

NORBERTO BOBBIO: UM POSITIVISTA INCLUSIVO?

NORBERTO BOBBIO: AN INCLUSIVE POSITIVIST?

Davi Marcucci Pracucho^{1*}

RESUMO: O objeto deste estudo é uma leitura da teoria do direito de Norberto Bobbio à luz da distinção entre positivismo jurídico exclusivo e inclusivo, proposta por Wilfrid J. Waluchow na obra *Inclusive legal positivism* (1994) e considerada por Alexy a divisão mais importante no que diz respeito à relação entre direito e moral no âmbito do positivismo. Indaga-se se na visão de Bobbio a moral encontra-se necessariamente excluída do conceito de direito. Buscando fazer frente a essa questão, procede-se de forma dedutiva, tendo como premissa maior a referida classificação e, como premissas menores, obras do filósofo de Turim de diferentes momentos da sua trajetória intelectual. Chega-se, assim, a diferentes respostas ao questionamento aventado, sendo decisivo para tanto o câmbio de enfoque bobbioano do estrutural para o funcional.

PALAVRAS-CHAVE: Norberto Bobbio. Teoria do direito. Positivismo jurídico inclusivo. Moral

ABSTRACT: The object of this study is a reading of Norberto Bobbio's theory of law in light of the distinction between exclusive and inclusive juridical positivism proposed by Wilfrid J. Waluchow in *Inclusive legal positivism* (1994) and considered by Alexy the most important division in relation to the relation between law and morality in the scope of positivism. It is questioned whether in Bobbio's view morality is necessarily excluded from the concept of law. In order to deal with this question, one proceeds in a deductive way, having as a premise the above classification and, as minor premises, works of the philosopher of Turin of different moments of his intellectual trajectory. Thus, different responses to the questioning are reached, being decisive for both the change of the Bobbian approach from structural to functional.

KEYWORDS: Norberto Bobbio; theory of law; inclusive legal positivism; moral

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Norberto Bobbio é um pensador que dispensa apresentação. Como lembra Tosi (2016, p. 08), “ao lado de Gramsci, é o autor italiano mais traduzido e comentado no Brasil e em outros países da América Latina”. A sua teoria do direito é fortemente marcada pela preocupação com a cientificidade, a qual se traduz, sobretudo, no rigor lógico da linguagem e das definições. (LAFER, 2013, p. 51). É fundada em uma filosofia positiva, e não especulativa, indo ao encontro da teoria pura do direito de Kelsen – *pura* porque *formal* –, que veio a inspirar as duas obras jurídicas mais conhecidas do mestre de Turim, a saber: *Teoria della norma giuridica*, de 1958, e *Teoria dell'ordinamento giuridico*, de 1960. (BOBBIO, 2008, p. 11-12).

A depuração kelseniana da ciência do direito, contudo, a aparta da filosofia moral e da teoria social, demarcando como seu campo próprio o direito enquanto fenômeno estritamente normativo: “a dogmática específica em termos normativos”. (ROSS, 2003, p. 25). Em outras palavras, o direito é uma realidade totalmente independente da moral, ou, ainda, a essência do direito prescinde de elementos morais, ainda que mínimos. Nesse sentido, indaga-se, no presente estudo, se essas afirmações subsistem na teoria jurídica bobbioana.

^{1*} Mestrado em Direito, com área de concentração em Direitos Humanos, pela Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS). Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) – Faculdade de Direito do Largo São Francisco. Procurador da República – membro do Ministério Público Federal. Ex-Defensor Público no Estado de São Paulo.

Para tanto, parte-se da distinção entre positivismo jurídico exclusivo e inclusivo, originária da obra *Inclusive legal positivism*, de 1994, de Wilfrid J. Waluchow, e tida por Alexy (2014, p. 63) como a divisão mais importante no que diz respeito à relação entre direito e moral no âmbito do positivismo. Tendo como premissa maior a referida classificação e, como premissas menores, obras do mestre de Turim de diferentes momentos da sua trajetória intelectual, procede-se de forma dedutiva, buscando verificar, em cada conjunto de obras, a existência de alguma conexão, ou não, entre o fenômeno jurídico e o mundo moral.

