

O positivismo jurídico em Bobbio e a democracia como o “governo do poder visível”

*Luciene Dal Ri**

*Marcos José Campos Cattani***

Resumo

As referências aos escritos de Norberto Bobbio, nos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, fomentaram o questionamento do âmbito de influência do autor italiano nas decisões da casa. Considerando a pluralidade de temas que emergiu para esta pesquisa, optou-se pela análise dos votos envolvendo processos sobre publicidade de atos públicos. Dentre as influências de Bobbio sobre os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, pode-se evidenciar a concepção da democracia como o ‘governo do poder visível’, controlado pelo povo, pautado em normas gerais, certas, constantes e irretroativas. Os elementos elencados denotam a influência das concepções do autor italiano na construção e na manutenção da democracia e do poder democrático, por meio do Poder Judiciário, em um país imerso em uma forte crise política. Visando melhor explanar os resultados da pesquisa, primeiramente discorre-se sobre o positivismo jurídico e a doutrina de Bobbio, bem como sobre sua concepção de Estado democrático.

Palavras-chave: Norberto Bobbio. Supremo Tribunal Federal. Publicidade dos atos públicos. Estado democrático.

Recebido em: 30/01/2015 | Aprovado em: 03/03/2015

<http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v29i2.5591>

* Professora no curso de graduação em Direito e no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade do Vale do Itajaí – Univali. Mestrado e doutorado em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí. Doutora em Direito pela Università degli Studi di Roma – La Sapienza. Mestre em Estudos Medievais pela Pontifícia Università Antonianum. E-mail: luciene.dalri@univali.br

** Bacharel em Direito e mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Advogado. Conselheiro estadual da OAB/SC. Membro do 1º Tribunal de Ética e Disciplina de 2008 a 2012.

Introdução

A obra de Norberto Bobbio constitui uma importante contribuição ao estudo da teoria geral do direito e da filosofia política do século XX. A relação de Bobbio com ambas as áreas é muito forte e se explica por meio da pesquisa e do magistério superior, bem como pela luta contra o fascismo e o exercício do cargo de senador da República Italiana.¹

A trajetória de pesquisa de Bobbio é marcada pelas reflexões analíticas influenciadas por alguns autores, como seu professor orientador Gioele Solari,² especialmente no que concerne à história do pensamento político e jurídico, Santi Romano,³ na contextualização social do direito, e Hans Kelsen, por meio de rigor e coerência do método juspositivista.

As reflexões analíticas de Bobbio, pautadas em “problemas concretos colocados pela experiência jurídica”, fomentaram o sucesso das obras do autor italiano na Espanha e na América Latina. No Brasil, as obras de Bobbio foram evidenciadas por Miguel Reale, a partir da década de 1960, com a iniciativa de inclusão na *Coleção Direito e Cultura*, da Editora Saraiva, de monografia de autoria do padre Astério de Campos sobre as teorias de Bobbio.⁴ Posteriormente-

¹ Norberto Bobbio foi um jurista italiano que dedicou seus estudos à filosofia e teoria geral do direito e à filosofia política, nascido em Turim em 1909 e morto na mesma cidade no ano de 2004. Bobbio foi professor de Filosofia do Direito nas universidades de Siena (1938), de Padova (1940) e de Turim (1948), onde também ensinou Filosofia Política até 1984. Sobre a vida e obra de Bobbio ver LOSANO, Mario G. O pensamento de Norberto Bobbio, do positivismo jurídico à função do direito. In: BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Novos estudos de teoria do Direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. XIX-XLIX; e PASOLD, Cesar Luiz. *Ensaio sobre a ética de Norberto Bobbio*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 31-149.

² Gioele Solari foi um jurista e filósofo do direito e professor na Universidade de Turim entre 1918 e 1948.

³ Santi Romano (1875-1947) foi um jurista italiano, professor universitário e pesquisador de direito público positivo. Dentre outras obras, destaca-se *O ordenamento jurídico* (1918), marcando a contraposição ao positivismo normativo de Hans Kelsen. Sobre a vida e obra de Santi Romano ver: ROMANO, Alberto. Nota bio-bibliográfica sobre Santi Romano. In: ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 33-55.

