológicas que delimitam seu campo. É nesse contexto que se apresenta a contribuição de Norberto Bobbio: o que caracteriza a metodologia filosófico-jurídica e como ela permite conciliar a racionalidade e a imprevisibilidade do direito.

## Como conhecer a filosofia do direito?

Ao abordarmos o ensaio clássico de Bobbio sobre a metodologia filosófico-jurídica, de um lado, somos apresentados a uma metodologia descritiva que se encontra arraigada na

análise da experiência e, de outro, a um modelo metódico prescritivo que determina a *priori* o modo de estudo. A conclusão será bastante significativa, pois Bobbio nos revela uma faceta madura, em contraposição com suas produções anteriores, ao concluir que o método prescritivo necessita da descrição, sem reduzir um ao outro. Alfonso Ruiz Miguel (1983, p. 147) explica o ponto: se em escritos anteriores Bobbio “prescrevia à metodologia descrever”, agora passa a “constatar que a metodologia tende a descrever sem poder deixar de prescrever”.

Bobbio é testemunha do seu tempo: toda proposta de buscar unidade na filosofia do direito sempre fora um fracasso. A grande incógnita é admitir a “filosofia do direito” como uma expressão que, por motivos diversos, alcançou grandes proporções a partir dos sistemas filosóficos como, por exemplo, as vertentes do idealismo alemão baseadas num método especulativo capaz de justificar um sistema tido como único e verdadeiro. No entanto, o sistema filosófico pode ser incompleto por aquilo que exclui; com efeito, o núcleo de uma sistemática como um modal indiferente pode não esgotar a previsibilidade das reais possibilidades. Talvez ajude a nossa compreensão a contundente observação que Bobbio tece em relação à Kelsen.

Não saberei dizer o quanto prejudicou Kelsen, no início de suas investigações, desde que flertava com o neokantismo, levando a considerar *Sollen* como uma categoria transcendental do conhecimento em vez de apreendê-la mais simplesmente como um verbo próprio das proposições normativas – o que acabou levando a sérias dificuldades das quais permaneceu prisioneiro até as suas últimas obras. (BOBBIO, 1977, p. 41)

O dever-ser (*sollen*) é em si indefinível, sendo apenas concebível em função dos termos com que se relaciona. Kelsen admite o dever-ser como categoria transcendental, sendo logicamente anterior à experiência jurídica que a *Teoria Pura* se propõe a unificar. Porém surge a dificuldade: como seria possível conceber um substrato que se mantém no mundo ideal, indiferente às modalidades que dele mesmo se propõe a extrair? Ou, em outras palavras, adotando uma natureza hipotética como pressuposto de um sistema do direito, como retirar uma validade ontológica se o dever-ser se configura como apriorístico sem conteúdo?

Devemos ir além da compreensão de um sistema normativo puro. O próprio Kelsen admite na Teoria Pura do Direito que o dever-ser se apresenta como dupla interpretatividade: (i) como norma dirige uma conduta a outrem e, (ii) enquanto proposição, prescreve,

enunciando a validade da norma. Assim, o dever-ser expressa um ato de vontade e um ato de cognição. Como ressalta Coelho (1987, p. 36): “[...] a norma jurídica pode ser encarada, em função da dupla interpretatividade, seja como correlato de uma atividade teórica voltada para um dever-ser objetivo, seja como essa própria atividade” (COELHO, 1987, p. 36). Como expressão cognosciva desse querer, o dever-ser também alcança o seu nível comunicacional do conhecimento da norma, satisfazendo, assim, sua necessidade ontológica.

