
SOBRE A DISTINÇÃO ENTRE FILOSOFIA DO DIREITO E TEORIA GERAL DO DIREITO: UMA ANÁLISE A PARTIR DO PENSAMENTO DE NORBERTO BOBBIO¹.

Vinicius José Poli²

RESUMO

A distinção entre Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito não é, em sua essência, um problema novo. Porém, a despeito de toda discussão teórica, na prática, pouco do que se estabelece como preceito se mantém. De fato, as convenções estabelecidas no sentido de distinguir essas disciplinas são comumente desrespeitadas. Assumindo a ambigüidade tais convenções como causa de sua inobservância, exsurge o problema que este artigo pretende enfrentar: como fixar com maior precisão os termos dessa distinção? A construção de critérios aptos a delimitar com maior rigor os campos de cada disciplina pautar-se-á, em tom de homenagem, no pensamento do destacado cientista político e jusfilósofo italiano Norberto Bobbio, cujo centenário de nascimento comemorou-se recentemente, em outubro de 2009.

PALAVRAS-CHAVE: Filosofia do Direito; Teoria Geral do Direito; distinção; Norberto Bobbio.

SUMMARY

The distinction between Philosophy of Law and General Theory of Law is not, in it's essence, a new problem. However, despite all theoretical discussion, in practice little of what is established as a precept is sustained. Indeed, established conventions in distinguishing these disciplines are commonly disrespected. Assuming that such conventions are disrespected due to its ambiguity, the problem that this paper will deal with arises: how to fixate with bigger precision the terms of this distinction? The construction of criterion able to separate with more rigor the fields of each discipline will be based on, in a tribute tone, the thought of the eminent Italian politic scientist and jurist Norberto Bobbio, whose centenary of birth was celebrated recently, in October 2009.

KEY-WORDS: Philosophy of Law; General Theory of Law; distinction; Norberto Bobbio.

¹ Trabalho apresentado no XIX Encontro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), realizado em Fortaleza – CE, em junho de 2010.

² Bacharel em Direito (UNIARA/ Araraquara-SP). Mestrando em Direito do Estado (USP/ São Paulo-SP). E-mail: viniciuspoli@usp.br

INTRODUÇÃO

A distinção entre Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito não é, em sua essência, um problema novo. Ao contrário, trata-se de um daqueles temas recorrentes no universo jurídico acadêmico, sobre o qual muitos pesquisadores se detiveram. Algo quase que obrigatório no currículo daqueles que possuem algum interesse no campo da pesquisa jusfilosófica. Então, por que retomá-lo?

A despeito de toda discussão teórica, na prática, pouco do que se estabelece como preceito se mantém, vale dizer, as *convenções* estabelecidas no sentido de delimitar e distinguir essas disciplinas são, o mais das vezes, desrespeitadas³. Inexistem, praticamente, manuais ou tratados de Filosofia do Direito que não se ocupem de temas convencionalmente localizados no campo de estudo da Teoria Geral do Direito, tais como conceito de di-

reito⁴, fontes do direito, relação jurídica, norma, validade, etc⁵. E, da mesma forma, poucos trabalhos de Teoria Geral do Direito não abarcam temas que, por convenção, compõem o campo de estudos da Filosofia do Direito, tais como os problemas metodológicos, justiça, valor, etc⁶.

Ora, se efetivamente a distinção entre essas disciplinas é uma convenção, deve-se reconhecer que nenhuma das partes envolvidas a respeita. Sem prejuízo de análise, as razões dessa não observância podem ser subdivididas em dois grandes blocos⁷: ou (1) a convenção não é adequada ao seu fim, o que significa dizer que ela é inútil; ou (2) a convenção não é clara o suficiente, vale dizer, é ambígua.

Se se defende o primeiro caso, não haverá motivos para maiores preocupações. Afinal, sendo apenas

³ “[...] en la delimitación de las relaciones entre filosofía del Derecho y teoría general del Derecho las convenciones establecidas y aceptadas, de modo tal que parecería que no tendría que surgir contienda alguna entre las partes, son continuamente violadas” (BOBBIO, 1990a, p. 72).

⁴ Essa confusão ocorre, igualmente, em trabalhos de outras áreas que não a Filosofia do Direito. Exemplificativamente, sobre o conceito de Direito, merece destaque o testemunho de Washington de Barros Monteiro. Segundo o renomado civilista, pertenceria “a questão ao âmbito da filosofia jurídica, desta constituindo um dos problemas fundamentais” (2000, p. 1, sem grifo no original). Para uma análise crítica e aprofundada sobre o conceito de direito, cf. BITTAR, 2005.

⁵ Cf., por exemplo, DEL VECCHIO, 1979.

⁶ Cf., por exemplo, DABIN, 1955.

⁷ BOBBIO, 1990a, p. 73.

uma convenção, e ademais inútil, o problema da distinção entre as disciplinas se reduziria a uma questão meramente terminológica e, nesse caso, qualquer nome que se eleja (*Filosofia do Direito* ou *Teoria Geral do Direito*) será adequado. Não nos parece, todavia, que essa seja a melhor saída. Ao contrário, assume-se como premissa que a inobservância dessas convenções decorre de sua ambigüidade e, nesse sentido, exsurge o problema que este artigo pretende arrostar: como fixar com maior precisão os termos dessa distinção?

