

BOBBIO, A CIÊNCIA DO DIREITO E A FUNÇÃO SOCIAL DO JURISTA¹

José Alcebiádes de Oliveira Junior*

Sumário – Introdução; A proposta de ciência jurídica analítica de Norberto BOBBIO; A crítica de Ricardo GUASTINI e algumas observações finais sobre o tema.

INTRODUÇÃO

Neste texto pretende-se realizar observações à teoria neopositivista da ciência jurídica de Norberto BOBBIO, nas quais se procurará enfatizar especialmente os aspectos diferenciados dessa metodologia em relação às posições clássicas do jusnaturalismo e positivismo, bem como a especificidade com que é tratado o direito enquanto objeto no âmbito dessa corrente, e, por fim, de um modo talvez um pouco audacioso, rediscutir a sintonia ou não daquilo que é proposto como função dos juristas por essa ciência, em relação ao que se espera como atitude “social” dos juristas em tempos pós-modernos².

¹ Versão revista de uma palestra realizada na Faculdade de Filosofia da UFSM, em 31 de agosto de 2004, e que será publicada em um livro em homenagem a Norberto Bobbio, sobre “Direito, Ética e Política”.

* Professor Titular de Direito da UFRGS, Pró-Reitor de Extensão da UERGS.

² Este texto reapresenta alguns aspectos do que escrevemos em “BOBBIO e a filosofia dos juristas”, cap.3, POA: Sérgio FABRIS, 1994. Integra, também, o rol de assuntos de uma pesquisa sobre “direitos fundamentais do homem” que aguarda chancela do CNPq, que invariavelmente tem apoiado nossas pesquisas. Por “neopositivismo”, entende-se uma das tantas denominações atribuídas ao “Círculo de Viena” que, nos 1920, sob a orientação, dentre outros, de Rudolf CARNAP e Ludwig WITTGENSTEIN, patrocinou a denominada virada lingüística na filosofia, atribuindo como tarefa essencial dos filósofos, a “análise da linguagem da ciência”. Por “pós-modernismo”, pode-se entender, dentre muitas outras coisas, com LYOTARD, como a presença de um mundo no qual se percebe uma condição de instabilidade dos saberes em geral e da pesquisa científica em particular, em que “o que está ultrapassado não é perguntar-se o que é verdadeiro e o que é justo, e sim considerar-se a ciência como positivista e condenada a este conhecimento ilegítimado, a este meio-saber de acordo com os idealistas alemães”. Portanto, a grande meta-questão desse momento, segundo LYOTARD seria: “o que vale o seu “o que vale?”” (LYOTARD, 1986, p. 99 e 100).

Considerando-se o tema da “cientificidade” da ciência do direito como uma fonte inesgotável de questionamentos, procuraremos, também, nessa nova leitura, demonstrar, primeiro, que o texto “Scienza del diritto e analisi del linguaggio” de BOBBIO (SCARPELLI, 1976 p.287-324; BOBBIO, 1980, p.173-200) representou um efetivo avanço na compreensão daquilo que fazem os juristas; e, em segundo lugar, demonstrar que se o associarmos com as colocações do BOBBIO dos anos 60, especialmente aquelas do seu texto “Ser y Deber Ser em la Ciencia Jurídica” (BOBBIO, 1980, p. 201-223), teremos uma ampla, interessante e realista proposta de ciência jurídica, que certamente ainda poderá contribuir em muito com o processo formativo de juristas teóricos, bem como servir de orientação para atitudes de juristas práticos³. Sem prejuízo de uma observação direra da obra de BOBBIO, utilizaremos, também, um texto de Ricardo GUASTINI (1987, p. 119-133), “Los juristas a la busqueda de la ciencia - relectura de BOBBIO”, em que expõe e critica o BOBBIO dos anos 50, para justamente tornar possível a demonstração segundo a qual, BOBBIO, na linha de uma postura epistemológica “realista”, nos anos 60, reviu de modo significativo sua própria obra, pois mesmo sem abandonar a visão analítica ou estrutural, passa a associa-la a uma visão hermenêutica e pragmática de ciência jurídica, ressaltando o aspecto funcional dessa perspectiva de ciência, especialmente no que se refere à discussão em torno da função social dos juristas. Todo esse movimento pode ser sintetizado com a percepção de que se, num primeiro momento, o neopositivismo a partir de várias de suas teses afasta a sociologia do âmbito da ciência do direito, num segundo momento BOBBIO logo percebe a impossibilidade dessa pretensão.

A proposta de ciência jurídica analítica de Norberto BOBBIO

O texto conferência de BOBBIO antes referido e do qual estamos partindo, introduziu o positivismo lógico (neopositivismo) nos estudos jurídicos em Itália, inscrevendo-se, também, como assinala Ruiz MIGUEL (1983, p.51-52) – um dos maiores comentadores do autor turinês –, em um movimento denominado *neoiluminista*, tendo representado uma efetiva modificação no pensamento de BOBBIO, e que pode ser traduzida pela passagem *de uma filosofia como concepção de mundo, para uma filosofia como metodologia*, portanto menos especulativa e mais empírica.

