

# POSITIVISMO JURÍDICO E RETÓRICA

## LEGAL POSITIVISM AND RHETORIC

Rogério Moreira Orrutea<sup>1</sup>

### Resumo

O objetivo do presente artigo é discorrer sobre o Positivismo Jurídico com sua significação doutrinária acerca do Direito Positivo, e ao mesmo tempo sobre a ideia de Retórica. Vinculado a isto há uma tentativa de equacionar Direito Positivo e Retórica. Isto com uma observância acerca desta última sobre o seu papel discursivo vinculado a um comprometimento com a teoria científica do Direito.

**Abstract:** The objective of the present article is to discuss the Legal Positivism with its doctrinary signification on Positive Law, and at the same time, on idea of rhetoric. Linked with this, there is an endeavour in equating Positive Law and Rhetoric, observing the later on its discursive function linked to a commitment with a scientific theory of Law.

**Palavras-chave:** Filosofia do Direito. Positivismo Jurídico. Direito Positivo. Retórica. Retórica e Direito.

**Keywords:** Philosophy of Law. Legal Positivism. Positive Law. Rhetoric. Rhetoric and Right.

**Sumário:** 1- Intróito; 2- Positivismo Jurídico; 2.1 - As origens históricas do Positivismo Jurídico; 2.1.1 - Os momentos históricos do Positivismo Jurídico. Seus pressupostos; 2.1.1.1 - A contribuição do Direito Romano; 2.1.1.2 - A contribuição do modelo alemão; 2.1.1.3 -

---

<sup>1</sup> Doutorando em Filosofia do Direito PUCSP, Professor de Filosofia do Direito da Universidade Estadual de Londrina-UEL. Procurador de Justiça no Estado do Paraná.

A contribuição do modelo francês; 2.1.1.4 - A contribuição do modelo inglês; 2.2 - Conclusão histórica; 3 - A doutrina do Positivismo Jurídico na visão de Norberto Bobbio; 3.1 - Uma questão de metodologia no estudo do Direito; 3.2 - A definição do Direito pela coação; 3.3 - O Direito pelas suas fontes; 3.4 - A norma jurídica como imperativo hipotético; 3.5 - O ordenamento pela unidade, coerência e completude das normas. As lacunas; 3.6 - O problema da interpretação; 3.7 - A questão da ideologia diante do Positivismo Jurídico; 4 - A retórica; 5 - Retórica e Direito. Síntese conclusiva; 6 - Referências.

## 1. Intróito

Estabelecer um equacionamento entre a ideia de Positivismo Jurídico e Retórica, isto passa antes de tudo por uma compreensão acerca do significado de ambos no mundo da compreensão, e onde o primeiro vai envolver uma teorização sobre o Direito, enquanto que a segunda vai envolver o processo ou a arte de bem falar com observância às regras da eloquência e mesmo da argumentação. Evidentemente que um e outro são dois entes que não se confundem e por isso torna-se oportuno verificar o que constitui um e outro, e onde ambos se aproximam e mesmo se distanciam. Sabemos que o Positivismo Jurídico tem seu contorno definido do ponto de vista teórico, e que a Retórica por seu turno também tem sua conformidade neste sentido, sendo que em grande parte das vezes o primeiro se utiliza do recurso argumentativo, que tem na Retórica o seu ponto de referência. Assim, o Direito Positivo conforme compreende o Positivismo Jurídico, enquanto um ente movido pela sua aplicabilidade, tem na Retórica o seu instrumental aplicativo.

Enquanto a Retórica, ao lado da lógica e da dialética vai constituir um elemento de atenção da filosofia, em cujo contexto o discurso haverá de observar o *logos* (razão, capacidade de racionalização e de raciocínio tanto dedutivo como indutivo na elaboração do argumento), o *pathos* (paixão, excesso, o que acontece de novo, apelos emocionais), e o *ethos* (valores, modo de ser, hábito, e mesmo costumes de uma comunidade, poder de convencimento do orador pelo seu caráter ou autoridade sobre o assunto), o Positivismo Jurídico comparece como a doutrina que compreende o Direito pela ótica do Direito Positivo, ou como podemos dizer ainda, uma peculiar forma de explicação sobre o Direito enquanto Direito Posto. Este que vai comparecer predominantemente como uma imanência da atuação do Estado pelas possíveis formas que ele venha a se manifestar através das

conhecidas funções estatais, compreendendo neste caso a função legislativa, a função executiva, a função jurisdicional e a função Ministério Público.

Nesse contraponto é fácil compreender que o Positivismo Jurídico, dado o seu engajamento com a busca de uma fundamentação científica do Direito, isto vincula o fato de que uma atuação da Retórica no seu bojo (Direito Positivo), tanto do ponto de vista da sua constituição teórica como do ponto de vista da sua aplicação prática, haverá de exigir uma observância ética, e neste caso não se descuidando das regras de Direito Positivo. Isto é providencial como forma de compreendermos a Retórica no seu elevado papel como recurso de construção jurídica, e não como recurso de desconstrução jurídica. Neste contexto então, como veremos, a Retórica haverá de afastar da sua prática mecanismos argumentativos inverídicos ou apenas de envolvimento, como sói acontecer como é o caso da prática das falácias, que a despeito de uma possível validade emocional são, todavia, destituídas de consistência ou mesmo sustentação lógica.

## 2. O Positivismo Jurídico

Tentar equacionar Direito Positivo e Retórica isto exige antes de tudo uma prévia compreensão do primeiro nos meandros da sua implicação teórica, e nos pontos que são relevantes para uma noção objetiva da sua roupagem doutrinária. Para este desiderato frise-se que vários foram os doutrinadores que compreenderam o Direito pela conformidade do Positivismo Jurídico. Entre eles, e para o nosso objetivo neste trabalho, destaca-se o jusfilósofo italiano Norberto Bobbio (1909-2004), o qual, juntamente com Hans Kelsen (1881- 1973), comparece no Século XX como um dos principais nomes no campo teórico filosófico e científico do Direito, e neste contexto um paladino autêntico e vivaz desta concepção jurídica - Positivismo Jurídico - que ao ensiná-la reconheceu com original maestria o fato de que “apesar de toda água que passou sob as pontes do positivismo jurídico, os pilares centrais resistiram”<sup>2</sup>. Isto numa lapidar compreensão acerca da significação do que o Positivismo Jurídico reflete como doutrina basilar no Direito e também para os estudos jurídicos.

Norberto Bobbio teve uma vasta produção intelectual no âmbito dos estudos jurídicos, podendo ser reconhecido não só como um Cientista do Direito, mas também como um filósofo do Direito, e onde se percebe uma sedimentação teórica festejada acerca do

---

<sup>2</sup> BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito**. 1. ed. Trad. de Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 12.

Positivismo Jurídico em três obras principais por ele escritas. A primeira delas a *Teoria da Norma Jurídica* (1958), a segunda a *Teoria do Ordenamento Jurídico* (1960), e finalmente, sob um caldeamento teórico geral, a terceira com o título *Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito* (1961), esta última que ele mesmo admite como uma “síntese teórica” das duas obras anteriores.

Como síntese teórica da *Teoria da Norma Jurídica* e da *Teoria do Ordenamento Jurídico*, Norberto Bobbio deixou perceber em o *Positivismo Jurídico* dois momentos basilares da sua sistematização doutrinária. O primeiro deles foi tratar o Positivismo Jurídico pelas suas origens históricas; o segundo deles foi tratar mais diretamente aquilo que constitui a doutrina do Positivismo Jurídico de um posto de vista teórico, ou seja, uma exposição doutrinária enquanto uma teoria com contornos próprios, e naquilo que constitui uma verdadeira teoria, ou como podemos dizer ainda, com as implicações de natureza objetiva que uma autêntica elaboração teórica sugere.

