

CIP – Catalogação na Publicação
(Sindicato Nacional dos Editores de Livro, RJ)

LI63n

Lafer, Celso, 1941-
Norberto Bobbio: trajetória e obra / Celso Lafer. – 1. ed. – São Paulo :
Perspectiva, 2013.
(Perspectivas)

Inclui bibliografia
ISBN 978-85-273-0976-9

1. Bobbio, Norberto, 1909-2004. 2. Juristas/Políticos – Brasil –
Biografia 3. Direito, Ciência Política, Teoria das Relações Internacionais
I. Título. II. Série.

13-00670

CDD: 923
CDU: 929:32

30/04/2013 02/05/2013

Direitos reservados em língua portuguesa à
EDITORA PERSPECTIVA S.A.
Av. Brigadeiro Luís Antônio, 3025
01401-000 São Paulo SP Brasil
Telefax: (11) 3885-8388
www.editoraperspectiva.com.br
2013

10. *Da Estrutura à Função*

O Olhar de Bobbio Sobre a Função
Promocional do Direito¹

Da *Estrutura à Função* é um livro da maior importância no percurso de Norberto Bobbio. Representa um marco na sua rigorosa, fecunda e instigante contribuição à teoria geral do Direito. Nele está reunido, como era do feitio do seu trabalho intelectual, um conjunto de ensaios que assinalam, por aproximações sucessivas, de que maneira complementou a sua análise estrutural do Direito. Esta, na esteira da instigação de Kelsen, partiu, com desenvolvimentos próprios, de uma reflexão sobre normas inseridas em ordenamentos, identificando na concepção do ordenamento jurídico a grande contribuição do positivismo jurídico à teoria geral do Direito.

A análise estrutural examina o Direito como um sistema, a partir do ângulo interno ao jurídico, sem maiores elaborações sobre as funções do Direito em relação aos destinatários das suas normas. São essas funções que ocupam Bobbio nesse livro. Bobbio se voltou para as funções, pois, como um pensador de estilo analítico, mas atento aos fatos e à história, parou para pensar o impacto do Estado democrático, reformista, intervencionista e do bem-estar social no Direito. Verificou que o Direito positivo da segunda metade do século xx deixou de se circunscrever ao proibir e permitir e passou a contemplar o promover e o estimular. Dessa maneira, uma explícita dimensão de direção social, preocupada com

a função de promover comportamentos por meio de estímulos e desestímulos, foi sendo agregada à clássica dimensão do controle

Nota de apresentação de *Da Estrutura à Função: Novos Estudos da Teoria do Direito* (2007), tradução brasileira de *Dalla struttura alla funzione: Nuovi studi di teoria del diritto*, de Norberto Bobbio.

social exercido pelo Direito nas sociedades, voltado para a função repressora ou protetora de interesses. Daí a necessidade de lidar com novos temas em relação aos quais a análise estrutural não oferecia respostas adequadamente satisfatórias para encaminhar os problemas da positivação do Direito.

Com efeito, um Direito positivo, que tem como uma das suas funções direcionar comportamentos, precisa ter informações mais precisas sobre os destinatários das normas e suas condutas. Não pode circunscrever-se a uma análise exclusivamente centrada no ângulo interno da dinâmica de funcionamento da estrutura do ordenamento. É por essa razão que esse livro de Bobbio é uma abertura à sociologia jurídica, não apenas como um ponto de vista sobre o Direito, mas como algo necessário para a própria elaboração da teoria geral do Direito.

Como mencionei, Bobbio é um autor de estilo analítico. Nesse sentido, examina o significado do que é enunciado nos conceitos e se vale dos *distinguos*, das diferenciações, para esclarecer os termos da linguagem jurídica. Essa dimensão analítica, tão presente na sua análise estrutural, é igualmente forte na sua reflexão sobre o tema das funções do Direito. É o caso da revisão que empreende do conceito de sanção. Aponta Bobbio que, na medida em que o Direito não se limita ao permitir e ao proibir, mas almeja o promover, é preciso levar em conta a dimensão positiva das sanções, que assume a forma de incentivos e prêmios. Essas são as duas formas típicas através das quais se manifesta, no Direito positivo, a função promocional do Direito voltada para impulsionar e sustentar condutas. Daí a instigante contribuição por ele dada ao tema por meio da discussão das sanções premiais, que são compensações que o Direito prevê para se alcançar uma direção social de conduta.

