

PANORAMA HISTÓRICO DO DIREITO *

Darcísio Corrêa

*Doutorando em Direito pela UFSC e
Professor de Direito da UNIJUI*

Qualquer abordagem que se proponha explicitar uma conceituação do direito se defronta com duas matrizes teóricas historicamente situadas: o *iusnaturalismo* e o *positivismo jurídico*. São referentes obrigatórios numa análise crítica que tenha o direito como objeto de estudo. Sem querer retomar toda a trajetória deste debate, faremos uma breve contextualização para situar melhor o tema.

A DOUTRINA DO DIREITO NATURAL

O Direito natural trabalha com o pressuposto de que o direito é um dado transpositivo. Sua fonte que lhe dá origem e valor é exterior (Deus, Natureza, Razão).¹ Segundo Ross, há uma identidade fundamental por trás de todas as suas várias fases (mágica, religiosa e filosófico-metafísica), a consistir em

“...um temor à existência e aos poderes que dominam o homem, e a necessidade de buscar refúgio em algo absoluto, algo acima de qualquer mudança e que possa oferecer paz e segurança.” (Ross, 1977:222)

Como dado da natureza, vem referido e identificado com a justiça nos autores da Antigüidade. Para Aristóteles, o *justo* (o direito) é natural, sendo que a natureza, sobre a qual pode ser construído o direito, é o mundo exterior tanto físico como social.² Já nos autores da Idade Média o direito continua como um dado

* Este trabalho vem a ser uma introdução ao artigo “O que é o Direito? Retomando o Debate”, publicado na *Revista Direito em Debate* (2). Sua publicação tem como objetivo apresentar um breve resumo das principais posições teóricas presentes na história do direito, a ser usado nas aulas de Introdução ao Estudo do Direito.

natural, mas de cunho teológico. Para Tomás de Aquino, “cristianizador” das concepções anteriores, existe a *lei divina* (apenas acessível pela graça e através da Igreja), a *lei natural* (acessível pela razão do homem) e a *lei humana* (inspirada na lei natural). Esta última continua subordinada à lei natural, uma vez que a natureza é o fundamento do direito, mas uma natureza submetida à criação divina. Neste sentido, uma lei injusta (contrária à natureza) não precisava ser obedecida (não era direito).

Na Idade Moderna, tendo na obra de Grócio *De Iure Belli ac Pacis* (1625) seu ponto teórico de ruptura, o Direito natural é secularizado, com duas características básicas: 1) o direito não é mais identificado com a justiça ou o justo, mas com a idéia de *regra*; 2) a natureza como fundamento do direito não é mais a natureza física ou social dos antigos (Aristóteles), mas a *natureza do homem*. Nos séculos XVII e XVIII, o direito é visto como um conjunto de princípios ou regras ditadas pela “reta razão”, retirados da natureza humana, dos princípios internos do homem. Portanto, quem dita as leis e lhes serve de critério de valor não é mais uma ordem universal harmônica e unitária mas a natureza de cada homem, o indivíduo na sua qualidade específica de homem. Com isto o Direito natural se tornou individualista e liberal. Com base neste corte epistemológico, deslocando o centro de referência para o indivíduo-homem, detentor de possibilidades inalienáveis e eternas deduzidas como princípios de absoluta clareza, verdade e evidência (axiomas), captados através da meditação sobre a natureza do homem e a serem materializados em um sistema jurídico completo, surgem as *teorias contratuais* - passa a ser mediado pelo *consentimento* para se tornar direito positivo, originando-se a sociedade civil pela hipótese do contrato social. Em outros termos, o direito positivo, embora ainda subordinado à “natureza” (e isto por razões ideológicas, como veremos), surge como produto cultural, resultado de convenções humanas, ponto de passagem, portanto, do universo natural - o estado de natureza - ao universo cultural - o estado civil ou político-, construção esta presente da Revolução Francesa aos nossos dias.

Assim, o direito moderno, embora fruto de convenção humana, continua sendo um direito natural, uma vez que reconhece a natureza humana como receptáculo de um certo número de “direitos naturais”, fundamentais e imutáveis, concepção que gerou a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*, posta como universal e eterna, em nome de uma Razão a-histórica e intemporal. Vejamos apenas dois artigos desta Declaração:

“Art. 2º - A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

Art. 17 - Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob a condição de justa e prévia indenização”. (Montoro, 1981:201-202)

Sem dúvida, este conteúdo do Direito natural racional pressupõe a racionalidade jurídica burguesa que, em nome dos cidadãos livres e iguais enquanto indivíduos, estabelece as condições teóricas para a derrubada e inversão da pirâmide feudal. Em nome deste núcleo natural e imutável de direitos que, sintomaticamente, enfatiza a propriedade, estabelece-se a existência de um direito objetivo, independente da consciência dos homens, racionalmente captável (razão burguesa), e posto como critério que permite julgar a justiça intrínseca do direito positivo. É este o aspecto ideológico denunciado por Kelsen ao abordar os direitos subjetivos, a subjetividade jurídica como mecanismo ideológico de defesa da propriedade privada. (Cf. Corrêa, 1991:15-20)

A doutrina do Direito natural teve na Antiguidade um caráter conservador, pois o justo natural (físico e social) aristotélico referendava teoricamente o sistema escravagista vigente à época.³ Igualmente na Idade Média o jusnaturalismo de cunho teológico legitimou o sistema feudal com sua estratificação social baseada na vassalagem, na relação senhor/servo, pois os “ditames da reta razão” coadunados com a lei “natural” e voltados ao “bem comum” não se insurgiram contra tal ordem de dominação, hegemônica por uma Igreja depositária do poder de interpretação da racionalidade divina.