³ Cabe salientar aqui, na esteira de um dos mais abalizados intérpretes de BOBBIO no Brasil, Celso LAFER, que uma distinção importante na obra do autor italiano foi a de que existe uma filosofia do direito de filósofos e outra de juristas, e que BOBBIO pratica justamente esta segunda, entendida como uma filosofia geral aplicada ao direito, ou então às questões efetivas dos juristas. Cabe salientar também com LAFER que dentre os campos de preocupação dos juristas trabalhados por BOBBIO a partir da hegemonia do paradigma positivista-normativista, estão o da validade, o da eficácia e o da justiça do direito enquanto norma positiva, campos esses que trabalhamos em outros momentos, dentre os quais, em “Casos difíceis no pós-positivismo” (OLIVEIRA JUNIOR, 2002, p.203-227; LAFER, 1988, p.47, 48 - 74).

O trabalho mencionado, em primeiro lugar, assinala a importância de uma atitude prescritiva e crítica aos principais modelos de ciência do direito encontrados na história Racionalismo do Séc. XVII e Positivismo clássico, e que estariam a demonstrar a existência de uma duplicação do saber jurídico, questão que analisaremos adiante. Além disso, denota explicitamente a importância que BOBBIO atribuía a essa altura para uma concepção convencionalista ou nominalista de ciência, própria do positivismo lógico, concepção esta que reunia aspectos das chamadas definições nominais e definições de uso, na busca da eliminação de objetos ideais na ciência, ligados a algum pseudo-conceito de natureza ou de fato social.⁴ Associando tais pressupostos a influência de Hans KELSEN sobre como deveria ser a ciência jurídica, BOBBIO afirma que os juristas deveriam tomar por objeto de sua ciência as normas jurídicas estatais, mantendo, como objetivo, a necessidade de descrevê-las rigorosamente, visando também purificá-las, integrá-las e ordená-las na medida do possível.

Para se entender melhor a passagem ao positivismo lógico como padrão epistemológico, convém rever que sobre as concepções fundamentais da ciência jurídica, a *Racionalista do 600* e a *Positivista do 800*, BOBBIO a respeito de ambas trata de demonstrar duas coisas: em primeiro lugar, que propuseram uma concepção da ciência na qual a jurisprudência, querendo permanecer fiel a seu objeto, não podia encontrar nenhum argumento para afirmar sua própria cientificidade; e, em segundo lugar, que ambas deram origem, no campo dos estudos jurídicos, a criação de uma ciência totalmente dissociada da jurisprudência e, portanto, estranha ao trabalho efetivo do jurista. Vislumbrando o Positivismo Lógico como uma terceira concepção, BOBBIO busca com ele uma mudança no entendimento da “razão” e da “verdade” como pontos absolutos de sustentação do saber científico, tal como vinha sendo adotado pelo racionalismo e pelo positivismo clássico (HERNANDEZ GIL, 1987, p.136), substituindo-as por uma concepção puramente instrumental da razão e da verdade. A concepção da verdade absoluta seria substituída por uma concepção convencionalista da verdade. E, por fim, da concepção de uma lógica absoluta passaria a uma concepção que se poderia chamar de pluralista da lógica.⁵

⁴ Tal concepção implica numa mudança de atitude em relação à teoria essencialista das palavras e dos termos (ou realismo verbal) elaborada por PLATÃO, e citada aqui a partir de Hermann KANTOROWICZ, em a “Definición del Derecho”, p.33 e 34 (NINO, 1987, p.12).

⁵ Seria importante destacar o que entende BOBBIO por lógica pluralista. Partindo da razão como tendo um caráter instrumental, e do entendimento de que as proposições primitivas são fruto de convenções, o que implica num rechaço da teoria das essências, BOBBIO não poderia acatar a idéia segundo a qual há por essência uma só lógica para as ciências, e sim que, para investigações diversas, correspondem lógicas diversas. Por lógica, BOBBIO entende o conjunto de regras intelectuais que guiam nossa investigação e a conduzem a um resultado, ou ainda evitam a falta de um resultado ou põem de manifesto um resultado negativo ou contrário. Mas essa lógica não é a mesma para toda e qualquer ciência (na Matemática e na Física, por exemplo, elas são diferentes), pois senão, ao afirmar os princípios do positivismo lógico como adequados à ciência jurídica, BOBBIO seria obrigado a aceitar a redução do direito a um lógica formal e simbólica, ao estilo de CARNAP. Na verdade, BOBBIO reconhece a existência, no âmbito da jurisprudência, de uma lógica material que necessariamente não coincide (empiricamente) com a lógica formal e simbólica utilizada para a descrição dos enunciados proposicionais da ciência, segundo o positivismo lógico em sentido estrito (HERNANDEZ GIL, 1987, p. 137).

Para uma melhor caracterização da problemática da cientificidade da jurisprudência, observemos os comentários de BOBBIO sobre as mencionadas concepções racionalista e positivista da ciência jurídica.

Para ilustrar a concepção racionalista de ciência do 600, parte da afirmação de que ela no fundo se trata de uma expressão da mentalidade iluminista em sentido amplo, contendo, pois, elementos da lógica abstrata e da matemática. Duas asserções a demarcam claramente:

- 1) o mundo é um sistema ordenado regido por leis universais e necessárias (racionalismo objetivo ou metafísico);
- 2) o homem é um ser razoável, isto é, dotado de uma faculdade que lhe permite compreender aquelas leis (racionalismo subjetivo e metodológico).