O *corpus* da pesquisa é constituído, especificamente, de um lado, das três obras nas quais Bobbio, segundo Losano (2007, p. XXXII), consolida a aceitação crítica do positivismo kelseniano, a saber: *Teoria della norma giuridica*, de 1958, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, de 1960, e *Il positivismo giuridico*, de 1961; e, de outro, de dois escritos posteriores em que o mestre italiano revisita o modo de compreender o fenômeno jurídico: *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, de 1965, e *Dalla struttura alla funzione*, de 1977. Objetiva-se formular uma compreensão sobre a relação entre direito e moral no pensamento jusfilosófico de Bobbio, em especial, se se encontram conceitualmente separados (tese da separação) ou conexos (tese da conexão). (ALEXY, 2014, pp. 62-63).

1 POSITIVISMO JURÍDICO EXCLUSIVO E INCLUSIVO

Ao discorrer sobre o problema da natureza do direito (dizer o que o direito é), Alexy (2014, p. 48) anota que, no núcleo do positivismo jurídico, pressuposta por ele, encontra-se a denominada *tese da separação* ou *tese da separabilidade*, a qual advoga não haver conexão *necessária* entre direito e moral. Em posição oposta, situa-se a chamada *tese da conexão*, segundo a qual existe ao menos alguma espécie de conexão *necessária* entre direito e moral. A adoção dessa tese, ao romper com o núcleo do positivismo jurídico, conduz a uma compreensão *não positivista* do direito.

Em uma formulação mais precisa, Alexy (2014, pp. 62-64) especifica que, na tese da separação, sustenta-se não haver conexão *necessária* entre, de um lado, validade jurídica ou correção jurídica e, de outro lado, méritos e deméritos morais ou correção moral. Na tese da conexão, ao revés, entende-se existir uma conexão *necessária* entre validade ou correção jurídica e mérito ou correção moral.

Prosseguindo, o jusfilósofo alemão esclarece que, no âmbito do positivismo jurídico – onde, como visto, parte-se da inexistência de uma conexão *necessária* entre direito e moral –, existem basicamente duas compreensões principais.

Primeira: uma conexão entre direito e moral não só não é *necessária* (núcleo do positivismo), como, mais do que isso, é *absolutamente inexistente*, ficando a moral *necessariamente excluída* do conceito de direito. Trata-se do exato oposto do não positivismo, para o qual a moralidade está *necessariamente incluída* no conceito de direito. Essa primeira compreensão, por excluir qualquer relação conceitual entre direito e moral, ainda que não *necessária* (isto é, contingente), é conhecida como *positivismo jurídico exclusivo*.

Segunda: uma conexão entre direito e moral não é *necessária*, mas é *possível*, dependendo do que diz o direito positivo. A moral nem está *necessariamente excluída* do

conceito de direito (positivismo jurídico exclusivo) nem está necessariamente incluída no conceito de direito (não positivismo). A inclusão ou não da moral no conceito – e, desse modo, na validade ou correção – do direito é uma questão *contingente* ou *convencional*, conforme o direito positivo. Essa segunda compreensão, por admitir que possa existir uma relação conceitual (não necessária, porém) entre direito e moral, é conhecida como *positivismo jurídico inclusivo*.

A expressão *positivismo jurídico inclusivo*, ou simplesmente *positivismo inclusivo*, foi introduzida pelo professor canadense Wilfrid J. Waluchow na obra *Inclusive legal positivism*, publicada em 1994. (MARCONDES & STRUCHINER, 2015, p. 151).

Nessa obra, o autor busca propor o positivismo inclusivo como uma alternativa viável entre os positivismos exclusivos (no caso, especialmente o de Raz) e as teorias do direito natural, nas quais ele inclui a teoria do direito como integridade de Dworkin, objeto de sua especial atenção. (WALUCHOW, 1994, p. 03).