Já no jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII predominou o cunho subversivo-revolucionário do Direito natural, tomado como arma de combate contra as desigualdades sociais e políticas do absolutismo feudal a privilegiar as minorias do Clero e Nobreza. Foi em nome dos direitos individuais da liberdade e da igualdade que se deu a Revolução e se desmantelaram as instituições feudais, substituindo o governo personalista do Monarca absoluto pelo “império das leis”.⁴ Mas, como observa Míaille, este discurso do Direito natural racional foi “uma máscara humanista e lógica para a tomada do poder pela burguesia em seu

único proveito” (Míaille, 1979:257). Apregoado como um dado transpositivo, o Direito natural foi na realidade um *todo construído* mas inconfessado, com função prático-social de natureza ideológica.

Dentro do propósito de clarearmos uma concepção de direito, percebemos que a tese jusnaturalista do direito como um dado natural racional carece de solidez teórica. Sua versão teológica, que põe o fundamento e a origem do direito em Deus, supõe a fé, o que inviabiliza uma justificação com base na investigação humana. Já a versão do direito natural racional invariável lhe tira a eficácia, carecendo igualmente de solidez teórica. Como sustentar e fundamentar, no contexto político-jurídico da atualidade, um núcleo fundamental invariável como princípio de direito universal e eterno? Como e em nome de quem definir o conteúdo da “ordem natural”, como contextualizar aqui e agora o ato justo absoluto, enfim, como ler racionalmente a “voz jurídica da natureza” física ou social, sem transformá-la em conformismo social legitimando a ordem instituída? Os estudos de sociólogos e antropólogos mostram que, pelas variações econômicas, políticas e ideológicas, é impossível determinar um direito fixo e universal. Quanto à tese de um direito natural de conteúdo variável, nos moldes de Stammler e Villey, termina por gerar incerteza absoluta quanto a seu conteúdo, já que este muda constantemente. Sua variabilidade ligada à constatação da experiência histórica cai na reprodução do mundo existente, e o justo como medida do direito positivo torna-se pilar da ordem já instituída, levando ao conformismo e imobilismo social. Ou então, quando reveste cunho revolucionário como no caso do direito natural racional da Revolução Francesa, oculta funções político-ideológicas: o direito natural pretensamente igual para todos e promotor da dignidade humana está a serviço de uma classe sobre outra. O reino da razão torna-se reino idealizado da burguesia a esconder uma forma distorcida e tendenciosa de solução dos problemas. Além deste aspecto político-ideológico, Ross aponta ainda que, sob o ponto de vista epistemológico, aparece a arbitrariedade de seus postulados fundamentais pela própria contradição histórica das diversas teorias jusnaturalistas. Sob o ponto de vista psicológico, sua ideia central, a justiça (igualdade), torna-se expressão emocional, carecendo de objetividade para uma análise racional. A persistência de tais especulações metafísico-morais justifica-se por sentimentos de transitoriedade e de temor frente ao desconhecido, bem como o desejo do absoluto implica uma fuga da responsabilidade de decisão (Cf. Ross, 1977:260).

O POSITIVISMO JURÍDICO

O positivismo jurídico se embasa no pressuposto de que o direito é um dado cientificamente observável enquanto fenômeno concreto, a excluir qualquer especulação metafísica. Este outro tipo de fetiche do conteúdo reduz o direito ao positivamente estabelecido, tanto pela legislação como pelas sentenças judiciais. Em oposição a um direito ideal apriorístico, elabora-se uma teoria jurídica a consistir na sistematização das explicações pretensamente neutras do direito positivo dado como norma ou como fato social. O direito, apesar das variantes, é sempre visto como um dado objetivo. A contextualização histórica ajuda a esclarecer as concepções sobre "o que é o direito" na ótica positivista.

Se a burguesia, para tomar o poder político na França, usou o jusnaturalismo como arma de crítica à ordem social do feudalismo e como discurso legitimador da Revolução, após sua consolidação no poder substituiu o agora incômodo discurso político-revolucionário dos direitos humanos pelo discurso jurídico-positivista da legalidade, do Estado de direito. A Revolução burguesa encarregou-se de atender às necessidades da nova estrutura "libertando" os agentes econômicos, constituindo-os em sujeitos de direito, livres e iguais, autonomia esta que possibilita o contrato de trabalho, a troca e circulação de mercadorias, a concorrência entre proprietários. A fragmentação e atomização da sociedade em indivíduos iguais e soberanos foi fruto da teoria individualista do direito natural. A bandeira de luta dos direitos fundamentais juridificou-se, congelada nas Constituições europeias do século XIX e principalmente no Código de Napoleão, de 1804.