Nestas duas asserções se funda a concepção da ciência como adequação da razão subjetiva do homem a razão objetiva do universo. A ciência, em definitivo, consiste no descobrimento e formulação de leis que estão já na natureza e que como tais são imutáveis e necessárias; em consequência, os resultados que obtém, suas verdades, possuem caráter definitivo (BOBBIO, 1980, p. 175,176).

Diante desses pressupostos, cabe imediatamente a pergunta: qual a relação do objeto da jurisprudência com esses pressupostos de ciência? Certamente muito poucas, haja vista o fato, ressaltado por BOBBIO, sobre as parcas condições da jurisprudência que, na realidade possuiria um objeto bem menos permanente e imutável do que aquele perscrutado pelo racionalismo.

Com efeito, muito embora todas essas distâncias e problemas apontados, inúmeras escolas e doutrinadores do direito enveredaram pelo racionalismo, o que terminou por, paradoxalmente, ao invés de atribuir autoridade à tarefa do jurista, atribuir descrédito, dando origem ao que BOBBIO magistralmente delimitou como sendo uma *duplicação do saber jurídico*. Como disse, o mundo do conhecimento jurídico foi separado em duas partes: por um lado, criou-se um novo saber que, por ser “verdadeiro”, não era “jurídico” – o Direito Natural –, e, por outro lado, manteve-se o saber tradicional que, por ser “jurídico”, não era “verdadeiro” – a Jurisprudência –. (BOBBIO, 1980, p. 177 - 178).

Para ilustrar a concepção positivista de ciência, BOBBIO alude que para um positivista, nem o mundo é um sistema racional nem o homem se encontra de posse de um “órgão” para o conhecimento de uma verdade absoluta como a razão. Não existem leis absolutas e pré-determinadas, senão que um conjunto de acontecimentos, vale dizer, de fatos. E estes fatos, para entrarem no sistema de ciência, precisam ser controlados experimentalmente. Assim, os fatos constituem para o positivista o pressuposto da análise científica. Mas atenção, somente enquanto puderem ser verificáveis e, assim, mesmo as leis da lógica, que são prévias à experiência, só são tomadas como objeto de análise, na medida em que puderem ser apanhadas como Psicologia, como intenções passíveis de serem avaliadas experimentalmente. Do mesmo modo, a Ética passa a ser avaliada a partir dos comportamentos morais ou dos

usos e padrões sociais dominantes que puderem ser avaliados experimentalmente, transformando se, em última análise, em Sociologia.

Diante desses pressupostos, caberia igualmente a pergunta anteriormente formulada: como se insere a jurisprudência na concepção positivista do saber? A resposta é taxativa: não se insere, em absoluto. Na verdade, a jurisprudência realiza seu trabalho não sobre fatos experimentais, senão que sobre proposições dadas que não são outra coisa do que normas jurídicas, que de modo evidente valem mesmo que não correspondam a fatos. Assim sendo, a jurisprudência também não atende aos padrões de cientificidade do Positivismo.

Devido ao influxo de que para ser ciência a jurisprudência deveria basear se em fatos, resultou o surgimento da Sociologia e da Psicologia Jurídicas como únicas ciências do direito possíveis, tal como sucedeu na época do racionalismo, quando somente o Direito Natural racionalista seria ciência. Pode se aduzir, neste íterim, que talvez advenha desta linha de raciocínio o rechaço permanente tanto às visões idealistas do jusnaturalismo, quanto às visões positivistas de cunho sociológico no âmbito da teoria jurídica. De qualquer modo, emergia daí a mesma problemática da duplicação do saber, onde, de um lado, agregavam se os mentores de uma ciência de fatos, fracionada em Psicologia e Sociologia, e, de outro, aqueles que trabalhavam efetivamente com a realidade estatal do direito ou com as normas jurídicas.

Diante do exposto, como seria possível, então, pergunta BOBBIO, falar-se em cientificidade da jurisprudência?

Com base no positivismo lógico, demonstra como até agora o contraste entre jurisprudência e ciência foi colocado fundamentalmente a partir da busca de um critério de verdade universal que, no final das contas, intentaria a convergência da jurisprudência com a natureza. Saliendo que o tema da jurisprudência como verdadeira ciência não havia sido ainda colocado com critérios adequados para uma ciência, ressaltava, dentre outras coisas, que a busca de uma verdade imutável ou a redução do direito a fatos, deveriam ser descartados. Assentado na idéia de que o objeto da ciência do direito são as normas jurídicas, segue entendendo que o ponto a ser abordado deveria ser o de uma rigorosa descrição e delimitação dos conceitos jurídicos envolvidos na prática judiciária, através de um conjunto de proposições linguísticas que conformariam a ciência jurídica propriamente dita. Com efeito, a ciência se daria na inter-relação de duas linguagens, a do legislador e a do cientista. Este critério, o professor de Turim foi buscar principalmente na obra de CARNAP, um dos fundadores do Círculo de Viena, que fala de uma superação da metafísica por uma análise lógica da linguagem (FARREL, 1979, p.63).