## 2.1 As Origens Históricas do Positivismo Jurídico

No esboço de uma preocupação histórica já sob um início introdutório, Norberto Bobbio apresenta um registro sumário no qual o jusfilósofo incursiona por considerar a sintomatologia do fenômeno jurídico por períodos no pensamento clássico, no pensamento medieval, e no pensamento dos jusnaturalistas dos Séculos XVII e XVIII, envolvendo a ideia de Direito Natural e a ideia de Direito Positivo. Como consectário culmina por alinhar, sob um perfil preparatório e ao mesmo tempo didático e metodológico, alguns critérios fundamentais e classificatórios para já então tentar abstrair e estabelecer uma necessária distinção entre o que possa ser considerado por um lado a ideia de Direito Natural, e de outro a ideia de Direito Positivo, este último que será considerado o objeto doutrinário do Positivismo Jurídico. Para uma providência neste sentido o filósofo italiano enumera cerca de seis critérios fundamentais como forma de viabilizar uma distinção ente um modelo e outro, contando ao mesmo tempo para este desiderato com um recurso comum que é o recurso da *antítese* identificável entre os dois modelos fenomênicos, e daí uma compreensão doutrinária geral acerca do Direito enquanto fenômeno jurídico.

Entre os critérios de distinção entre o Direito Natural e o Direito Positivo o primeiro deles baseia-se na antítese entre *universalidade* e *particularidade*, características que vão contrapor por um lado o Direito Natural (universalidade) e por outro o Direito Positivo (particularidade); o segundo critério se dá através da antítese entre a *imutabilidade* que é

própria do Direito Natural e a *mutabilidade* no tempo que é própria do Direito Positivo; o terceiro, que Bobbio considera um dos mais importantes, é aquele que vai envolver uma antítese *natura-potestas populus*, por se referir à fonte do Direito; o quarto critério é a forma pela qual o Direito é conhecido ou chega até os destinatários, sendo que o Direito Natural é conhecido pela *razão*, enquanto que o Direito Positivo é conhecido através de uma *declaração*, ou seja, através de uma promulgação; o quinto critério refere-se ao *objeto* a ser considerado que no caso do Direito Natural o comportamento a ser observado pode ser bom ou mau em si, enquanto que no caso do Direito Positivo existe uma indiferença quanto a isto, mas trata-se de uma qualificação oriunda da regulamentação onde será considerado justo aquilo que é regulamentado; finalmente Bobbio considera o sexto critério que vai observar a uma *modulação de valoração das ações*, onde enquanto o Direito Natural procura levar em consideração aquilo que é bom, o Direito Positivo procura considerar aquilo que é útil.

### **2.1.1 Os Momentos Históricos do Positivismo Jurídico. Seus Pressupostos**

Ao se preocupar com os momentos históricos do Positivismo Jurídico Bobbio se ocupa inicialmente em afirmar os pressupostos de uma possível relação entre Direito Natural e Direito Positivo, deixando claro que por volta do final do Século XVIII firmou-se uma individualização entre as duas formas de pensamento jurídico, e cuja diferenciação vai estar em função de uma qualificação por força de uma graduação de superioridade entre um modelo e outro. No período clássico o Direito Natural era considerado “comum”, enquanto o Direito Positivo era considerado “especial”, por se referir neste último caso a uma “civitas”, e no qual prevalece um princípio fundamental, ou seja, *Lex specialis derogat generali*. No período medieval (Idade Média) há uma inversão onde a norma passa a ser fundada na vontade de Deus, e daí conduzida à razão humana, com grande contribuição neste sentido do Direito Canônico.

Segundo Bobbio, após um longo caminho desenvolvido, a origem e a geratriz da passagem do Jusnaturalismo para o Juspositivismo estão ligadas à formação do Estado Moderno, afastando-se a partir daí da sociedade medieval onde o Direito era produzido não pelo Estado, mas pela sociedade civil. Segundo ele, com o advento do Estado Moderno a criação do Direito assume uma feição monista em que o Estado concentra todos os poderes, com destaque aquele de criar e dizer o Direito. Antes do Estado Moderno o Juiz ao

solucionar os conflitos tinha certa liberdade de escolha da norma a ser aplicada, podendo extrair dos critérios equitativos, dos usos, dos costumes, e dos princípios de razão natural, os enunciados para a solução das controvérsias, o que transmuda-se a partir de então com o Estado Moderno. Sob a nova concepção o juiz como órgão Estado vai atuar de conformidade e segundo as regras do órgão legislativo. Com o Estado Moderno o Direito Natural e o Direito Positivo não se encontram mais no mesmo nível, onde este último passa a ser o único e verdadeiro Direito.

Nas raízes dos pressupostos históricos Bobbio lembra com destaque ainda aspectos por ele considerados essenciais como o Direito Romano, o “common law” e o “statute law”, juntamente com as origens do Positivismo Jurídico na Alemanha, com as origens do Positivismo jurídico na França, e com as origens do Positivismo Jurídico na Inglaterra.

#### **2.1.1.1 A Contribuição do Direito Romano**

O início da caminhada que pode ser creditada e extraída do Positivismo Jurídico, e com a afirmação deste, conta na sua origem com a participação significativa do Direito Romano. O precedente aos Estados Modernos vai se dar com a compilação de Justiniano, após a *jurisdição pretoriana*, com a elaboração da Jurisprudência, sendo que o seu conjunto culminou numa compilação por este imperador sob a denominação de *Corpus Juris Civilis*. A partir daí o Direito Romano é considerado sob a feição de um Direito imposto por uma determinação estatal, projetando-se por toda a Europa Ocidental e ressurgindo com a Escola de Bolonha, e neste caso com uma invasão inclusive sobre a Alemanha (Idade Moderna) pelo fenômeno da *recepção*, estendendo-se ainda aos Países Baixos, aos países escandinavos, e também à Inglaterra. No contexto deste fenômeno reconheceu-se como fundamento de validade ao Direito Romano o fato de se admiti-lo como *ratio scripta*, por apresentar um conjunto de regras organizadas e fundadas racionalmente, apresentando com isto a “própria essência da razão jurídica”. Ao lado disso, segundo Bobbio, os juristas compreendiam a sabedoria romana no sentido de que o Direito Romano assumia o Direito Natural, mas “apresentava a grande vantagem de ser escrito e codificado em uma seleta legislativa”. A partir de então os modelos conhecidos como “direito comum”, *jus gentium*, *jus commune*, *jus proprium*, “direito estatutário” e direito dos “reinos”, foram modelos subordinados ao Direito Romano, porém os *civitates* assumem autonomia e independência do Império onde se assiste um conflito entre *jus commune* e o *jus proprium*, este último que posto pelo ente político prevalece sobre o primeiro. Segundo Bobbio, neste estágio “todo o

direito se reduz a direito do Estado”, onde o termo final desse contraste se dá pelas codificações (Séculos XVIII-XIX), período em que se inicia verdadeiramente o momento e a história do Positivismo Jurídico.

### 2.1.1.2 A Contribuição do Modelo Alemão

Uma roupagem significativa acerca do Positivismo Jurídico é de se creditar ao que se produziu na Alemanha com juristas e filósofos daí destacados. Fazendo questão de alinhar a linha produtiva dos pensadores alemães Bobbio faz uma referência inicial à Escola Histórica do Direito, que iria preparar o caminho para o Positivismo Jurídico por força das críticas levantadas ao Direito Natural, com destaque a Gustavo Hugo e a Carlos Frederico Von Savigny (este que condenaria a prática da codificação reconhecendo nela algo danoso por cristalizar e perpetuar um possível direito já decadente). Segundo Bobbio, com Hugo se “assinala a passagem da filosofia jusnaturalista para a juspositivista (*lato sensu*)”, para daí uma compreensão do Direito Positivo como sendo o “direito posto pelo Estado”. Após lembrar a contribuição de Hugo e Savigny, Bobbio formula como características e fundamentos da Escola Histórica a *individualidade e variedade do homem* (“não existe um direito único, igual para todos os tempos e para todos os lugares”, sendo “um produto da história” e que “varia no tempo e no espaço”), a *irracionalidade das forças históricas* (o Direito “não é fruto de uma avaliação e de um cálculo racional”, ele nasce “imediatamente do sentimento de justiça”), o *pessimismo antropológico* (é preciso “desconfiar das novas instituições e das inovações jurídicas que se queiram impor à sociedade”), o *amor pelo passado* (“reviver o antigo direito germânico”), e o *sentido da tradição* (o costume é “um direito que nasce diretamente do povo e que exprime o sentimento e o ‘espírito do povo’, o *volksgeist*”). Ainda com sua atenção aos pensadores alemães Bobbio registra ainda a importância das ideias aí produzidas com destaque as *grandes codificações* ocorridas no final do Século XVIII e início do Século XIX, que ele coloca como causa imediata ao Positivismo Jurídico. Para isto ele destaca um movimento político-cultural de inspiração iluminista juntamente com a ocupação de parte da Alemanha pelo exército revolucionário de Napoleão (com a difusão do Código de Napoleão), além do monumental trabalho de Antonio Frederico Justo Thibaut, o qual colocaria em destaque “a incidência do raciocínio lógico-sistemático na interpretação do direito” sempre com uma observância ao conteúdo de outras normas analisando-as logicamente, e enquadrando-as sistematicamente.