⁴ A obra em questão é: CAMPOS, Astério. *O pensamento jurídico de Norberto Bobbio*. São Paulo: Saraiva; Universidade de São Paulo, 1966. Expressa Reale que: “Quando, em 1983, Norberto Bobbio veio ao Brasil, a convite da Universidade de Brasília, coube-me a honra de saudá-lo em nome dos pensadores brasileiros. Lembrei, de início, que tivera a iniciativa, na década de 1960, de tornar mais conhecido seu pensamento entre nós graças à inclusão, na ‘Coleção Direito e Cultura’, por mim dirigida na Editora Saraiva, de bem escrita monografia de autoria do Padre Astério de Campos sobre suas teorias”. REALE, Miguel. *Legados de Norberto Bobbio*. Disponível em: <www.academia.org.br/abl/media/prosa13.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2014. p. 131. *A proximidade entre o pensamento de Bobbio e a teoria tridimensional do direito de Miguel Reale é atestada pelo autor no texto citado. Sobre a presença e os debates ocorridos na Universidade de Brasília, em 1983, com a presença de Bobbio, vale a leitura de: CARDIM, Carlos Henrique (Org.). Bobbio no Brasil: um retrato intelectual*. Brasília: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial, 2001. 159p.

te, pode-se evidenciar também a presença de Norberto Bobbio no Brasil, em 1983, em um evento a convite da Universidade de Brasília.

A importância da doutrina de Bobbio no Brasil é observada por meio do número de traduções e edições de suas obras, pela abundante referência aos seus escritos na doutrina, bem como pela referência em muitos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, fundamentando as decisões da casa.

Considerando tal fato, questiona-se quais os conceitos e noções do autor italiano são referenciados de forma direta nos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal? E em que sentido eles influenciam as decisões da casa?

A pluralidade de temas que emergiu da pesquisa, aos votos dos ministros, denotou a referência de obras de Bobbio em âmbito de teoria geral do direito e de filosofia política. Optou-se então por analisar os votos de algumas decisões mais recentes da Suprema Corte, no que tange à publicidade dos atos públicos como garantia do estado democrático. A escolha do tema deve-se a pouca referência na doutrina sobre a influência de conceitos e noções de filosofia política de Bobbio nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

Para a melhor compreensão dos resultados da pesquisa, faz-se necessário entender, primeiramente, o movimento teórico do positivismo jurídico sob a concepção de Hans Kelsen e a doutrina jurídica de Bobbio, bem como sua concepção de democracia.

Positivismo jurídico e ordenamento jurídico: entre Kelsen e Bobbio

O termo *jus positivum* é usado desde o período medieval e concerne: “aquilo que é por convenção ou posto pelos homens”, em contraste com o direito natural que é posto por algo além do homem e está presente na natureza.⁵ Segundo Bobbio, o contexto histórico mais denso que leva à formação do positivismo jurídico encontra-se, porém, de forma clara, a partir de Thomas Hobbes, no século XVII, e do pensamento racionalista do século XVIII, muito embora a consolidação dessa concepção como doutrina ocorra apenas no final do século XVIII e início do século XIX.⁶

⁵ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Lições de filosofia do direito. Tradução de Marco Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995. p. 15.

⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Baptista Pavan e Ariane Bueno Suddati. Bauru: Edipro, 2001. p. 58; BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Lições de filosofia do direito. p. 15.

A mudança de parâmetros da concepção de direito é atribuída por Bobbio à formação do Estado moderno e à estrutura monista que a sociedade assume em função desse. O Estado assume a pretensão de ser o único a estabelecer o direito por meio da lei ou do reconhecimento e controle de normas provenientes dos costumes, vinculando a atividade do juiz às normas emanadas pelo próprio Estado. O direito apresenta-se, então, como fruto de uma autoridade com poder de legislar.⁷

Com essas premissas, o positivismo jurídico apresenta-se como uma teoria marcada por conceber o direito como um fato (e não como um valor), definido pela sua imperatividade (ordem de comando) e coatividade (regulamentação do uso da força), tendo como fonte preeminente a legislação proveniente do Estado (ou de outro ente, desde que com a permissão daquele). A legislação deve ser interpretada pelo jurista de forma mecanicista, ou seja, considerando mais a declaração presente na norma do que a possibilidade de interpretação criativa e evidenciando o caráter de obediência.

