



**A FUNÇÃO DO DIREITO E O JUSPOSITIVISMO:
ENTRE KELSEN E BOBBIO¹**

**THE FUNCTION OF LAW AND JUSPOSITIVISM:
BETWEEN KELSEN AND BOBBIO**

Anna Christina Gris²
Luciene Dal Ri³

SUMÁRIO

Introdução; 1 Direito Natural e direito positivo; 2 Pressupostos históricos da formação do positivismo jurídico; 3 Positivismo jurídico; 4. Da função do direito para o positivismo normativo de Hans Kelsen; 5. A função promocional do direito para Norberto Bobbio; Considerações finais. Referências.

RESUMO

O presente trabalho questiona a continuidade da concepção de função do direito dentro da corrente doutrinária juspositivista, particularmente nas teorias de Hans Kelsen e de Norberto

¹ Artigo submetido em 22 de junho de 2017 e aprovado em 15 de maio de 2018.

² Especialista em Direito Público Constitucional e Administrativo. Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí. Advogada. E-mail: anna_brum_gris@hotmail.com

³ Doutora em Direito civil-romanístico pela Università degli Studi di Roma “La Sapienza”. Professora no curso de graduação em Direito e no Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. E-mail: luciene.dalri@univali.br



Bobbio. Para tanto, abarca-se inicialmente as diferenças entre as concepções de direito, para os jusnaturalistas e para os juspositivistas, com particular atenção aos fatos históricos e teorias que contribuíram para a formação do juspositivismo. Discorre-se sobre as características do positivismo normativo e explana-se sobre a função coativa do direito. Posteriormente, abarca-se a teoria funcional de Bobbio que questiona e critica a concepção coativa do direito, diante das mudanças ocorridas na concepção de Estado, propondo uma função promocional do direito, em harmonia com a concepção de um Estado social. Em termos de metodologia, o presente artigo utiliza-se de pesquisa bibliográfica e é baseado no método indutivo.

Abstract

This work questions about the role of law in juspositivista doctrinal current, particularly in the theories of Hans Kelsen and Norberto Bobbio. Therefore, it initially covers the differences between the conceptions of law, jusnaturalists and juspositivists, with particular attention to historical facts and theories that contributed to the formation of juspositivism. It talks about the characteristics of the legal positivism and is explained on the coercive function of law. Thereafter, covers the functional theory of Bobbio which questions and criticizes the coercive conception of law, in the face of changes in the concept of the state, proposing a promotional function of law, in harmony with the concept of a welfare state. In terms of methodology, this article makes use of literature and is based on inductive method.

Palavras-chave: juspositivismo. Hans Kelsen. Estruturalismo. Função do Direito. Norberto Bobbio.



Key-words: juspositivism. Hans Kelsen. Structuralism. Law function. Norberto Bobbio.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto o estudo da função do direito dentro da teoria juspositivista, por meio da análise das teorias de Hans Kelsen e de Norberto Bobbio, levando em conta os acontecimentos históricos e políticos que influenciaram sua formação e aplicação.

O tema é de importância basilar à teoria do direito e à prática jurídica, pois o positivismo jurídico é a corrente filosófica hegemônica desde o século XIX. Verifica-se que se trata de uma teoria estrutural do direito, pensada para explicar o ordenamento jurídico dentro do próprio direito, sem depender de nenhuma ciência que não a jurídica, por esse motivo, em sua elaboração manteve-se longe de ideais de justiça, vistos como exteriores ao mundo jurídico.

Para tanto, dividiu-se o trabalho em 5 itens: no item 1, faz-se a conceituação entre o denominado direito natural e direito positivo; no item 2, elabora-se uma breve análise histórica dos movimentos que levaram a formação do positivismo jurídico; quando no item 3, trata-se de conceituar o positivismo jurídico, dando especial enfoque ao positivismo normativo idealizado por Kelsen; por fim, no item 4, analisa-se a função do direito dentro do positivismo kelseniano e por fim no item 5, observa-se uma nova concepção quanto à função



do direto, na teoria de Norberto Bobbio. O artigo se encerra com as considerações finais, nas quais serão apresentados os pontos conclusivos destacados.

Questiona-se se a concepção e a função do direito apresentada na teoria funcional de Norberto Bobbio implica em ruptura ou complementaridade diante do positivismo normativo de Hans Kelsen. Evidencia-se para tanto as fortes críticas apresentadas pelo autor turinês ao juspositivismo normativo, desde sua abertura ao funcionalismo jurídico e à sociologia do direito. Com o objetivo de responder a esse questionamento fez-se uma pesquisa bibliográfica com a utilização do método indutivo.⁴

1. Direito natural e direito positivo

Inicia-se, desse modo, conceituando direito natural e direito positivo, na busca pela diferenciação das citadas teorias. Na concepção moderna, o direito natural, ainda que haja muitas acepções do termo, é aquele que tem como pressuposto uma lei universal, imutável, conhecida por meio da razão, sem necessidade de lei escrita ou de vontade humana. Seu fundamento foi explicado inicialmente pela existência de leis de natureza divina e,

⁴ Quanto à metodologia empregada, na fase de investigação foi utilizado o método indutivo, na fase de tratamento de dados o método cartesiano. PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica*. 10. ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007, p. 83-86.



posteriormente, com o surgimento do *jusracionalismo*, foi explicado com fundamento na razão humana e definido como direito inerente a todo aquele dotado de humanidade⁵.

O direito positivo, por sua vez, consiste em um direito oriundo da vontade racional humana, necessariamente posto pelo Estado, e com validade limitada ao tempo e local que foi estabelecido. Manifesta-se, geralmente, por meio de legislações escritas, no entanto, todas as regras regularmente estatuídas são consideradas positivas⁶.

Essa distinção torna-se de extrema importância ao presente estudo, pois, até meados do século XVIII, o direito concebido como natural e o direito positivo eram duas espécies que conviviam simultaneamente nos ordenamentos, ainda que sempre com prevalência de um ou outro no decorrer da história⁷.

Assim, o juiz que dirimia os conflitos não era vinculado a decidir com base nas regulamentações feitas pelo legislativo, tendo liberdade para escolher aplicar as leis, os costumes, os critérios equitativos, tudo segundo seu livre entendimento, pois todos representavam então fontes do direito⁸.

Com o positivismo, consolida-se a ideia de que os conflitos devem ser resolvidos com base nas leis emanadas pelo legislativo e reconhecidas pelo Estado, assim elevando o direito positivo a um grau superior às demais espécies de direito e, em última instância, ao único direito.

⁵ HESPANA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p.199, 294 e 295.

⁶ NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 79 e 80.

⁷ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições sobre Filosofia do Direito*. São Paulo: Icone Editora, 2006, p. 25.

⁸ BOBBIO, 2006, p.28.



Começa a nascer assim, uma corrente filosófica que será mais bem definida no decorrer do trabalho, que tem como pressuposto que a única fonte de direito são as leis emanadas pelo Estado, desprezando as demais modalidades de direitos. Esta corrente é denominada positivismo jurídico.

2. Pressupostos históricos da formação do positivismo jurídico

O positivismo jurídico é resultado do desenvolvimento de uma série de acontecimentos históricos e correntes filosóficas surgidas ao longo de dois séculos, conforme afirma Wolkmer⁹, “Historicamente, o positivismo resulta de um longo processo de desenvolvimento das ciências naturais que vem dos séculos XVII e XVIII.”.

Esse processo de desenvolvimento foi influenciado por uma série de acontecimentos políticos que vieram de diversas partes do mundo até desencadear em uma teoria que dominou o pensamento jurídico durante quase a totalidade do século XIX e início do século XX¹⁰.