No dizer de BOBBIO (1980, p. 182), as proposições científicas, segundo os partícipes do positivismo lógico, não são proposições incondicionalmente verdadeiras, no sentido de que reproduzam por intuição (a idéia) ou através de uma operação experimental (o fato), uma verdade, ideal ou de fato, pressuposta; melhor dizendo, são proposições rigorosas, nas quais o acento passa da verdade ao rigor. Como segue BOBBIO, a cientificidade de um

discurso não consiste na verdade, isto é, na correspondência da enunciação com uma realidade objetiva, senão que no rigor de sua linguagem, vale dizer, na coerência de um enunciado com todos os demais enunciados que formam sistema com aquele (BOBBIO, 1980, P.182-183). Sendo a ciência dependente de uma linguagem rigorosa ou, noutros termos, sendo ciência somente aquilo que é (ou poderia ser) enunciado rigorosamente do ponto de vista lingüístico, nosso autor busca definir o que seria uma linguagem rigorosa:

a) quando todas as palavras das proposições primitivas do sistema estão definidas, ou seja, quando estão estabelecidas todas as regras de seu uso e não são nunca usadas em desrespeito a tais regras;

b) quando estão estabelecidas as regras em base as quais das proposições primitivas se podem alcançar as proposições derivadas e não se usam outras regras fora das estabelecidas. Ou seja, quando estão perfeitamente dadas as regras de formação das proposições iniciais e as regras de transformação pelas quais se passa das proposições iniciais as sucessivas. Em conseqüência disso, uma ciência apresenta se como um sistema fechado e coerente.

Para BOBBIO (1980, p.183), entretanto, resra claro que a problemática da ciência jurídica não deve ser reduzida a um fato lingüístico, muito embora essa dimensão seja fundamental, pois o que se pretende, através de uma ciência jurídica neopositivista, é tornar intersubjetivo, no mais alto grau, as observações subjetivas existentes entre emissores e receptores. Como são utilizados signos no momento da comunicação jurídica, trata-se de produzir um sentido e uma referência convencionalizada desses signos, o que nos conduz ao entendimento de que não há como deixar de admitir a importância da análise da linguagem para a ciência jurídica.

Assim, tal como foi dito, a linguagem não seria o único aspecto importante para BOBBIO, senão que, como salienta RUIZ MIGUEL (1983, p.57), o historicismo matizaria sua aproximação com o empirismo contemporâneo (positivismo lógico), e basicamente em duas direções:

1) como uma atitude que mantém uma visão histórica dos problemas, porém de uma maneira diversa de HEGEL e MARX e,

2) como uma metodologia que separa a interpretação social da explicação causal ou natural.

Descendo a detalhes da oscilante adesão às ciências empíricas neopositivistas por parte de BOBBIO (1980, p.184), cabe dizer com ele que mesmo a observação de um experimentador que constitui o começo de uma investigação, e que se formula numa proposição inicial - proposição protocolar - vem expressa numa determinada linguagem. E tal proposição, adquire valor de uma proposição científica, na medida em que puder ser incluída no sistema lingüístico daquela ciência ou possibilite a elaboração de uma nova linguagem científica. Encontra se implicada aí uma determinada lógica ou discurso, mas que não se trata de uma lógica ou discurso aberto a tudo. Muito embora não sendo uma ciência empírica, a matemática,

p.ex., possui uma linguagem não só específica como própria, a partir da qual são desenvolvidos os seus axiomas, linguagem esta que terá inevitavelmente de ser respeitada por qualquer tentativa de alteração de seus pressupostos teóricos.⁶

Como exemplo do nascimento de uma proposição protocolar no âmbito da ciência jurídica, pode-se dizer que o direito, empiricamente observado, aparece como um conjunto de normas postas por um poder soberano e obedecidas, podendo-se concluir, em termos de proposições, que o direito é um conjunto de normas de dever ser, e, assim, dar início a um sistema científico. Tais proposições, por vezes são arbitrarias, mas não podem sustentar-se a partir de uma radical contradição com o uso que é feito delas ou em relação aquilo que é verificável naquela primeira proposição. A proposição protocolar, portanto, se insere como pressuposto da ciência neopositivista, e no caso do direito, ao referir-se ao direito que é e não ao que deveria ser como base do sistema, caracterizou-se por uma proposição primitiva verificável.

Dito isto, cabe a pergunta já anteriormente feita com relação ao racionalismo e o positivismo clássico: o direito se inclui neste novo modo de entender a ciência e, em caso afirmativo, como se inclui?

A resposta de BOBBIO é afirmativa e enfática: sim. Além do que o neopositivismo poderia contribuir para o jurista compreender melhor a sua ciência, pois suas teses abrangem de modo mais coerente, o objeto mesmo da ciência jurídica, não o confundindo com o objeto de outras ciências. Uma peculiaridade teórica dessa adesão de BOBBIO é a seguinte: pode-se dizer que muito embora a norma jurídica seja um fato da experiência social, de modo que todos os elementos constitutivos de uma definição geral da regra jurídica são empíricos, a questão da ciência jurídica possui como leito próprio os aspectos lingüísticos desse fenômeno, e, portanto, seu processo de verificação é dependente de uma anterior convenção e não de alguma essencialidade da realidade vivenciada, ao modo do positivismo clássico.