Para o enfrentamento dessa questão pretende-se, além dessa introdução, reconstruir brevemente o momento histórico que abrange o surgimento da Filosofia do Direito e da Teoria Geral do Direito (item 2). Posteriormente, buscar-se-á, a partir da proposta de Norberto Bobbio, estabelecer critérios aptos a fixar mais claramente a linha delimitadora dos campos de estudo dessas disciplinas (item 3). Por fim, em uma breve conclusão, repassar-se-á, sucintamente, os principais pontos argumentativos desenvolvidos nesse artigo (item 4).

2 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DA FILOSOFIA DO DIREITO E DA TEORIA GERAL DO DIREITO

Tentar definir Filosofia do Direito não é tarefa fácil e tampouco parece ser empresa que compense o tempo dispendido⁸. Isso por uma razão bem clara: a Filosofia do Direito abarca uma tal generalidade de autores e orientações de pensamento que, talvez, o único ponto em comum entre eles seja um vínculo negativo, qual seja, a discussão de questões que circundam o Direito e que, normalmente, não são enfrentadas pelos juristas em seu trabalho cotidiano de intérpretes do Direito Positivo⁹.

Em razão disso, a construção de um pequeno exercício zetético-regressivo¹⁰ acerca do surgimento e evolução da Filosofia do Direito apresenta-se como uma alternativa, suficiente para os propósitos desse trabalho, a

⁸ “[...] buscar una definición de filosofía del Derecho es una inútil pérdida de tiempo” (BOBBIO, 1990a, p. 91).

⁹ “A Filosofia do Direito é, assim, o campo dos juristas com interesses filosóficos, instigados, na sua reflexão, *pelos problemas para os quais não encontram solução no âmbito do Direito Positivo*” (LAFER, 2004, p. 54, sem grifo no original).

¹⁰ Sobre o enfoque teórico zetético, cf. FERRAZ Jr., 2003, pp. 39-51.

quase impossibilidade de conceituá-la. Afinal, atentar para *o que foi e como se desenvolveu* a Filosofia do Direito, salvo melhor juízo, é uma das melhores formas de se fixar os pontos fundamentais que possibilitam sua caracterização e, conseqüentemente, sua distinção em relação à Teoria Geral do Direito.

Essa reconstrução histórica será realizada com base na análise da dissolução do paradigma¹¹ do Direito Natural e o subsequente surgimento do paradigma da Filosofia do Direito¹². Para tanto, na esteira das reflexões de Miguel Reale¹³, faz-se necessário re-

conhecer a existência de uma Filosofia do Direito *implícita*¹⁴ e de uma Filosofia do Direito *explícita*¹⁵, que se localizam, respectivamente, nos âmbitos dos paradigmas do Direito Natural e da Filosofia do Direito.

1.1 Do paradigma do Direito Natural

O paradigma clássico da reflexão jusfilosófica, que abarca toda a produção de uma Filosofia do Direito implícita, é o do Direito Natural. Seus pressupostos encontram-se em uma crença generalizada na imutabilidade e universalidade de certos princípios

¹¹ O termo “paradigma” passou a compor a semântica das ciências sociais a partir da obra de Kuhn (1994), a quem remetemos para maiores informações sobre as possibilidades de utilização desse conceito. Seguindo as reflexões de Giovanni Reale, um paradigma “constitui uma verdadeira ‘unidade de medida’ fundamental nas pesquisas científicas, porque [...] constitui um *critério* segundo o qual se acolhem os problemas, *justamente enquanto problemas científicos*, e se desenvolvem, conseqüentemente, as suas soluções” (1991, p. 7, grifo no original). Para um enfoque especificamente jurídico para o termo, cf. HABERMAS, 1996, pp. 194-195.

¹² Sobre essa transição paradigmática, cf. LAFFER, 1988, especialmente Parte I, Capítulos I e II, de onde, amplamente, retiramos elementos para a construção dos tópicos 2.1 e 2.2.

¹³ Miguel Reale propugnava a necessidade de se “distinguir entre uma Filosofia Jurídica implícita, que se prolonga, no mundo ocidental,

desde os pré-socráticos até Kant, e uma Filosofia Jurídica explícita, consciente da autonomia de seus títulos, por ter intencionalmente cuidado de estabelecer as fronteiras de seu objeto próprio nos domínios do discurso filosófico” (1999, p. 286).

¹⁴ “[...] até o advento do hegelianismo, toda a história sobre o Direito encontra-se mesclada a sistemas e pensamentos de filósofos (dos sofistas a Immanuel Kant)” (ALMEIDA; BITTAR, 2002, p. 45).

¹⁵ A partir de Hegel, percebeu-se que “pensar o Direito, em virtude da própria complexificação dos direitos positivos, demandava do teórico compreensão específica das injunções, das práticas, das técnicas jurídicas... Com isso, formou-se toda uma corrente de especialistas na Filosofia do Direito que, sem serem filósofos de formação, dedicavam-se a pensar seu próprio objeto de atuação prática [...]” (ALMEIDA; BITTAR, 2002, p. 45).

que, por serem dados, e não postos¹⁶, escapam à História e à Geografia. Nesse paradigma, a função primordial do Direito, que retira desses princípios seu fundamento, não é a de comandar, mas a de qualificar como boa/ justa ou má/injusta uma determinada conduta¹⁷, o que promove uma ininterrupta aproximação entre norma e valor e, conseqüentemente, uma contínua aproximação entre Direito e Moral¹⁸.