Nesse sentido, consolidou-se a pretensão de monismo jurídico, havendo uma monopolização da produção jurídica pelo legislativo e a vinculação do juiz em dirimir conflitos com base em tais leis. De tal forma que no final do século XVIII e princípio do

⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. Síntese de uma História das Ideias Jurídica: da Antiguidade Clássica à Modernidade. Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2006, p.188.

¹⁰ WOLKMER, 2006, p.191.



século XIX, as grandes codificações são iniciadas e consolidando a concepção de positivismo jurídico¹¹.

Dentro deste contexto, surgem correntes doutrinárias que influenciaram o denominado positivismo jurídico. Antes de partir para a análise dessas escolas, é importante frisar que durante o século XVIII ainda não há o positivismo jurídico propriamente dito, pois o direito natural ainda figurava vivo, personificado na ideia de que era à base do direito positivo ou de que era instrumento para cobrir as lacunas dos ordenamentos¹².

Da Alemanha, pode-se citar a Escola Histórica, que apesar de contrária à ideia de direito positivo, fez duras críticas ao *jusnaturalismo*, ao negar a ideia de direito universal e imutável¹³.

Desta escola surge uma vertente conceitualista, também denominada de *pandectística*, que acreditava que através da observação das normas jurídicas concretas, seria possível extrair-lhes princípios orientadores capazes de dar unidade às instituições jurídicas, isso com base exclusivamente na norma.

¹¹ Um dos grandes pensadores do Estado que influencia diretamente a formação do pensamento positivo é Thomas Hobbes (Leviatã), primeiro criador de uma teoria do Estado. Defendendo a monopolização do poder coercitivo e por consequência do poder normativo, surgindo daí a ideia que o único direito existente é aquele emanado pelo Estado. Assim, para Bobbio, Hobbes deixa dois pressupostos para o positivismo jurídico: o formalismo, com a ideia de poder que emana do Estado independente de seu conteúdo ou fim; e, o imperativismo, na ideia de direito como conjunto de normas que resultam em comandos que ordenam ou proíbem seus subordinados. Hobbes idealizava o Estado sob a ótica absolutista, onde os poderes dados ao Soberano seriam ilimitados em relação aos súditos, em virtude da busca pela paz social. No entanto, com o desenvolvimento do comércio e crescimento do poder financeiro da burguesia, cria-se um novo sistema de Estado com o intuito de limitar este poder absoluto e proteger o cidadão de arbitrariedades, ideias estas, que influenciaram a formação do positivismo em outros aspectos. BOBBIO, 2006, p.32-37.

¹² BOBBIO, 2006, p.42 e 44.

¹³ BOBBIO, 2006, p.52.



Fixou-se assim, três dogmas: a teoria da subsunção, na ideia de que a justiça resulta da subsunção entre fatos e direito, por meio de um raciocínio silogístico; o da plenitude lógica do ordenamento jurídico, defendendo que com base em um sistema conceitual é possível resolver qualquer questão dentro do ordenamento jurídico; e, por fim, da interpretação objetivista, onde o sentido da norma decorre não de intenções subjetivas, mas do sentido objetivo de seu texto¹⁴.

Dentro dessa ideia, os *pandectistas* deixaram como legado ao positivismo, a neutralidade, através da independência do direito em relação à política e aos juízos de valor por parte do intérprete, e a objetividade, onde através do rigorismo formal do processo estaria garantida a justiça ao caso concreto¹⁵.

Da França, vem um dos acontecimentos históricos mais importantes para o positivismo jurídico, que é a edição do Código Napoleônico, onde as velhas leis foram substituídas por um direito unitário realizado pela ciência legislativa¹⁶.

Para Bobbio, sua edição foi o rompimento absoluto com a tradição jurídica preexistente, e sua interpretação foi à consolidação da onipotência do legislador, com a ideia de autointegração e completude do sistema¹⁷.

Foi com base nesse código que nasce uma linha doutrinária francesa denominada Escola da Exegese que entendia que o direito pré-existente havia desaparecido, sob o preceito

¹⁴ HESPANA, 2005, p.399 e 400.

¹⁵ HESPANA, 2005, p.391.

¹⁶ Esta legislação foi considerada como o primeiro código propriamente dito, pois foi feito como um corpo de normas sistemáticas, dentro da ideia de que existia um legislador universal, capaz de realizar um direito simples e unitário. BOBBIO, 2006, p.64 e 65.

¹⁷ BOBBIO, 2006, p.72.



de que dentro do código unitário havia resolução para todas as questões, ainda que não existisse norma específica ao caso, devendo a interpretação se dar pela intenção do legislador¹⁸.

Essa escola argumentava a favor da interpretação passiva e mecânica dos códigos, aquela completamente desvencilhada de juízo de valor por parte do interlocutor; da separação rígida dos poderes, como fundamento ideológico do Estado Liberal; da segurança jurídica, pelo princípio da autoridade, defendendo a interpretação por meio da vontade do legislador¹⁹.

Seu grande legado ao positivismo é a identificação do direito à lei escrita levado ao extremo, negando a existência de qualquer outra forma de direito senão a lei e a interpretação fundada na vontade do legislador, pelo princípio da autoridade.

Por fim, das correntes doutrinárias que mais influenciaram a formação do ideário positivista, podemos citar dois autores ingleses Jeremy Bentham e John Austin, que discorreram cada um a seu modo longas críticas ao sistema da *common law*, defendendo a codificação por meio de critérios objetivos, ainda que essa nunca tenha logrado êxito em se estabelecer no direito inglês²⁰.

Esses dois autores, exaltaram, sobretudo, a importância do direito legislativo, criticando o sistema de direito judiciário e apresentaram bases teóricas para a elaboração de um direito unitário e completo.

¹⁸ WOLKMER, 2006, p.192.

¹⁹ BOBBIO, 2006, p.78,79 e 80.

²⁰ BOBBIO, 2006, p.93, 99 e 100.



As grandes codificações foram, sem dúvida, resultado direto de movimentos que buscavam dar ordem e racionalidade ao mundo jurídico e fazer dele produto da vontade racional humana, quebrando com um sistema anteriormente posto²¹.

Dessa forma, vê-se que o positivismo jurídico nasce de um impulso histórico para a legislação e que se efetiva quando a lei se torna fonte dominante do direito. Um direito racional, exclusivamente estatal ditado pela lei positiva, que vincula o juiz à aplicação da lei ao caso concreto.²²

O positivismo jurídico utiliza os fundamentos do positivismo filosófico no universo jurídico, na pretensão de criar uma ciência jurídica, idealizando uma objetividade científica e separando por completo o direito da moral e dos valores transcendent²³. Assim, direito passa a ser norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa²⁴.

²¹ BOBBIO, 2006, p.120.

²² BOBBIO, 2006, p. 119.

²³ O movimento positivista pode ser classificado em três espécies: o positivismo sociológico, preconizado por Augusto Comte, onde se difundiu a ideia de aproximação das ciências sociais ao método das ciências exatas; o positivismo lógico, preconizado pela Escola de Viena; e por fim o denominado positivismo jurídico, que será agora abordado. Em comum, essas escolas possuem apenas a recusa de tudo o que não é verificável empiricamente, pela lógica ou então pela matemática, sendo todos movimentos antimetafísicos, que buscavam o conhecimento através da razão sob a influência clara do desenvolvimento científico ocorrido nos anos que os precederam. LOSANO, Mario G. Sistema e Estrutura do Direito, volume 2: o Século XX. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p.1.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 274.



3. Do positivismo jurídico normativo

É importante ter em mente que o positivismo jurídico, comportou algumas variações no mundo romano-germânico e teve seu ponto culminante no positivismo normativo idealizado por Hans Kelsen, em sua obra Teoria Pura do Direito.²⁵ Kelsen logrou êxito em formular uma teoria do ordenamento jurídico com base na norma e por isso dar-se-á especial foco neste autor²⁶.