Waluchow (1994, pp. 03-04) coloca o positivismo inclusivo nos seguintes termos:

A distinguishing feature of inclusive positivism is its claim that standards of political morality, that is, the morality we use to evaluate, justify, and criticize social institutions and their activities and products, e.g. laws, can and do in various ways figure in attempts to determine the existence, content, and meaning of valid laws. Political morality, on this theory, is included within the possible grounds for establishing the existence and content of valid, positive laws, that is, laws enacted or developed by human beings in legislatures, courts of law, or customary practice.

Quer dizer, de acordo com o positivismo inclusivo, a moralidade é um dos possíveis fundamentos de validade e correção das normas jurídicas, influenciando, destarte, a interpretação e aplicação do direito.

Para Marcondes e Struchiner (2015, p. 152-153), o *apelo* do positivismo inclusivo decorre do fato de, hoje, praticamente todos os países possuírem uma constituição ou uma declaração/carta de direitos fundamentais contendo princípios formulados em uma linguagem expressivamente moral. De tal modo que, nesse contexto, para aplicarem válida e corretamente o direito, juízes necessariamente devem recorrer à moralidade encampada pela constituição. Os autores registram que, aos adeptos do positivismo exclusivo, de outro lado, nada diz a incorporação de uma linguagem moral pelo direito positivo, sustentando-se a validade do direito sempre, em última análise, na sua autoridade própria.

Dessa forma, apresentados introdutoriamente o positivismo exclusivo e o positivismo inclusivo, as premissas principais deste estudo, passe-se ao *corpus* da pesquisa.

2 O PENSAMENTO JUSFILOSÓFICO DE BOBBIO NOS TRÊS CURSOS

Conforme mencionado, as duas obras jurídicas mais conhecidas de Bobbio são a *Teoria della norma giuridica*, de 1958, e a *Teoria dell'ordinamento giuridico*, de 1960. São complementadas por *Il positivismo giuridico*, de 1961, sendo as três oriundas de cursos ministrados pelo mestre italiano na Faculdade de Direito da Universidade de Turim. (BOBBIO,

2008, p. 12; LOSANO, 2007, p. XXXI).

Na *Teoria della norma giuridica*, Bobbio (2001, p. 23) apresenta o direito como uma *experiência normativa*, um *conjunto de normas* ou *regras de conduta*. Ensina que, frente a qualquer norma jurídica, podem ser colocados três problemas distintos e independentes: justiça, validade e eficácia. De sorte que uma norma jurídica pode ser válida sem ser justa, não se confundindo direito e moral. (BOBBIO, 2001, pp. 45-51). Sobre esse ponto, assevera que:

O problema da justiça dá lugar a todas aquelas investigações que visam elucidar os valores supremos a que tende o direito, em outras palavras, os fins sociais, cujo instrumento mais adequado de realização são os ordenamentos jurídicos, com seus conjuntos de leis, de instituições e de órgãos. Nasce daí a filosofia do direito como *teoria da justiça*. O problema da validade constitui o núcleo das investigações que pretendem determinar em que consiste o direito enquanto regra obrigatória e coativa, quais são as características peculiares do ordenamento jurídico que o distinguem dos outros ordenamentos normativos (como o moral), e portanto, não os fins que devem ser realizados, mas os meios cogitados para realizar esses fins, ou o direito como instrumento de realização da justiça. Daí nasce a Filosofia do Direito como *Teoria Geral do Direito*. (BOBBIO, 2001, p. 51).

Posto isso, mais adiante, Bobbio (2001, p. 58-62) apresenta o positivismo jurídico como a concepção do direito que o identifica com a validade, sendo que, na sua versão mais extremada, a doutrina de Hobbes, reduz a própria justiça à validade, quer dizer: “é justo o que é comandado, somente pelo fato de ser comandado; é injusto o que é proibido, somente pelo fato de ser proibido”. (BOBBIO, 2001, p. 59).