Ao mesmo tempo em que caracterizam esse paradigma, essas notas emprestam, ao Direito Natural, certa primazia em relação ao Direito Positivo¹⁹.

¹⁶ “O direito natural, imanente à natureza humana, independe do legislador humano” (DINIZ, 1997, p. 37).

¹⁷ Em razão disso, a tarefa do jusfilósofo não é a de interpretar leis, mas a de descobrir as regras universais de conduta, através do estudo da natureza do homem. Dessa forma, para o “jusnaturalista, a fonte do direito não é o *Corpus iuris*, mas a ‘natureza das coisas’. [...] Em suma: [...] o jusnaturalista não é um intérprete, mas um descobridor” (BOBBIO, 1991, p. 22-23).

¹⁸ LAFER, 1988, pp. 16 e 36.

¹⁹ Merece destaque a conhecida passagem da *Retórica*, em que Aristóteles, para estabelecer uma distinção entre lei particular (Direito Positivo) e lei comum (Direito Natural), cita a Antígona da peça de Sófocles, quando ela afirma que, ainda que proibido, à luz do direito particular, seria justo enterrar seu irmão. Essa dicotomia, que explicita a superioridade do Direito Natural, possibilita, igualmente, a existência de um dualismo entre o respeito à justiça e o respeito à lei.

De fato, nessa relação dicotômica, o Direito Positivo, por ser um *jus in civitate positum*, dotado de específica localização no tempo e no espaço, mantém-se subordinado ao Direito Natural²⁰, na medida em que, sendo comum a todos, esse último representaria um “padrão geral, a servir como ponto de Arquimedes na avaliação de qualquer ordem jurídica”²¹.

Fundamentalmente, essa superioridade perpassa o surgimento de toda uma Filosofia do Direito implícita, que se produz e evolui dentro desse paradigma clássico. Segundo uma tradição consolidada na segunda metade do século XVII, tais reflexões jusfilosóficas tiveram como precisa data inicial a obra de Hugo Grócio (1588-1625), *De iure belli ac pacis*, publicada em 1625²², doze

²⁰ “A dicotomia ‘ordem jurídica natural / ordem jurídica positiva’ implica a delimitação da esfera do direito invariável pela noção de direito variável, alterável. Porém, *conforme a concepção jusnaturalista, o mutável permanece ainda subordinado ao imutável: o direito positivo só é válido enquanto se conforma ao direito natural invariável*. [...] Nesse contexto, ainda não prevalece a noção de um direito inteira e completamente alterável. Ela só vai surgir com a positivação do direito como conquista da sociedade moderna” (NEVES, 2008, p. 23, sem grifo no original).

²¹ LAFER, 1988, p. 36.

²² MONTORO, 1999, p. 44.

anos antes do *Discours de la métho-*
de de Descartes²³.

Com o passar do tempo, porém, a crença segundo a qual o Direito Natural é a fonte de todo o Direito foi sendo enfraquecida por processos históricos caracterizadores da experiência jurídica, a partir do surgimento do Estado Moderno. Dentre outros, a *secularização, sistematização, positivação e historicização* do Direito²⁴, perceptíveis nas grandes codificações, implantaram as “bases para o renascimento de uma atitude de maior reverência em face das leis estabelecidas”²⁵.

Até meados do século XVIII, o paradigma clássico foi capaz de lidar com esses processos. Todavia, a intensidade com que se produziam ensejou a completa erosão da crença generalizada na existência de um Direito Natural e do paradigma por ela sustenta-

do. A data emblemática desse “ponto de chegada” pode ser fixada no ano da publicação do ensaio de Hegel, *Ueber die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts*, de 1802²⁶. Em sua obra, o filósofo submete a uma crítica radical as Filosofias do Direito implícitas que o precederam, de Grócio a Kant, fazendo dissolver a dicotomia Direito Natural/Direito Positivo, a partir da identificação entre o real e o racional²⁷. Nesse contexto, a ontologização do direito, fruto dessa identificação levada a cabo por Hegel, passa a moldar a experiência jurídica na medida em que a lei posta pelo Estado vai se tornando, cada vez mais, a fonte exclusiva do Direito. Em outras palavras, tem-se um cenário propício ao desmo-

²³ Há que se ressaltar, todavia, que Bobbio afasta-se dessa tradição, na medida em que, para o pensador italiano, é Hobbes, e não Grócio, quem deve ser considerado o verdadeiro iniciador do jusnaturalismo moderno. Em suas palavras: “se podría decir en broma que en el debate entre iusnaturalistas viejos [medievais] y nuevos [modernos] se ha producido irresistible e inevitablemente una *reductio ad Hobbesium* de todas las argumentaciones posibles” (1985, p. 152).

²⁴ Maiores detalhes, cf. DÍAS, 1982, pp. 277-286; LAFER, 1988, pp. 37-44.

²⁵ BOBBIO, 1991, p. 13.

²⁶ Como atesta Bobbio, com “Hegel, o modelo jusnaturalista chegou à sua conclusão” (1985, p. 97). Da mesma forma, atribuindo à obra de Hegel o *status* de definidora do paradigma da Filosofia do Direito, cf. CASTANHEIRA NEVES, 2003, p. 43. Sobre as críticas ao jusnaturalismo apresentadas por Hegel, cf. BOBBIO, 1985, pp. 92 et. seq..