Tomado o poder, tratava-se de mantê-lo dentro dos moldes da nova economia burguesa. Neste contexto surgiu o positivismo jurídico clássico na forma da *Escola de Exegese*. A nova ordem capitalista, já expressa plenamente em termos jurídicos, não tolerava questionamentos subversivos, lutas políticas em favor dos novos explorados e oprimidos. A solução foi o fetiche da lei: como a função de legislar vinha hegemonizada pelos agentes da burguesia, tratava-se de calar ideologicamente os tribunais, ocupados ainda em boa parte por juizes aristocratas. Uma vez que os interesses da economia burguesa estavam juridicamente garantidos no Código de Napoleão, este foi teorizado como um sistema jurídico completo, preciso, coerente e fechado, a ser mecanicamente aplicado pelos juizes aos casos concretos. Segundo esta nova teoria da Escola de Exegese, de cunho apolo-

gético, o juiz é neutro, a justiça é cega (está aí a origem da famosa venda nos olhos da Justiça...), cabendo ao juiz a função de aplicar nos casos litigiosos um mero raciocínio lógico-dedutivo, eximindo-se de qualquer julgamento de valor. Restou-lhe a cômoda posição de pronunciar a sentença conclusiva subsumida da lei como premissa maior e do fato ajuizado como premissa menor, salvando-se a vontade dos legisladores napoleônicos.⁵

O que resulta desta postura positivista a pregar a neutralidade científica do jurista é que este culto do texto leva o direito a ser estudado independentemente de qualquer contexto socioeconômico dado, separado da política e da filosofia como um discurso auto-suficiente de caráter universalista. Mas, com o recrudescimento da luta de classes decorrente da conflitiva relação capital/trabalho, ao longo do século XIX, conturbou-se a paz burguesa, exigindo uma teoria mais condizente com a nova realidade, o que fez surgir a *Escola Sociológica do Direito*, na esteira de Comte e Durkheim. O objeto de estudo do jurista passou a ser o sistema jurídico positivo visto como uma coisa, um fenômeno social objetivo. O direito converteu-se em fato social coativo, explicável a nível puramente empírico.

Exemplo clássico desta ciência jurídica de base sociológica é *Léon Duguit*. Tomando o direito como um dado, encontra na *solidariedade social* seu fundamento objetivo de que vai se ocupar a ciência jurídica. Trata-se de um outro tipo de resposta positivista às teses do jusnaturalismo, trocando o sujeito jurídico criador do contrato social por *situações jurídicas* objetivamente existentes, analisadas como fenômenos cuja base era colocada na solidariedade social: o direito enquanto norma ou regra de conduta é um fato social, expressão jurídica desta solidariedade que estabelecia os limites da ação do Estado.

Devem ser reconhecidos os méritos da corrente sociológica do fim do século XIX, pois é louvável sua recusa do positivismo primário dos apologetas do Código de Napoleão a marcar a consolidação do sistema jurídico burguês dos inícios do século XIX. Louvável sobretudo é sua volta aos fatos, procurando encontrar o direito (sua efetividade) nos fatos sociais, o que se constituiu um avanço metodológico. Mas o limite e fraqueza deste sociologismo está na qualidade destes fatos, colocados como um dado que se impõe por si mesmo à consciência e observação do investigador. Este empirismo, a reduzir a ciência a uma simples experiência, não consegue explicar o real histórico, pois se este se apresenta como fatos sociais, sua explicação requer uma reconstrução intelectual por parte

do pesquisador. No dizer de Mialle, "se é verdade que o direito é um facto social, ele não é, no entanto, 'dado' na observação desta realidade social". (Mialle, 1979:281)

No caso da teoria de Duguit, esta nova capa de cientificidade do estudo do direito serviu como reconstrução ideológica das doutrinas justificadoras do modo de produção capitalista numa época em que a *pax* burguesa vinha abalada pelos conflitos de classe e pela crescente organização reivindicatória dos trabalhadores. O tratamento sociológico dos fenómenos jurídicos em termos de solidariedade social, vista como integração e coesão social e como totalidade harmónica em constante evolução, tornou-se um excelente contradiscurso capaz de ocultar a profunda divisão social advinda das relações espoliativas do capitalismo. Para a ideologia dominante, numa época de crescente tomada de consciência dos mecanismos de exploração do sistema e de sensíveis avanços na organização da classe operária em torno da causa socialista, a teoria solidarista de fins do século XIX e começos do século XX constituiu-se em substitutivo convincente para a desgastada teoria do individualismo liberal da época pós-Revolução Francesa. O regresso aos fatos salvava os princípios essenciais da ordem estabelecida contra o perigo da transformação radical das relações sociais. Com este panorama histórico chegamos às teorias jurídicas mais recentes, que passaremos a expor sinteticamente.