Em reforço ao que está sendo dito, BOBBIO nunca deixou de reconhecer o mérito indiscutível da teoria normativista de KELSEN e de sua escola na delimitação das regras de comportamento como objeto da jurisprudência. Apesar disto parecer óbvio, com tal assertiva

⁶ Para um melhor esclarecimento do que se entende por proposições protocolares, ver Hernandez GIL(1987, p. 135 e segs.). Além disso, conforme Ruiz MIGUEL(1983, p.59), a discussão em torno a natureza das proposições protocolares ou protocolárias é uma manifestação a mais da eterna disputa entre a epistemologia idealista e a realista. Dentro do empirismo lógico, o ponto de partida de RUSSEL y WITTGENSTEIN foi realista, defendendo a existência de uma correspondência entre as proposições lingüísticas simples e os fatos atômicos do mundo (atomismo lógico); esta posição foi revisada a princípios dos anos trinta por Otto NEURATH a quem seguiria CARNAP num sentido idealista ou convencionalista, considerando que as proposições científicas primárias não podem comparar-se com a realidade extralingüística, senão que somente com outras proposições. Com efeito, entendemos que BOBBIO, nos anos 50, não consegue superar essa discussão sobre se as normas protocolares são de natureza empírica ou simplesmente de origem convencional.

KELSEN eliminou confusões anteriormente patrocinadas pelo racionalismo e pelo positivismo clássico acerca do objeto da jurisprudência (ciência do direito), na medida em que os confundiam com o objeto das regras da lógica e da sociologia. Com efeito, são as regras jurídicas em sua especificidade e não as regras de outra ciência, o objeto da jurisprudência. Ora, uma vez que tais regras são mediadas pela linguagem e a linguagem possui um aspecto social, institucional e se dá com emissores e receptores situados socialmente, através da análise lingüística seria possível demarcar empiricamente o jurídico do não jurídico de um modo mais preciso.

Porém, os problemas não terminam por aí. Existem as lacunas e as incoerências no sistema jurídico e daí seria de nos perguntarmos imediatamente: qual a real tarefa do jurista, descrever ou prescrever a realidade jurídica a partir das normas postas legalmente? Com qual dessas atitudes – de neutralidade ou engajamento – cumpriria melhor sua função social? Vejamos algumas respostas a essas indagações a seguir.

A crítica de Ricardo GUASTINI e algumas observações finais

No texto de Ricardo GUASTINI referido ao início no qual interpreta e critica BOBBIO, chama a atenção a maneira didática com a qual ressalta o interesse dos juristas por dois modelos de ciência jurídica: o normativismo e o realismo ou comportamentalismo⁷. Para melhor se entender a proposta epistemológica de BOBBIO, tomemos alguns esclarecimentos a respeito de cada um desses modelos, da obra de GUASTINI (1987, p. 119-120):

- para um normativista, a ciência jurídica opera com normas, entendidas como comunicações lingüísticas prescritivas, sobre as quais – ele jurista – elabora proposições descritivas dessas normas;

- para um realista, a ciência jurídica deveria operar com os comportamentos – enquanto produtores ou guiados por normas –, sobre os quais os juristas expressam ordinárias proposições sobre os fatos que intentam, no mais das vezes, chegar mesmo a prescrever como eles – os fatos – deveriam ser;

Com efeito, como vimos, a teoria normativista (principalmente a mais influente que é a de matriz kelseniana) propõe uma operação neutra para as relações entre a ciência e a realidade que busca descrever, tendo, por objetivo, “in extremis”, aclarar as operações intelectuais que os juristas habitualmente realizam. A teoria realista, por seu turno, ao pretender prescrever como deveria ser a realidade do direito, termina mesmo por propor aos juristas um modelo de jurisprudência que, necessariamente, não coincide com a realidade cotidiana desses profissionais.

⁷ Sobre ciência comportamentalista um dos autores mais destacados é Alf ROSS, em suas obras, “Hacia una ciencia realista Del derecho, Crítica Del dualismo em el derecho” (1961) e “Crítica Del diritto e analisi del linguaggio”(1982).

Diante desse quadro, pode-se dizer que o trabalho de BOBBIO se caracterizou por uma tendência maior pelo normativismo neopositivista. Entretanto, contendo uma tensão muito incômoda que praticamente o leva a um hibridismo entre o empírico e o racional, entre o normativo e a realidade dos fatos, entre descrever e prescrever. E isto pode ser observado tanto na tentativa de aplicação - de uma versão que talvez pudesse ser chamada de “impura” do neopositivismo, por defender que a ciência jurídica deveria ser construída com pressupostos concomitantes de verificabilidade e convencionalismo de suas proposições protocolares (PATTARO, 1980, p. 253-257) -, a um objeto de certo modo também impreciso, que poderia ser entendido como aqueles “comportamentos que estão previstos por normas postas”, objeto esse que, por seu turno, associa as teses do normativismo puro de KELSEN ao realismo comportamentalista de Alf ROSS (1961). Seguramente, essa leitura só se torna possível se tomarmos em conta, tal como nos propusemos de início, dois dos principais momentos da epistemologia bobbiana: um, no qual busca rever o positivismo kelseniano a partir do neopositivismo lógico em sua fase analítica, e, outro quando, em 1966, crítica e revê sua postura neopositivista anterior, terminando por reconhecer que a ciência jurídica nem descreve nem prescreve a realidade do direito, mas, certamente, a co-constitui, isto é, os juristas colaboram decisivamente com a constituição dessa realidade através dos seus procedimentos intelectuais.