Dentro deste contexto, Norberto Bobbio²⁷ resume as características fundamentais do positivismo jurídico em sete pontos ou problemas, por meio dos quais se consegue estudar os principais elementos dessa corrente doutrinária, conforme subtítulos abaixo.

3.1 Do direito concebido de forma avalorativa

O primeiro ponto consiste na forma avalorativa de se conceber o direito, dentro da ideia de que a ciência do direito deve ser concebida sem juízos de valores, ou seja, sem se fazer julgamento do que é bom ou mau, do que é um valor ou desvalor²⁸.

Essa característica está extremamente ligada à ideia de que o direito deveria ser concebido como uma ciência, com as mesmas características das ciências exatas. Para isso, não se poderia realizar juízos de valor, que representavam uma tomada de posição frente ao

²⁵ Alexy comenta que “[...] no âmbito do positivismo jurídico, posições muito distintas são defendidas. Comum a todas elas é apenas a tese da separação entre Direito e Moral”. ALEXY, Robert. Conceito e Validade do Direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p.24.

²⁶ BARROSO, 2015, p. 274.

²⁷ BOBBIO, 2006, p.131.

²⁸ BOBBIO, 2006, p.131.



direito, com a finalidade de influir na sua elaboração, representando um juízo subjetivo. Deveria assim haver somente juízos de fato, que representam apenas uma tomada de conhecimento frente à realidade, com a finalidade apenas de informar, sendo assim um juízo objetivo²⁹.

Nesta linha, Kelsen argumenta que toda a norma representa um valor, que é estabelecido por atos de vontade humana, que deve ser avaliada sob uma ótica objetiva, onde se considera a norma válida em relação à conduta³⁰.

Existindo para ele duas formas de valoração da norma:

– uma objetiva, que é aquela que valora o cumprimento da conduta definida pela norma como algo sempre “bom” (valor positivo) e seu descumprimento como algo “mau” (valor negativo), permanecendo apenas no denominado campo do dever ser, em um juízo de realidade ou de fato, sem valoração quanto ao seu conteúdo; e,

– uma subjetiva, que consiste na valoração do conteúdo da norma segundo aquilo que se considera “bom” ou “mau”, justo ou injusto, é um juízo de desejo, de vontade, passando-se assim ao campo do ser, que não deve ser contemplado pelo direito³¹.

Importante compreender assim, que para Kelsen, a norma jurídica, fundamento do ordenamento, contempla-se apenas no campo do dever ser, não se ligando a nenhum elemento do mundo do ser, ou seja, o direito deve ser “puro”, sem nenhuma conexão com valores externos a ordem jurídica ou a outras ciências³².

²⁹ BOBBIO, 2006, p.135.

³⁰ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003, p.19.

³¹ KELSEN, 2003, p. 21 e 22.

³² LOSANO, 2010, p.54.



Para Miguel Reale³³, Kelsen distingue “[...] o jurídico do não-jurídico.”.

A norma seria então o dever-ser, que pode ser compreendido como o sentido específico e objetivo de um ato dirigido ao comportamento de outrem, de onde se deduz que esse ato de vontade tem como sentido uma obrigação³⁴. Para ganhar essa característica de dever-ser, esse dever precisa estar contido em uma norma válida.

Desta premissa surge uma ideia fundamental ao positivismo jurídico, a teoria da validade do direito ou teoria formalista do direito. Esta teoria julga a norma pela sua validade e não seu pelo seu valor, sendo assim, considerando apenas se a norma foi elaborada segundo os preceitos estabelecidos pelo ordenamento jurídico, passando a ser dele parte integrante³⁵.

Para Kelsen a norma é válida, ou seja, “passa a valer” no momento que é concretizado o ato de vontade humana que a estatui através do legislador³⁶. Nesse sentido, Losano³⁷ explica que “A noção de validade é, portanto, um adesivo essencial do sistema kelseniano”. É nela que se fundamenta o Direito, pois ele só existe na norma, que só existe quando é considerada válida, ou seja, quando é feita por meio de um processo legislativo elaborado dentro do sistema normativo.

Vale lembrar, que no sistema elaborado por Kelsen³⁸, os efeitos produzidos pela norma válida, ou seja, sua eficácia, não são analisados, visto que são considerados parte do mundo do ser, não sendo, portanto, objeto a ser estudado.

³³ REALE, 1998. p. 157.

³⁴ LOSANO, 2010, p.56.

³⁵ BOBBIO, 2006, p.136.

³⁶ KELSEN, 2003, p. 11.

³⁷ LOSANO, 2010, p.54.

³⁸ KELSEN, 2003, p. 11.



No entanto, Kelsen³⁹ afirma que, “Dizer que uma norma vale (é vigente) traduz algo diferente do que se diz quando se afirma que ela é efetivamente aplicada e respeitada, se bem que entre vigência e eficácia pode-se haver uma certa conexão”. Percebe-se assim que ele reconhece uma relação entre a validade e a eficácia, porém, opta por não estudar este objeto, dentro da ideia que não pertenceria mais ao mundo do dever-ser.

Para Losano⁴⁰, essa influência da eficácia, que pertence ao mundo do ser, no mundo do dever-ser, representa uma rachadura no sistema, quando admite que a validade de uma norma jurídica também está condicionada minimamente à sua eficácia. Dessa forma, na visão do autor, “[...] A validade de uma norma jurídica subjaz, assim, a duas condições: a estatuição (ou seja, a produção daquela norma em conformidade com a Constituição) e a eficácia (ou seja, a concreta aplicação daquela norma)”.

Entretanto, na interpretação mais conservadora da doutrina kelsensiana, o que importa ao direito é somente a norma válida que deve ser vista sem nenhuma acepção ao seu conteúdo ou à sua justiça, ou seja, nenhum juízo ao seu valor.

3.2 Da Coação

O segundo elemento elencado por Bobbio⁴¹, diz respeito ao elemento da coação, este elemento é de grande importância, pois o positivismo jurídico define o direito em função da coação e é dele que deriva a teoria da coatividade do direito.

³⁹ KELSEN, 2003, p. 11.

⁴⁰ LOSANO, 2010, p.107 e 108.

⁴¹ BOBBIO, 2006, p.132.



Para Bobbio⁴², “[...] definir o direito em função da coação significa considerar o direito do ponto de vista do Estado. A definição coercitiva se funda, portanto, numa concepção estatal do Direito”. Isso porque, frente a esta teoria, a força passa a ser exclusividade do Estado, que deve regulá-la e definir seu uso⁴³.

Para a teoria positivista clássica a coerção é um meio mediante o qual se fazem valer as normas jurídicas, ou seja, “[...] o direito é um conjunto de normas que se fazem valer coercitivamente”. Enquanto que, para as teorias mais modernas, a coerção é objeto das normas jurídicas, ou seja, “[...] o direito é um conjunto de normas jurídicas que regulam o uso da força coativa”⁴⁴.

Assim como objeto da norma jurídica a coerção passa a regular a força coativa (força material) emanada pela norma, destinando-se “[...] a regulamentação do exercício da força numa sociedade.”. Estabelecendo por quem, quando, como e em que quantidade de força os atos coercitivos devem ser exercidos⁴⁵.

Ao observar a coatividade dentro da Teoria Pura do Direito, percebe-se que ela concebe o direito como uma ordem coativa, sendo um elemento essencial da estrutura da norma⁴⁶.

⁴² BOBBIO, 2006, p.147.

⁴³ Foi no século XIX, sob a voz de Rudolf von Jhering, em sua obra intitulada “A finalidade do Direito” (DerZweck im Recht), que melhor se aborda a coação estabelecendo assim, que o Estado é a organização definitiva do uso do poder coativo, regulado e disciplinado, sendo que esta disciplina precisamente é o direito. BOBBIO, 2006, p.153 e 154.