Não é esse positivismo extremado, entretanto, o positivismo jurídico trabalhado por Bobbio. Como visto, para ele, justiça e validade são problemas distintos e diferentes, à semelhança de Kelsen (1998, pp. 75-76; 2005, p. 08-09), para quem o problema da justiça é um problema ético, à parte do problema da validade.

Outrossim, a exemplo do pai da teoria pura do direito, o mestre de Turim, ao estudar o fenômeno jurídico, enfrenta não apenas os problemas relativos à *norma jurídica*, como os relativos ao *ordenamento jurídico*, o que faz na *Teoria dell'ordinamento giuridico* (1960), a qual registra ser “ora um comentário, ora um desenvolvimento” da problemática introduzida por Kelsen. (BOBBIO, 1999, p. 22).

Uma teoria do ordenamento jurídico é terreno fértil, antes próprio, para tratar do problema da validade. Se, como afirma Bobbio (1999, p. 27), a norma jurídica é uma “norma cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada”, então, a partir desse ponto, tem-se de passar da norma em particular para o ordenamento. Pois, “se sanção jurídica é só a institucionalizada, isso significa que, para que haja Direito, é necessário que haja, grande ou pequena, uma organização, isto é, um completo sistema normativo” (BOBBIO, 1999, p. 27). E, de tal sorte que “definir o Direito através de sanção organizada significa procurar o caráter distintivo do Direito não em um elemento da norma mas em um complexo orgânico de normas”. (BOBBIO, 1999, p. 27).

Esse elemento distintivo, para Bobbio (1999, p. 66), é o poder coercitivo, a força,

pois o direito é fundado, em última instância, no poder coercitivo, na força. Não que o direito se reduza à força, mas o fato é que o direito é impensável sem o exercício da força, a força é necessária para a realização do direito. Este pode ser conceituado, então, como um ordenamento com eficácia reforçada. Mais do que um ordenamento que se impõe por meio da força, o ordenamento jurídico só existe enquanto respaldado por ela, segundo afirma Bobbio (1999, p. 67) que “o ordenamento jurídico existe enquanto seja *eficaz*” e que “uma norma singular pode ser válida sem ser eficaz. O ordenamento jurídico tomando em seu conjunto só é válido se for eficaz”.

O positivismo jurídico de Bobbio, uma vez mais, separa o problema da validade do problema da justiça. O direito como ele é (direito positivo) é algo diferente do direito como ele deveria ser (direito justo): “o direito, como ele é, é expressão dos mais fortes, não dos mais justos. Tanto melhor, então, se os mais fortes forem também os mais justos”. (BOBBIO, 1999, p. 67).

Tais conclusões teóricas decorrem, sobretudo, da postura metodológica do mestre italiano. O cientista do direito deve cingir-se aos fatos, abstando-se de formular juízos de valor, leciona em *Il positivismo giuridico*. O positivismo jurídico, enquanto método ou modo de abordar ou encarar o direito, toma-o com uma postura avaliativa, simplesmente como um conjunto de fatos, fenômenos ou dados análogos aos do mundo natural (BOBBIO, 1995, p. 131), pois, sem essa premissa metodológica, “não se fará ciência, mas filosofia ou ideologia do direito”. (BOBBIO, 1995, p. 238).

Essas breves linhas sobre os *três cursos* de Bobbio estão longe de ser uma síntese completa da sua teoria do direito. Trazem, no entanto, os traços centrais do seu processo de compreensão da essência do fenômeno jurídico. O resultado desse processo, pode-se afirmar, é uma teoria jurídica rigorosa, que busca ser estritamente descritiva e em que, nesse mister, a moral não toma qualquer parte na existência ou validade do direito.

O pensamento jusfilosófico bobbiano desta fase – ou melhor, das obras em comento, especificamente – é bastante representativo, pois, da denominada *tese ou fórmula da separação*, segundo a qual o que define o direito não é a justiça ou o conteúdo da norma, mas sim, simplesmente, a sua produção pela autoridade habilitada para tanto.