### 2.1.1.3 A Contribuição do Modelo Francês

Sustentando a noção de que a codificação do Direito tem como contribuição duas influências fundamentais, a primeira a codificação justiniana e a segunda a codificação napoleônica, Norberto Bobbio traça um perfil do Positivismo Jurídico na França. Após lembrar que o Código de Napoleão entrou em vigor em 1804, faz questão de frisar a sua “profunda influência no desenvolvimento do pensamento jurídico moderno e contemporâneo”<sup>3</sup>, projetando-se daí para o modelo Belga e para o modelo Italiano.

Conforme compreende Bobbio, a codificação na França surge, na sua etiologia, de uma concepção iluminista, fruto de uma cultura racionalista. Ainda mais pelo fato de que a sociedade francesa não tinha um ordenamento jurídico, mas encontrava-se dividida em uma parte setentrional (vigente os costumes locais) e em uma parte meridional (direito comum dos romanos). A elaboração codificada aí passa pelo trabalho de juristas como Cambacères, Tronchet, Meleville, Bigot-Préameneau, Portalis e Pothier, culminando no Código de Napoleão, o qual “representa, na realidade, a expressão orgânica sintética da tradição francesa do Direito comum”<sup>4</sup>, e que vai significar a adoção do princípio da onipotência do legislador, cabendo ao juiz resolver dentro do próprio ordenamento os pontos de obscuridade da lei, de insuficiência da lei e de silêncio da lei.

Ainda como advento do modelo francês Norberto Bobbio faz questão de lembrar o papel da Escola da Exegese como força do Positivismo Jurídico. Segundo o Jusfilósofo italiano ela se “limitava a uma interpretação passiva e mecânica do Código”<sup>5</sup>, sendo que as causas que determinaram o seu advento foram: a) a primeira causa é o próprio fato da codificação, visto que os operadores (como é próprio) procuraram sempre a via mais simples e mais curta para solucionar uma controvérsia jurídica; b) uma segunda causa é a mentalidade dos juristas dominada pelo princípio da autoridade; c) uma terceira causa é o fundamento com base na doutrina da separação dos poderes, que vai fundamentar a estrutura do Estado Moderno; d) uma quarta causa é o princípio da certeza do Direito, com um conhecimento antecipado acerca das consequências jurídicas de um determinado ato ou de um determinado comportamento; e e) uma quinta e última causa é lembrada por Bobbio como aquela que é representada pelas pressões exercidas pelo regime napoleônico, como forma de ser ensinado nas escolas apenas o Direito Positivo, deixando de lado as teorias gerais, bem como o Jusnaturalismo, pelo que se verificou nos ensinamentos jurídicos na França

---

<sup>3</sup> BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. Trad. de Márcio Pugliesi, Edson Bini, e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 63.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 72.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 78.



nos anos de 1804-1805. Seguidamente Bobbio enumera como características fundamentais da Escola da Exegese, as seguintes: a) inversão das relações tradicionais entre Direito Natural e Direito Positivo, onde se procura negar certos princípios absolutos e imutáveis e onde o Direito Natural passa a existir em conformidade com o Direito Positivo, sendo que a interpretação será com base e fundamento na lei; b) uma concepção rigidamente estatal do Direito, por força do princípio da onipotência do legislador; c) a interpretação baseada na vontade do legislador, podendo se tratar de *vontade real* e *vontade presumida*; d) culto ao texto da lei com subordinação aos artigos do Código; e e) respeito pelo princípio da autoridade, o qual, segundo Bobbio, vai viabilizar “o que deve estabelecer de modo obrigatório para todos os cidadãos o que é lícito e o que não é”<sup>6</sup>, cuja pessoa portadora para isto é o legislador.

#### **2.1.1.4 A Contribuição do Modelo Inglês**

Pelo modelo jurídico da Inglaterra também é possível se aquilatar o Positivismo Jurídico. Aqui, segundo Bobbio, também há uma peculiar forma de modelo jurídico onde se verifica uma distinção entre o *jus commune* e um *jus particulare*, apontando no caso duas formas de direito positivo, e onde o contraste se dá entre o “*common law* (direito comum ou consuetudinário) e o *statute law* (direito estatutário ou legislativo)”. Enquanto o *commun law*, tipicamente anglo-saxão, é um direito que surge diretamente das relações sociais, e gerando o sistema do precedente obrigatório, o *statute Law* é aquele que é posto pelo poder soberano e pelo soberano e o Parlamento. No contraste entre estes dois modelos jurídicos é bom lembrar como faz Bobbio que na Inglaterra vigorou sempre um princípio no sentido de que o *statute law* vai ter validade “enquanto não contrariar o direito comum”, numa nítida compreensão que tanto o poder no Rei como o poder do Parlamento sofrem ambos uma limitação diante do *common law*.

Frise que após considerar os pontos principais relacionados com o modelo francês, Norberto Bobbio lembra ainda a contribuição oriunda do modelo inglês para o Positivismo Jurídico ao colacionar o nome de dois jusfilósofos principais que foram Jeremy Bentham e John Austin, não sem ainda lembrar, mesmo que de forma sucinta, também o nome de Thomas Hobbes.

---

<sup>6</sup> *Ibidem*, pgs. 84-89.

Segundo Bobbio o pensamento de Bentham teve influência em todo o mundo civilizado, na Europa e na América do Norte, sendo que a sua diferença fundamental com os jusnaturalistas consiste no fato empírico e verificável de que “cada homem busca a própria utilidade”<sup>7</sup>. Neste contexto, conforme o jusfilósofo italiano, Bentham propõe uma reforma do Direito inglês comum (não codificado) para um Direito codificado, apontando para isto cinco problemas fundamentais justificadores como a incerteza do *common Law*, a retroatividade do direito comum, a ausência do princípio de utilidade no direito comum, o dever que tem o juiz de resolver qualquer controvérsia, e ainda a ausência de controle por parte do povo quanto à produção do Direito pelos juízes. Estes defeitos levariam Bentham a propor a codificação, que deveria obedecer a quatro requisitos fundamentais, ou seja, que um código deve obedecer ao princípio do utilitarismo, deve ser completo afastando as lacunas, deve ser redigido em termos claros e precisos, e que deve ser dotado de uma motivação que indique as finalidades a serem atingidas.

Quanto a John Austin, Bobbio o considera o último dos pensadores relacionados com a origem do Positivismo Jurídico, exercendo o papel de uma união da Escola Histórica alemã e o utilitarismo inglês (Bentham), e cujos estudos procuram distinguir a *jurisprudência* e a *ciência da legislação*. Enquanto a jurisprudência se importaria com o direito vigente, a ciência da legislação iria estudar o Direito como deveria ser, baseada em determinados princípios. Segundo Bobbio, com Austin se estabelece conceitos específicos e diferenciados como *lei* (comando geral e abstrato, e sentido geral da norma), *direito* (sentido específico da norma), *comando* (expressão de um desejo que pode resultar um mal, caso o desejo não se realize) e também *sanção* (o mal constitutivo da ameaça). Estes conceitos que são próprios para uma província jurídica, vão estar relacionados com a concepção de Direito Positivo, este que é constituído pelos comandos emanados do soberano, numa sociedade política e independente. Ademais disso, da sua concepção sobre o Direito Positivo sobressaem três princípios próprios do Positivismo Jurídico, ou seja, o primeiro pelo objeto da jurisprudência no qual o direito é tal como ele é e não como deveria ser, o segundo pela convicção de que a norma jurídica tem a estrutura de um comando, e o terceiro pela convicção de que o direito é posto pelo soberano de uma comunidade política independente. Interessante lembrar que Austin não deixou de considerar a presença tanto do direito legislado como do direito judiciário, onde o primeiro trata de normas gerais e abstratas que vão regulamentar casos indeterminados e para o futuro, enquanto o segundo vai se constituir

---

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 92.

por normas particulares com a finalidade de regulamentar um caso específico. Isso ainda com um reconhecimento de superioridade do primeiro em relação ao segundo.