Em busca das confirmações do que estamos dizendo, GUASTINI (1987, p. 121) tomando uma vez mais as reflexões de BOBBIO nos anos 50, observa que na “Teoria Pura” o direito se configura como uma espécie de mundo supra-sensível: o reino do “dever ser”, ou seja, um universo não real regido por leis próprias, formando um sistema fundado em uma norma pressuposta e imaginária, descrita como “norma fundamental”. Os enunciados dos juristas não são indicativos, senão que deônticos, o que permite concluir que desde um ponto de vista de sua formulação, eles são indistinguíveis daqueles dos legisladores.

Para BOBBIO, contrariamente, o direito não é mais que um discurso (e neste sentido, um fato): precisamente o discurso prescritivo do legislador. Como já foi dito, as normas são comunicações lingüísticas prescritivas dirigidas a modificar a conduta humana. Assim, a jurisprudência não se constitui em uma enigmática ciência normativa, mas simplesmente em uma possível análise lingüística, uma meta-linguagem sobre uma linguagem objeto (GUASTINI, 1987, p. 121, 122).

Por outro lado, BOBBIO esclarece que quando tomamos as normas jurídicas vigentes como objeto da ciência jurídica, diante delas podemos observar pelo menos dois ângulos: a regra enquanto tal e aquilo que é regulado. No primeiro caso, estaremos diante da ciência formal do direito ou então propriamente dentro da teoria geral do direito, que trataria por excelência das questões estruturais e sistêmicas, e, no segundo caso, diante da dogmática jurídica propriamente dita, enquanto análise do conteúdo mesmo das regras jurídicas ou daquilo que é normatizado. Entretanto, o que GUASTINI (1987, p.127, 128) critica no professor italiano é o fato dele não ter feito uma outra distinção que levaria em conta a presença, no âmbito da realidade do direito, de normas propriamente ditas e disposições

normativas, isto é, de uma diferenciação entre aquilo que as leis ordenam concretamente e aquilo que abstrata e literalmente elas dispõem. Com efeito, o que ele tenta ressaltar e que BOBBIO sabe muito bem, é que Direito e lei não são a mesma coisa e, como se costuma dizer, as normas enquanto entendidas como as leis postas pelo legislativo, são tão somente os veículos transportadores do direito que termina sendo aplicado, o que torna bastante complicada a posição de descrição neutra do sistema normativo legislado ao mesmo tempo em que se pretende descrever a realidade mesma do mundo do direito, por parte do cientista. Qual o plano que deveria ser privilegiado: o direito legislado ou aquele produzido pelos tribunais?

Por outro lado, quando se trata de aplicar os pressupostos do neopositivismo estudados até aqui às tarefas que os juristas desenvolvem, quais sejam a de purificar, integrar e ordenar o sistema jurídico, terminamos por nos dar por conta de que por normas entendem-se tanto regras explícitas postas pelos legisladores, como também princípios não explícitos, talvez retirados das entranhas do sistema jurídico mesmo ou de outros sistemas, situação que aparece quando existem lacunas de normas ou antinomias de normas. De aí a pergunta que se faz GUASTINI: afinal, segundo BOBBIO a ciência descreve ou transforma a realidade do Direito? Com efeito, com as nuances apontadas, não há como deixar de ver que existem inúmeras dificuldades colocadas para o cientista, e que talvez terminem por retirá-lo de uma postura neutra, gerando uma situação de necessidade de engajamento, situação que BOBBIO não enfrenta nos anos 50. Explicando melhor: quando se trata de descrever normas que foram postas pelo legislador, poderíamos dizer sem muita preocupação que o jurista estaria realizando uma interpretação; entretanto, quando se trata de descrever normas implícitas ou que não foram construídas pelo legislador não se poderia falar já, para além de interpretação, de uma transformação do sistema jurídico?(GUASTINI, 1987, p. 127-129).

Por tudo isso é que no ano de 1966, BOBBIO conclui em “Ser e dever ser na ciência jurídica”, sobre possíveis exageros dos anos 50, quando a epistemologia ao prescrever a descrição como função do cientista, o afastava da realidade dos juristas. Na verdade, como diz BOBBIO (1980), se nos fosse dada a possibilidade de pensar uma meta-jurisprudência adequada àquilo que de fato fazem os juristas, ela não poderia deixar de ser descritiva de uma realidade que tomada em si mesma é prescritiva, qual seja, aquela da atividade dos juristas, situação que aparece de forma incontroversa quando eles se defrontam com casos de lacunas e antinomias.

Assim, pode-se dizer que no ano de 1966 BOBBIO amplia de modo significativo sua visão da ciência jurídica enquanto interpretação, propondo que para se entender uma lei, se necessário for, deve-se avançar até mesmo sobre as discussões que conduziram a sua confecção no Parlamento, num verdadeiro retorno aos fatos, negando, como que por completo, a anterior separação herdada de KELSEN, entre “ser” e “dever ser”.