Hoje sabemos que o nobre castelo da ciência pura estava cheio de impurezas ideológicas. Por trás do formalismo legal estava o ideal do direito como ordem, do sistema jurídico como promotor e garante da paz social, do Estado de direito entendido de forma kantiana como um Estado que não tem outro objetivo senão o direito (nem o bem-estar, nem a justiça, nem a felicidade de seus súditos), o ideal essencialmente conservador da aceitação do *status quo*, apropriado para momentos de estabilidade política já alcançados, para uma situação política e social considerada ou desejada como imutável. (BOBBIO, 1963, p. 47)

Ora, a filosofia do direito é muito mais que um sistema filosófico. Afinal, busca a harmonização das diferentes pesquisas levadas a cabo sob a mesma perspectiva: o aprofundamento dos campos da teoria do direito e a ampliação de áreas subjacentes como a teoria da justiça e a teoria da ciência jurídica. Não se trata de uma disciplina que objetiva a unificação dos saberes jurídicos numa tentativa de aproximar teoria e prática, mas de uma aplicação de possíveis *topoi* que se amplia e enriquece sob a mesma problemática: a experiência jurídica.

Como eu disse desde o começo, os estudos que têm como título a filosofia do direito possuem objetos diferentes. Eu não tenho objeções específicas contra nenhum deles, e eu não tentarei sustentar que um merece mais do que os outros o título de filosofia do direito (supondo que esse título seja honroso). Se eu não tenho nenhuma objeção, tampouco tenho uma preferência. A filosofia do direito que eu cultivei e consagrei preferencialmente em meus cursos universitários compõe-se de três partes que eu intitulo respectivamente de: a) teoria do direito; b) teoria da justiça; c) teoria da ciência jurídica. (BOBBIO, 1977, p. 46)

A experiência jurídica corresponde aos diferentes momentos da história do pensamento

jurídico que desafiam diariamente o jurista desde o seu alcance: (i) deontológico – como uma doutrina preocupada com o que o direito deve ser (teoria da justiça); (ii) ontológico – como uma doutrina voltada para o que é o direito (teoria do direito); (iii) prático ou hermenêutico – como uma maneira de interpretação do direito (ciência jurídica); (iv) ou até mesmo fenomenológico – como uma doutrina da evolução do direito no interior das sociedades (sociologia jurídica e história do direito).

---

1. A “jurisprudência” é admitida por Bobbio como sinônimo de ciência jurídica – é o sentido de uma dogmática jurídica referente aos estudos sobre o direito (interpretação) e, portanto, a meta-jurisprudência é o método desse estudo

## Entre racionalidade e imprevisibilidade

Podemos pensar como exemplos de fenômenos apreensíveis pela filosofia do direito a transformação gradual das conquistas dos direitos individuais, políticos e sociais ou a relação temporal entre regimes de poder como o liberalismo, a democracia e o socialismo, tendo como parâmetro a articulação dos conceitos jurídicos de igualdade e liberdade. Porém, em quaisquer desses exemplos oferecidos, a dificuldade se estabelece ao tentarmos interiorizar os planos históricos como contínuos, pois, apesar da dificuldade de conciliar ação e intenção – marca constante entre o confronto de um projeto emancipatório e a concretude dos acontecimentos –, não conseguimos aceitar o fato de que os conflitos são intrínsecos às relações sociais, políticas e jurídicas. Sempre haverá contradição.

Bobbio é consciente de tal fato e reconhece o processo histórico como movimento desconstituído de unidade predeterminada ou predeterminável. Isso significa estabelecer na área jurídica um enclave entre racionalidade e imprevisibilidade. Para Bobbio, o direito é impreciso, incompleto e desordenado, precisando da ciência jurídica para se precisar, completar e ordenar. No texto de 1962 tal tarefa se apresenta na preocupação do autor em compreender a filosofia do direito a partir de uma dificuldade metodológica: como devemos lidar com os fenômenos jurídicos?