Bobbio é um grande mestre na *ars combinatoria* das dicotomias. Elas são um dos recursos analíticos de que ele se vale para, ao diferenciar, esclarecer e precisar conceitos. Como é recorrente na sua obra, há nesse livro significativas reflexões sobre o papel epistemológico das dicotomias.

No campo do Direito, uma das grandes dicotomias é Direito público/ Direito privado, e Bobbio a ela recorre para discutir as funções do Direito. O Direito privado tem como uma das suas funções primordiais a coexistência e a convivência de interesses divergentes dos indivíduos na sociedade, mediante normas que tornam menos áspero o confronto ao ensejar a estabilização das condições para a atuação da liberdade individual. É por isso que o privatista usualmente encara o direito a partir do indivíduo por meio

do conceito da relação jurídica. O Direito público tem como função dirigir interesses divergentes para um escopo comum, através de normas diretivas de comportamento. Por esse motivo que o publicista normalmente encara o Direito *sub specie institutionis*, tendo como ponto de partida a hierárquica perspectiva do todo em relação às partes.

É nesse contexto que cabe referência ao estudo, incluído nesse livro, de Bobbio sobre Santi Romano, autor de pioneira obra sobre o ordenamento jurídico. Mostra Bobbio que o objetivo de Santi Romano foi elaborar uma teoria do Direito do ponto de vista do Direito público, analisando o Estado como a instituição das instituições, mas reconhecendo, como um pluralista moderado, uma margem ampla de sociabilidade não controlada pelo Estado, na qual se articulam as relações entre os indivíduos e o Estado. No entanto, para Santi Romano, é o Direito público que fecha o sistema jurídico. Daí a relevância da pirâmide jurídica kelseniana e o significado do ensaio sobre Kelsen incluído nesse livro.

Kelsen, como Santi Romano, é um publicista, e Bobbio, no arguto ensaio inserido nesse livro dedicado ao autor da teoria pura, analisa como o normativismo kelseniano se insere no âmbito das preocupações com a objetividade científica e a neutralidade axiológica das ciências sociais do seu tempo. Uma das instigantes observações de Bobbio nessa linha é a de que a análise de Kelsen sobre a estrutura do sistema jurídico corresponde, no plano interno do Direito, à teoria de Max Weber sobre o processo sociológico da racionalização formal do poder estatal. Um poder plenamente legalizado converte o Estado em ordenamento jurídico e, como técnica social, permite a domesticação da força organizada por meio do Direito. Kelsen é, assim, uma contrapartida jurídica do tipo ideal weberiano do poder racional-legal. Nesse contexto, Bobbio, ao tratar da função no âmbito da teoria pura, registra que a paz é concebida como um limite ideal para o qual o Direito tende. Daí, observo eu, a relevância de Kelsen em outras dimensões do percurso de Bobbio, que, no plano das relações internacionais, se ocupa em discutir as condições de uma humanidade pacífica, que tem como um dos seus elementos a paz pelo Direito e que, no plano da organização política, defende a democracia como um conjunto de regras que permite contar cabeças, e não cortá-las.

Na sua obra, Bobbio dedicou importantes reflexões ao tema da liberdade e examinou tanto a importância da liberdade antiga, ou seja, como

participação democrática do cidadão nas decisões coletivas, quanto o significado da liberdade moderna, ou seja, como uma esfera privada de não impedimento, na qual aquilo que não é nem comandado nem proibido é permitido. Tem, assim, como “socialista-liberal”, consciência de que uma sociedade permeada apenas pelo Direito Público, mesmo numa democracia, representa um risco para uma das dimensões da liberdade. Esse é, penso eu, o pano de fundo da sua discussão, nesse livro, da distinção que Hayek faz entre normas de comportamento, que caracterizariam o Estado liberal que ele defende, e normas de organização, que caracterizariam o Estado intervencionista, por ele criticado.