AS TEORIAS CONTEMPORÂNEAS DO DIREITO

Atendo-nos às teorias jurídicas do mundo ocidental capitalista, deparamo-nos, por um lado, com destacados autores que, mantendo-se fiéis à matriz positivista, defendem como objeto de estudo do direito a *norma*, ou melhor, um conjunto de normas com força obrigatória. Hans Kelsen, Herbert Hart e Norberto Bobbio, embora com fundamentações distintas, filiam-se a esta concepção de *cunho normativista*. Por outro, surge o *realismo jurídico*, igualmente de *cunho positivista*, destacando-se duas correntes: o *realismo norte-americano* (Karl Llewellyn e Jerome Frank) e o *realismo escandinavo* (Axel Hägerström, Karl Olivecrona e Alf Ross), enfatizando como direito real apenas o proveniente dos órgãos jurisdicionais.

O austríaco *Hans Kelsen*, nas suas obras *Teoria Pura do Direito* e *Teoria Geral das Normas* (Kelsen, 1984 e 1986), propõe-se purificar metodologicamente o estudo do direito, restringindo seu objeto à norma ou ao ordenamento jurídico

constituído de normas hierarquizadas. Negando valor científico ao Direito natural por situar-se no campo da Moral e por negar à natureza um querer normativo, e afastando igualmente o estudo jurídico da realidade social, de competência do sociólogo e do político, bem como da realidade da pessoa-indivíduo, a cargo do psicólogo, Kelsen reduziu a atividade teórica do jurista a uma descrição, totalmente isenta de valoração, da ordem normativa concebida como um sistema escalonado enclausurado em si mesmo. O direito foi criteriosamente colocado na redoma da pura idealidade (validade) do *dever-ser*, o qual, por definição, é irreduzível ao mundo do *ser* ou das relações sociais concretas. O sistema é fechado com o artifício (lógico-gnoseológico na *Teoria Pura* e fictício na *Teoria Geral*) da norma fundamental. Partindo da premissa de que o Estado detém o monopólio da violência física, e concebendo a ordem jurídica como essencialmente coercitiva (a sanção negativa da coação física é a marca distintiva do direito em oposição a outras normas sociais), Kelsen defende o direito como puramente estatal ao ponto de identificar Estado e direito.

Herbert Hart, jurista inglês nascido no começo do século (1907), professor em Oxford com passagem pelos Estados Unidos, teve influência da filosofia analítica (positivismo lógico). Para Reale, trata-se de um neo-empirista jurídico que se limita à análise dos valores lógico-sintáticos do direito positivo em vigor (Cf. Reale, 1983:330). Conjugam-se em sua teoria dois aspectos, que o situam por um lado no realismo *lingüístico* (pela importância que dá à linguagem como fator de determinação dos conteúdos normativos) ao lado do realismo jurídico *escandinavo* de Hägerström, Olivecrona e Alf Ross (Cf. Coelho, 1981:272ss) e, por outro, o colocam no positivismo *sociológico* (Cf. Gusmão, 1982:459-460) por fundar o ordenamento jurídico numa norma de reconhecimento vista não como hipótese lógica (Kelsen) mas como um fato ou fenómeno social empiricamente verificável.

Sua teoria vem exposta em *O Conceito de Direito*, escrito em 1961 (Hart, 1986), onde aparecem as influências da jurisprudência analítica de Austin e do normativismo de Kelsen. Procurando dar uma roupagem nova ao antigo positivismo jurídico dentro da ótica burguesa, inicia por uma crítica à teoria voluntarista ou imperativista de Austin, segundo a qual o direito consiste numa ordem ou imperativo de um soberano ao qual se sujeita um grupo social através de uma obediência habitual. Para Hart, as regras jurídicas postas por um legislador não encontram acatamento apenas numa obediência consuetudinária mas, também, num livre reconhecimento da maioria dos interessados. Segundo Höffe,

“pelo reconhecimento, tanto a obrigatoriedade jurídico-positivista como também a obediência jurídica que a ela se presta, recebem uma nova qualidade. Na teoria dos imperativos, uma obrigatoriedade jurídica é um ter-que; pois a obediência jurídica é simplesmente forçada através de um poder superior por meio de ameaças de mal. Kelsen concebe o direito como um dever-ser autorizado, que no conjunto é eficaz, com o que permanece obscuro se o direito, no fim, desemboca num ter-que, ou então de acordo com a vantagem que se expressa nas funções básicas do direito - num querer livre. Enquanto Hart define a eficácia através da concordância de uma maioria dos submetidos ao direito, o direito somente permanece um ter-que apenas para poucos, a saber, para aqueles que somente obedecem por medo de castigos. Junto à grande maioria se converte, pelo contrário, em reconhecimento livre.” (Höffe, 1991:135)

E Hart define este reconhecimento psicológico empiricamente como um fato.