## 2.2 Conclusão Histórica

Como visão conclusiva sobre o processo histórico que vai acontecer na solidificação do Positivismo Jurídico, Norberto Bobbio faz questão de lembrar que a ideia de Direito Positivo vai se consolidar como um direito posto pelo soberano do Estado através de normas gerais e abstratas, mais precisamente com o surgimento da “lei”, com um impulso para a legislação e cujo produto disto é a codificação. Neste processo Bobbio reconhece algo providencial e bom, no sentido de sanear tanto a busca de uma ordem no caos existente no Direito primitivo, como também propiciar ao Estado um instrumento eficaz de intervenção na vida da sociedade. Nesse contexto ele faz questão de considerar a função histórica do direito científico na Alemanha, o qual, uma vez embutido no Positivismo Jurídico, vai denotar dois postulados básicos: “a concepção do direito como uma realidade socialmente ‘dada’ ou ‘posta’ e como unidade sistemática de normas gerais”. Além disso, considera ainda o método da ciência jurídica por Von Ihering no reconhecimento de que a ciência jurídica é algo universal, e cuja principal tarefa vai coincidir com a tarefa da codificação.

Frise-se, ademais, que é possível aquilatar, com a preocupação histórica registrada por Norberto Bobbio, a lição providencial no sentido de que o Positivismo Jurídico não constitui algo de um diletantismo registral apenas, ou seja, de um acontecimento pelo acontecimento, mas podemos extrair deste registro um nítido reconhecimento no sentido de que esta doutrina é produto de um amadurecimento que fora acontecendo ao longo do tempo. Estas várias ocorrências fenomênicas, pelos fatores do seu existencialismo, forcejariam o seu reconhecimento como *teoria* - e não apenas uma mera figura opinativa - capaz de condicionar a compreensão do Direito enquanto objeto de investigação filosófica, e sobretudo objeto de uma ciência própria. Isto se dá pelo processo da manifestação histórico-social envolvendo o fenômeno jurídico em vários acontecimentos, e nos quais ele se torna objeto de uma análise positivista. O Direito então, enquanto um fenômeno pela sua manifestação, não é algo característico de um modelo de sociedade apenas, mas tem um alcance universal com características fenomênicas próprias que transcendem as fronteiras dos povos e das comunidades. Os acontecimentos em vários momentos, e mesmo pelas diferentes peculiaridades de modelos que ela venha a assumir, anuncia este processo. Os

momentos históricos então apresentam e deixam perceber o fenômeno, e compete ao jurista reconhecê-lo, identificá-lo e considerá-lo.

### **3. A Doutrina do Positivismo Jurídico na Visão de Norberto Bobbio**

Após levar em consideração os fatores básicos que vão compor os pressupostos históricos acerca da origem do Positivismo Jurídico, Norberto Bobbio mergulha também numa análise sobre os pontos fundamentais que vão apresentar, do ponto de vista teórico, os elementos objetivos em torno desta concepção doutrinária.

Da sua lavra inauguradora e sob aspectos de originalidade - com uma assunção teórica - Bobbio refere como características fundamentais do Positivismo Jurídico cerca de sete anúncios ou problemas por ele apresentados.

#### **3.1 Uma Questão de Metodologia no Estudo do Direito**

Um dos problemas anunciados e a ser enfrentado pelo filósofo italiano, com uma peculiar forma de importância, refere-se ao “modo de abordar, de encarar o direito”. Segundo ele o Positivismo Jurídico responde a isto na medida em que considera o Direito como um fato e não como um valor. Isto se dá em razão de que o Positivismo Jurídico tem a pretensão de elevar os estudos jurídicos ao *status* de verdadeira ciência, da mesma forma como acontece com as ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Para isto há a necessidade de uma distinção entre juízos de fato e de juízos de valor, onde a ciência de conformidade com os primeiros providencia uma tomada de conhecimento da realidade como ele é. Neste caso o Positivismo Jurídico assume o estudo do Direito como *fato*, e não como *valor*, sendo que o Direito enquanto objeto da ciência jurídica é aquele que se manifesta “na realidade histórico-social”. Para a condução disso Bobbio faz referência a dois conceitos fundamentais que é o conceito de *validade* e o conceito de *valor*, os quais não vão se confundir para a providência deste desiderato. O conceito de *validade* quer significar que a norma jurídica existe no âmbito do Direito ou verdadeiramente como norma jurídica, ou seja, fazendo parte do “ordenamento jurídico real” em uma determinada sociedade. Já o conceito de *valor* quer significar “a qualidade de tal norma, pela qual esta é conforme o direito ideal”. Vê-se, portanto, contextos implicativos de verdades jurídicas totalmente diferentes, ainda mais porque pelo conceito de *validade* é possível se reconhecer que uma

norma “é justa pelo único fato de ser válida (isto é, de provir da autoridade legitimada pelo ordenamento jurídico para pôr normas)”<sup>8</sup>.

Ainda no primeiro tipo de problematização, por causa da *avaliação* que é trazida pelo Positivismo Jurídico, Bobbio registra um ponto de vista teórico providencial no sentido de separar a atuação da Filosofia do Direito da atuação da Ciência do Direito. Enquanto a Filosofia do Direito atua do ponto de vista de um valor, ou seja um estudo acerca do valor do Direito como forma inclusive de influir sobre o Direito vigente, a Ciência do Direito prescinde deste valor na compreensão do Direito. Neste caso ele elege duas formas de definições do Direito. As definições científicas que são *factuais*, *avaliativas* ou *ontológicas*, assim por ele denominadas, e as definições filosóficas que são *ideológicas*, *valorativas* ou *deontológicas*, assim também por ele denominadas. As definições filosóficas então vão definir o Direito como deve ser para buscar a realização ou a satisfação de um valor. Com essa avaliação diferenciadora Bobbio consagra a ideia de uma definição *neutral* do Direito, uma visão teórica que vai estar de conformidade com o espírito do Positivismo Jurídico como forma de realizar uma teoria objetiva para a Ciência Jurídica. Nesse contexto ele não descuida em advertir que o método positivista “é pura e simplesmente o método científico e, portanto, é necessário adotá-lo se se quer fazer ciência jurídica ou teoria do direito”<sup>9</sup>.

Ademais e como ressonância disso é possível reconhecer que o Positivismo Jurídico traz o que ele denomina de “formalismo jurídico”, uma resultante de alcance teórico no qual não se define o Direito pelo seu conteúdo - visto que toda e qualquer matéria pode ser objeto de regulamentação através dele. Este sintoma que se verifica historicamente tanto no passado com também num futuro eventual, é o que se percebe pelo ordenamento tanto de uma sociedade primitiva como também de uma sociedade desenvolvida, de um Estado liberal ou de um Estado socialista, de uma forma Estatal ou canônica, ou ainda no comparativo entre o ordenamento de um determinado Estado específico e de um ordenamento internacional. Registre-se que com o formalismo jurídico dois modelos são possíveis, o *formalismo científico* (interpretação lógico-sistemática extraídas da norma legislativa), e o *formalismo ético* (cumprimento do dever imposto pela lei qualquer que seja o seu conteúdo).

---

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 137.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 238.

### 3.2 A Definição do Direito pela Coação

Segundo Bobbio é de ser enfrentado em seguida o problema que vai envolver a “definição do direito”, ponto que é resolvido mediante o papel da coação, de onde resulta a teoria da coatividade no Direito, seguindo-se isto na esteira do Direito vigente em uma determinada sociedade. Para Bobbio tratar da *vis coactiva* como elemento caracterizador do Direito na visão do Positivismo jurídico, isto remete à ideia de uma organização social com uma força exclusiva que é o Estado, e portanto uma visão do Direito do ponto de vista da pessoa estatal.