O contexto em que esses elementos são colocados evidencia a necessidade de dar unidade ao conjunto de normas jurídicas aplicadas em sociedade, até então concebidas de forma fragmentária (considerando de forma isolada os diferentes ramos do direito) e, portanto, não sistêmica, gerando incerteza jurídica e permitindo arbitrariedades. Devido a essa necessidade, no início do século XX, desenvolve-se dentro do positivismo jurídico a doutrina do direito como ordenamento jurídico, enquanto conjunto de normas.

Hans Kelsen

O positivismo normativo de Kelsen é continuação e refinamento do positivismo jurídico do século XIX, evidenciando a concepção do direito como ordenamento, formando uma estrutura que se manifesta por meio de um conjunto de normas jurídicas coerente e completo, vigente numa sociedade, e estabelecendo

⁷ “Com a formação do Estado moderno, ao contrário, a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito: não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária. Assiste-se, assim, àquilo que em outro curso chamamos de *processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado*”. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Lições de filosofia do direito. p. 27. (grifo do autor).

a organização do aparato coativo.⁸ A unidade do ordenamento jurídico dentro do positivismo jurídico é concebida a partir de um ponto de vista formal, ou seja, concernente ao modo pelo qual as normas são postas, pela autoridade de um único ente (o Estado).⁹

A coerência e a completude do ordenamento jurídico, por sua vez, ligam-se à unidade enquanto buscam afastar as contradições (antinomias) e colmar as lacunas.¹⁰ A análise que o positivismo normativo de Kelsen apresenta do direito implica em não se limitar à análise de certos tipos de normas, mas em considerar as características do conjunto de normas que formam o ordenamento jurídico de modo essencialmente estrutural, muito embora o autor considere o direito como um meio, e não um fim em si mesmo. A análise estrutural evidencia a tentativa de isolamento da ciência do direito em relação à sociedade e suas ideologias, perseguindo um ideal de torná-la uma ciência autêntica.¹¹ O autor

⁸ O direito como ordem coercitiva é muito presente em Kelsen, a concepção do direito como normas que estabelecem um nexo de imputação entre o lícito e o ilícito. "Uma ordem social que busca efetuar nos indivíduos a conduta desejada através da decretação de tais medidas de coerção é chamada ordem coercitiva. [...] Nesse sentido, o Direito é uma ordem coercitiva". KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 3. ed. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 26. No mesmo sentido: "Finalmente, uma ordem social pode – e é este o caso da ordem jurídica – prescrever uma determinada conduta precisamente pelo fato de ligar à conduta oposta uma desvantagem, como a privação dos bens acima referidos, ou seja, uma pena no sentido mais amplo da palavra". KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 26.

⁹ Kelsen concebe o Estado moderno também por meio de uma progressiva juridificação que o leva à definição do Estado como ordenamento jurídico, porque o poder é totalmente legalizado. "É usual caracterizar-se o Estado como uma organização política. Com isto, porém, apenas se exprime que o Estado é uma ordem de coação. Com efeito, o elemento 'político' específico desta organização consiste na coação exercida de indivíduo a indivíduo e regulada por essa ordem, nos atos de coação que essa ordem estatui. São-no precisamente aqueles atos de coação que a ordem jurídica liga aos pressupostos por ela definidos. Como organização política, o Estado é uma ordem jurídica. Mas nem toda ordem jurídica é um Estado. Nem a ordem jurídica pré-estadual da sociedade primitiva, nem a ordem jurídica internacional supra-estadual (ou interestadual) representam um Estado. Para ser um Estado, a ordem jurídica necessita de ter o caráter de uma organização no sentido estrito da palavra, quer dizer, tem de instituir órgãos funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho para criação e aplicação das normas que a formam; tem de apresentar um certo grau de centralização. O Estado é uma ordem jurídica relativamente centralizada". KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 316.