⁴⁴ BOBBIO, 2006, p.155.

⁴⁵ BOBBIO, 2006, p.157 e 158.

⁴⁶ BOBBIO, Noberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p.27.



Para Kelsen⁴⁷, uma regra não é caracterizada porque sua eficácia é assegurada por outra regra que dispõe uma sanção, mas uma regra é caracterizada porque dispõe de uma sanção⁴⁸.

Assim, o direito é uma ordem coativa, com o objetivo de reagir contra situações que considera indesejáveis, por meio de um mal aplicado ao destinatário, mesmo contra sua vontade. Isso é feito através da estatuição dos atos de coação, transformando determinadas condutas em proibidas, ou seja, contrárias ao direito, sendo reprimidas através da coação⁴⁹.

O monopólio da coação pertence exclusivamente ao Estado e é de competência da comunidade jurídica, que determina condições para a aplicação do uso da coação. Assim, a força constitui um pressuposto da sanção, que consiste sempre em um ato de coação, autorizado e limitado pelo Estado⁵⁰.

Então, na moderna acepção da teoria da coação, o direito é, por conseguinte, um conjunto de regras que regulamenta o uso da força em uma sociedade, ou seja, quem, quando, como e em que quantidade deve ser aplicada aos indivíduos⁵¹.

⁴⁷ BOBBIO, 2006, p.157.

⁴⁸ Para Kelsen o elemento da coação é tão importante que é por meio dele que ele distingue a moral do Direito.

⁴⁹ KELSEN, 2003, p. 35 e 38.

⁵⁰ KELSEN, 2003, p. 39 e 40.

⁵¹ BOBBIO, 2006, p.158.



3.3 Da lei como única fonte do direito

O terceiro elemento caracterizador do positivismo jurídico elencado por Bobbio,⁵² diz respeito ao entendimento de que o direito tem como fonte exclusiva, ou no mínimo preeminente a lei, surgindo assim à teoria da legislação.

Do mesmo modo, Alexy⁵³ comenta que a doutrina positivista comporta inúmeras variações, mas que “Todas elas têm em comum o fato de considerarem que o que é direito depende exclusivamente do que é estabelecido [...]”. Entendendo-se assim, que direito é somente aquilo que é produzido ou estabelecido pelo Estado, com prevalência da lei.

Para que isso ocorra é necessário que se trate de um ordenamento jurídico complexo, onde existam várias fontes do direito, que sejam hierarquicamente estruturadas, para que uma delas possa prevalecer⁵⁴.

Assim, para o positivismo jurídico, a lei é a fonte que se encontra no plano hierarquicamente mais alto, sobrepondo-se às demais em um possível conflito de fontes, pois representam a manifestação da soberania estatal.

Dentro deste raciocínio, cria-se uma doutrina *juspositivista* das fontes, que entende que todas as demais fontes do direito são subordinadas a lei, através de um processo de reconhecimento e delegação⁵⁵.

O reconhecimento, também denominado como recepção, consiste na aceitação de regras precedentes ou independentes ao Estado, quando posteriormente se atribui juridicidade

⁵² BOBBIO, 2006, p.132.

⁵³ ALEXY, 2009, p. 4.

⁵⁴ BOBBIO, 2006, p.162 e 163.

⁵⁵ BOBBIO, 2006, p.164.



à algumas normas como, por exemplo, aquelas consuetudinárias. Já a delegação, consiste na atribuição de competência do poder Estatal de legislar a outros órgãos, sempre com limites estabelecidos, como por exemplo, os contratos ou regulamentos.

Para Kelsen⁵⁶ são fontes do direito aquilo que é válido, ou seja, aquilo que é produzido de acordo com o estabelecido pelo ordenamento jurídico, de forma que, só podem ser consideradas fontes do direito as normas regularmente estatuídas, ou seja, o direito emanado ou reconhecido pelo Estado, pois somente estas fontes teriam força de coerção, com predominância clara da lei.

Dentro dessa linha, Kelsen⁵⁷ reconhece como fonte do direito as regras consuetudinárias, desde que devidamente estatuídas e a decisão judicial, ao passo que se trata “[...] da criação de uma norma inferior com base em uma norma superior [...]”, também denominada de norma individual, que então é válida somente para as partes litigantes.

Importante destacar que Kelsen⁵⁸ repudia a moral e os princípios como fontes do direito, entendendo que são extremamente abstratas e relativas, levando à insegurança jurídica, pois não reconhecia a existência de uma moral absoluta, de modo que sempre que se valorasse um sistema por meio da moral, estaria valorando-se segundo uma moral escolhida⁵⁹.

⁵⁶ KELSEN, 2003, p. 259.

⁵⁷ KELSEN, 2003, p. 254 e 261.

⁵⁸ KELSEN, 2003, p. 75.

⁵⁹ Dessa forma, ele reconhece a existência de uma ordem moral, que inclusive pode ser cumprida por uma determinada comunidade, mas não vê nela legitimidade e força coativa, de forma que não deve, de modo algum, pertencer ou ser reconhecida como fonte do direito. KELSEN, 2003, p. 70 e 71.



3.4 Da norma jurídica

O quarto elemento caracterizador do positivismo jurídico trazido por Bobbio⁶⁰, diz respeito à teoria da norma jurídica, onde se considera a norma como um comando, criando a teoria imperativista do direito.

Miguel Reale⁶¹ comenta que a “imperatividade jurídica é algo que só se compreende no sistema ordenatório das regras que consubstanciam os valores ou estimativas dominantes no seio da comunidade”, isso porque consistem em comandos emanados como meio de se atingir um determinado fim.

A norma concebida como um comando está relacionada com a concepção de direito estatal, pois, nesta linha, só o Estado tem poder de emitir comandos⁶².

A teoria imperativista foi produzida e amplamente elaborada, sendo concebida de dois modos distintos: o imperativismo ingênuo (que vai de Hobbes a Austin) que considera o direito como um conjunto de comandos dirigidos ao cidadão; e, o imperativismo crítico (que é melhor elaborado por Kelsen) que define dois pressupostos, que a norma jurídica é um imperativo hipotético e que se dirige não aos cidadãos, mas aos juízes⁶³.

Dentro desse raciocínio, os defensores do positivismo ingênuo concebem o direito como um conjunto de imperativos, onde se tende a dar impulsos para alcançar determinado

⁶⁰ BOBBIO, 2006, p.132.

⁶¹ REALE, Miguel. Fundamentos do Direito. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.135.

⁶² NADER, 2011, p. 87.

⁶³ BOBBIO, 2006, p.195.



comportamento desejado pelo Estado, que pode ser uma ação ou omissão, ou seja, preceitos de conteúdo negativos e positivos⁶⁴.

Há diversas espécies de normas nos ordenamentos jurídicos e, por consequência, a imperatividade se manifesta em intensidades diferentes para cada espécie, motivo pelo qual a doutrina imperativista recebeu diversas críticas ao seu conteúdo, que levaram à elaboração de uma série de classificações e explicações.⁶⁵

Quanto ao imperativismo crítico, a ideia é que se prescreve uma ação que não tem um fim em si mesmo, mas é utilizado para atingir um determinado fim. Observa-se assim, que sob esta lógica de raciocínio a norma jurídica estimula o sujeito a um comportamento por ela desejável, fazendo com que o comportamento desejado pelo sujeito, que é diferente do fim da norma, traga uma consequência que não é desejável pelo sujeito, que se denominará sanção⁶⁶.

Assim explica Reale⁶⁷ “[...] o Direito não estabelece aquilo que deve ser obedecido ou cumprido, [...]. A obrigatoriedade jurídica seria de tipo lógico, específico, não implicando, propriamente, um comando dirigido à vontade, de tal sorte que esta fique ligada a certa conduta.”.