Para o filósofo as raízes que fundamentam a coação estão na ideia do *jus perfectum*, no qual vamos encontrar a base para que um sujeito credor possa recorrer ao Estado e que este possa por sua vez usar da força para fazê-lo obter aquilo que lhe é devido. O uso da força pelo Estado no caso torna-se algo reconhecidamente lícito pela sua função reparadora. Para explicar isto Bobbio assinala tanto a teoria clássica como a teoria moderna. No primeiro caso “a coerção é o *meio* mediante o qual se fazem valer as normas jurídicas, ou, em outras palavras, o direito é um conjunto de normas que se fazem valer coativamente”, enquanto que no segundo caso “a coerção é o *objeto* das normas jurídicas ou, em outros termos, o direito é um conjunto de normas que regulam o uso da força coativa”<sup>10</sup>. Quanto ao pensamento clássico Bobbio se socorre não só ao pensamento de Immanuel Kant - no qual o ilícito comparece com o abuso da liberdade invadindo a esfera de liberdade de outro, e para a reparação disto não há outra forma que não o uso da coerção, e daí a convicção Kantiana no sentido de que o Direito vai se vincular à faculdade de obrigar (Kant, *Metafísica dos Costumes*) -, mas também ao pensamento de Rudolf Von Ihering - para quem a coação tem o caráter de definir o Direito, e existe enquanto algo levado a efeito pelo Estado, e neste caso se equacionam três entes que vão estar indissolúvelmente ligados, ou seja, o Estado, o Direito e a coação (Ihering, *A Finalidade do Direito*). Quanto ao que ele colaciona como teoria moderna Bobbio refere-se a Hans Kelsen, na medida em que este considera a sanção como elemento essencial na estrutura da norma ao admiti-la - sanção - como um conteúdo da regra jurídica (Kelsen, *Teoria Geral do Direito e do Estado*), e também a Alf Ross para quem um sistema jurídico é um sistema que se refere também ao exercício da força física (Ross, *Sobre o Direito e a Justiça*). De conformidade com a teoria moderna Bobbio faz questão de afirmar que o Direito existe quando se deixa o uso indiscriminado da força, para uma disciplina jurídica do seu exercício mediante quatro situações básicas, e onde o Direito

---

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 155.

determina *quem* deve usar a força; o Direito determina *quando* o grupo monopolizador pode usar a força; o Direito determina *como* a força deve ser exercida; e finalmente o Direito determina a *quantidade* da força estabelecendo os atos de coerção que poderão ser utilizados.

### 3.3 O Direito pelas suas Fontes

Um outro problema vai estar relacionado com as “fontes do Direito”, cuja principal fonte é aquela que reflete o papel da legislação. Antes de tratar os pormenores das fontes do Direito Norberto Bobbio faz questão de afirmar o que possa se caracterizar como fonte jurídica: “aqueles fatos ou aqueles atos aos quais um determinado ordenamento jurídico atribui a competência ou a capacidade de produzir normas jurídicas”. Esta definição é uma definição de boa técnica jurídica e reduz uma visão geral a um ponto nuclear que ubica no próprio ordenamento jurídico. Dessarte, apenas o ordenamento jurídico positivo (posto) é detentor do poder legítimo em definir as fontes do Direito, e cuja consequencialidade quanto à observância disso vai implicar na validade, ou não, das normas jurídicas. Haverá validade se estiver de conformidade com uma fonte autorizada pelo ordenamento; não haverá validade caso não exista esta conformidade. Ao estabelecer esta relação das fontes com o ordenamento jurídico Bobbio tem uma preocupação em dizer de um princípio básico que é o *princípio da prevalência*, através do qual se estabelece uma determinada fonte (a lei) entre as demais como aquela que assume prioridade diante das outras, o que acontece, segundo o filósofo, diante de duas condições básicas. A primeira pelo fato de um ordenamento jurídico se apresentar de forma complexa por possuir várias fontes; a segunda pelo fato de que um ordenamento jurídico se apresenta de forma hierarquicamente estruturado, sendo que no modelo *paritário* as fontes (ou normas) tem o mesmo valor, enquanto que no modelo *hierarquizado* as fontes não são colocadas no mesmo plano.

Segundo Bobbio na forma paritária o conflito de normas por fontes diversas resolve-se pelo princípio *lex posterior derogat priori*, enquanto que na forma hierarquizada resolve-se pelo princípio *lex superior derogat inferiori*, modelo este que tende a prevalecer nos ordenamentos. Neste caso a lei assume destaque entre as demais fontes, visto se tratar de manifestação direta da soberania do Estado, caracterizando-se as demais fontes como subordinadas tanto por um processo de *reconhecimento* (uma recepção na qual o Estado reconhece *a posteriori* o caráter de juridicidade a um fato social) como por um processo de *delegação* (o Estado delega a um órgão ou instituição o poder de estabelecer norma jurídica

em relação a certas matérias e dentro de certos limites). Segundo Bobbio neste mecanismo da subordinação há que se reconhecer uma significação jurídica diferente para as fontes no plano hierarquicamente inferior (plano subordinado), cujas regras não possuem em si mesmas a qualificação de norma jurídica, sendo que por isso as fontes superiores são reconhecidas como fontes de *qualificação jurídica*. Diante da pluralidade de fontes o Positivismo Jurídico admite como única fonte de qualificação jurídica a *lei*, e onde a lei prevalece inclusive sobre o costume, devendo este existir juridicamente *secundum legem*, mas nunca *contra legem*. Ao lado dos costumes é oportuno lembrar a atuação dos juízes enquanto órgão judiciário. Neste caso, com a formação do Estado Moderno o juiz perde a posição de fonte principal para assumir a condição de órgão estatal, tornando-se subordinado ao direito legislado (poder legislativo). Da mesma forma que o costume, o juiz não pode com a sentença ab-rogar a lei, deixando neste caso o judiciário de ser fonte principal do Direito, cuja atuação será como fonte subordinada (delegada) utilizando-se do critério da *equidade*, onde a atuação nunca será contra a lei, e que acontece diante de situações nas quais o legislador considera impossível ou inoportuna a regulamentação por normas gerais. A equidade pode assumir uma forma *substitutiva* (regra que supre a falta de uma norma legislativa), uma forma *integrativa* (a norma existe, porém genérica sem definir com precisão os elementos do fato ou os efeitos jurídicos), ou uma forma *interpretativa* (define o conteúdo de uma norma legislativa).

### **3.4 A Norma Jurídica como Imperativo Hipotético**

Seqüencialmente aos pontos antes enumerados, segue ainda o Positivismo Jurídico com problema que vai tratar da “teoria da norma jurídica”, onde a ideia de norma aí comparece como um comando com base na teoria imperativista do Direito. Esta teoria vai estar ligada à concepção “legalista-estatal do Direito”, dominada por uma vontade determinada e pessoal. No caso estamos tratando de uma pessoa política que é o Estado. Ao justificar esta visão teórica imperativa (onde o imperativo pode ser *positivo*, ou seja, aquele que estabelece um comando, e o *negativo*, ou seja, aquele que estabelece uma proibição) do Direito, Bobbio faz questão de distinguir a ideia de comando da ideia de um mero conselho, onde o primeiro é algo que emana do Estado e do próprio Direito Positivo, enquanto o segundo não. Neste contexto, onde o Direito vai se caracterizar como um conjunto de imperativos, sobressaem tanto a ideia de *norma permissiva* (atribui uma faculdade ou licitude e que pode negar um



dever estabelecido por norma imperativa precedente) como a ideia de *norma atributiva* (que confere um poder e que tem um dever correlato).