Hart se distingue de Austin e Kelsen por não colocar no poder estatal a fonte do Direito, adaptando seu conceito analítico às tendências que apregoam o primado do direito sobre o Estado. Para tal, elabora sua teoria jurídica substituindo as categorias de “ordens, obediência, hábitos e ameaça” pela idéia de *regra*, e passa a definir “o direito como união de regras primárias e secundárias” (Hart, 1986:90ss). As *regras primárias*, impondo obrigações e concedendo direitos, presentes desde a sociedade primitiva, foram complementadas na sociedade desenvolvida pelas *regras secundárias*, de três tipos: *regras de reconhecimento* (determinando a validade das normas), *regras de mudança* (determinando o modo de atualização das regras primárias) e *regras de adjudicação ou processo/julgamento* (determinando o cumprimento coativo das regras em caso de violação).

Pelo visto, Hart e Kelsen se aproximam no fato de definirem o direito como um conjunto complexo de regras/normas obrigatórias, cuja validade traz sua norma fundamental dentro do próprio sistema, autorizado portanto de dentro e sem conceitos legitimadores de cunho moral como em Hobbes (a vantagem dos interessados) e outros. A norma secundária de reconhecimento de Hart, que aparece como fonte de outras normas, está, na realidade, bem próxima da *Grundnorm* de Kelsen e, neste sentido, *O Conceito de Direito* não traz nada de essencialmente novo em face da *Teoria Pura do Direito*. No entanto, embora coincidam na definição do direito como um sistema de normas, diferem profundamente

na fonte de sua produção e na questão da coercibilidade: Kelsen encontra a essência do direito na sanção coativa e arbitrariamente imputada a uma conduta pelo Estado enquanto ordem ou comunidade jurídica autorizada. Hart, por sua vez, enfatiza como ponto de partida a “idéia do dever” para tornar a conduta dos homens juridicamente obrigatória. A coerção, por ele chamada “forte pressão social”, é elemento importante do direito, mas declara-se contra a definição do direito como ordem coativa de conduta (Kelsen), restando não resolvido o porquê da obrigatoriedade das normas jurídicas postas pelo grupo social. A respeito, comenta Tumánov:

“O Direito mantém-se como um sistema de normas, que não é fixado pelo Estado, mas que é constituído de uma maneira qualquer a partir de si próprio. Hart crê que desta maneira superou o vício fundamental do positivismo do ponto de vista da crítica burguesa: o reconhecimento do Direito como produto do Estado, com a possibilidade de arbítrio que daí deriva. Ele vê a vantagem de seu sistema no facto de o Estado (no espírito das tradições inglesas, Hart identifica este com os funcionários) estar situado dentro dos estritos limites das normas secundárias, em primeiro lugar da Constituição como norma de reconhecimento. Contudo, isto é uma manei- ra fictícia de superar o problema. O primado do Direito é conseguido por Hart eliminando pura e simplesmente de cena o Estado, o qual, seja como for, existe de facto e tem a sua palavra a dizer sobre as tais normas primárias e secundárias” (Tumánov, 1984:183).

Enfim, se Kelsen teoriza um normativismo formalista e estatalista em que a validade do direito se reduz à pura existência ideal da norma, Hart defende um normativismo empirista em que a validade jurídica reside na eficácia real do direito entendido como puro facto social, reconhecido como um dever pelo grupo social. Este viés positivista de ambos com certeza impede uma concepção mais globalizada do direito.

O italiano *Norberto Bobbio* completa a tríade positivista a enfatizar o normativismo como objeto de estudo do direito. Seguiu as pegadas de Kelsen e Hart, que o influenciaram profundamente. Acentua o enfoque *normativo* do direito, vendo a experiência jurídica como um sistema de normas ou regras de conduta.

Em *Teoria General del Derecho* (Bobbio, 1987), elabora numa primeira parte uma *Teoria da Norma Jurídica*, vista sob o ponto de vista formal (independente de seu conteúdo), em sua estrutura *lógico-lingüística* (norma como *proposição prescritiva*). Na segunda parte faz uma *Teoria do Ordenamento Jurídico*, vis-

to como conjunto de normas de conduta e normas de estrutura (organização). Nesta obra segue mais ou menos fielmente a teoria gradualista de Kelsen: uma pirâmide com base de validade na norma fundamental. Para Bobbio, as normas constitucionais dependem de um *poder constituinte* último que, por sua vez, pressupõe a norma fundamental: "O poder constituinte está autorizado para ditar normas obrigatórias para toda a coletividade" ou "a coletividade está obrigada a obedecer às normas emanadas do poder constituinte" (Bobbio, 1987:168). Esta norma fundamental não é expressa mas pressuposta como fundamento de unidade e de legitimidade do sistema. A norma jurídica a produzir o poder constituinte é um postulado científico-jurídico (convenção ou pretensão de evidência) cuja justificação está fora da teoria do direito positivo, com o que Bobbio confirma a tese positivista de Kelsen.

A teoria jurídica de Bobbio aparece ainda num outro livro: *Contribución a la Teoría del Derecho* (Bobbio, 1980), uma coletânea de artigos organizada por Alfonso Ruiz Miguel. Procura demarcar o campo de estudo do jurista como uma teoria geral ou *formal* do direito, que estuda a estrutura normativa do fenômeno jurídico (formalismo jurídico), distinta da filosofia do direito (teoria da justiça e metajurisprudência) e da sociologia do direito (esfera do ser).