Essa é a concepção kelseniana do imperativismo, que inicialmente foi apresentada pelo autor brasileiro como uma crítica ao instituto, mas que não pode ser considerada anti-

⁶⁴ BOBBIO, 2006, p.185 e 186.

⁶⁵ No entanto, todas essas classificações são muito controvertidas e variam de autor para autor, motivo pelo qual, o que de fato importa é a ideia de que o direito é um conjunto de comandos destinados a atingir um determinado comportamento dos sujeitos destinatários. BOBBIO, 2006, p.189 e 190. REALE, 1998, p.135.

⁶⁶ BOBBIO, 2006, p.192.

⁶⁷ REALE, 1998, p.129.



imperativista, porque a norma dentro deste contexto ainda se configura sempre em uma prescrição ou comando⁶⁸.

Porém, a maior modificação trazida por esta corrente, diz respeito aos destinatários do comando. Para os imperativistas críticos o comando não é direcionado ao sujeito que incorre na sanção, mas sim ao sujeito que deve executar a sanção. Nesse sentido, o primeiro comando da norma se destina ao sujeito ao qual se prescreve o ato que se deseja, representando apenas um pressuposto do fato, e o segundo comando da norma, o da aplicação da sanção, é destinado ao sujeito que tem dever de execução da sanção. Desse modo, o verdadeiro destinatário do comando não é o cidadão, mas sim o juiz aplicador da sanção, de quem de fato se espera a consequência pela desobediência⁶⁹.

Então há uma norma técnica dirigida aos cidadãos e uma norma condicionada dirigida aos juízes. Percebe-se assim, que da primeira concepção imperativista para a segunda a principal mudança é o destinatário da norma, antes o cidadão e na segunda os juízes, ainda que as duas defendam a norma como um comando.

3.5 Da teoria do ordenamento jurídico

O quinto elemento caracterizador do positivismo jurídico diz respeito à teoria do ordenamento jurídico, visto como um conjunto de normas vigentes em uma sociedade que deve ter como característica essencial a completude e a coerência⁷⁰.

⁶⁸ BOBBIO, 2006, p.193.

⁶⁹ BOBBIO, 2006, p.193.

⁷⁰ BOBBIO, 2006, p.132 e 133.



A teoria do ordenamento jurídico logrou êxito em justificar o direito dentro da própria norma, não como uma unidade, mas dentro de um conjunto sistemático de todas as normas⁷¹. Vários autores positivistas elaboraram explicações da norma enquanto sistema, mas foi Hans Kelsen quem melhor se saiu nesta tarefa.

Bobbio⁷² em sua obra Teoria do Ordenamento Jurídico afirma que a “[...] a teoria do ordenamento jurídico constitui uma integração da teoria da norma jurídica”, porque passa a entender o direito como um sistema de normas e não somente na norma em si, ou em um de seus elementos, assim o direito passa a ser “[...] uma organização, isto é, um completo sistema normativo”.

Mário Losano⁷³ explica que Kelsen construiu o mais rigoroso sistema interno do direito, por meio da distinção da ciência do direito, do próprio direito, que dela é objeto, oferecendo assim, “[...] um sistema externo ao direito (isto é, sua descrição sistemática), seja um sistema interno de direito, em que identifica no dever ser (*Sollen*) o específico nexu unificador das normas de um ordenamento positivo”.

O grande desafio enfrentado por Kelsen foi de definir a ciência do direito dentro do próprio campo do direito, sem que houvesse nenhuma conexão com outra ciência, ou seja, nada extrajurídico poderia servir para justificar a validade do próprio direito⁷⁴.

⁷¹ BOBBIO, 2006, p.197.

⁷² BOBBIO, 1997, 22 e 27.

⁷³ LOSANO, 2010, p.2.

⁷⁴ LOSANO, 2010, p.51.



Para isso, Kelsen elabora um sistema hierárquico que concatenadamente delega formalmente validade jurídica de um grau a outro do ordenamento jurídico, formando assim a imagem de uma pirâmide normativa⁷⁵.

Dessa forma, para Kelsen, a norma é válida porque foi produzida da maneira estabelecida por uma norma superior a ela, que é seu imediato fundamento de validade, formando nessa relação a imagem de supra-infra-ordenação, pois a ordem jurídica é uma construção escalonada de diferentes níveis de normas jurídicas⁷⁶.

Essa estrutura escalonada que se desdobra de grau em grau, encontra no topo da pirâmide a Constituição e acima dela uma norma denominada de norma fundamental hipotética, que consiste em uma norma pressuposta e não posta como as demais. A norma fundamental representa o elemento de unidade do sistema, pois é dela que derivam todas as demais normas.

Assim, para Kelsen⁷⁷ a norma fundamental, que se encontra no topo da ordem escalonada tem função unificadora, sendo “[...] o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora”. Vale destacar, que ela não tem as mesmas características das demais normas, visto que não pode ser posta por uma autoridade, sendo então pressuposta, é através dela que de grau em grau se concede a validade das demais normas, podendo assim todas serem reconduzidas à mesma fonte⁷⁸.

⁷⁵ LOSANO, 2010, p.66.

⁷⁶ KELSEN, 2003, p. 247.

⁷⁷ KELSEN, 2003, p. 215.

⁷⁸ KELSEN, 2003, p. 215.



Explicada a estrutura do ordenamento jurídico, fica claro que um dos elementos caracterizadores do sistema é a unidade, que atrelado à ideia de coerência e completude, fecham a teoria do ordenamento⁷⁹.

A coerência do ordenamento refere-se ao fato que dentro de uma mesma ordem normativa, não se deve haver antinomias entre o conteúdo de suas normas⁸⁰.

Assim, sempre se estabelece a premissa de que quando o conteúdo de uma norma for incompatível com outra norma do mesmo ordenamento uma delas não possui validade e não está de fato inserida no ordenamento, devendo ser eliminada⁸¹.

De forma que, no sistema de Kelsen, dentro de um ordenamento sempre deve haver um mecanismo para se resolver conflitos de normas, levando em conta a hierarquia e a cronologia. Não podendo haver assim normas contraditórias vigentes dentro de um mesmo ordenamento normativo, pois segundo critérios de hierarquia e cronologia sempre haverá a exclusão de uma delas⁸².

A completude do ordenamento jurídico está intimamente ligada ao princípio da certeza do direito, tratando-se de um ponto central do positivismo jurídico⁸³. Esse ponto é oriundo da escola da Exegese que estabeleceu dois pontos fundamentais: o primeiro deles foi a tese de que o juiz não pode se negar a aplicar o direito, e o segundo diz respeito ao fato do

⁷⁹ BOBBIO, 2006, p.198.

⁸⁰ BOBBIO, 1997, p. 81.

⁸¹ BOBBIO, 1997, p. 91.

⁸² KELSEN, 2003, p. 295.

⁸³ BOBBIO, 2006, p.207.



juiz em seu julgamento não poder criar um direito, devendo sempre se utilizar de elementos internos ao mundo jurídico⁸⁴.

A completude é a convicção de que o ordenamento jurídico é capaz de regular qualquer caso juridicamente possível, significando assim falta de lacunas⁸⁵.

A Teoria Pura do Direito argumenta pela autointegração como forma de resolução de lacunas, defendendo que sempre que houver ausência de norma a um caso específico, o juiz deve encontrar uma solução, desde que esta solução esteja contida no interior do ordenamento jurídico⁸⁶.

Dessa maneira, resolve-se o problema de eventuais lacunas legais, com a certeza de que o ordenamento tem mecanismos internos de resolução destes conflitos, mostrando-se assim o ordenamento jurídico completo e coerente dentro da ideia de que o direito se compreende por completo em um sistema harmônico.