²⁷ Como indica LAFER: “[...] a história da filosofia ocidental que se tinha constituído no conflito bipolar entre o mundo das aparências e o mundo das idéias verdadeiras, perdeu parte do seu significado quando Hegel procurou demonstrar a identidade ontológica da idéia e da matéria em movimento dialético – o real é racional e o racional é real – desgastando, conseqüentemente, o sentido clássico da aporia imanência *versus* transcendência” (2003, p. 53).

ronamento do paradigma clássico da reflexão jusfilosófica e, como efeito, o surgimento de um novo paradigma, dentro do qual se desenvolverá uma Filosofia do Direito explícita.

1.2 ... ao paradigma da Filosofia do Direito

A inversão na ordem de superioridade na dicotomia Direito Natural/ Direito Positivo ou, mais precisamente, a dissolução dessa dicotomia assinala a emergência de um novo paradigma, o da Filosofia do Direito. Um dos sintomas dessa ruptura paradigmática foi a gradual substituição do termo Direito Natural por Filosofia do Direito²⁸. A esse uso lingüístico inovador subjazem as grandes transformações sócio-políticas que caracterizaram o surgimento do Estado Moderno na passagem do século XVIII para o XIX²⁹.

Nesse novo cenário, o Direito deixa de ter como função a qualificação de condutas, distinguindo-as

entre *bona in se* e *mala in se*. Desvinculando-se da Moral³⁰, ele passa a assumir uma função técnico-instrumental de gestor da sociedade, permitindo, proibindo, estimulando ou desestimulando comportamentos. Tal gestão é efetivada por um Direito que se exprime enquanto uma *idéia* positivada pelo poder estatal – e não mais enquanto crença – marcada, em sua essência, pelos sinais de mutabilidade e particularidade, e cuja garantia advém da sanção³¹.

A partir dessa virada, rechaçada a distinção entre um Direito ideal e um Direito real, esvai-se, igualmente, a possibilidade de existência de um dualismo entre respeito à justiça e respeito à lei³², na medida em que Direito passa a ser unicamente Direito Positivo, e sua forma de expressão exclusivamente a positividade, o que “justamente foi a condição de possibilidade de a ‘filosofia do direito’ passar

²⁸ LAFER, 1988, p. 40.

²⁹ Com Luhmann: “Mediate uma análise aprofundada das questões da política relativas a conceitos e inovação semântica, pode-se facilmente reconhecer como as transformações revolucionárias motivaram um uso lingüístico inovador” (1990, p. 177).

³⁰ “Apenas a partir da positivação do direito na sociedade moderna, diferenciam-se plenamente moralidade, eticidade e juridicidade. As normas jurídicas já não se fundamentam diretamente em princípios de natureza metajurídica [como acontecia no paradigma do Direito Natural], mas sim em princípios especificamente jurídicos” (NEVES, 2008, p. 57, sem grifo no original)

³¹ LAFER, 1988, pp. 17-18 e 47.

³² Cf. nota 14.

a ocupar o lugar que antes fora o da *iuris naturalis scientia*³³.

No processo de elaboração do paradigma da Filosofia do Direito foram-se delineando alguns campos de investigação que se desenvolveram, a depender do caso, de maneira mais independente ou menos independente. Basicamente, são quatro campos: *metodológico*, *ontológico* (da validade formal da norma), *fenomenológico* (da efetividade da norma) e *deontológico* (da justiça e legitimidade da norma)³⁴. Em relação ao problema que motivou essas reflexões, o campo *ontológico* é o que carece de mais atenção.

Esse campo resultou de indagações que se produziam em torno das questões “O que é o Direito?” e “Como ele se diferencia de campos afins, como a Moral e os costumes?”. Nessa ordem de questionamentos, prevaleceu a análise e definição de noções gerais comuns à maior parte dos ordenamentos jurídicos, tais como conceito de direito, norma, obrigação, sanção, validade, etc. Nesse contexto, partia-se do pressuposto de que o Direito, na medida em que constitui um sistema³⁵, pode ser analisado a

partir de uma perspectiva interna, sem que seja necessário recorrer a elementos extra-sistêmicos e, portanto, extra-jurídicos³⁶.

Trata-se, em suma, do campo da Teoria Geral do Direito que, posto ter surgido nos limites paradigmáticos da Filosofia do Direito, como se demonstrou, não se trata de uma disciplina filosófica, como demonstrar-se-á. Retoma-se, claro está, a questão que motivou a feitura dessa regressão: como fixar com maior precisão os termos da convencional distinção entre Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito?

2 DISTINÇÃO ENTRE FILOSOFIA DO DIREITO E TEORIA GERAL DO DIREITO: UMA PROPOSTA

Para enfrentar essa questão, previamente, faz-se necessário aceitar como premissa que ciência e filosofia são manifestações ou categorias diversas do conhecimento humano³⁷.

³³ CASTANHEIRA NEVES, 2002, p. 29.

³⁴ LAFER, 1988, p. 49.

³⁵ Sobre o conceito de sistema na ciência jurídica, cf. CANARIS, 2002, pp. 25-102.

³⁶ LAFER, 1988, p. 51.