Na intenção em caracterizar o imperativo jurídico, e a após elencar vários modelos distintivos (imperativos positivos e imperativos negativos, imperativos autônomos e imperativos heterônomos, imperativos pessoais e imperativos impessoais, imperativos gerais e imperativos individuais, e imperativos abstratos e imperativos concretos) como considerou a doutrina em geral, Bobbio culmina por caracterizar o Direito pelo *imperativo hipotético*, com base na formulação kantiana. Bobbio inicia por lembrar uma distinção entre um imperativo categórico (moral) e um imperativo hipotético (não-moral), onde o primeiro vai estar relacionado a uma ação boa ou suficiente em si mesma, independentemente de qualquer fim a ser atingido. Trata-se de um enunciado bastante em si mesmo. Já o imperativo hipotético, por não ser bastante em si, vai depender de um fim, ou de atingir um determinado fim. Ao distinguir estas duas formas lógicas Bobbio argumenta dizendo que “enquanto o imperativo categórico me indica um fim que devo escolher, o imperativo hipotético me indica somente o meio que devo escolher, se desejo atingir um certo fim, mas me deixa livre quanto a escolher ou não este último”<sup>11</sup>.

Como complemento ao destacado caráter imperativo hipotético, Bobbio culmina por adjuntar o papel desempenhado pela *sanção* na estrutura da lógica normativa sob a fórmula: “Se é A, B deve ser executado”. Neste contexto Bobbio chama a isto teoricamente de *imperativismo crítico* (distinguindo-o do imperativismo ingênuo próprio da primeira fase do imperativismo jurídico), no qual sobressaem duas características fundamentais: a) um imperativismo hipotético; b) um imperativo que se dirige aos juízes.

### **3.5 O Ordenamento pela Unidade, Coerência e Completitude das Normas. As Lacunas**

Outro ponto de fundamental importância a ser analisado vai tratar da teoria do ordenamento jurídico, que busca considerar a estrutura composicional do ordenamento em geral pelo conjunto das normas, e não pela visão de uma norma no seu isolamento apenas, e onde Bobbio faz questão de lembrar a teoria da *coerência* e da *completitude*. Segundo Bobbio com a teoria do ordenamento chega-se ao coração do Positivismo Jurídico, enquanto corrente jurídica, e a sua providência é no sentido de organizar o Direito como uma unidade,

---

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 191.

ou um “conjunto sistemático de todas as normas”<sup>12</sup>, e de onde sobressai três caracteres fundamentais, quais sejam, a *unidade*, a *coerência*, e a *completitude*.

Ao tratar da ideia de *unidade* conforme se extrai do Positivismo Jurídico Bobbio lembra não uma unidade substancial (próprio do juspositivismo ou do Direito Consuetudinário), mas uma unidade formal vinculada ao modo como são postas as normas, ou seja, direta ou diretamente pela mesma autoridade, e originárias de uma mesma fonte constituída por um poder legitimado. Por sua vez, ao procurar uma explicação para o poder legitimado este vai estar de conformidade com a ideia de *norma fundamental*, esta que vai estar na base de sustentação de todo o ordenamento jurídico, na medida em que assegura a suprema fonte do Direito no processo de produção das normas jurídicas. A norma fundamental Bobbio a diz como norma *suposta*, e não *posta*, significando isto do ponto de vista lógico uma *hipótese*, um *postulado*, ou um *pressuposto*. Como consectário da unidade vem na sequência a coerência e a completitude.

Com a coerência o que se faz é prevenir contra as normas em excesso responsáveis pelas *antinomias* no sistema, geradoras de normas incompatíveis entre si. Com a coerência então o que verifica é um fator condicionante à validade normativa (entre duas normas incompatíveis no sistema somente uma é válida). No evento da incompatibilidade entre duas normas, e neste caso para se estabelecer a validade desta ou daquela, Bobbio adjunta três critérios básicos: o critério *cronológico* (aqui comparece o princípio *lex posterior derogat priori*), o critério *hierárquico* (aqui concorre o princípio *lex superior derogat inferiori*), e o critério da *especialidade* (aqui concorre o princípio *lex specialis derogat generali*). Mas na solução da incompatibilidade, em havendo conflito entre os critérios Bobbio faz questão de lembrar que no conflito entre o critério hierárquico e o cronológico, prevalece o cronológico; no conflito entre o critério da especialidade e o critério cronológico, prevalece o critério da especialidade; no caso de conflito entre o critério hierárquico e o critério de especialidade, situação de maior dificuldade de solução por se tratar de dois critérios fortes, Bobbio reconhece neste caso que deve prevalecer o critério hierárquico, onde é válida a norma superior geral posterior, ou é válida a norma inferior especial sendo posterior, mas recomenda ainda recorrer-se em tal hipótese ao critério cronológico como subsidiário. E se os recursos dos critérios não forem suficientes em situações contemporâneas, paritárias e gerais, Bobbio recorre ainda ao recurso da *prevalência* com a *lex favorabilis* (que estabelece

---

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 197.

uma permissão) e com a *Lex odiosa* (que estabelece um imperativo como comando ou proibição), onde esta última cederá diante da primeira.

Diante da unidade e da coerência surge a completitude considerada por Bobbio como a mais importante característica do ordenamento jurídico, na medida em que está ligada ao princípio da *certeza do Direito*, numa relação direta com a convicção juspositivista no sentido de que o juiz não pode criar o direito, ao mesmo tempo em que ele não deve recusar-se de solucionar qualquer controvérsia posta na jurisdição. O consectário disto implica em resolver o problema das lacunas no Direito. Ao colocar a ideia de lacunas da lei e lacunas do Direito, Bobbio reconhece a inexistência de lacuna neste último caso por força das suas fontes.

Ao considerar o ordenamento jurídico a sua atenção é tomada pela ideia de lacunas na lei, situação que ele procura resolver mediante duas teorias básicas. A *teoria do espaço jurídico vazio* e a *teoria da norma geral exclusiva*. Com a teoria do espaço jurídico vazio um fato não previsto por nenhuma norma jurídica é um fato que está fora dos limites do Direito, e portanto fora do alcance da disciplina jurídica, não havendo neste caso razão para se falar em lacuna por se tratar de esfera fora da esfera jurídica. Com a teoria da norma geral exclusiva o ordenamento é reconhecido como um conjunto concomitante de normas particulares (ou especiais), mas também de normas gerais automaticamente implícitas nas primeiras acompanhando-as. As normas particulares são implicativas com as normas gerais, reconhecendo estas últimas pelo adágio “é permitido tudo que não é proibido nem comandado”. Trata-se de uma ilação lógica (e ao mesmo tempo automática) envolvendo estas normas gerais. Considerando-se estes pontos Bobbio lembra que a referência às lacunas acontecem por circunstâncias nas quais age-se pela prática da *lege ferenda*, e não pela convicção da *lege lata*, a primeira uma prática reconhecidamente inapropriada. Lembra ele que para o positivismo jurídico isto não constitui lacunas, eis que as normas podem se resolver a partir do interior do sistema, num processo de auto-integração e com recursos como a analogia e os princípios gerais de Direito, que são formas interpretativas e não formas criativas do Direito.

### **3.6 O Problema da Interpretação**

Há que se cuidar ainda do problema que é referido por Bobbio como aquele que diz respeito ao *método da ciência jurídica*, e neste caso envolvendo o problema da

interpretação, não sem descuidar também e com abrangência a aspectos como *integração*, *construção*, e *criação* do sistema.

Sempre que tratamos com a ideia de interpretação, num conceito geral isto nos sugere uma atuação na qual se extrai o sentido de algo. Interpretar é extrair o sentido de alguma coisa, que no entendimento de Bobbio significa “remontar do signo (*signum*) à coisa significada (*designatum*), isto é, compreender o significado do signo, individualizando a coisa por este indicada”<sup>13</sup>. Na questão jurídica, que vai implicar o Positivismo Jurídico, a interpretação vai comparecer como uma primordial e atribuição própria da Jurisprudência. Bobbio inicia sobre isso uma discussão que vai circunscrever a tarefa e o método que vão envolver a ciência jurídica, ou seja, a *jurisprudência* como uma atividade de conhecimento do Direito com a finalidade da sua aplicação. Segundo o filósofo italiano a concepção do Positivismo Jurídico vai se conformar com uma atuação basicamente *declarativa* do Direito já existente, ou como algo já dado (normas já postas pelo legislador). Nesta atividade de interpretar a concepção positivista vai corresponder a uma forma gnosiológica reconhecidamente realista, atuando por um procedimento lógico-racional, enquanto os opositores do positivismo vão ser reconhecidos por uma gnosiologia idealista.