Com o texto *Ciencia del Derecho y Analisis del Lenguaje*, de 1950, assume metodologicamente o positivismo lógico, substituindo a ênfase da verdade pela do *rigor*: em vez de ater-se a proposições verdadeiras, a ciência se ocupa de *proposições lingüísticas rigorosas* (coerência de enunciados). Entendendo a jurisprudência (ciência do direito) como análise da linguagem, Bobbio estabelece como objeto de estudo do jurista um conjunto de *proposições normativas* com validade ideal e não real, descartando deste estudo a origem social e histórica das regras jurídicas. A jurisprudência é mera análise da linguagem de proposições jurídicas já dadas pelo legislativo. A tarefa do jurista é a *interpretação* da lei, transformando-a em discurso rigoroso, pois a ciência do direito consiste em purificar, integrar e ordenar a linguagem jurídica do legislador.

Já em 1967, com o texto *Ser y Deber Ser en la Ciencia Jurídica*, ameniza em parte este rigor positivista ao criticar a teoria kelseniana do positivismo e da *Wertfreiheit* (indiferença de valores na ciência) como teoria ou metajurisprudência *ideologizada*: *prescreve descrever*. Aponta a contratendência da época pós-positivista, a substituir a metajurisprudência prescritiva de Kelsen e outros por uma metajurisprudência *realista*, mais descritiva que prescritiva (função prescritiva do jurista).

"A manifestação mais relevante desta contratendência é a reexumação da retórica ou tópica, como lógica da opinião diferente da lógica propriamente dita ou lógica da verdade e o conseqüente interesse renovado pelo estudo da teoria da argumentação e em geral pela lógica da controvérsia ou do raciocínio persuasivo": (Bobbio, 1980:208)

Nos inícios da década de setenta, o positivismo normativista de Bobbio entra em crise, o que o leva a partir para uma análise *funcional* do direito, não conseguindo, no entanto, estabelecer uma referência teórica mais sólida em suas pesquisas. Em sucessivos artigos: *Derecho y Ciencias Sociales* (1971), *Las Sanciones Positivas* (1971), *Estructura y Función en la Teoría del Derecho de Kelsen* (1973) e *El Análisis Funcional del Derecho: Tendencias y Problemas* (1975), procura tirar a ciência jurídica do isolamento a que a concepção positivista a confinou, o que se deveu à influência, no mundo jurídico, do pensamento marxista e das teorias realistas que priorizam a efetividade sobre a validade formal das normas jurídicas. Da defesa da autosuficiência do sistema jurídico passa para a valorização das inter-relações entre o sistema jurídico e os sistemas econômico, político e social em seu conjunto (Cf. Bobbio, 1980:234). Mas, combatendo o sociologismo, procura salvar a especificidade na interdisciplinariedade:

"Com efeito, existe o risco de que o jurista que sai da própria ilha se afogue no vasto oceano de uma indiscriminada ciência da sociedade. Acercamento não quer dizer confusão. A interdisciplinariedade pressupõe sempre uma diferença entre distintas aproximações" (Bobbio, 1980:235).

Jurista e sociólogo têm em comum o problema da relação entre regra e comportamento, mas trabalham a partir de lugares diferentes:

"No sociólogo a observação dos comportamentos prevalece sobre a interpretação das regras; no jurista a interpretação prevalece sobre a observação. (...) O ofício do jurista tem sido sempre o de 'tratar' regras, e entendendo por 'tratar', no sentido mais amplo, a identificação, a interpretação, a manipulação, a conciliação, a ordenação sistemática, a dedução e até a invenção das regras de um sistema" (Bobbio, 1980:236-237).

A partir desta nova postura, Bobbio critica Kelsen (e nesta crítica se percebe a influência que sofreu de Hart, mormente na questão da coação), o qual se atém a uma análise estrutural e não funcional do direito. Isto se deve à concepção

instrumental de Kelsen sobre o direito, visto como "forma de controle social", "técnica social", "mecanismo coativo", que pode ser colocado a serviço de qualquer valor (relativismo ético e irracionalismo dos valores), o que elimina a hipótese de uma análise funcional. Para Bobbio, a teoria kelseniana do direito como ordenamento jurídico coativo (direito como técnica de controle social com base na ameaça e aplicação de sanções negativas) está superada na sociedade atual. Com a substituição do Estado liberal pelo Estado assistencial e intervencionista, o Estado hoje deixou de ser apenas controlador do processo econômico, assumindo função *dirigida*, do que Bobbio conclui que o direito, além da função protetora-repressiva, passa a ter uma função *promocional* (estímulos e alocação de recursos), de mera forma de controle social passa a ser concebido como *forma de controle e direção social*. (Cf. Bobbio, 1980:261)

No entender do autor, há uma perda de função do direito na sociedade industrial tecnocrática (desjuridificação), através de duas tendências: 1) perda da função repressiva (coação) pelo condicionamento crescente do comportamento coletivo através dos meios de comunicação de massa (ideologia); 2) avanço dos meios de prevenção sobre os de repressão, com base no papel de ciências sociais como psicologia e pedagogia. Já que o Estado contemporâneo, além de controlar também *dirige* o desenvolvimento econômico, o Estado de direito cede lugar ao Estado administrativo, com função promocional e distributiva através da *sanção positiva*.