³⁷ Inicialmente, pode-se apontar que a diferença entre essas manifestações encontra-se na posição de cada uma ocupa. Assim, a “ciência é setorial, a filosofia, global. A ciência é um elenco de sínteses parciais, a filosofia, uma síntese total. [...] Cada ciência é uma

Isso porque, negando-se essa diferenciação, como ocorreu em doutrinas positivistas mais radicais, o problema da delimitação dos campos da Filosofia do Direito e da Teoria Geral do Direito perderia completamente sua razão de ser, na medida em que as disciplinas coincidiriam. De fato, sob um enfoque estritamente positivista, não existiria outra Filosofia do Direito que a denominada Filosofia do Direito Positivo, e a Filosofia do Direito Positivo não é nada mais do que a própria Teoria Geral do Direito³⁸.

Isso posto, pode-se afirmar que o problema acerca dos limites entre Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito tem sido encarada a partir de duas perspectivas distintas³⁹, am-

diminuta visão geral de um aspecto do mundo, de uma coordenação de acontecimentos. [...] Já a filosofia tenta uma compreensão universal da realidade e da existência. Não se conforma em obter conhecimento sintético de um setor, de um campo fenomênico, quer formular uma concepção de toda a realidade” (SOUZA, 1972, pp. 85-86).

³⁸ BOBBIO, 1990a, p. 74.

³⁹ Há que se indicar a existência de um terceira solução, segundo a qual a Teoria Geral do Direito são duas, uma filosófica e outra científica. Nesse sentido, como atesta Maria Helena Diniz, a Teoria Geral do Direito “estaria na zona fronteira entre a filosofia jurídica e a ciência jurídica, pois há quem sustente que ela é o aspecto científico da filosofia do direito e o aspecto filosófico da ciência jurídica, pois pela sua positividade ela é científica, [...]

plamente sustentadas, baseadas, como se pode notar, na premissa acima estabelecida: (a) a Teoria Geral do Direito é uma matéria *filosófica*, relacionada com o estudo das *formas* da experiência jurídica, e, portanto, se distingue das ciências jurídicas particulares; (b) a Teoria Geral do Direito é uma matéria *científica*, relacionada com o estudo dos *conteúdos* empíricos da experiência jurídica e, como tal, distingue-se da Filosofia do Direito.

A argumentação que se apresentará, baseada na proposta desenvolvida por Norberto Bobbio, afasta-se, criticamente, tanto da primeira quanto da segunda solução. Munido da clareza argumentativa e do rigor analítico que caracterizam suas reflexões⁴⁰, o jusfilósofo

mas pelos temas que considera e pela generalidade com que o faz, é filosófica” (1997, p. 219). Não nos deteremos na análise desse terceiro “caminho”, pois, com Bobbio, trata-se de uma expressão da doutrina da dupla verdade, a filosófica e a científica, “que es la más extrema y débil defensa de la metafísica dogmática frente al asalto victorioso de las ciencias” (1990a, p. 75).

⁴⁰ No testemunho de Tércio Sampaio Ferraz Jr., o rigor analítico-conceitual presente nas obras de Norberto Bobbio influencia o leitor “não só pelo conteúdo, mas pelo estilo de trabalho. Leitores de Bobbio, sentimo-nos, em muitas ocasiões, tentados a proceder a análises que como as suas necessariamente não culminam em sínteses, mas elucidam

e politólogo italiano superou essa encruzilhada, na medida em que aponta um novo caminho para o trato da questão relativa a distinção entre Teoria Geral e Filosofia do Direito. Sua tese desenvolve-se em dois momentos, reconstruídos nos dois itens finais dessa artigo. Para Bobbio, a Teoria Geral do Direito não é um estudo de conteúdos, mas uma investigação formal, que pertence ao mundo das ciências, e não ao da filosofia. Resumidamente, tem-se: (1) a Teoria Geral do Direito é uma disciplina *formal*; e (2) a Teoria Geral do Direito é uma disciplina *científica* e, portanto, não faz parte da Filosofia do Direito.

2.1 Teoria Geral do Direito como estudo formal

A experiência jurídica se apresenta como um conjunto de *regras de comportamento*. Nesse sentido, a função do jurista, que tem essa experiência como objeto de estudo, é determinar, delimitar e distinguir conceitualmente esses comportamentos, reunindo-os em um sistema. Esses inú-

distinções capazes de aclarar os problemas” (2001, p. 44).

meros comportamentos apresentam, invariavelmente, uma característica em comum: são comportamentos *regulados*, vale dizer, encontram-se inscritos em uma regra (norma jurídica).

Nesse contexto, um dos aspectos do trabalho do jurista é, justamente, o estudo da regra em que o comportamento está alocado. Porém, intuitivamente se percebe que a investigação sobre a regra, dentro da qual se encontram os comportamentos concretos, é algo essencialmente distinto do estudo dos próprios comportamentos compreendidos na regra⁴¹. Dessa simples consideração, exsurge a dicotomia forma/conteúdo⁴², a partir da qual se torna possível lidar com a experiência jurídica sob duas perspectivas distintas: (1) enfoque externo ou *formal*; e (2) enfoque interno ou *substancial*.

Levando-se em conta a aceção mais comum dos termos, *forma* enquanto continente em relação a um conteúdo dado, ou seja, algo que sem

⁴¹ BOBBIO, 1990a, p. 76.