Nas palavras de Ferrajoli (2016, p. 15):

É nisso que reside o caráter formal reivindicado por Bobbio, na esteira de Kelsen, de todos os conceitos teóricos, como os conceitos de norma, de validade, de ordenamento, e também, por esse motivo, de lei, de direitos fundamentais e de constituição. E é esse o sentido da tese da separação entre direito e moral, com a qual não se quer, certamente, dizer que as normas jurídicas não possuem conteúdos morais (ou imorais), nem que não devam conter conteúdos moralmente apreciáveis, ou que, quando são expressas em termos morais, a sua interpretação não exija, como aquela de todas as normas expressas em termos vagos ou avaliativos, escolhas interpretativas orientadas por opções morais ou, de qualquer forma, por juízos de valor. Com isso se quer dizer apenas que a validade das normas jurídicas não implica sua justiça, nem é por esta implicada, dependendo unicamente da sua conformidade e da sua coerência com outras normas, formais e substanciais, sobre a sua produção.

Com esse arremate, conclui-se a primeira parte deste estudo e passar-se-á agora aos escritos posteriores do autor em foco, os quais apresentam notas peculiares, possivelmente aptas a alterar o quadro teórico delineado até aqui.

3 BOBBIO E O POSITIVISMO JURÍDICO REVISITADO

Na coletânea de ensaios *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, publicada em 1965, o mestre de Turim cuida, como o nome indica, da antítese entre jusnaturalismo e positivismo jurídico. Sendo que a segunda parte dessa obra é reservada a uma interpretação crítica do juspositivismo, o que é feito, principalmente, a partir das três formas como se apresentam jusnaturalismo e positivismo jurídico ao longo da história: como *ideologias da justiça*, como *teorias gerais do direito* e como *modos de aproximar-se da experiência jurídica* (métodos). (BOBBIO, 2016, p. 164-176).

Enquanto *ideologia*, o positivismo jurídico, em síntese, tem como máxima que as leis devem ser obedecidas simplesmente porque são leis (ética legalista); ao passo que o jusnaturalismo, ao revés, propugna que as leis devem ser obedecidas apenas enquanto forem justas (ética naturalista). Essas ideologias, nas suas versões radicais, são excludentes. Mas, nas suas versões moderadas, convergem. Veja-se: na ideologia positivista moderada, defende-se a obediência às leis por entender-se isso como um valor positivo para ordem social; e, na ideologia jusnaturalista moderada, também em prol da ordem social, apenas leis extremamente injustas devem ser desobedecidas.

Como *teoria geral do direito*, o positivismo jurídico compreende e explica o direito como fruto da vontade do soberano (voluntarismo jurídico). Daí teses como, *exempli gratia*, a norma jurídica como um imperativo e a supremacia da lei dentre as fontes do direito. O jusnaturalismo, de outro lado, entende o fenômeno jurídico como derivado da própria natureza humana (esta constante e uniforme), em uma concepção racionalista do direito. Entre positivismo jurídico e jusnaturalismo como teorias do direito em polos extremos, há lugar para uma série de teorias intermediárias. Isso porque, embora não possam ambos, juspositivismo e jusnaturalismo, ser acolhidos ao mesmo tempo, podem ambos ser rejeitados pelo estudioso do direito.

Positivismo jurídico e jusnaturalismo também se apresentam como modos de aproximar-se da experiência jurídica (métodos). A abordagem positivista no sentido metodológico, já foi visto, procede tomando o direito enquanto fato social, sem valorações. O jusnaturalismo, por seu turno, ao aproximar-se do direito, não o considera mero fato, mas algo que tem ou realiza um valor. Não há incompatibilidade entre ambos, sendo o primeiro, de acordo com Bobbio (2016, p. 174), uma “tomada de consciência” e o segundo uma “tomada de posição”.

Nesse seu aspecto, o jusnaturalismo, enquanto *approach* do direito, complementa, pode-se dizer, a abordagem positivista. Nesse sentido, lê-se em Bobbio (2016, p. 172-173):

Desse ponto de vista, o jusnaturalismo é, com relação ao positivismo jurídico, nada mais do que o convite feito ao jurista para levar em conta o fato de que, diante do direito, como de qualquer fenômeno do mundo humano, pode-se assumir, além da atitude de inquiridor escrupuloso, imparcial, metódico, também a atitude avaliativa de crítico, e que do exercício dessa segunda atividade dependem a mudança, a transformação e a evolução do direito.