Enfim, para Bobbio, está ainda por se fazer uma teoria funcional do direito entendida como uma teoria geral que busque o elemento caracterizador do direito não na especificidade da estrutura mas na especificidade da função, salvando sempre o caráter específico do direito (norma/regra).

Outra corrente, também inserida no campo positivista do século XX, contrapõe ao jusnaturalismo e normativismo o *realismo jurídico*, no qual pelo seu lado sociológico também pode ser incluído Hart. Apóia-se nos mesmos postulados positivistas, ou seja, rejeição a qualquer indagação de caráter metafísico ou ideológico, negação de qualquer fundamento absoluto à idéia de direito e afirmação do direito efetivamente existente no mundo fenomênico. Neste sentido caracteriza-se por uma dupla reação: por um lado opõe-se, na análise jurídica, às noções e princípios meta-empíricos da justiça e Direito natural (fins e valores), eliminando o sentido ético da juridicidade; por outro, condensa o positivismo legalista tanto da Escola de Exegese como da Jurisprudência analítica. A expertise ju-

rídica é reduzida a um fato social, não mais de cunho essencialmente normativo (Hart) e axiológico, mas limitado à decisão e vontade do juiz, para quem a norma geral (conteúdo das leis) é mero dispositivo legitimador das sentenças.

Destacam-se duas vertentes deste realismo jurídico: o realismo norte-americano e o realismo escandinavo. A *escola realista dos Estados Unidos* (John C. Gray como precursor, Karl Llewellyn e Jerome Frank, sua expressão maior) se caracteriza pelo *psicologismo ou sociologismo*, que enfatiza como direito real apenas o proveniente dos órgãos jurisdicionais, relegando tanto o conjunto de princípios e leis como qualquer outro direito fora dos tribunais. O direito como conjunto de normas é substituído pelo direito como complexo de decisões judiciais.

"Desenvolvendo uma desmascaradora análise do processo judicial, dentro de extremado realismo sócio-psicológico, sustentam que a atividade jurisdicional não segue o processo lógico, das premissas à conclusão, mas o processo psicológico, da conclusão à procura de premissas convenientes". (Coelho, 1981:278)

Minimizando a influência das regras jurídicas sobre as decisões dos juízes, centram a análise na personalidade do juiz, que julga segundo sua convicção íntima e sua própria justiça, usando as leis como justificativa *a posteriori* de suas decisões. Como lembra Coelho:

"Criticando o sistema judicial norte-americano, Franck a ele se refere como um sistema mais ou menos disfarçado de justiça, sendo que as decisões judiciais estão influenciadas pela *dieta do juiz*, suas preferências e aborrecimentos pessoais, seus preconceitos e seu estado de ânimo" (Coelho, 1981:283),

o que torna o direito efetivo inseguro e incerto, já que variam as referências axiológico-experienciais dos juízes. A certeza do direito vira mito e ilusão, enquanto o jurista se depara com o ceticismo axiológico.

O *realismo jurídico escandinavo*, tendo como representantes Axel Hägerström, Karl Olivecrona e Alf Ross, caracteriza-se como realismo linguístico, a trabalhar com *proposições de ser*. Tomando por base Alf Ross, este expõe sua teoria em *Sobre el Derecho y la Justicia* (Ross, 1977), procurando fazer uma síntese do realismo psicológico (Savigny, Puchta) em que o direito está nos fatos psicológicos, na consciência jurídica popular (de fundo individualista), e do realismo conductista ou behaviorista (Oliver Holmes), em que a realidade do direito está nas ações dos tribunais no sentido de ser vigente porque é aplicado.

O pressuposto de Ross é que as proposições jurídicas doutrinárias têm como conteúdo real uma *predição* de que, sob determinadas condições, os tribunais tomarão X (norma jurídica) como base para suas sentenças em controvérsias futuras, sendo que o estudo das fontes do direito deve enfatizar a ideologia normativa (não-arbitrária) presente no espírito do juiz. Cabe descobrir *que* regras de direito legislado o juiz interpreta como justificativa para sua sentença, na qual prevaleça a consciência jurídica popular em vez da lógica silogística. Esta interpretação é *construtiva* (não neutra), pois o juiz cria direito uma vez que a técnica (lógica) *argumentativa*, além de conhecimento, é valoração quando relacionada a fatores pragmáticos.

Ao tratar da política jurídica, Ross critica o historicismo, destacando, no entanto, dos ensinamentos de Savigny e Marx o mérito de clarear a subordinação relativa do legislador frente a forças sociais que limitam seu formal poder soberano. Daí a conclusão de Ross: a política jurídica é possível, pois o legislador não é impotente. Mas é uma possibilidade *limitada* pelas diversas forças sociais: a ideologia política, a consciência jurídica e os fatores econômicos. Neste sentido, o papel do jurista é efetuar uma análise profunda dos dados, projetados para o futuro, mas em conexão com um conhecimento das correlações invariáveis que determinam a evolução.