De qualquer modo, BOBBIO não abandona a interpretação como leito preferencial da ciência jurídica e nem muito menos, em termos gerais, a teoria da ciência jurídica neopositivista, pois nela o que aparece como propriamente objeto do jurista é a interpretação

da lei. Conforme suas palavras, “... no hay ciencia del derecho, en suma, fuera de la labor del jurista intérprete, el cual precisamente como tal intérprete realiza ese análisis lingüístico del que ninguna ciencia puede prescindir y constituye ese lenguaje riguroso en el que consiste según la concepción moderna de la ciencia que ha pasado el problema de la ciencia de la verdad al rigor el caracter esencial de todo estudio que pretenda tener validez de ciencia” (BOBBIO, 1980, p. 187).

Contudo, como assinalou em “Ser e dever ser...” (BOBBIO, 1980, p.211), a tarefa do jurista como intérprete de normas, envolve distintas e complexas etapas, tais como a determinação da norma a ser aplicada que, por seu turno, envolve outras distintas fases do tipo comprovação da existência da norma (sua validade), compreensão para a descoberta do seu significado e, por fim, uma etapa de descobrimento, que seria justamente a busca de normas não explícitas no sistema, e que permitiriam aplicar, de modo atualizado, o sistema em relação aos fatos novos. Por outro lado, a norma nem sempre funciona como um esquema de predição ou que antecipação ao fato que irá ocorrer. Com efeito, muitas das normas jurídicas são de autorização e competências atribuídas a órgãos superiores, cujo comportamento está apenas formalmente determinado pela Constituição, etc...

Pois bem. As discussões e as dificuldades são muitas. Entretanto, não podemos deixar de enfatizar que quanto ao problema da jurisprudência dever ser ou não ser descritiva, por trás dele está a importante questão da função social do jurista tal como assinalamos no próprio título deste trabalho. E sobre esse aspecto, tomemos BOBBIO (1980, p. 219) de modo literal: “hoje sabemos bem que a tese da ciência jurídica como ciência descritiva nasce em um determinado contexto histórico no qual, para salvaguardar a autoridade de uma fonte privilegiada do direito, se pretende separar radicalmente o momento da reflexão sobre o “*ius conditum*”, que explica mas que não modifica o sistema, das propostas de “*ius condendum*”, que tendem a modificar o sistema”.

Ora, é inegável, nesse momento, a visão de BOBBIO sobre a necessidade de engajamento dos juristas em sua atividade. Contudo, poderíamos partir apressadamente para uma conclusão em tons tão somente políticos dos problemas complexos e paradoxais apresentados ao direito, tais como nos ditos “casos difíceis”, para utilizar uma expressão de Ronald DWORKIN (2002)⁸, do tipo interesse do consumidor X interesse do fornecedor; interesse de proteção ambiental X interesse pelo desenvolvimento; interesse do ser humano X interesse econômico pelo desenvolvimento científico, etc.

Com efeito e acreditando não deturpar o pensamento de BOBBIO, entendemos que em meio a um mundo que mais do que re-afirmar certezas navega sob o aumento contínuo dos riscos e das incertezas, os juristas necessitam da substituição dos modelos clássicos que se estabeleceram com base na individualidade humana, na independência disciplinar e nas

⁸ Sobre o tema ver também “Casos difíceis no pós-positivismo”. (OLIVEIRA JUNIOR, 2002, p. 203-227).

certezas epistemológicas, por um modelo que tome em conta a coletividade como um todo, exercite a inter e a transdisciplinariedade e propicie ações que realizem e transformem o mundo, tornando possível responder de modo convincente a pergunta de LYOTARD já referida: “o que vale o seu “o que vale?””(LYOTARD, 1986, p.100). Em tom ousado e sujeito a críticas, nos perguntaríamos se o que está em jogo hoje, em outras palavras, não poderia ser o entendimento de que mais valem argumentos com base em realizações efetivas que falam por si do que discussões acadêmicas e por vezes estéreis sobre quais “valores” são mais fundamentais que outros?

A opção por um modelo, ou se se quiser, por uma função engajada e interdisciplinar por parte dos juristas depende, além da capacidade de mostrar-se associada à efetivas condições de realização que cada um possua, de uma certa ousadia e destemor de colocar adiante o já amplo espectro de consciência que hoje temos da complexidade do mundo e da necessidade de determinadas ações no interesse da preservação desse próprio mundo.

Portanto, não há como fazer ciência jurídica fora de uma visão integrada entre o mundo do “ser” e do “dever ser”, fora de uma visão associada das posturas normativistas com as posturas sociológica e psicológica. Tal como vem escrevendo a professora CLAUDIA MARQUES (2003, p.71 e segs.), tendo como pano de fundo o professor de HEIDELBERG Erik JAYME (2003), não há como fugir de um necessário “diálogo das fontes” para a realização plena da ciência jurídica, diálogo esse que deve se dar tanto no âmbito do plano normativo instituído, como também no âmbito de uma relação entre o normativo e a realidade fática. De maneira singela, lembremos do atualíssimo problema dos “embriões excedentes”, que são aqueles que restam posteriormente a uma inseminação artificial nos laboratórios, e que, para alguns setores, já são seres humanos e para outros não. A questão é que para se discutir os direitos deles, se é que os possuem, necessário se faz uma profunda discussão interdisciplinar sobre o que seja vida, o seu começo, o seu desenvolvimento e o seu fim.