3.6 Da ciência jurídica

O sexto elemento indicado por Bobbio⁸⁷ se refere ao método da ciência jurídica, defendendo a interpretação mecanicista do direito, firmando o pressuposto da declaração do direito ao invés da criação do direito.

⁸⁴ BOBBIO, 2006, p.207.

⁸⁵ BOBBIO, 1997, p. 115.

⁸⁶ BOBBIO, 1997, p. 115

⁸⁷ BOBBIO, 2006, p.133.



Primeiramente, há que se lembrar, que Kelsen divide o mundo em duas esferas a do ser e a do dever-ser, colocando o direito exclusivamente na esfera do dever-ser e a ciência jurídica no plano do ser.

A ciência jurídica, assim, se concebe como ciência que tem por objeto o estudo das normas jurídicas e da conduta humana, porém, esta última, somente na medida em que constitui conteúdo das normas jurídicas como pressuposto ou consequência enquanto relações jurídicas⁸⁸.

Em sua teoria, Kelsen sustenta a ideia de que a ciência jurídica deve se aproximar do método das ciências naturais e exatas, que se fixa na descrição do objeto estudado e não na prescrição quanto ao seu conteúdo. Losano⁸⁹ explica essa ideia de ciência em Kelsen, “[...] a ciência descreve, ao passo que ordenamento prescreve; a ciência faz parte do mundo do ser, ao passo que o direito faz parte do mundo do dever-ser; [...]”, sendo que neste raciocínio “[...] entre esses dois mundos não deve existir nenhum plano de contato [...]”.

Nessa concepção, a ciência jurídica deve sempre adotar um papel passivo de descrição e nunca de prescrição frente ao ordenamento, devendo os interpretadores da norma nunca influir em seu conteúdo.

Diante dessa ciência e dogmática⁹⁰, à jurisprudência ficou relegado o papel de realizar uma interpretação lógica ou literal da norma, sem qualquer influência da realidade

⁸⁸ KELSEN, 2003, p. 79.

⁸⁹ LOSANO, 2010, p.12.

⁹⁰ O positivismo jurídico, em regra, aceita a aplicação pelo julgador de quatro métodos interpretativos: o método técnico (ou gramatical), método teológico (ou lógico), método sistemático e método histórico. BOBBIO, 2006, p.214.



social na sua aplicação, devendo o juiz somente aplicar a letra da lei e em casos de lacunas encontrar uma solução no interior do ordenamento⁹¹.

Estando de qualquer forma o juiz vinculado a aplicar rigidamente a lei, sem nenhuma interferência de critérios ideários como a justiça e a equidade.

3.7 Da teoria da obediência

O sétimo e último elemento trazido por Bobbio⁹², diz respeito à teoria da obediência, que se relaciona com a ideia de obediência absoluta à lei. Essa teoria não é oriunda do pensamento racionalista do século XVIII e tem como grande influência a concepção hegeliana de Estado. Nesse sentido, ela diz respeito mais ao positivismo ético de ordem moral e ideológico do que com o positivismo jurídico, ultrapassando a ideia de obrigação jurídica, tornando-a uma obrigação moral. Ela não descreve o estado como ele é, mas como desejava que fosse⁹³.

Por esse motivo, opta-se por não adentrar profundamente neste elemento, limitando-se à breve explicação dada. Assim, expuseram-se todos os elementos do positivismo jurídico elencados pelo autor, dando um especial enfoque nas ideias trazidas na obra Teoria Pura do Direito de Kelsen, expressão mais completa do positivismo. Passando-se assim à exposição da função do direito dentro dessa teoria.

4. Da função do direito para o positivismo normativo de Hans Kelsen

⁹¹ LOSANO, 2010, p.9.

⁹² BOBBIO, 2006, p.133.

⁹³ BOBBIO, 2006, p.133, 224 e 226.



Na descrição do positivismo realizada, percebe-se que a teoria se desenvolveu com foco na forma do direito, sendo separada da ideia de justiça, não sendo a função da ciência do direito buscá-la.

Assim, podemos dizer que o positivismo jurídico é uma teoria estrutural ou formalista do direito, porque se preocupa em especial com o modo pelo qual se elabora o direito e não uma teoria funcional, que se preocupa com o fim a se atingir por meio do direito, ou seja, com seu conteúdo⁹⁴.

Kelsen tinha consciência do problema da justiça e do poder em relação a sua teoria, porém, em virtude da ideia de permanecer sempre dentro do campo do dever-ser, preferiu não abordar problemas que considerava exteriores à norma⁹⁵.

Então surge a pergunta, qual é a função do direito para o positivismo jurídico?

Em sua obra denominada *Teoria Geral do Direito e do Estado*, Kelsen⁹⁶ chega a afirmar que “[...] o direito é indubitavelmente um ordenamento para a promoção da paz”, chegando à essa conclusão por meio da ideia de que o monopólio da força e sua regulamentação, que determina quem e em que situação se utiliza a força, traria relativa paz à comunidade⁹⁷.

⁹⁴ LOSANO, 2010, p.121.

⁹⁵ LOSANO, 2010, p.121 e 127.

⁹⁶ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 41.

⁹⁷ BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura a Função: novos estudos da teoria do Direito*. Barueri, SP: Manole, 2007, p.58 e 59.



Porém, quinze anos depois, introduziu por meio de nota a substituição da palavra ‘paz’ por ‘segurança coletiva’, deixando sua afirmação mais vaga, mas não deixando o direito desprovido de fim⁹⁸.

Em um trecho da Teoria Pura do Direito, Kelsen⁹⁹ afirma:

A segurança coletiva ou a paz é a função que – como já notamos – tem de fato, se bem que em grau diferente, as ordens coercitivas designadas como Direito que tenham atingido uma determinada fase de evolução. Esta função é um fato objetivamente determinável. A verificação, por parte da ciência jurídica, de que uma ordem jurídica estabelece a paz na comunidade jurídica por ela constituída não implica em qualquer espécie de juízo de valor e, especialmente não significa o reconhecimento de um ideal de justiça, que, destarte não é por forma alguma elevada a categoria de um elemento do conceito de Direito [...]”

Novamente, ele volta a reconhecer a função de pacificação da comunidade exercida pelo direito, justamente no que se refere ao monopólio e regulamentação do uso da força. No entanto, percebe-se, que Kelsen não se dedica a uma longa análise dessa função, dando sempre enfoque especial na estrutura do sistema.¹⁰⁰

Observa-se também que para Kelsen o direito tem função eminentemente coativa, sendo a sanção um elemento da norma. Ele reconhece que existem normas premiaias, que buscam seus fins através de recompensas, mas enxerga o direito principalmente por meio de normas coativas, aquelas que desencorajam determinados comportamentos¹⁰¹.

O positivismo normativo de Kelsen apresenta-se então como uma teoria estrutural do direito, ao passo que não se atem na função ou consequência do direito no plano da realidade.

⁹⁸ BOBBIO, 2007, p.59. KELSEN, 1998, p. 41.

⁹⁹ KELSEN, 2003, p. 55.

¹⁰⁰ BOBBIO, 2007, p. 57.

¹⁰¹ KELSEN, 2003, p. 37.



Focando-se na ideia de um direito compreendido dentro de um plano estatal, editado pelo poder legislativo, divorciado de acepções morais e ideológicas. Um direito que se justifica dentro de um plano normativo e que implica em comando aos cidadãos para se atingir um fim determinado, por meio da coação estatal.

5. A função promocional do direito para Norberto Bobbio

Ao analisar de forma crítica o positivismo jurídico e a sua concepção de direito como organização da força (e, portanto, coação), Bobbio evidencia que essa nasce da reflexão sobre a formação do Estado moderno. Com Kelsen, o uso da força torna-se monopolizado pelo Estado e o direito passa a ser identificado com o ordenamento normativo estatal.