⁴² Criticamente, Kaufmann demonstra certa relutância sobre as possibilidades de se trabalhar com a dicotomia forma/conteúdo. Segundo ele, tendo em vista que “não existe matéria sem forma nem forma sem matéria, não se pode obter, desse modo, nenhuma delimitação precisa [*entre Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito*]” (2004, p. 20).

se “*trans-formar*”, contém uma determinada matéria, e *conteúdo* como a matéria em si de um determinado continente, é legítimo reconhecer como forma da experiência jurídica a regra de comportamento, e como conteúdo dessa mesma experiência o comportamento regulado. Nesse sentido, adverte Bobbio que

[...] la regla jurídica contiene el comportamiento y que el comportamiento recibe forma por la regla: en el doble sentido de que para un comportamiento, el hecho de ser un comportamiento descrito por una regla jurídica basta para constituir su calificación de juridicidad y de que, al cambiar los comportamientos contenidos en la regla, la estructura de la regla no se cambia. En otras palabras, la norma jurídica tiene respecto de sus comportamientos los caracteres de una forma respecto de sus contenidos, esto es, el ser calificativa y el no cambiar por el cambio de los contenidos mismos⁴³.

O reconhecimento dos aspectos formal e substancial (regra e regulado ou norma e comportamento) de um ordenamento jurídica leva, igualmente,

⁴³ BOBBIO, 1990a, p. 76.

ao reconhecimento de que cada uma dessas dimensões dá origem a um tipo de estudo diferente⁴⁴. O conjunto de estudos que se origina da dimensão formal da experiência jurídica, cujos problemas tratados são estruturais, tais como fontes do direito e constituição da norma jurídica, busca, fundamentalmente, responder à pergunta “*Como está constituído o ordenamento jurídico?*”. Por sua vez, da dimensão substancial da experiência jurídica brota um conjunto de estudos interligados pela questão “*O que estabelece esse conjunto de regras que compõem o ordenamento jurídico?*”.

Nessa ordem de fatores, os problemas característicos da perspectiva substancial (interna) da experiência jurídica são, essencialmente, questões de interpretação jurídica⁴⁵, que, conforme a tradicional divisão que remonta a Ulpiano⁴⁶, subdividem-se em

⁴⁴ “Del elemento formal nace el estudio o el conjunto de estudios en torno a la naturaleza, constitución, funcionamiento y extinción de la *norma jurídica* como tal. Del elemento material nace el estudio en torno a la determinación, clasificación y sistematización de los *supuestos de hecho*” (1990a., p. 76, grifo no original).

⁴⁵ BOBBIO, 1990a, p. 77.

⁴⁶ “Preocuparam-se também os romanos em dividir o *direito*, mostrando, na classificação *dicotômica* de ULPIANO, reproduzida por JUSTINIANO, que o estudo deste

problemas de Direito Público e de Direito Privado. Mais especificamente, esses problemas são os mesmos enfrentados pelas disciplinas não-propedêuticas que compõem a matriz curricular básica dos atuais cursos jurídicos, como o Direito Civil, Direito Penal, Direito Comercial e assim por diante.

Por sua vez, os problemas característicos da perspectiva formal (externa) da experiência jurídica emergem da análise da norma jurídica e de seus atributos. Tal análise é executada independentemente dos conteúdos abarcados pela norma e, em razão disso, prescinde da referência a um Direito Positivo determinado, o que, justamente, empresta-lhe o adjetivo de “geral”, vale dizer, “común a todos los individuos o a la universalidad de los individuos de una determinada clase [...]”⁴⁷.

O estudo da dimensão formal da experiência jurídica, apesar da grande variedade de nomes que a reflexão jurídica tem-lhe emprestado⁴⁸,

compreende dois ramos principais: o *público* e o *privado* [...]” (CRETILLA Jr., 1998, p. 25, grifo no original).

⁴⁷ BOBBIO, 1990a, p. 79.

⁴⁸ Tais como “ciência jurídica pura” (Roguin), “doutrina fundamental do Direito” (Somlo) e “teoria pura do Direito” (Kelsen).

não é mais do que aquilo que os juristas fazem quando propõem os delineamentos iniciais e introdutórios de suas disciplinas substantivas⁴⁹. Em poucas palavras, não é mais do que aquilo que se convencionou chamar de Teoria Geral do Direito, o estudo da norma jurídica e de seus atributos a partir de uma perspectiva *formal*.

2.2 Teoria Geral do Direito como disciplina científica

Qualificada a Teoria Geral do Direito como disciplina que se desenvolve a partir da perspectiva formal da experiência jurídica (análise da norma e seus atributos independentemente de seu conteúdo) e de maneira tal que prescinde da referência a um Direito Positivo determinado, cumpre retomar a dicotomia “ciência/filosofia” a partir da qual iniciou-se essa argumentação. Além do já apresentado, um outro critério distintivo precisa ser levado em conta na argumentação que segue⁵⁰.

A essência dessa dicotomia “ciência/filosofia” parece residir na concepção de que os conceitos filosóficos são *a priori* e universais, ou

⁴⁹ BOBBIO, 1990a, p. 77.

⁵⁰ Cf. nota 35.

seja, conceitos puros, enquanto que os conceitos científicos são *a posteriori* e particulares, vale dizer, conceitos empíricos⁵¹. Nesse passo, reconhecer a Teoria Geral do Direito como disciplina filosófica significa, como facilmente se percebe, reconhecer-lhe a capacidade de elaboração de conceitos *a priori* e universais.