Bobbio desideologiza a questão e submete, analiticamente, a dicotomia a uma discussão de suas funções. Normas de conduta têm como função tornar possível a convivência de grupos ou indivíduos que buscam seus fins particulares. Normas de organização têm como função tornar possível a cooperação de grupos ou indivíduos dirigindo os seus fins específicos para uma finalidade comum. Mostra Bobbio, com muita precisão, como é útil para a teoria geral do Direito a dicotomia normas de comportamento/normas de organização, mas aponta igualmente como esta não permite diferenciar o Direito público do Direito privado. Com efeito, no Direito privado, se os contratos e a propriedade podem ser trabalhados como normas de conduta, a família ou a disciplina das sociedades anônimas transitam, ao estabelecer competências, por normas de organização. Da mesma maneira, no Direito público, se a estruturação do Estado e dos serviços públicos requer normas de organização, o Direito penal estabelece normas de conduta. No âmbito da teoria geral do Direito, é portanto a função que explica o uso das normas de organização e das de conduta. Nesse sentido, mostra Bobbio como a reflexão sobre as funções é importante para a própria análise conceitual e tipológica das normas.

O último ensaio de *Da Estrutura à Função* tem, para nós no Brasil, um significado especial. É dedicado ao pensamento de Tullio Ascarelli, o grande jurista italiano que, vitimado pela legislação racista e antissemita da Itália fascista, encontrou abrigo no Brasil, foi acolhido como professor na Faculdade de Direito da USP e contribuiu para renovar o pensamento jurídico em nosso país, antes de retornar à Itália democrática do pós-Segunda Guerra Mundial.

O campo de preocupação de Ascarelli era amplo e ia muito além do Direito comercial, no qual foi um grande mestre. A aproximação entre

Bobbio e Ascarelli resultou do interesse de Ascarelli, no final de sua vida, por Hobbes e Leibniz, que o levou a escrever o denso prefácio à edição que preparou de textos dos dois filósofos relevantes para o entendimento da dogmática jurídica.

A inserção desse ensaio nesse livro se explica porque não é apenas fruto do comum interesse dos dois por Hobbes, mas porque, ao traçar o percurso de Ascarelli, Bobbio examina a especificidade da crítica de Ascarelli ao positivismo jurídico. Mostra Bobbio como o pensamento de Ascarelli é uma crítica ao legalismo da teoria das fontes do positivismo jurídico, fruto da experiência histórica do Direito comercial (a *lex mercatoria*) e de suas funções. Realça, igualmente, o alcance da crítica de Ascarelli à teoria da interpretação de cunho positivista. Para Ascarelli, a interpretação não é declaratória, mas criativa, pois o sistema jurídico não é um dado, mas um processo, e a sua unidade não é um pressuposto, mas um resultado. Nesse contexto, a função da interpretação é manter a continuidade do sistema, movendo-se entre os polos da criatividade e da persistência.

Ascarelli, aponta Bobbio, contrapôs ao conceitualismo o emprego instrumental das categorias jurídicas; realçou a importância do estudo do ambiente social para uma melhor compreensão de um instituto jurídico no âmbito do realismo; destacou, no trato do intuicionismo, a inevitável relatividade histórica das valorações. Essa *ars combinatoria* teórica tem origem no estudo do Direito comercial, no contato profissional de Ascarelli com os problemas da sociedade capitalista em transformação e na clareza conceitual que tinha da função econômica do Direito. Foi isso que dele fez, como conclui Bobbio, o jurista que inaugurou na Itália a perspectiva do funcionalismo jurídico, que esse livro expande e amplia.

Essa edição brasileira, sob os auspícios da Manole e com o patrocínio do Centro de Estudos Norberto Bobbio da Bovespa, fruto da esclarecida política cultural de Raymundo Magliano Jr., foi enriquecida por um excepcional prefácio de Mario Losano. Losano, que é um dos juristas italianos mais ligados à cultura jurídica brasileira, foi aluno e assistente de Bobbio em Turim e é um dos grandes conhecedores de sua obra. No prefácio, com o rigor e a profundidade que são a marca do seu trabalho de pesquisador, Losano discute circunstanciadamente como Bobbio elaborou a sua análise da estrutura do Direito e como a desdobrou na discussão das funções. Entre tantos temas de grande interesse discutidos por Losano, menciono o realce

por ele dado ao diálogo entre Bobbio e Renato Treves – o grande nome da sociologia do Direito na Itália – e como esse diálogo instigou Bobbio a se ocupar das funções do Direito.

Concluo essa nota de apresentação lembrando que San Tiago Dantas dizia que a tarefa da inteligência humana é tirar o valor das coisas da obscuridade para a luz. Foi o que fez Norberto Bobbio no seu percurso nos múltiplos campos do conhecimento a que se dedicou, e é o que o leitor desse livro comprovará, pois nele encontrará uma fecunda e inovadora leitura da teoria geral do Direito.