Este rápido panorama a respeito das principais posturas teóricas sobre o direito e seu objeto de estudo serve de introdução para interessantes pesquisas que façam avançar o debate jurídico na atualidade, trabalhando tais referências históricas num sentido de superação e de busca de novos engajamentos teóricos na realidade em que vivemos.

NOTAS

- 1 Uma análise crítica do Direito natural aparece, além de outros, em MAILLE, Michel. *Uma Introdução Crítica ao Direito*. Trad. de Ana Prata. Lisboa : Moraes Editores, 1979. p. 238-266; AGUIAR, Roberto A. R. de. *O que é Justiça - Uma Abordagem Dialética*. São Paulo : Alfa-Omega, 1982. p. 29-56; ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Versão espanhola de Genaro R. Carrió. Buenos Aires : Eudeba, 1977. p. 221-288; KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*. Trad. de João Baptista Machado. 2.ed., Coimbra : Arménio Amado - Editor, Sucessor, 1979. 169p.

- 2 A teoria de Aristóteles aparece em *Ética a Nicômaco*, Livro V. Trad. de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim, In: *Os Pensadores - Aristóteles II*. São Paulo : Abril Cultural, 1984. p. 120-138. Voz dissonante desta posição filosoficamente predominante é a dos *sofistas* que, ao distinguirem o *justo natural* do *justo legal*, enfatizam as leis (o justo) como corporificação dos interesses e do poder arbitrário dos governantes (os mais fortes).
- 3 Os sofistas constituem exceção uma vez que, à época, denunciaram as leis como mecanismo de dominação, cf. nota (02) supra.
- 4 Torna-se ilustrativa, a respeito, a leitura de SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa - Que é o Terceiro Estado?* Trad. de Norma Azeredo. Rio de Janeiro : Liber Juris, 1986. 155 p. Sobre o jusnaturalismo como arma de combate, ver MAILLE, Michel. *Uma Introdução...*, cit., p. 253ss; CORREAS, Oscar. *Introducción a la Crítica del Derecho Moderno*. 2. ed. México-Puebla : Universidad Autónoma de Puebla, 1986. p. 17-19.
- 5 Vejam-se a respeito as obras de WARAT, Luis Alberto. *Mitos e Teorias na Interpretación da Lei*. Porto Alegre : Editora Síntese, 1979. 162 p.; BRUM, Nilo. *Requisitos Retóricos da Sentença Penal*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1980. p. 16ss.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR, Roberto A. R. de. *O que é Justiça - Uma Abordagem dialética*. São Paulo : Alfa-Omega, 1982.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. de Vincenzo Cocco et al. São Paulo : Abril Cultural, 1984. (*Os Pensadores*).
- BOBBIO, Norberto. *Contribución a la Teoría del Derecho*. Edição organizada por Alfonso Ruiz Miguel. Valência : Fernando Torres Editor, 1980.
- BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Trad. de Eduardo Rozo Acuña. Bogotá : Editorial Temis, 1987.
- BRUM, Nilo. *Requisitos Retóricos da Sentença Penal*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1980.
- COELHO, Luis Fernando. *Lógica Jurídica e Interpretación das Leis*. 2. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1981.

- CORRÉA, Darcísio. Direitos Humanos e Sistema Jurídico Kelseniano. *Revista Direito em Debate*, Ijuí : Ed. UNIJUÍ, (1):7-26, out 1991.
- CORREAS, Oscar. *Introducción a la Crítica del Derecho Moderno*. 2. ed., México-Puebla : Universidad Autónoma de Puebla, 1986.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 9.ed., Rio de Janeiro : Forense, 1982.
- HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.
- HÖFFE, Otfried. *Justiça Política*. Trad. de Emildo Stein. Petrópolis : Vozes, 1991.
- KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*. Trad. de João Baptista Machado. 2. ed., Coimbra : Arménio Amado - Editor, Sucessor, 1979.
- *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed., Coimbra : Arménio Amado Editora, 1984.
- *Teoria Geral das Normas*. Trad. de José Florentino Duarte. Porto Alegre : Fabris, 1986.
- MIAILLE, Michel. *Uma Introdução Crítica ao Direito*. Trad. de Ana Prata. Lisboa : Moraes Editores, 1979.
- MONTORO, André Franco. *Estudos de Filosofia do Direito*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1981.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 10.ed., São Paulo : Saraiva, 1983.
- ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Versão espanhola de Genaro R. Carrió. Buenos Aires : Eudeba, 1977.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa - Que é o Terceiro Estado?* Trad. de Norma Azeredo. Rio de Janeiro : Liber Juris, 1986.
- TUMÁNOV, Vladimir. *O Pensamento Jurídico Burguês Contemporâneo*. Trad. de Palmeiro Gonçalves. Lisboa : Editorial Caminho, 1984.
- WARAT, Luis-Alberto. *Mitos e Teorias na Interpretação da Lei*. Porto Alegre : Editora Síntese, 1979.