De fato, não raras vezes tem-se afirmado que, precisamente, uma das funções da Filosofia do Direito é a de estabelecer as formas *a priori* e universais do Direito. Nesse contexto, se há de existir uma ciência formal do Direito (Teoria Geral do Direito), ela há de ser, necessariamente, um estudo filosófico⁵². Todavia, essa identificação “forma – *a priori*” ou “forma-universal” (que possibilita reconhecer o estudo formal do Direito como disciplina filosófica) não subsiste quando se entende o termo “forma” da maneira que geralmente se entende no sistema da ciência jurídica: não como um

condição de toda experiência possível, mas como *a qualificação de uma experiência dada*, nos termos que se tem tratado a questão, a *experiência jurídica*⁵³.

Assim é que se pode afirmar que o estudo externo da norma jurídica e de seus atributos, que caracteriza a Teoria Geral do Direito como disciplina formal, prescinde da análise e do conhecimento dos comportamentos regulados. Todavia, não se pode dizer, de maneira nenhuma, que o conhecimento resultante desse estudo seja *absolutamente* independente de toda a experiência. Isso porque a norma jurídica (estudada, pela Teoria Geral do Direito, a partir da perspectiva externa) é um fato da experiência social e, portanto, todos os elementos constitutivos de uma definição geral de uma regra jurídica são empíricos⁵⁴. Daí porque insistir em um *a priori*, a propósito do conhecimento que se produz, no âmbito da Teoria Geral do Direito, a partir da análise da norma jurídica, significa utilizá-lo em um sentido excluído pelo próprio Kant, conforme seus argumentos sobre as diferenças entre

⁵¹ Essa dicotomia é baseada, portanto, na influência que a experiência exerce no processo de conhecimento. Deriva, nesse sentido, da assertiva kantiana segundo a qual, embora “todo conhecimento se inicial *com* a experiência, isso não prova que todo ele derive *da* experiência” (KANT, 2001, p. 36, grifo no original).

⁵² BOBBIO, 1990a, p. 81.

⁵³ BOBBIO, 1990a, p. 81.

⁵⁴ BOBBIO, 1990a, p. 82.

conhecimento puro e conhecimento empírico⁵⁵.

Por outro lado, cabe a pergunta: os conceitos produzidos pela Teoria Geral do Direito são universais? Como assinalado, um conhecimento qualifica-se como filosófico se seus conceitos são absolutamente independentes de qualquer experiência e universalmente válidos. Há, portanto, uma confluência entre “*aprioridade*” e universalidade na caracterização de um conhecimento como filosófico, de tal maneira que, inexistindo um (“*aprioridade*”), não se pode alcançar o outro (universalidade)⁵⁶.

O centro do qual emana toda a produção da Teoria Geral do Direito é o conceito de norma jurídica como relação entre um pressuposto (ação de um sujeito) e uma consequência (a sanção). Como assinala Bobbio,

[...] este concepto [*de norma jurídica*] deriva del análisis

⁵⁵ Com Kant: “[...] designaremos, doravante, por juízos *a priori*, não aqueles que não dependem desta ou daquela experiência, mas aqueles em que se verifica absoluta independência de toda e qualquer experiência” (2001, p. 37, grifo no original).

⁵⁶ De fato, a “validez universal de un concepto se defiende fácilmente si se consigue probar su no dependencia de la experiencia, en último análisis, su naturaleza de concepto *a priori*” (BOBBIO, 1990a, p. 84).

de la experiencia social del hombre y de la delimitación, en esta amplia esfera de experiencia, de una determinada manera de prever y de determinar los comportamientos [...]. No hay nada de *a priori* ni de transcendental en esto. No hay nada de diferente respecto de lo que ocurre en otras investigaciones científicas: recogida de datos, reagrupación de elementos que prestan características semejantes, atribución de un nombre a esta generalización empírica [...]⁵⁷.

Evidentemente, um conceito derivado da experiência, como o de norma jurídica, apresenta-se como uma generalização útil para o trato de certas questões. Todavia, sua validade encontra-se condicionada pela aceitação e pela persistência dos dados iniciais a partir dos quais foi possível a construção dessa mesma generalização⁵⁸, razão pela qual torna-se impossível classificá-lo como universal.

Portanto, pode-se concluir que a Teoria Geral do Direito é uma disciplina formal. Todavia, seus conceitos não são *a priori* nem universais. A partir da distinção dicotômica entre ciência e filosofia utilizada, isso significa dizer que a Teoria Geral do Direito não é uma disciplina filosófica, mas

⁵⁷ BOBBIO, 1990a, p. 85

⁵⁸ BOBBIO, 1990a, passim.

uma disciplina que não se distingue das demais ciências, em uma palavra, é uma ciência⁵⁹. Como tal, suas características mais significativas residem em seu *caráter investigador* e *não valorativo*, avessa que é a qualquer tomada de posição ideológica, o que, precisamente, a distingue da Filosofia do Direito. Como atesta Bobbio,

La ciencia es una *toma de posesión* de la realidad; la filosofía, una *toma de posición* frente a la realidad. Por ello, la ciencia es indiferente a los valores, y ahí su carácter – subjetivamente – de investigación desinteresada y – objetivamente – de investigación pura. La filosofía está axiológicamente orientada y comprometida, y de ahí su carácter de *ideología* [...] ⁶⁰.