Ao tratar dos modelos interpretativos Bobbio enumera a forma *textual* por um lado, e de outro a forma *extratextual*. Alguns critérios são considerados por ele na interpretação textual como o critério *léxico* (ou interpretação gramatical), o critério *teleológico* (ou interpretação lógica), o critério *sistemático*, e o critério *histórico*. Com a utilização do critério léxico o que se faz é buscar uma definição acerca do significado dos termos e expressões utilizados pelo legislador mediante uma comparação que vai envolver contextos lingüísticos. Com a utilização do critério teleológico busca-se a finalidade da norma posta, ou seja, um fim a ser atingido e que condiciona o conteúdo da lei. Com o critério sistemático comparece não só a “racionalidade do legislador”, mas também o fato de que a sua vontade constitui algo unitário e ao mesmo tempo coerente, condicionando a existência da dependência de uma norma em relação à outra. Finalmente pelo critério histórico o que se faz é utilizar-se de documentos históricos diferenciados como forma de alinhar a intenção que possa constituir a vontade do legislador.

Com relação ao modelo interpretativo *extratextual* Bobbio lembra a interpretação aqui como *interpretação integrativa*, por contar com meios apresentados pelo próprio sistema (auto-integração), cujo destaque aqui é a interpretação analógica ou por analogia, recurso no

---

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 212.

qual deve se utilizar o intérprete do raciocínio analógico, este que não se confunde com o silogismo direto.

O raciocínio analógico diferencia-se de um silogismo por contar com uma proposição onde a afirmação de identidade é substituída por uma afirmação de *semelhança*, mas uma semelhança *relevante*, capaz de conectar circunstâncias geradoras de uma possível ligação entre uma situação e outra. A este processo de transferência Bobbio chama de *razão suficiente* que vai atribuir um determinado predicado entre uma situação anterior e uma situação posterior. Para a providência disto na solução jurídica de integração por analogia, a aplicação da disciplina de um caso previsto (regulado) a um caso não previsto acontece pela semelhança quando entre os dois casos se verifica a mesma *ratio legis*, por força de um elemento que induziu a regulamentação do primeiro caso concreto, e que vai ser possível identificá-lo também no segundo caso (embora não previsto expressamente neste último). Para explicar isto o exemplo por ele apresentado é providencial: se o legislador estabelecer que os livros obscenos (elemento: obscenidade) serão recolhidos, esta disciplina não se aplicará aos livros policiais, mas poderá ser aplicada por extensão a discos obscenos por causa do elemento semelhante relevante (obscenidade), ou seja, o elemento que fundamenta no caso a *ratio legis*.

Ainda no âmbito da interpretação Bobbio faz questão de lembrar o papel do “formalismo jurídico”, onde a ciência jurídica vai se comportar de maneira “construtiva” e ao mesmo tempo “dedutiva”. Em outras palavras é considerar como se conduz a dogmática jurídica, cuja atuação acontece por um processo de dedução lógica no sentido de elaborar não só conceitos fundamentais, mas também a própria normatividade do caso concreto, os quais são produzidos e extraídos do seio do próprio ordenamento.

### **3.7 A Questão da Ideologia diante do Positivismo Jurídico**

Registre-se ainda como problema último e que é considerado por Bobbio, aquele que vai colacionar a *teoria da obediência*, e onde o filósofo se preocupa com o aspecto ideológico da concepção juspositivista.

Ao tratar da ideologia na compreensão jurídica, ele faz uma nítida diferenciação entre teoria e ideologia, sob o fundamento de que a primeira tem uma atuação basicamente gnosiológica, cujos enunciados vão se pautar por uma correspondência com a realidade, enquanto que a segunda tem uma atuação basicamente avaliativa fundamentada num

conjunto de valores que são levados em consideração por aquele que professa a avaliação. Com relação especificamente ao Positivismo Jurídico Bobbio lembra o desejo e a pretensão deste no sentido de assumir uma posição neutra diante do Direito, e daí agir pelos passos de uma teoria e não pelos passos de uma ideologia. Partindo desta visão inicial o filósofo italiano culmina por alegar alguns aspectos pontuais de alcance ideológico, e que considera ser possível se encontrar em Bentham e em Austin (embora neste seja terminante o papel teórico de apenas descrever o Direito), mas também nos juristas franceses e nos juristas alemães da segunda metade do século XX. Estes últimos assim referidos por força de um componente de valor ético - e não por um componente meramente técnico -, no qual se busca o Estado como se deseja e não o Estado como ele é.

Ao procurar estabelecer uma ponte entre o Positivismo Jurídico e a presença ideológica no Direito, Bobbio lembra a possibilidade disso apenas por um aspecto sutil, um componente objetivo básico que vai constituir o ponto de partida para uma avaliação neste sentido. É quando se reconhece um caráter oriundo dele, Positivismo jurídico, no sentido de que existe um *dever absoluto e incondicional em se obedecer a lei*, e onde o problema aqui sugere um *dever* com alcance a uma doutrina ética. Sob certo aspecto há nisto um desejo e uma convicção do Positivismo Jurídico (o que pode sugerir um caráter ideológico), e isto acontece, segundo Bobbio, pelas raízes oriundas com a formação do Estado Moderno, onde tornaram-se fontes do Direito tanto a lei como a atividade legislativa. Ademais disso, é próprio reconhecer-se, então, que ao lado da obrigação jurídica como visto, sobressai também deste dever de obediência uma obrigação moral, por força de um convencimento de que esta obediência é uma coisa apropriada (boa), ou seja, como ele mesmo comenta, uma *obediência não por constrição, mas por convicção*. Neste caso podemos alinhar a isto o fato de que é possível uma acomodação entre a ideia de *heteronomia* com a ideia de *autonomia*, e não a ideia de exclusividade entre uma e outra.

Para justificar essa visão de uma obediência moral (absoluta) à lei Bobbio lembra quatro concepções básicas: uma concepção *cética*, onde a justiça é a expressão da vontade do mais forte; uma concepção *convencionalista* da justiça, onde a ideia de justiça é aquilo que os homens convencionam ou concordam; uma concepção *sagrada* da autoridade, onde o poder de mandar se fundamenta num carisma ou de conformidade com uma investidura sagrada; e uma concepção do *Estado ético* pela transposição por via racional da concepção sagrada para um Estado laico.

Por derradeiro acrescenta-se que na esteira de um caráter ideológico comparece uma necessária distinção que Bobbio estabelece entre o positivismo ético extremista e o

positivismo ético moderado, para afirmar que enquanto o primeiro vai estar de conformidade com uma idolatria estatal extremada, o segundo vai estar sob o império da lei e de conformidade com aspectos envolvendo a *ordem*, a *igualdade formal* e mesmo a *certeza* quanto aos valores jurídicos de conformidade com um modelo de Estado liberal. Neste caso é possível se reconhecer, como faz Bobbio, uma ligação estreita do positivismo ético moderado com o Positivismo Jurídico.

#### 4. A Retórica

Podemos reconhecer tanto no processo constitutivo como no processo aplicativo do Direito o papel desempenhado pela Retórica. A Retórica (do grego *rhetorickós*, que se refere à oratória) enquanto teoria, e segundo Aristóteles (384-322 a.C.), o filósofo grego, podemos defini-la como “a faculdade de observar, em cada caso, o que este encerra de próprio para criar a persuasão”<sup>14</sup>, ou seja o que é adequado e apropriado para persuadir, convencer. É este filósofo grego se encarrega de afirmar ainda que a persuasão é uma forma ou um tipo de demonstração. Dessarte o exercício da persuasão neste caso vai estar em função direta de uma demonstração. Fora disto a retórica deixa de se caracterizar como retórica. Com uma providência assim ela faz perceber um compromisso com a verdade, ao que podemos adjuntar ainda o seu comprometimento ético. Assim, aquele que se utiliza da retórica para impor uma inverdade não estará agindo com ética.