As observações do mestre italiano mostram que as relações entre positivismo jurídico e jusnaturalismo são mais ricas e complexas do que parecem e recomendam uma dose de cautela ao atribuírem-se rótulos a este ou aquele autor.

Aliás, o próprio Bobbio (2016, p. 176) cita o seu caso como exemplo, ao afirmar que, “se pode valer para algo, dou como exemplo meu caso pessoal: diante do choque de ideologias, não sendo possível nenhuma tergiversação, sou jusnaturalista; com respeito ao método, sou, com igual convicção, positivista; no que se refere, enfim, à teoria do direito, não sou nem um, nem outro”. Essa conclusão é diferente da externada em *Il positivismo giuridico*, onde o autor se declara adepto da teoria do direito positivista, ainda que apenas das suas teses básicas (BOBBIO, 1995, p. 238).

Um dado ilustrativo da mudança de entendimento do autor pode ser encontrado em um dos ensaios que compõe *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, denominado “A natureza das coisas”. Nesse escrito, Bobbio (2016, p. 235-252) reconhece a importância da noção de *natureza das coisas*. Não obstante, é certo, com duas condições: emprego com significado técnico rigoroso (não como uma fórmula sugestiva), a seu ver, algo próximo ao chamado raciocínio teleológico (função econômico-social); e emprego com limites, não podendo “abrir todas as portas” (BOBBIO, 2016, p. 251), quer dizer, sem que possa transbordar a tarefa de identificar fins e legitimar normas.

Nesse mesmo ensaio, o autor também discorre, *en passant*, sobre a função do jurista, isto é, do teórico do direito, colocando-a nos seguintes termos:

O jurista, seja qual for o princípio no qual se inspire, sejam quais forem as inovações que introduza nos procedimentos interpretativos, tem o dever de estabelecer não o que é, mas o que precisa ser. Porém, o que deve ser pressupõe um juízo de valor, e este é sempre um juízo que não pode ser empiricamente verificado, talvez apenas justificado com argumentos persuasivos. E o argumento mais comum e mais eficaz para persuadir os outros é mostrar que aquele julgamento de valor é posto ou partilhado, em última instância, por pessoas, reais ou imaginárias, investidas de prestígio ou de poder superior, Deus, o legislador, o juiz, a sociedade, o povo, os grandes juristas, a tradição e, no caso último, também a própria consciência. (BOBBIO, 2016, p. 251).

Ou seja, nessa etapa de seu pensamento, parece ao *maestro* italiano que nem positivismo jurídico nem jusnaturalismo possam oferecer uma teoria satisfatória para a compreensão do fenômeno jurídico em toda a sua complexidade, antevendo Bobbio, ademais, limitações do próprio *método* positivista no que concerne, por exemplo, à hermenêutica do direito e à função do jurista. Conquanto possa parecer estranho à primeira vista, uma semente, por assim dizer,

da revisão crítica de sua teoria juspositivista pode ser encontrada na *Teoria dell'ordinamento giuridico*, obra que, como visto, consubstancia o pensamento jurídico clássico de Bobbio.

Ocorre que, apesar da incisiva separação conceitual entre direito e moral, na *Teoria dell'ordinamento giuridico*, o autor italiano, ao comentar a tese de Kelsen e Ross de que a força é objeto da regulação jurídica (e não *instrumento* para a realização do Direito), assinala não ser correto afirmar que o ordenamento jurídico se limita a reger o uso da força. As regras para o exercício da força, em um ordenamento jurídico, são apenas parte, enquanto que “o objetivo de todo legislador não é organizar a força, mas *organizar a sociedade mediante a força*”. (BOBBIO, 1999, p. 69-70). Não se deve confundir a parte com o todo, nem o instrumento com o fim, adverte.