Entender o que venha ser uma filosofia do direito é, na verdade, estabelecer, em primeiro lugar, uma preferência de método (ou meta-

jurisprudência<sup>1</sup>) para, então, admitir critérios ótimos para encaminhar os problemas da experiência jurídica. Frise-se que, “[p]ara Bobbio, a jurisprudência tem por tarefa fundamental a análise da linguagem das normas jurídicas [...]” (RUIZ MIGUEL, 1977, p. 177). A partir dessa concepção metodológica é que se haveriam de tratar problemas tradicionais de uma teoria do direito, como a noção de norma, a unidade a partir da validade da norma, as antinomias ou, numa teoria da justiça, discussões sobre o conjunto privilegiado de valores, bens ou interesses, entre outras dificuldades que aparecem nos estudos jurídicos<sup>2</sup>.

O ponto é essencialmente propedêutico e, por muito tempo, o único modelo analítico normativo para o acesso cognoscitivo ao objeto do direito era o modo imputativo de conhecer a partir de um modal indiferente – linguisticamente expresso pela fórmula “se *A*, então *B*”. A exigência aqui é necessariamente prescritiva: cumprimento de determinados requisitos para determinar a norma aplicável ao fato concreto.

De fato, a norma abstrata deve funcionar como um *a priori* numa relação de concreção jurídica. É a única objetividade capaz de admitir como válida uma determinada hipótese de incidência. Afinal, é a abstração da norma que garante a possibilidade de sua hipoteticidade conforme a relação entre a hipótese e o conseqüente.

No entanto, quando o interesse é metodológico, ou seja, descobrir quais são os melhores instrumentos para a investigação, o enfoque já é outro. Não se trata de discutir apenas o aspecto lógico-formal da norma, mas sim de investigar o momento da ação, isto é, a vontade normativa (aquilo que a norma descreve).

Para buscar a expressão de imperatividade contida na norma, a apropriação do substrato lógico-material já não será mais suficiente. Será necessário admitir a dimensão prática e verificar, no momento de aplicação da norma, a sua falibilidade. Em suma, numa preocupação metodológica é a própria norma na sua manifestação que deve ser o objeto de investigação.

Em termos gerais, a norma aplicável não preexiste de forma acabada, como subsunção direta, mas, ao contrário, deve ser obtida em cada caso a partir dos dispositivos legais apropriados. Assim, predomina sempre uma dúvida razoável nas decisões judiciais, cujo conteúdo é incerto por características estruturais do próprio processo de interpretação e aplicação do direito. Sem dúvida existe, como Adam Przeworski (1984) afirma, uma relação necessária entre “incerteza/certeza de meios” e “incerteza/certeza de resultados”:



uma combinação entre previsibilidade nos meios da tomada de decisões políticas e jurídicas e a imprevisibilidade no seu conteúdo.

Talvez Bobbio não tenha chegado tão longe no texto de 1962, porém a prioridade concedida no artigo à análise em relação à síntese revela o caráter construtivista-descritivo numa fase madura de sua produção teórica. Por isso, identificamos no nosso autor uma emancipação em relação à leitura kelseniana, afastando-se de um método formalista-prescritivo para alcançar outros sobrevoos.

Borsellino (1998) observa como Bobbio transformou sua teorização sobre o direito na década de 1960. Essa mudança advém de uma ruptura entre a visão de Kelsen sobre a cientificidade da teoria do direito ancorada em pressupostos transcendentais do construtivismo kantiano e os pressupostos filosóficos neopositivistas mobilizados pela teoria dos níveis discursivos e pela distinção entre afirmações sobre o ser e sobre o dever-ser. Bobbio primeiramente apresentou uma distinção entre teoria do direito (“jurisprudência”) e discussão metodológica sobre teoria do direito (“metajurisprudência”). Depois, criticou a metajurisprudência de Kelsen por seu acento prescritivo – em vez de descrever o que o jurista realmente faz, Kelsen pretendia prescrever o que ele deveria fazer, o que cassaria as credenciais científicas de sua empreitada teórica. Finalmente, Bobbio, ao abordar a pretensão kelseniana de neutralidade axiológica da ciência jurídica, rejeita o caráter lógico-formal da norma fundamental que confere unidade – o fundamento de validade último, pressuposto – a uma ordem jurídica; em seu lugar, Bobbio entende que a norma fundamental tem uma base ideológica. Essa evolução teórica é relevante para se compreender os escritos de Bobbio na *Teoria da Norma Jurídica* e na *Teoria do Ordenamento Jurídico*, que compõem a sua *Teoria Geral do Direito* (BOBBIO, 2010) ensinada entre 1957 e 1960 na Universidade de Turim.