Efetivamente, a Filosofia do Direito é dotada de um campo de estudo incompatível com qualquer disciplina científica, dentre elas, a Teoria Geral do Direito. Trata-se do problema da *justiça*, valor que domina a experiência jurídica e a partir do qual o Direito empírico, histórico e positivo, seja em seu aspecto formal (Teoria Geral do Direito), seja em seu aspecto substancial (ciências jurídicas particulares), “viene valorado y, también, si es preciso, transformado”⁶¹.

⁵⁹ BOBBIO, 1990a, p. 85.

⁶⁰ BOBBIO, 1990a, p. 87, grifo no original.

⁶¹ BOBBIO, 1990a, p. 86.

CONCLUSÃO

Nesse artigo, buscou-se analisar o problema da distinção e delimitação entre Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito.

Primeiramente, em razão da quase impossibilidade de se conceituar essas disciplinas de forma clara e satisfatória, traçou-se, panoramicamente, o fundo histórico em que elas se originaram e desenvolveram.

Concluiu-se, a seguir, a partir do pensamento de Norberto Bobbio, que a linha que distingue a Filosofia do Direito e a Teoria Geral do Estado deve ser traçada a partir do reconhecimento de que esta última, posto ser um estudo formal, não é uma disciplina filosófica, na medida em que os critérios que lhe confeririam esse caráter, vale dizer, “*aprioridade*” e universalidade, num sentido kantiano, não subsistem ao reconhecimento fático de que os conceitos produzidos por essa teoria formal do Direito advêm da qualificação de uma experiência dada (a experiência jurídica) e, portanto, classificam-se como conceitos empíricos qualificados por um caráter investigador e não valorativo, ao contrário da Filosofia do Direito, cujo campo de estudo é matizado por problemas relacionados com

a justiça, valor que carrega consigo um alto conteúdo ideológico.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo C. B. (2002). *Curso de Filosofia do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas.

BITTAR, Eduardo C. B. (2005). “A discussão do conceito de direito: uma reavaliação a partir do pensamento habermasiano”. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, n. 81, pp. 797-826.

BOBBIO, Norberto (1985). “Hobbes y el Iusnaturalismo”. In: *Estudios de Historia de la Filosofía: de Hobbes a Gramsci*. Madrid: Editorial Debate, pp. 151-170.

_____ (1990a). “Filosofía del derecho y teoría general del derecho”. In: *Contribución a la teoría del Derecho*. Madrid: Editora Debate, pp. 71-89.

_____ (1990b). “Naturaleza y función de la filosofía del Derecho”. In: *Contribución a la Teoría del Derecho*. Madrid: Editora Debate, pp. 91-101.

_____ e BOVERO, Michelangelo (1991). “O modelo jusnaturalista”. In: *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*. 3ª. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, pp. 13-100.

CANARIS, Claus Wilhelm (2002). *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio (2003). A crise actual da Filosofia do Direito no contexto da crise global da Filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Universidade de Coimbra: Coimbra Editora.

CRETILLA Jr., José (1998). *Curso de Direito Romano: o Direito Romano e o Direito Civil Brasileiro*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

DABIN, Jean (1955). *Teoría General del Derecho*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

DEL VECCHIO, Giorgio (1979). *Lições de Filosofia do Direito*. 5ª ed. Coimbra: Arménio Amado.

DÍAZ, Elías (1982). *Sociología y Filosofía del Derecho*. 2ª. ed.. Madri: Tecnos.

DINIZ, Maria Helena (1997). *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio (2001). “O Pensamento Jurídico de Norberto Bobbio”. In: *Bobbio no Brasil: um retrato intelectual*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, pp. 43-52.

_____ (2003). *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4ª ed.. São Paulo: Atlas.

HABERMAS, Jürgen (1996). *Between Facts and Norms: contributions to discourse theory of law and democracy*. Cambridge: The MIT.

KANT, Immanuel (2001). *Crítica da Razão Pura*. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

KAUFMANN, Arthur (2004). *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

KUHN, Thomas (1994). *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva.

LAFER, Celso (1988). *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras.

_____ (2003). “Da Dignidade da Política”. In: *Hannah Arendt: pensamento, persuasão e poder*. 2ª. ed.. São Paulo: Paz e Terra, pp. 51-69.

_____ (2004). “A Filosofia do Direito e Princípios Gerais: considerações sobre a pergunta ‘O que é a Filosofia do Direito?’”. In: *O que é Filosofia do Direito*. São Paulo: Manole, pp. 51-73.

LUHMANN, Niklas (1990). “Verfassung als evolutionäre Errungenschaft”.

In: *Rechtshistorisches Journal* 9. Frankfurt sobre o Meno: Löwenklau, pp. 176-220.

MONTEIRO, Washington de Barros (2000). *Curso de Direito Civil – Parte Geral*. 37ª. ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva.

MONTORO, Franco (1999). *Estudos de Filosofia do Direito*. 3ª ed.. São Paulo: Editora Atlas.

NEVES, Marcelo (2008). *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes.

REALE, Giovanni (1991). *Para uma nova interpretação de Platão*. São Paulo: Loyola.

REALE, Miguel (1999). *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva.

RUÍZ, Miguel Alfonso (1983). “Da Filosofia a la Filosofia Jurídica: los estudios sobre el Derecho y la oposición filosofos-juristas”. In: *Filosofia y Derecho en Norberto Bobbio*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, item 7, pp. 131-142.

SOUZA, Daniel Coelho de (1972). *Introdução à Ciência do Direito*. Rio da Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, em convênio com a Universidade Federal do Pará.