Despontaria aí aquela que veio a ser uma das principais preocupações do jusfilósofo de Turim, aparecendo, com mais nitidez, em seus escritos posteriores, especialmente nos ensaios reunidos em *Dalla struttura alla funzione* (1977): a função promocional do direito.

Sem desqualificar a teoria kelseniana sobre a estrutura do ordenamento jurídico, Bobbio (2007, p. 53-57), a partir da experiência do Estado industrial e social, que já não se limitava ao controle social por meio de sanções afitivas, observa que o problema da função do direito vinha sendo negligenciado pelos seus teóricos, para os quais, em geral, a questão não tinha relevância, porquanto o direito era visto como um instrumento que serve a diversos possíveis usos.

Nessa toada, sustenta que a análise estrutural do direito deve ser complementada pela sua análise funcional, cujo olhar se volta a questões então desconhecidas das teorias jurídicas tradicionais, a exemplo das técnicas ou medidas de encorajamento (sanções positivas: “se fazes A, podes B”, vale dizer, tens direito a um prêmio), dos meios de socialização (condicionamentos psicológicos, formação de consensos), dos meios de prevenção social (evitar comportamentos desviantes e conflitos de interesses), da função distributiva (repartição dos recursos disponíveis), do direito enquanto instrumento de conservação ou mudança social, dentre outras. (BOBBIO, 2007, p. 18-21; pp. 88-91).

Todas essas questões, anota Bobbio, levam a que se considere o direito, necessariamente, como um subsistema do sistema social na sua globalidade, sendo certo, nesse rumo, que se torna imprescindível para a adequada compreensão do fenômeno jurídico o estudo das relações entre direito e sociedade, as quais, se devidamente pesquisadas por meio de técnicas empíricas próprias das ciências sociais, permitem captar as repercussões que as transformações da sociedade tem sobre a transformação do direito. (BOBBIO, 2007, p. 101-102).

O mestre de Turim adverte, contudo: o enfoque funcional do direito e a sua consideração como um subsistema social não significam aderir a um *sociologismo* nem podem comprometer a função do jurista, que não se confunde com a do sociólogo. Cabe ao jurista descrever o que determina o direito (o que *deve ser*), e não explicar o comportamento das pessoas, pois “o fim do sociólogo é descrever como vão as coisas, o fim do jurista é descrever como as coisas devem andar”. (BOBBIO, 2007, p. 48-49).

As novas observações de Bobbio sobre a teoria do direito em *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* e *Dalla struttura alla funzione* não chegam a invalidar os estudos precedentes consubstanciados nos três cursos publicados entre 1958 e 1961. As ponderações acabam por

revelar, entretanto, a insuficiência daquele cabedal teórico para explicar o fenômeno jurídico em toda a sua complexidade.

Com efeito, a descrição do direito enquanto estrutura normativa, a despeito do seu valor teórico, nada diz sobre a plêiade de funções por ele desempenhas na política, na economia e na sociedade em geral. E identificar e compreender tais funções, estabelecidas pelo direito positivo, é essencial para a adequada explicação das normas jurídicas, *deveres seres*, sua interpretação e aplicação.

Tem-se mitigada aqui, destarte, aquela rígida separação entre direito e moral, uma vez que a análise funcional do direito, enquanto perspectiva complementar a das estruturas normativas, reconhece a possibilidade de o fenômeno jurídico introjetar, na sua essência, elementos de outros subsistemas sociais, a exemplo da moral, o que abre espaço, ademais, a novas considerações na aplicação e na valoração do direito.