---

2. Explicitamente influenciado por Bobbio, Lafer (1988, p. 233) afirma: “É por essa razão que, no paradigma da Filosofia do Direito, postula-se a fidelidade ao ordenamento, pois sem esta fidelidade desaparecem os princípios de unidade e de coerência com os quais, dentro da lógica do razoável, operam os juristas no seu trabalho epistemológico de comprovar, interpretar e conciliar normas de Direito Positivo.”

## Da estrutura à função: sobre a dimensão fenomenológica do direito

Tendo situado a mudança paradigmática da filosofia do direito de Bobbio nos anos de 1960, vale mencionar o quanto a dimensão fenomenológica do direito – e, assim, seu caráter contingente, imprevisível, mutável – ganha ênfase no limiar da década de 1970, quando Bobbio passa a defender a complementaridade entre uma visão estrutural e uma abordagem funcional do direito.

Faria sentido combinar a abordagem sistemática típica do positivismo analítico com as perguntas sobre funções, instituições e contextos típicas do realismo e da sociologia jurídica? É importante, em primeiro lugar, ressaltar a unificação maior dessas espécies de investigação dentro do gênero abarcante da filosofia do direito. Em vez de se subdividir disciplinas estanques – filosofia, sociologia, antropologia, teoria – a reflexão jurídica poderia obter vantagens de reunir, sob o rótulo genérico de “filosofia do direito”, uma unidade de investigação capaz de “romper os diques que mantêm as disciplinas jurídicas tradicionais no reservatório artificial de um sistema positivo” (BOBBIO, 1990, p. 101).

Desse modo, Bobbio passa a encaminhar uma superação dos impasses clássicos que marcaram o embate entre miradas analíticas e empíricas sobre a juridicidade. Neste ponto, mais uma vez, se distancia da herança kelseniana. Kelsen fora radical em sua crítica tanto ao realismo jurídico americano quanto à sociologia empírica à maneira de Ehrlich (AMATO, 2022, p. 155-161). De um lado, haveria uma confusão sobre a teoria do direito como uma ciência das normas, ou uma “ciência normativa”. Ela deveria ser uma ciência descritiva de normas, e não preditiva de comportamentos – inclusive o comportamento relativo a como os juízes interpretarão determinadas normas e tomarão certas decisões (KELSEN, 2005, p. 235-258). De outra parte, apenas uma construção escalonada sobre o aspecto formal da validade das normas – o fundamento de validade de uma norma retirado da norma que define a autoridade competente e o método adequado para sua positivação – seria capaz de demarcar o campo da ordem jurídica e suas estruturas (as normas jurídicas). A pesquisa empírica nos deixaria à mercê da indefinição sobre os limites do direito – Ehrlich (1936, p. 164-169) sugeria, por exemplo, que para delimitar o conjunto das normas jurídicas era preciso pesquisar os sentimentos provocados pela transgressão à norma. Em seu esquema classificatório das normas sociais, havia lugar para emoções tão diversas quanto um sorriso de escárnio, um desdém crítico ou os sentimentos de revolta, de indignação, de ressentimento e de desaprovação. O que definia o jurídico,

notadamente, seria o sentimento de necessidade, a *opinio necessitatis*. O jurídico seria ontologicamente delimitável em relação ao não jurídico. Haveria “fatos de direito”.