Fortemente influenciado pelas mudanças sociais típicas do século XX e particularmente do pós-guerra, de intervenção do Estado na esfera econômica e pela concepção de Estado social, o autor italiano questiona se ainda é aceitável essa concepção do Estado apenas como organização da força e se essa concepção não se tornou insuficiente, mínima ou limitada.¹⁰² Partindo desses questionamentos e de uma análise crítica ao positivismo normativo, Bobbio desenvolve uma teoria sobre a função do direito.¹⁰³

¹⁰² BOBBIO, 2007, p. 75.

¹⁰³ BOBBIO, 2007, p. 9, 64 e particularmente p. 73: “Tendo partido da concepção de Kelsen da função do direito, isto é, da teoria do direito como ordenamento coativo, interessa-me mostrar se, e em que medida, essa teoria é colocada em crise pela descoberta da função promocional do direito”. Bobbio dá sequência às reflexões de Genaro R. Carrió no que tange à profunda transformação que deu origem ao Estado Social e a consequente ampliação das funções do Estado. LOSANO, Mario G. O pensamento de Norberto Bobbio, do positivismo jurídico à função do direito. In: BOBBIO, 2007, prefácio, p. XLI: “A insatisfação intelectual de



O autor italiano evidencia as mudanças do direito em consequência das mudanças ocorridas quanto às funções do Estado, não mais voltado apenas para uma concepção liberal, de não intervenção e manutenção da segurança coletiva, mas incumbido de amenizar as desigualdades sociais.¹⁰⁴

Uma das importantes diferenciações entre Kelsen e Bobbio está justamente na evidencição e importância atribuída às sanções positivas e à função promocional do direito. O autor torinês propôs um ponto de vista histórico e funcional, voltado para a finalidade do direito dentro de um Estado social não apenas como forma de controle, mas também de direção social. A concepção funcional manifesta-se, portanto, não apenas na função repressiva dos comportamentos violadores da norma, mas também na crescente função do Estado, exercida por meio do direito, de promotor do bem estar e da orientação aos comportamentos desejados por meio de normas premiaias. Bobbio evidenciou no ordenamento jurídico, portanto, o “direito premial” como complementar do “direito penal”, enquanto instrumento de orientação de condutas. De fato, a função promocional do direito é um dos elementos de superação ou complementação de Bobbio ao positivismo normativo de

Bobbio nasce da constatação de que o moderno Estado social àquela altura permeara tão profundamente a sociedade a ponto de resultar transformado o próprio direito, enquanto regulador daquela mesma sociedade”. Quanto às reflexões de Carriò, ver CARRIÓ, Genaro R. Sul concetto di obbligo giuridico, in “Rivista di filosofia”, LVII, 1966, p. 141-55.

¹⁰⁴ (...)“proponho-me a examinar um dos aspectos mais relevantes – e ainda pouco estudados na própria sede da teoria geral do direito – das novas técnicas de controle social, as quais caracterizam a ação do Estado social dos nossos tempos e a diferenciam profundamente da ação do Estado liberal clássico: o emprego cada vez mais difundido das técnicas de encorajamento em acréscimo, ou em substituição, às técnicas de desencorajamento. É indubitável que essa inovação coloca em crise algumas das mais conhecidas teorias tradicionais do direito que se originam de uma imagem extremamente simplificada do direito. Refiro-me, em particular, à teoria que considera o direito exclusivamente o ponto de vista da sua função protetora e àquela que o considera exclusivamente do ponto de vista da sua função repressiva. É desnecessário acrescentar que, com frequência, as duas teorias encontram-se sobrepostas: o direito desenvolve a função de proteção em relação aos atos lícitos (que podem ser tanto atos permitidos quanto obrigatórios) mediante a repressão dos atos ilícitos”. BOBBIO, 2007, p. 2.



Kelsen, evidenciando uma concepção sociológica e histórica do direito, de certa forma já presente em Jhering.¹⁰⁵

A mudança de paradigmas do direito, ocasionada pela concepção de Estado social leva Bobbio a analisar a teoria de Hayek¹⁰⁶ que denota particularmente o aumento das normas de organização (ou secundárias) que regulam as ações dos órgãos estatais, bem como a formação de grandes organizações (tanto da estrutura do Estado, quanto da sociedade civil). O aumento das normas secundárias reflete o aumento das funções estatais, presentes no Estado assistencial. Em paralelo ao crescimento de tais normas ocorre o crescimento das normas positivas e das sanções positivas.

A importância dada ao vertiginoso aumento das normas de organização, o qual caracteriza o Estado contemporâneo, não coloca em crise, necessariamente, a imagem tradicional do direito como ordenamento protetor-repressivo. Ao contrário, isso se dá pelo que observei inicialmente: no Estado contemporâneo, torna-se cada vez mais frequente o uso das técnicas de encorajamento. Tão logo começemos a nos dar conta do uso dessas técnicas, seremos obrigados a abandonar a imagem tradicional do direito como ordenamento protetor-repressivo. Ao lado desta, uma nova imagem toma forma: a do ordenamento jurídico como ordenamento como função promocional.¹⁰⁷

Enquanto ao ordenamento de tipo protetor-repressivo interessa principalmente o combate aos comportamentos socialmente não desejados, tornando-os difíceis e/ou desvantajosos; ao ordenamento de tipo promocional interessa principalmente o encorajamento

¹⁰⁵ DAL RI, Luciene. Norberto Bobbio e o positivismo jurídico. In: GELAIN, Itamar (org.). Uma introdução à Filosofia do Direito. Ijuí: Unijuí, 2015, p. 274. BOBBIO, 2007, p. 77. A obra de Ihering a qual se faz referência é a “A finalidade do direito”, no Brasil publicada dentre outras pela Bookseller: ver IHERING, Rudolf von. A finalidade do direito. Campinas: Bookseller, 2002, em 2 volumes.

¹⁰⁶ Bobbio refere-se em específico à HAYEK, Friedrich August von. The principles of a liberal social order. In “Il Politico”, XXXI, 1966, p. 601-618.

¹⁰⁷ BOBBIO, 2007, p. 11.



aos comportamentos socialmente desejáveis, visando sua realização, tornando a ação desejada necessária, fácil e vantajosa.¹⁰⁸

Do ponto de vista estrutural, Bobbio denota que a medida repressiva (desencorajamento) apresenta uma ameaça, enquanto a promocional (encorajamento) apresenta uma promessa e que tais concepções denotam relações distintas baseadas na inversão do sujeito ativo e passivo da relação obrigacional.¹⁰⁹ Tais concepções denotam de um ponto de vista funcional, a busca por conservação (inércia, não realização de certos comportamentos) ou mudança social (ação, transformação).

Isso posto, é preciso, de imediato, acrescentar que o reconhecimento da importância do direito promocional não é, em absoluto, incompatível com a consideração instrumental do direito, própria da teoria kelseniana: o uso de sanções positivas, ou, de qualquer forma, de incentivos econômicos, nada mais é que uma técnica específica de organização social. Mesmo depois de termos percebido que o direito não se limita a reprimir, mas estimula ou promove, podemos continuar a afirmar, como faz Kelsen, que o direito é um meio, e não um fim. Quando chegamos, ainda, a sustentar que o direito é a organização não apenas do poder coativo, mas também do poder econômico, não escapamos de um determinado modo de entender a especificidade do direito, que consiste precisamente em considerá-lo uma forma de 'organização social'. Contudo, chegados neste ponto, somos reconduzidos, novamente, da análise funcional à estrutural.¹¹⁰

As duas concepções da função do direito podem e devem ser vistas como complementares, reconhecendo no ordenamento jurídico tanto a função coativa, quanto a função promocional e evidenciando, portanto, o direito (do ponto de vista funcional) “como

¹⁰⁸ BOBBIO, 2007, p. 15.