¹⁰ O fato de a legitimidade das normas ser baseada na forma (ou autoridade) e não em seu conteúdo (ou substância) permite a mudança da norma e consequentemente um ordenamento dinâmico (nomodinâmica). Tal concepção formal reflete o paradigma monista no que concerne às fontes do direito no juspositivismo. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Lições de filosofia do direito. p. 131-207. Bobbio evidencia que a completude é a mais importante das três características citadas, porque estreitamente ligada ao princípio da certeza do direito (ideologia fundamental do positivismo). Ver também: BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função. Novos estudos de teoria do Direito*. p. 196.

¹¹ "Quando esta doutrina é chamada 'teoria pura do direito', pretende-se dizer com isso que ela está sendo conservada livre de elementos estranhos ao método específico de uma ciência cujo único propósito é a cognição do Direito, e não a sua formação. Uma ciência que precisa descrever o seu objeto tal como ele efetivamente é, e não prescrever como ele deveria ser do ponto de vista de alguns julgamentos de valor específicos. Este último é um problema da política, e, como tal, diz respeito à arte do governo, uma atividade voltada para valores, não um objeto da ciência, voltado para a realidade". KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. p. XXVIII.

austriaco evita o debate sobre a função ou o objetivo do direito, visto que esse varia de acordo com o perfil ideológico do Estado e rompe com a possibilidade de isolamento da ciência do direito em relação à sociedade e suas ideologias.¹²

A análise estrutural do direito, no positivismo normativo de Kelsen, evidencia a relação entre poder e direito, e mesmo com a sua tentativa de isolamento de ideologias, apresentou-se favorável à democracia, em base à liberdade e igualdade, e por prever a manutenção da ordem jurídica presente na época em que foi lançado (antes do fascismo e do nazismo).

O positivismo de Kelsen representou uma alternativa à então ciência jurídica e à filosofia política que apoiavam o fascismo e o nazismo.¹³ Com a Segunda Guerra Mundial e a queda dos regimes totalitários, o positivismo jurídico acabou por perder, porém, seu caráter de alternativa ao fascismo, sendo acusado então de convivência com as ditaduras, justamente por não proporcionar o questionamento ético diante das normas impostas.¹⁴

O positivismo podia assumir um valor liberal quando induzia a respeitar as normas democráticas no momento no qual o poder ditatorial as colocava em perigo, mas depois da consolidação deste poder, o positivismo assumia um valor autoritário porque impunha a aplicação das normas ditatoriais sem colocar-se interrogações éticas.¹⁵

Tal fato gerou um maior interesse dos juristas pelo jusnaturalismo devido à abertura aos valores morais, em muito afastados pelos regimes totalitários e não abarcados pelo isolacionismo positivista.

¹² Mesmo evitando o debate sobre a finalidade do direito, o autor austriaco afirma o fim do direito como paz (na primeira edição da obra *Teoria pura do direito*), e posteriormente como segurança coletiva (na segunda edição da mesma obra), definindo de certa forma a função do direito. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 26. Ver sobre o assunto: BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função. Novos estudos de teoria do Direito*. p. 59.

¹³ Sobre democracia em Kelsen, ver: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Do positivismo jurídico à democracia em Kelsen. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 1, n. 5, set. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_05/demo_kelsen.htm>. Acesso em: 30 ago. 2014.

¹⁴ As acusações ao positivismo jurídico em termos de ideologia “responsável pela concepção estatolátrica, pelo princípio de obediência incondicional à lei do Estado e pelas nefastas consequências que isso produziu nos regimes totalitários” são expostas e rebatidas por Bobbio (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Lições de filosofia do direito. p. 233-indicarpa’gina final). Ver também LOSANO, Mario G. O pensamento de Norberto Bobbio, do positivismo jurídico à função do direito. In: BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função. Novos estudos de teoria do Direito*. p. XXX.