Kelsen (2006) afirma o caráter metodológico ou epistemológico da distinção entre o jurídico e o não-jurídico. Não se trata de um dado bruto da realidade empírica, mas de uma construção da teoria. Não é o direito em si um conjunto ontologicamente delimitado de práticas sociais (como pensava Ehrlich) nem um conjunto de proposições prescritivas capaz de circunscrever absolutamente a decisão de casos concretos (como imaginam os formalistas clássicos). O direito, tal como construído por determinada metodologia, vem a se apresentar como uma estrutura escalonada de validação, cadeia esta de poder e normatividade que a *Teoria Pura* analisa em seu aspecto meramente formal, sem indagar sobre a determinação do conteúdo das normas inferiores (mais individuais e concretas) pelas superiores (mais gerais e abstratas). Bobbio, já na sua *Teoria Geral do Direito*, apresenta objeções e firma alternativas ao método kelseniano; por exemplo:

1) ao apresentar (BOBBIO, 2010, p. 219-226) a norma fundamental como postulado científico (pressuposto metodológico para a definição e aplicação do conceito de “validade” no direito), rejeitando maiores compromissos com a filosofia da consciência kantiana (adotada por Kelsen para conceituar a norma fundamental como condição lógico-transcendental do conhecimento do direito como ordem normativa);

2) ao discutir (BOBBIO, 2010, p. 231-240) o problema da coerência (ou consistência) do ordenamento jurídico, notando como a solução de antinomias demanda uma análise conteudística das normas em conflito, a qual seria afastada por uma circunscrição rígida da análise ao critério meramente formal de Kelsen para a definição da validade das normas<sup>3</sup>.

Em 1970, Bobbio publica uma coletânea de *Estudos* por uma teoria

---

3. Para Kelsen (2006, p. 300-306, 366-368) antinomias ou contradições em sentido próprio não existem em um ordenamento jurídico – trata-se apenas da anulabilidade da norma inferior ou da punibilidade do órgão que a positivou. Isto é, não existem duas normas válidas em contradição – uma delas sequer é válida, sequer é norma jurídica. Para Kelsen (1991, p. 125), os critérios de solução de antinomias não são imponíveis por serem lógicos, mas sim por serem princípios do direito positivo.

geral do direito (BOBBIO, 2015). Nos anos 1970, Bobbio confere uma ênfase ao aspecto fenomenológico do direito, ao abrir uma linha de diálogo entre teoria analítica e sociologia do direito<sup>4</sup> no livro *Da estrutura à função* (coletânea lançada em 1976, reunindo ensaios publicados entre 1964 e 1975). Aí Bobbio propõe uma abordagem funcional do direito, aproximada à sociologia na medida em que se centra na observação da função do direito – isto é, nos serviços que o subsistema do direito presta ao sistema maior da sociedade. Nessa linha é que encaminha suas críticas à unilateralidade das conceituações clássicas da teoria estrutural positivista (da norma e do ordenamento): por exemplo, ao pressupor de uma função repressiva, de mero controle social pelo direito (marginalizando sua função diretiva e promocional); ou ao reduzir a conceituação das sanções às punições (sanções negativas), excluindo injustificadamente a análise das sanções positivas (prêmios e incentivos). A própria teoria jurídica analítica – ou abordagem estrutural –, a despeito de suas pretensões universalistas e anistóricas, é situada então como expressão do Estado liberal, carecendo de atualização diante do direito e do Estado social então emergentes.

Em ensaio de 1984, inclusive, atento à mutabilidade histórica do direito, Bobbio (2018, p. 235) observa que é verdade que a distinção analítica entre delitos e penas, de um lado, e virtudes e prêmios, de outro, seja reiterada há muito tempo; mas virtudes e prêmios estiveram ligados historicamente a atividades militares do Estado, enquanto no século XX técnicas promocionais, de incentivo e premiação, foram associadas a uma ampliação das políticas econômicas e sociais – ou seja, a uma mudança do papel do Estado, que passa a modelar esferas tradicionalmente atribuídas ao campo do privado e do familiar (economia, educação, saúde, arte, assistência social).