Por derradeiro, a consciência política é fundamental para o cumprimento da função social do jurista, mas não somente ela. É preciso, em tempos pós-modernos, lançar mão de todos os recursos, intelectuais ou fáticos, ao nosso alcance ou não, para a realização concreta de princípios internacionais hoje plenamente intersubjetivados, dentre os quais se sobressai o da defesa da “existência digna” dos seres humanos, presentes e futuros. Segundo nosso ponto de vista, a obrigação social do jurista, entendida no sentido pleno da palavra, deve decorrer principalmente do fato dele – jurista – ter que dar respostas concretas às exigências de um “dever” que se origina da consciência, mas que, sobretudo, responde a exigências outras fruto de um aprofundamento radical das relações do homem com o mundo, como por exemplo na revolução biotecnológica (BOBBIO, 1992, p. 6; FUKUYAMA, 2003), e que só podem ser percebidas a partir de uma “existência transcendental” ou de um “transcendentalismo existencial”, se assim nos permitem os filósofos de falar. Enfim, em meio a complexidade desse mundo pós-moderno, pelo menos chamemos a atenção para o fato de que o viver está a exigir cada vez maiores responsabilidades de todos em suas ações e, pela natureza peculiar da função exercida pelos juristas – dizer o direito -, a eles se aplica esse princípio em grau ainda maior.

BIBLIOGRAFIA

- BOBBIO, Norberto. La Filosofia di Husserl e la Tendenza Fenomenologica. Rivista di Filosofia, Milano, 1935. pp 47-65.
- . Scienza del Diritto e Analisi del Linguaggio. In Diritto e Analisi del Linguaggio. Milano. Uberto Scarpelli (org). Comunità, 1976. p.287-324.
- . Teoria della Scienza Giuridica. Torino, Giappichelli, 1950. 239 p.
- . La Teoria Pura del Diritto ed i suoi Critici. Milano. Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1954.
- . Il Positivismo Giuridico. Torino, Editrice Cooperativa Libreria Universitaria, 1986.
- . Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico. Milano, Edit. Comunità, 1965.
- . Dalla Struttura alla Funzione. Milano, Comunità, 1977.
- . Diritto e Potere. Saggi su Kelsen. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.
- BOBBIO, Norberto. Contribución a la Teoría del Derecho. Trad. de Alfonso Ruiz Miguel, València, Espanha, Edic. Artes Gráficas Soles SA, 1980. 404 p.
- . El Problema del Positivismo Jurídico. Trad. de Ernesto Garzón Valdés, B.A. Argentina, Eudeba, 1965. 114 p.
- BOBBIO, Norberto. Revista de Ciências Sociais no.30. Univ. Valparaíso, Chile, 1987.
- BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. RJ:Campus, 1992.
- COTTA, Sérgio. Bobbio: un Positivista Inquieto. In La Teoria Generale del Diritto, Problemi e Tendenze Attuali. A cura de Uberto Sacarpelli, Milano, Edizioni di Comunità, 1983.
- DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Tradução Nelson Boeira et alli. . SP, Martins Fontes, 2002.
- FARREL, Martin Diego. La metodología del positivismo lógico. B.Aires, Abeledo-Perrot, 1979.
- FUKUYAMA, Francis. Nosso futuro pós-humano. Conseqüências da revolução da biotecnologia. RJ: Rocco, 2003
- GUASTINI, Ricardo. Los juristas a búsqueda de la ciencia – relectura de Norberto Bobbio. Revista de Ciências Sociais n.30, Valparaíso, 1987, p.119-133.
- HERNANDEZ GIL, Antonio. Bobbio e o Positivismo lógico. In Revista de Ciências Sociais, no. 30, Univ. Valparaíso, 1987, Chile, p.135 -148.

- JAYME, Erik. Direito Internacional Privado e Cultura Pós-moderna. In Cadernos do PPGDIR./UFRGS. V. 1, n.1 POA: PPGDIR./UFRGS, 2003, p. 59-68.
- LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos. Diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. SP, Cia. Das Letras, 1988.
- LYOTARD, Jean-François. O pós-moderno. Trad. Ricardo Correia Barbosa. 2 ed. RJ: José Olímpio, 1986.
- MARQUES, Claudia. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil; do diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas. In Revista de Direito do Consumidor no. 45. SP: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- NINO, Carlos Santiago. Introduccion al analisis del derecho. B.Aires, Abeledo-Perrot: 1987.
- OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. Bobbio e a filosofia dos juristas. POA: Sérgio Fabris, 1994.
- OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. Casos Difíceis no Pós-positivismo. In Hermenêutica Plural. Carlos Boucault e José R. Rodríguez (orgs.). SP: Martins Fontes, 2002.
- PATTARO, Enrico. Filosofia del Derecho, Derecho y Ciencia Juridica. Trad. de Jose Iturmendi Morales. Madrid, Editorial Reus, 1980. 399 p.
- ROSS, Alf. Hacia una ciência realista Del derecho. B.Aires: Abeledo-Perrot, 1961.
- ROSS, Alf. Critica Del diritto e analisi Del linguaggio. Bologna: Società editrice il Mulino, 1982.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso. Filosofia y Derecho en Norberto Bobbio. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983. 509 p.