¹⁵ LOSANO, Mario G. O pensamento de Norberto Bobbio, do positivismo jurídico à função do direito. In: BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função. Novos estudos de teoria do Direito*. p. XXX.

Norberto Bobbio

A obra de Bobbio pode ser dividida em diferentes fases, primeiramente, foi dedicada a problemas específicos de filosofia e de teoria geral do direito, e, a partir de 1949 até a década de 1980, dedicada ao estudo crítico do positivismo jurídico.¹⁶ Desde 1954, Bobbio assume uma clara concepção filosófica neopositivista, analítica e particularmente crítica ao jusnaturalismo. Dentro dessa perspectiva, Bobbio busca o conceito e o valor do direito, por meio da distinção entre fatos e valores; aproximando-se (mesmo que muitas vezes de forma crítica) ao positivismo normativo e em particular à doutrina de Hans Kelsen.¹⁷

A pesquisa de Bobbio, em teoria geral do Direito, aprofunda-se no estudo da natureza proposicional das normas, da sua tipologia e da coerência e completude do ordenamento jurídico em sua complexidade. Em suas reflexões, Bobbio corrobora com a teoria positivista de Kelsen ao afirmar que a teoria do "ordenamento jurídico constitui uma integração da teoria da norma jurídica".¹⁸ O autor italiano evidenciou a dificuldade em dar uma definição do direito que parta da concepção da norma jurídica de forma isolada, e considerando que

¹⁶ No período de pós-segunda guerra, mais particularmente a partir de 1949, observa-se a proximidade, muito embora de forma crítica, de Bobbio ao positivismo jurídico de Kelsen, levando-o a lecionar um curso sobre a teoria da norma e outro sobre a teoria do ordenamento jurídico, bem como a escrever uma série de ensaios sobre o assunto. O material mimeografado dos cursos teve várias edições e ganhou fama dentro e fora da Itália, ao ponto de Bobbio ter sido convidado a publicar, na Colômbia, uma obra que reunisse o material dos dois cursos, e assim nasceu o *Teoría General del Derecho*. Segundo Losano, o fruto mais evidente da influência de Kelsen sobre Bobbio é a visão do direito como ordenamento (hierarquizado) de normas. LOSANO, Mario G. O pensamento de Norberto Bobbio, do positivismo jurídico à função do direito. In: BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Novos estudos de teoria do Direito. p. XXIV. No mesmo sentido, descreve Miguel Reale: "O importante no kelsenismo, no seu entender (o de Bobbio), é a visão do ordenamento jurídico como um escalonamento normativo, válido de per si, e não como criação do poder estatal". REALE, Miguel. *Legados de Norberto Bobbio*. p. 133.

¹⁷ LOSANO, Mario G. O pensamento de Norberto Bobbio, do positivismo jurídico à função do direito. In: BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Novos estudos de teoria do Direito. p. XIX.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: UnB, 1997. p. 22.

“[...] uma definição satisfatória do direito só é possível se nos colocarmos do ponto de vista do ordenamento jurídico”.¹⁹

Nunca será demais insistir no fato de que foi com Kelsen que, pela primeira vez a teoria do direito orientou-se definitivamente para o estudo do ordenamento jurídico como um todo, considerando como conceito fundamental para uma construção teórica do campo do direito não mais o conceito de normas, mas o de ordenamento, entendido como sistema de normas.²⁰

A mudança do ângulo de visão no que concerne ao direito, conforme denotado, e proporcionada por meio da concepção de ordenamento jurídico (enquanto conjunto de normas), permite, segundo o autor de Turim, uma inovadora, mais ampla e coerente concepção de direito.²¹ A concepção do ordenamento jurídico, influenciado pelo modelo de Kelsen, aponta para os mesmos aspectos de unidade, coerência e completude, muito embora se distinga em relação à preocupação