Bobbio (2018) localiza na década de 1960 tanto o desenvolvimento da lógica deôntica, enquanto aprofundamento da abordagem estrutural do direito (que se pergunta sobre como o direito é feito), quanto das análises sociológicas, que perguntam para que serve o direito e não se centram na mera descrição de técnicas legislativas, mas as conectam a transformações políticas (portanto, a funções do direito e do Estado), distinguindo entre as funções manifestas das normas (por exemplo, empiricamente atribuíveis à vontade do legislador) e suas funções latentes (incluindo efeitos adversos). “Use-se mesmo o método da verificação empírica como pede o sociólogo do direito, ‘sociologize-se’ a teoria do direito [...]”, declarava Bobbio (2018, p. 240-241). De outra parte, na própria análise da função promocional do direito, Bobbio (2018, p. 244) buscava um critério estrutural para distinguir incentivos de prêmios: “prêmio seria o elemento de uma norma condicionada, do tipo ‘se faz a pode (pretender) x’, e o incentivo, ao invés, o elemento de uma norma técnica, do tipo ‘se quiser y, deve a’”.

Não é o caso de aprofundar a análise da abordagem funcional do direito proposta por Bobbio (para tanto, ver AMATO, 2017b). Aqui a menção a esse desdobramento do pensamento bobbio – posterior ao ensaio que é objeto central de nosso comentário – vale para frisar como o autor enfatizou e desenvolveu o tema da mutabilidade e imprevisibilidade do direito, inclusive incorporando à filosofia do direito uma dimensão de análise sociológica.

## Conclusão

A metodologia jurídica mais centrada em análise e técnica, que veio a se especificar e refinar na teoria geral positivista e a constituir o que Bobbio chamou de filosofia (do direito) dos juristas, pratica duas violências ao cindir ser e dever-ser, diz De Giorgi (2015) em sua “Apologia construtivista do positivismo jurídico”. De um lado, o positivismo (sobretudo kelseniano) pratica uma violência analítica em relação ao direito, na medida em que o trata apenas como dever-ser (nexos de imputação, funtores deônticos, cadeias de validação). De outro lado, há uma mutilação em relação aos fatos, circunscrevendo-os a fatos de direito (no limite, hipóteses de incidência ou antecedentes normativos). Apaga-se analiticamente a memória da construção do direito (a Teoria Pura, sobretudo, afasta-se dos problemas da legislação e jurisdição, da interpretação, argumentação e decisão) e abstraem-se os dados fáticos que transbordem o esquema interpretativo consolidado por uma norma posta<sup>5</sup>.

Talvez fosse possível abordar o itinerário de Bobbio como uma detecção dos pontos cegos da observação formal positivista e como uma proposição de outras diferenças para enriquecer a descrição do direito. O ponto de partida de suas propostas analíticas e metodológicas é justamente a constatação do problema epistemológico da filosofia do direito: da imprevisibilidade e mutabilidade do direito e da contingência de suas perspectivas de observação (por exemplo, abordagem estrutural versus abordagem funcional, funções manifestas versus funções latentes da norma etc.), enquanto a clareza analítica do autor exige e exemplifica o papel do filósofo do direito em garantir a racionalidade e precisão dos conceitos, distinções e argumentos.

---

4. Já na sua *Teoria do Ordenamento Jurídico*

Bobbio (2010) propusera uma complementaridade entre a concepção institucionalista (e pluralista) de Santi Romano sobre o ordenamento jurídico e a concepção kelseniana (monista) de direito como ordem social coativa. Sobre as dificuldades dessa combinação, ver Amato (2017a).

---

5. Para uma consideração do potencial sociológico insinuado mas reprimido na conceituação positivista analítica (entretanto, com foco em Hart), ver Calvo García (2014).