De conformidade com o escólio de Roland Barthes (*A Retórica Antiga*), como prática social a retórica discursiva comparece em determinada época como uma técnica privilegiada porque é preciso pagar para adquiri-la, permitindo-se às classes dirigentes assegurar-se a propriedade da palavra, e com isso ditando-se regras de acesso a esse poder que é limitado àqueles que sabem falar, uma técnica nascida por volta de 2.500 anos<sup>15</sup>. Ademais disso, pode-se dizer ainda que ela surge por volta do ano 485, a.C., em razão de uma peculiar situação, qual seja, a existência de casos pendentes em processos judiciais envolvendo direito de propriedade, e que se desenvolveriam perante júris populares, onde seria necessário o recurso da eloquência. E daí a sua gênese, produto de uma forja onde se

---

<sup>14</sup> Aristóteles. **Retórica**. Trad. de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2011. p. 44.

<sup>15</sup> BARTHES, Roland. **La Antigua Retórica**. Trad. de Beatriz Dorriots. Barcelona, Espanha: Ediciones Buenos Aires S.A, 1982. p. 10.

verifica inicialmente uma ponderação e análise do discurso na defesa do direito de propriedade<sup>16</sup>.

No período clássico grego a Retórica tivera grande utilização e divulgação por sofistas como Protágoras (481-420 a.C.), Górgias (483-376 a.C.) e Isócrates (436-338 a.C.). E isto se explica porque o modelo de democracia vigente na antiga Grécia era portador de um governo muito trabalhoso, praticamente dependente das assembleias às quais era chamado o cidadão para deliberar sobre interesses religiosos, financeiros ou de associação, sem o direito de faltar. A sessão era longa e em Atenas o cidadão uma vez no local, e “chegado de manhã, exige-se que o ateniense ali permaneça até hora avançada do dia a ouvir os oradores. Não pode votar senão tendo estado presente desde a abertura da assembleia, e tendo ouvido todos os discursos”<sup>17</sup>. Isto nos dá uma noção do espaço já existindo ao papel da retórica. Durante a Idade Média iria ela vai compor, juntamente com a gramática e a lógica, o conjunto das três disciplinas mais importantes que eram ensinadas nas escolas, denominado este conjunto de *trivium*.

Conforme lembramos no início deste ensaio, a Retórica pode ser retratada quando da sua aplicação como a arte de falar bem, ou como a arte do processo argumentativo envolvendo emissor-receptor na relação discursivo-comunicativa. No primeiro caso a Retórica vai comparecer de forma proposicional como estudo da organização discursiva, e neste aspecto vai considerar “as condições de produção dos discursos a partir da ótica dos atos de linguagem”<sup>18</sup>. E frise-se que ao considerarmos tanto o *falar bem*, como também o processo argumentativo, ambos os casos têm a ver na atividade discursiva (tanto na oratória como na escrita) com uma necessária observância aos requisitos do *logos*, do *pathos*, e do *ethos*, já num primeiro momento da sua composição estrutural. Isto sob pena de não o fazendo, ocasionar um descuido com um prejuízo científico do ponto de vista teórico e mesmo do ponto de vista aplicativo prático. Com relação ao primeiro requisito ele vai cuidar daquilo que envolve a razão no papel desempenhado pelo raciocínio, principalmente com a utilização dos mecanismos metódicos do indutivo e do dedutivo, quando da elaboração argumentativa. O segundo requisito vai cuidar de aspectos envolvendo pontos de emotividade e mesmo das *figuras de retórica*, como formas ou recursos de se levar a um convencimento. O terceiro requisito vai cuidar das circunstâncias de crédito, autoridade e preparo de quem fala ou escreve, mas também do reconhecimento que detém o orador

---

<sup>16</sup> WARAT, Luis Alberto. **O Direito e a Sua Linguagem**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984. p. 86.

<sup>17</sup> COULANGES, Fustel. **A Cidade Antiga**. 10. ed. Trad. de Fernando de Aguiar. Lisboa, Portugal: Livraria Clássica Editora, 1971. p. 408-409.

<sup>18</sup> WARAT, Luis Alberto. **O Direito e a Sua Linguagem**. *Op. cit.* p. 85.



perante quem ouve ou lê o discurso, num processo circunstancial de empatia entre o primeiro (orador) e o segundo (público, assistência, platéia, etc.).

## **5. Retórica e Direito. Síntese Conclusiva**

Após lembrar esses aspectos essenciais constitutivos da Retórica e do ponto de vista teórico, há que se reconhecer a sua aplicação ao Direito. Para isto advirta-se que nos estudos jurídicos não devemos confundir a linguagem filosófica do Direito com a linguagem científica do Direito e vice-versa. Esta diferenciação acontece por força de modulações variáveis que acontecem em razão tanto do objeto como da metodologia que se verifica num e noutro caso<sup>19</sup>.

Ao lado da linguagem filosófica do Direito sobressai então a linguagem científica do Direito. Na linguagem científica urge considerar, reconhecer e equacionar a retórica ao Direito na conformidade daquilo que é possível reconhecer oriundo do Positivismo Jurídico. Conforme tivemos a oportunidade de verificar, o Positivismo Jurídico nos seus contornos gerais e pela discussão doutrinária que apresenta tem toda a sua elaboração teórica no sentido de alinhar pontos fundamentais e básicos para uma teorização científica do Direito. Não há como fugir desta lógica, esta que vai envolver neste propósito a Ciência Jurídica tanto do ponto de vista da definição do seu objeto como do ponto de vista da definição da sua metodologia. Por causa disso a Retórica aplicada ao Direito deve comparecer como recurso a ser utilizado em dois sentidos bem demarcados. Neste caso a atitude da Retórica não poderá fugir deste propósito basilar sob pena de exercer uma incompatibilidade lógica, mesmo quando da restrita observância aos elementos da sua constitutividade (logos, pathos e ethos), sendo que o seu engajamento no processo discursivo de eloquência e de convencimento será, num primeiro sentido, relacionado com a constituição (elaboração) do Direito, e num segundo sentido, relacionado com a aplicação do Direito aos casos concretos.

No primeiro caso (sentido da constituição do Direito), toda a retórica discursiva desenvolvida vai estar ocupada com um papel finalístico em escrever o Direito, cuja atribuição vai ficar a cargo principalmente da função legislativa do Estado, e onde o legislador comparece como o principal agente desta atuação. Assim, a elaboração legislativa

---

<sup>19</sup> ORRUTEA, Rogério Moreira. **Curso de Filosofia do Direito**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 182.

vai cuidar no seu discurso naqueles aspectos que assinalamos (logos, pathos e ethos) como pontos essenciais do discurso, e onde haverá de se explorar as demandas da conveniência legislativa. Dessarte, o ato legislativo será uma ressonância daqueles aspectos. Aliás, é isto o que se deve verificar no pragmatismo cotidiano da vida legislativa em uma sociedade que vige sob o império da lei, esta que vai significar o parâmetro para uma sociedade com pretensões de civilização e democracia. E se quisermos dar destaque ao método racional aqui engendrado ganha destaque o método *indutivo*.

Diferentemente, e no segundo caso (sentido da aplicação do Direito), a retórica discursiva vai estar dominada por uma atividade interpretativo-aplicativa, e onde ganham destaque a função executiva, a função judiciária e a função Ministério Público, cada uma delas no exercício de atribuições e competências que a elas são reservadas. Aqui também se verifica o processo de utilização dos aspectos antes descritos (logos, pathos e ethos). Neste último caso o método racional que ganha destaque é o método *dedutivo*. Assinale-se ainda mais, e por derradeiro, que em ambas as situações (sentido constitutivo e sentido aplicativo) estar-se-á agindo pelos passos da teoria científica.

## REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. **Retórica**. 1. ed., Trad. de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2011.
- BARTHES, Roland. **La Antigua Retórica**. Trad. de Beatriz Dorriots. Barcelona, Espanha: Ediciones Buenos Aires S.A., 1982.
- BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito**. 1. ed. Trad. de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- \_\_\_\_\_. **Teoria da Norma Jurídica**. 4. ed., Trad. de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed., Trad. de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.
- COULANGES, Fustel. **A Cidade Antiga**. 10. ed., Trad. de Fernando de Aguiar. Lisboa, Portugal: Livraria Clássica Editora, 1971.
- ORRUTEA, Rogério Moreira. **Curso de Filosofia do Direito**. Curitiba: Juruá, 2012.
- WARAT, Luis Alberto. **O Direito e a Sua Linguagem**. 2. versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984.