¹⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. p. 22. O autor reforça essa concepção afirmando que a “definição do Direito encontra sua localização apropriada na teoria do ordenamento jurídico e não na teoria da norma”. Nesse sentido, e considerando que “Só em uma teoria do ordenamento – este era o ponto a que importava chegar – o fenômeno jurídico encontra sua adequada explicação, pode-se conceber a sanção, a validade e a eficácia como elementos constitutivos do direito “quando se fala em uma sanção organizada como elemento constitutivo do direito, nos referimos não às normas em particular, mas ao ordenamento normativo tomado em seu conjunto, razão pela qual dizer que a sanção organizada distingue o ordenamento jurídico de qualquer outro tipo de ordenamento não implica que todas as normas daquele sistema sejam sancionadas, mas somente que o são em sua maioria. [...] O mesmo se diga da eficácia. Se considerarmos a eficácia como um caráter da norma jurídica, encontramos-nos, em certo ponto, diante da necessidade de negar o caráter de norma jurídica a normas que pertencem a um sistema normativo dado (enquanto legitimamente produzidas). Elas são válidas, mas não eficazes, porque jamais foram aplicadas (como é o caso de muitas normas de nossa Constituição). [...] O problema da validade e eficácia, que gera dificuldades insuperáveis desde que se considere uma norma do sistema (a qual pode ser válida sem ser eficaz), diminui se nos referirmos ao ordenamento jurídico, no qual a eficácia é o próprio fundamento da validade. BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*”, p. 28-29. (grifos do nosso). Parte do trecho foi primeiramente escrita na obra *Teoria da norma jurídica* (BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. p. 167), e a totalidade do texto citado está presente na *Teoria do ordenamento jurídico*, fato que motivou a escolha pela referência. Sobre o assunto vale ler particularmente a página 46, de: ROMANO, Alberto. Nota Bibliográfica sobre Santi Romano In: ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*, bem como a página 66 do livro de Romano.

²⁰ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Novos estudos de teoria do Direito. p. 195. Ver também sobre o tema: “O isolamento dos problemas do ordenamento jurídico da norma jurídica e o tratamento autônomo dos primeiros como parte de uma teoria do direito foram obra, sobretudo, de Hans Kelsen”. BOBBIO, Norberto. *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*. In: RUFFIA, Paolo Biscaretti di (Org.). *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*. Milano: Giuffrè, 1977. p. 21. “A teoria do ordenamento jurídico encontra a sua mais coerente expressão no pensamento de Kelsen. Por isso podemos considerar este autor como o clímax do movimento juspositivista, depois do que começa a sua decadência, isto é (sem metáfora), sua crise”. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Lições de filosofia do direito. p. 198.

²¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. p. 31: “[...] enquanto pela teoria tradicional, um ordenamento se compõe de normas jurídicas, na nova perspectiva normas jurídicas são aquelas que venham a fazer parte de um ordenamento jurídico. Em outros termos, não existem ordenamentos jurídicos porque há normas jurídicas, mas existem normas jurídicas porque há ordenamentos jurídicos distintos dos ordenamentos não-jurídicos. O termo ‘direito’, na mais comum acepção de Direito objetivo, indica um tipo de sistema normativo, não um tipo de norma”.

de contextualização histórica de conceitos e problemas colocados pela experiência normativa.²²

O ordenamento enquanto conjunto de normas evidencia a pluralidade como parte do conjunto, e conseqüentemente surge um importante problema concernente à “relação das diversas normas entre si”. Essa relação deve ser então considerada à luz da unidade do ordenamento jurídico (se as normas constituem uma unidade e de que modo a constituem), que pressupõe uma norma fundamental e implica a análise das fontes do direito e o problema da hierarquia das normas dentro do ordenamento.²³ A característica de unidade do ordenamento jurídico implica em concebê-lo como sistema, entendido como conjunto em que as normas tenham um relacionamento de coerência e, portanto, compatibilidade entre si, excluindo antinomias.²⁴ A característica de completude, por sua vez, implica a existência de previsão normativa para cada caso, inexistindo lacunas no ordenamento jurídico.²⁵

A partir da década de 1970, e fortemente influenciado pela transformação que deu origem ao estado social, o interesse de Bobbio desloca-se para a filosofia política, e ele passa a lecionar na Faculdade de Ciências Políticas.²⁶

De acordo com Bobbio, a forte concepção política e sociológica do direito evidencia as mudanças jurídicas em consequência das mudanças ocorridas quanto às funções do Estado. A ampliação das funções estatais abarcava não

²² LAFER, Celso; Norberto Bobbio, *Teoria do ordenamento jurídico*. In: CARDIM, Carlos Henrique (Org.). *Bobbio no Brasil: um retrato intelectual*. Brasília: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial, 2001. p. 76.