Bobbio defende a utilidade da filosofia do direito para o jurista: apreender (e não isolar) o fenômeno jurídico, verificando sempre o melhor método de trabalho para o desenvolvimento de um raciocínio específico em cada caso. O progresso de uma metodologia jurídica se forma a partir de um momento de descrição e sistematização de normas e, posteriormente, num estudo analítico do comportamento de seus aplicadores e destinatários.

A dificuldade que o jurista precisa perceber é que está lidando com uma ciência do direito tanto quanto com uma teoria do direito e uma teoria da justiça; para o direito é preciso, ao mesmo tempo, assegurar a positivação de uma norma e incluir no próprio sistema uma nova demanda excluída. O resultado é uma mediação entre racionalidade e imprevisibilidade no transcurso do processo histórico, que garante uma dinâmica de autogestão capaz de preservar um sistema normativo na medida em que se encontra em um incessante movimento de renovação. Acompanhar o momento de mudança é a tarefa de qualquer filosofia do direito.

## Referências

AMATO, Lucas Fucci. Institucionalismo, pluralismo, corporativismo: 100 anos de O ordenamento jurídico, de Santi Romano. **Revista Quaestio Iuris (UERJ)**, v.10, n. 4, p. 2656-2677, 2017a.

AMATO, Lucas Fucci. Função, estrutura e instituição na análise jurídica. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)**, v. 112, p. 387-408, 2017b.

AMATO, Lucas Fucci. **Teoria Geral do Direito: uma introdução ao pensamento jurídico contemporâneo**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2022.

BOBBIO, Norberto. La scienza politica italiana: insegnamento e autonomia disciplinare. **Tempi moderni**, v. 6, n. 13, p. 45-52, 1963.

BOBBIO, Norberto. **Giusnaturalismo e positivismo giuridico**. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.

BOBBIO, Norberto. **Contribución a la teoría del derecho**. Madrid: Debate, 1990.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri: Manole, 2007.

- BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- BOBBIO, Norberto. **Estudos por uma teoria geral do direito**. Barueri: Manole, 2015.
- BOBBIO, Norberto. A função promocional do direito revisitada. In: SALATINI, Rafael; BARREIRA, César Mortari. **Democracia e direitos humanos no pensamento de Norberto Bobbio**. Marília: Oficina Universitária; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2018. p. 223-245.
- BORSELLINO, Patrizia. Norberto Bobbio. In: **ROUTLEDGE Encyclopedia of Philosophy**. New York; London: Routledge, 1998. v. 1, p. 791.
- CALVO GARCÍA, Manuel. Positivismo jurídico y teoría sociológica del derecho. **Sortuz, Oñati Journal of Emergent Socio-legal Studies**, v. 6, n. 1, p. 46-66, 2014.
- COELHO, Luiz Fernando. A dupla interpretatividade do dever-ser. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 24, p. 31-37, 1987.
- DE GIORGI, Raffaele. Per una apologia costruttivista del positivismo giuridico. In: DE GIORGI, Raffaele. **Tem di Filosofia del Diritto II**. Lecce: Pensa, 2015. p. 107-122
- DE GIORGI, Raffaele. **Ciência do direito e legitimação: crítica da epistemologia jurídica alemã de Kelsen a Luhmann**. Curitiba: Juruá, 2017.
- DWORKIN, Ronald. ¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos? **Isonomía**, México, n. 32, p. 7-29, 2010.
- EHRLICH, Eugen. **Fundamental principles of the sociology of law**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1936.
- KELSEN, Hans. **General theory of norms**. Oxford: Clarendon, 1991.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso. **Filosofía y derecho en Norberto Bobbio**. Madrid: Centro

de Estudios Constitucionales, 1983.

PRZEWORSKI, Adam. Ama a incerteza e serás democrático. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 9, p. 36-46, 1984.



Os artigos publicados na Revista Bindi estão licenciados sob a Licença Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0).