Ainda que Bobbio tenha permanecido fiel ao método positivista, quando se agrega à teoria jurídica não estritamente positivista e à crítica valorativa do direito, ambas adotadas pelo autor (*Giusnaturalismo e positivismo giuridico*), a compreensão, também por ele posteriormente defendida, de que o fenômeno jurídico, para além da análise voltada unicamente a estruturas normativas, comporta um estudo funcional (*Dalla struttura alla funzione*), obtém-se um quadro no qual o direito, sob o influxo das transformações sociais, apresenta alguma conexão, mesmo que contingente, com a moral. Dito de outro modo: como um subsistema social, pode o direito incluir na sua essência (identidade), elementos de outros subsistemas sociais, notadamente da moral.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve como objeto a seguinte indagação: na visão de Bobbio, a moral encontra-se necessariamente excluída do conceito de direito? Adotando a terminologia proposta por Waluchow na obra *Inclusive legal positivism*, em sendo a resposta afirmativa, tem-se um positivismo jurídico do tipo exclusivo; e, em sendo negativa a resposta, um positivismo jurídico do tipo inclusivo.

Na tríade *Teoria della norma giuridica*, *Teoria dell'ordinamento giuridico* e *Il positivismo giuridico* (os denominados *três cursos*), Bobbio descreve e explica o direito como um conjunto de normas, uma estrutura normativa. Especificamente, como uma realidade absolutamente distinta da moral, sendo fundado, em última análise, na eficácia, vale dizer, no poder. Esse conjunto de obras, sem dúvida, ostenta um positivismo jurídico do tipo exclusivo.

Em *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* e *Dalla struttura alla funzione*, Bobbio expande a sua análise do fenômeno jurídico e, ao fazê-lo, conquanto sem abandonar o método positivista e a visão do direito enquanto estrutura normativa, supera o voluntarismo típico do positivismo, propugna o raciocínio teleológico (função econômico-social) na interpretação e aplicação das normas jurídicas e defende a análise funcional do direito, reputando imprescindível para a sua adequada compreensão o estudo das relações entre direito e sociedade.

Mediante o câmbio de perspectiva, de estrutural para funcional, nota-se uma aproximação entre direito e moral. Não que esta determine, por si só, a validade daquele, à

moda do jusnaturalismo. Mas fica impossível pensar o direito, sua aplicação e interpretação, despidido do seu conteúdo funcional ou finalístico – e, em última análise, moral. Sendo que a contingência dos possíveis conteúdos não invalida a conexão nem diminui a sua importância dogmática. De modo que, ao que parece, os escritos posteriores de Bobbio cedem a um positivismo jurídico do tipo inclusivo.

Conforme dantes mencionado, ao conceber o chamado positivismo inclusivo, Waluchow pretendeu fornecer uma alternativa viável entre positivismo exclusivo e jusnaturalismo. Embora não tenha colocado a questão exatamente nestes termos, esse parece também ter sido um dos problemas enfrentados pelo grande mestre italiano.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **O conceito e a natureza do direito**. Tradução Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Revisão técnica Orlando Seixas Bechara e Renata Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007.
- _____. **Direito e poder**. Tradução Nilson Moulin. São Paulo: UNESP, 2008.
- _____. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. Tradução Jaime A. Clasen. Revisão técnica Marcelo Granato. São Paulo: UNESP; Instituto Norberto Bobbio, 2016.
- _____. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- _____. **Teoria da norma jurídica**. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, SP: Edipro, 2001.
- _____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Revisão técnica Claudio de Cicco. 10ª ed. Brasília: UnB, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. Prefácio. In: BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. Tradução Jaime A. Clasen. Revisão técnica Marcelo Granato. São Paulo: UNESP; Instituto Norberto Bobbio, 2016, pp. 7-24.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução Luís Carlos Borges. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LAFER, Celso. **Norberto Bobbio**: trajetória e obra. São Paulo: Perspectiva, 2013.
- LOSANO, Mário G. Prefácio à edição brasileira. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Revisão técnica Orlando Seixas Bechara e Renata Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007, pp. XIX-XLIX.
- MARCONDES, Danilo; STRUCHINER, Noel. **Textos básicos de filosofia do direito**: de Platão a Frederick Schauer. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.
- ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução Edson Bini. Revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. Bauru, SP: Edipro, 2003.

TOSI, Giuseppe. **10 lições sobre Bobbio**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016.

WALUCHOW, Wilfrid J. **Inclusive legal positivism**. Oxford: Clarendon Press. 1994.