²³ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. p. 34.

²⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. p. 71. A concepção de sistema em Kelsen e em Bobbio sobre Bobbio e Luhmann, ver: GUIBENTIF, Pierre. O direito na obra de Niklas Luhmann. Etapas de uma evolução teórica. In: SANTOS, José Manuel (Org.). *O pensamento de Niklas Luhmann*. Universidade da Beira Interior. 2005. Disponível em: <cadeiras.iscte.pt/SDir/2006_Dir_na_obra_de_niklas_Luhmann.pdf>. Acesso em: 28 set. 2014.

²⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. p. 115-indicar página final.: “Em outras palavras, um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema. Para dar uma definição mais técnica de completude, podemos dizer que um ordenamento é completo quando jamais se verifica o caso de que a ele não se podem demonstrar pertencentes *nem* uma certa norma *nem* a norma contraditória. Especificando melhor, a incompletude consiste no fato de que o sistema não compreende nem a norma que proíbe um certo comportamento nem a norma que o permite. [...] Portanto, o nexos entre coerência e completude está em que a coerência significa a exclusão de toda a situação na qual pertençam ao sistema ambas as normas que se contradizem; a completude significa a exclusão de toda a situação na qual não pertençam ao sistema nenhuma das duas normas que se contradizem”. (grifo do autor).

²⁶ Quanto à formação dos direitos sociais e do estado social, ver BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

apenas uma concepção liberal de não intervenção e manutenção da segurança coletiva, mas também a busca por amenizar as desigualdades sociais.²⁷

O desenvolvimento da pesquisa de Bobbio, permeada então por um contexto de crise da ciência jurídica e das ciências em geral, volta-se para a elaboração de uma teoria funcionalística do direito, complementando a teoria estrutural de Kelsen.²⁸ A teoria é desenvolvida principalmente na obra *Da estrutura à função*, uma coletânea de textos que evidencia o direito não mais como mero ordenamento coercitivo, mas com função promocional por meio das sanções positivas, visando “adequar a teoria do direito às transformações da sociedade contemporânea e ao crescimento do Estado social”.²⁹ O autor busca, por meio dessa abordagem, “suplantar a disparidade entre teoria geral do direito tal qual é e a mesma teoria tal como deveria ser, em um universo social em constante movimento”.³⁰

Nesse sentido, ao tratar da função promocional do direito, Bobbio dedica-se ao estudo da profunda transformação que deu origem ao estado social e a consequente ampliação das funções estatais, não mais voltado apenas para uma concepção liberal de não intervenção e manutenção da segurança coletiva, mas então incumbido de amenizar as desigualdades sociais.

Tomando essa observação como ponto de partida, 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 do 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.³¹

²⁷ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função. Novos estudos de teoria do Direito*. p. 33: “O que caracteriza o momento atual dos estudos sobre o direito é o fato de que os juristas estão saindo de seu esplêndido isolamento”. LOSANO, Mario G. O pensamento de Norberto Bobbio, do positivismo jurídico à função do direito. In: BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função. Novos estudos de teoria do Direito*. p. XLI: “A insatisfação intelectual de Bobbio nasce da constatação de que o moderno Estado social àquela altura permeava tão profundamente a sociedade a ponto de resultar transformado o próprio direito, enquanto regulador daquela mesma sociedade”.

²⁸ O volume *Da estrutura à função* (Barueri, São Paulo: Manole, 2007) reúne a maioria dos escritos de teoria do direito elaborados após a obra *Studi per una teoria generale del diritto* (também uma coletânea). OLIVEIRA JÚNIOR, José Alceu de. Prefácio. In: PASOLD, Cesar Luiz. *Ensaio sobre a ética de Norberto Bobbio*. p. 14.