¹⁰⁹ Quando o indivíduo pratica um comportamento desencorajado por uma ameaça do Estado, aquele que ameaçou (o Estado) tem o direito de executar a ameaça, enquanto que se o indivíduo pratica um comportamento encorajado por uma promessa (do Estado), ele tem o direito de que a promessa seja mantida (pelo Estado).

¹¹⁰ BOBBIO, 2007, p. 77.



forma de controle e de direção social”. A afirmação do autor turinês evidencia novamente sua ideologia política social-democrática de tradição liberal, mas ao mesmo tempo denota a necessidade de compreensão do direito enquanto instrumento de um Estado Social.¹¹¹ Bobbio ao indicar uma função promocional, além daquela coativa, do direito, denota um engajamento social e assistencial do direito.

A complementaridade ou abertura presente na teoria funcional, faz com que Losano¹¹² afirme que Bobbio assumiu, particularmente após 1973, uma postura pós-positivista. A abordagem sobre o objetivo e a função do direito, temas evitados por Kelsen, denotam na teoria de Bobbio a preocupação com a 'evolução' do Estado e uma teoria do direito que queira manter-se atualizada com os tempos. A abertura de Bobbio à sociologia e ao funcionalismo jurídico não implica, porém, em negar a importância e a contribuição da teoria de Kelsen, mas em complementar aquela.¹¹³

¹¹¹ A ideologia de Bobbio é de matriz liberal, mas consciente de suas limitações e com forte tendência social-democrática. Ver: BOBBIO, 1998, p. 72 e 77, onde o autor explica sua participação política no “Partido da Ação”, logo após o fim do fascismo. O partido era “formado por intelectuais provenientes em sua maioria da tradição liberal e democrática, tinha muito pouco em comum seja com os comunistas, seja com os socialistas. Sua orientação, sem dúvida, era à esquerda, mas tinha suas raízes na história do liberalismo europeu”.

¹¹² Mario G. Losano é um jusfilósofo positivista, aluno de Bobbio e aberto ao aspecto social do direito, por meio da contribuição de Jhering e da concepção culturalista. Sobre Losano, ver: Entrevista à Mario G. Losano. In Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 59, n. 2, 2014, p 207.

¹¹³ BOBBIO, 2007, p. 210. LOSANO, Mario G. Prefácio à edição Brasileira. In: BOBBIO, 2007, p. XLII e XLVIII. A concepção que Losano apresenta do pós-positivismo denota-se particularmente próxima aquela de Bobbio e não focada apenas na proposta de Dworkin, mas considerando o pós-positivismo como fruto de uma dinâmica do próprio positivismo jurídico, como resposta às mudanças políticas e sociais, revendo as atribuições do Estado legislador e do juiz executor. Na exposição de Losano, o termo “pós” não é entendido como ruptura para com o positivismo jurídico, mas como um movimento de contribuição e adequação da doutrina positivista, e dentro da qual se encaixa a contribuição estrutural e funcionalista do direito de Bobbio,



CONSIDERAÇÕES FINAIS

O positivismo jurídico é uma corrente doutrinária, com fundamental importância no mundo do direito, durante todo o século XIX e século XX, especialmente dentro da família de sistemas de *civil-law*.

Essa corrente consolida-se por meio da doutrina de Hans Kelsen e implica em alguns pontos ou problemas como a pretensão do direito como ciência autônoma, devendo ser tratada do mesmo modo que qualquer ciência exata ou natural. Nesse sentido, o pesquisador e o aplicador do direito devem adotar uma posição de observação frente a seu objeto, formulando sempre juízos de fatos e não de valor, e adotando uma interpretação mecanicista. Observa-se também a afirmação da legislação como fonte preeminente do direito e a compreensão da norma como comando, que se desdobra nas concepções de obediência absoluta da lei e de definição do direito em função do elemento de coação; além da concepção do direito como sistema coerente e completo, com mecanismos eficazes capazes de sanar conflitos, perseverando a ideia que o direito é norma.

Percebe-se assim uma teoria formalista do direito, pois se preocupa em especial com a forma e estrutura do direito, desvinculadas de seu conteúdo. Nesse sentido, o direito limita-se a uma estrutura, com função de garantir relativa ordem e segurança social à comunidade,

após o positivismo normativo de Kelsen. Ver: LOSANO, Mario G. O pensamento de Norberto Bobbio, do positivismo jurídico à função do direito. In: BOBBIO, 2007, prefácio, p. XLII.



longe de uma concepção de justiça. A concepção da função do direito dentro dessa teoria é essencialmente coativa, defendendo vagamente a ideia de que o fim do direito é a 'paz', ou a 'segurança coletiva'.

A análise crítica de Norberto Bobbio à corrente doutrinária positivista, e em particular ao positivismo normativo de Kelsen, permite ao autor italiano a propositura de uma concepção mais ampla do direito que, muito embora possa parecer uma ruptura, implica em uma complementaridade.

Ao ser influenciado pelo contexto pós-segunda-guerra e pela concepção social do Estado, o autor italiano evidencia o papel social do direito e as suas mudanças, em consequência das novas funções sociais do Estado, propondo então uma concepção promocional da função do direito. A teoria funcional proposta por Bobbio é apresentada de forma complementar ao positivismo jurídico, e em particular ao positivismo normativo de Kelsen. Para Bobbio, as duas concepções da função do direito, a coativa e a promocional, podem e devem ser vistas como complementares, sendo o direito não apenas uma forma de controle, mas também uma forma de direção social. Cabe evidenciar que a visão de complementaridade entre as duas concepções do direito e de sua função, permite abertura para o que Losano entende como pós-positivismo.¹¹⁴

REFERÊNCIAS

¹¹⁴ LOSANO, Mario G. O pensamento de Norberto Bobbio, do positivismo à função do direito. In: BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura a Função: novos estudos da teoria do Direito**. Barueri, SP: Manole, 2007, p. XLII e XLVIII.



- ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. 184 p.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 576 p.
- BOBBIO, Noberto. **O Positivismo Jurídico: Lições sobre Filosofia do Direito**. São Paulo: Icone Editora, 2006. 239 p.
- BOBBIO, Noberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. 184 p.
- BOBBIO, Norberto. **Diário de um século: Autobiografia**. Rio de Janeiro: Campus, 1998. 261 p.
- BOBBIO, Noberto. **Da Estrutura a Função: novos estudos da teoria do Direito**. Barueri, SP: Manole, 2007. 285 p.
- CARRIÓ, Genaro R. Sul concetto di obbligo giuridico. In “**Rivista di filosofia**”, LVII, 1966, 141-55 p.
- DAL RI, Luciene. Norberto Bobbio e o positivismo jurídico. In: GELAIN, Itamar (org.). **Uma introdução à Filosofia do Direito**. Ijuí: Unijuí, 2015. 367 p.
- HAYEK, Friedrich August von. The principles of a liberal social order. In “**Il Politico**”, XXXI, 1966. 601-618 p.
- HESPANA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. 552 p.
- IHERING, Rudolf von. A finalidade do direito. Campinas: Bookseller, 2002, 2 v.



- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003. 427 p.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 637 p.
- LOSANO, Mario G. **Sistema e Estrutura do Direito, volume 2: o Século XX**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. 373 p.
- LOSANO, Mario G. O pensamento de Norberto Bobbio, do positivismo à função do direito. In: BOBBIO, Noberto. **Da Estrutura a Função: novos estudos da teoria do Direito**. Barueri, SP: Manole, 2007. XIX-XLVIII p.
- NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 422 p.
- PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. 10. ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007. 247 p.
- REALE, Miguel. **Fundamentos do Direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 323 p.
- WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma História das Ideias Jurídica: da Antiguidade Clássica à Modernidade**. Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2006. 232 p.