²⁹ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função. Novos estudos de teoria do Direito*. p. XI.

³⁰ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função. Novos estudos de teoria do Direito*. p. XII.

³¹ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função. Novos estudos de teoria do Direito*. p. 2.

Uma das importantes diferenciações entre Kelsen e Bobbio está justamente na evidenciação e importância atribuída às sanções positivas e à função promocional do direito. Kelsen concebe o direito nos moldes de uma teoria estrutural, que pouco evidencia a função do direito e preponderantemente o define por meio de sua estrutura de forma limitada à ameaça ou à sanção. A teoria positivista de Kelsen, mesmo considerando a existência das sanções positivas, as concebe como de caráter secundário, visto que a essência dos sistemas jurídicos seria de caráter coercitivo.³²

Bobbio evidenciou no ordenamento jurídico o “direito premial” como complementar do “direito penal”, enquanto instrumento de orientação de condutas. Nesse sentido, a função promocional do direito é um dos elementos de superação ou complementação de Bobbio ao positivismo normativo de Kelsen, evidenciando uma concepção sociológica e histórica do direito, de certa forma já presente em Ihering.³³

As normas de conduta (repressiva ou promocional/encorajamento) e as de organização evidenciam, então, funções distintas do direito: na primeira, o direito é concebido como instrumento para “tornar possível a convivência de indivíduos (ou grupos) que perseguem, cada qual, *fins individuais*”; na segunda, o direito é concebido como instrumento que torna “possível a cooperação de indivíduos (ou grupos) que perseguem um *fim comum*”. As normas de organização

³² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 26, 37: “A ordem social pode prescrever uma determinada conduta humana sem ligar à observância ou não observância deste imperativo quaisquer consequências. Também pode, porém, estatuir uma determinada conduta humana e, simultaneamente, ligar a esta conduta a concessão de uma vantagem, de um prêmio, ou ligar à conduta oposta uma desvantagem, uma pena (no sentido mais amplo da palavra). O princípio que conduz a reagir a uma determinada conduta com um prêmio ou uma pena é o princípio retributivo (*Vergeltung*). O prêmio e o castigo podem compreender-se no conceito de sanção. No entanto, usualmente, designa-se por sanção somente a pena, isto é um mal – a privação de certos bens como a vida, a saúde, a liberdade, a honra, valores econômicos – a aplicar como consequência de uma determinada conduta, mas já não o prêmio ou a recompensa”. “As modernas ordens jurídicas também contêm, por vezes, normas através das quais são previstas recompensas para determinados serviços, como títulos e condecorações. Estas, porém, não constituem característica comum a todas as ordens sociais, a que chamamos Direito nem nota distintiva da função essencial destas ordens sociais. Desempenham apenas um papel inteiramente subalterno dentro destes sistemas que funcionam como ordens de coação.” A leitura de Kelsen e que também é presente, por exemplo, em Carnelutti é de que a sanção faz parte da norma. CARNELUTTI, Francesco. *Como nasce o direito*. 4. ed. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, SP: Russell, 2008. p. 25.

³³ A obra de Ihering a qual se faz referência é *A finalidade do direito*, no Brasil publicada, dentre outras, pela Bookseller. IHERING, Rudolf von. *A finalidade do direito*. Tradução de Heder K. Hoffmann. Campinas: Bookseller, 2002. 2 v.; FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Apresentação. In: BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. p. 10; LOSANO, Mario G. *O pensamento de Norberto Bobbio, do positivismo jurídico à função do direito*. p. XLII; BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função. Novos estudos de teoria do Direito*. p. 9, 64, e 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”.

tornam-se um dos elementos de caracterização do estado social, denotando que as funções do direito se moldam às funções as quais o Estado se propõe. Nesse sentido, à medida que as normas de organização (ou normas técnicas) forem ampliadas, em detrimento das normas de conduta, “[...] não deveríamos mais falar do direito como instrumento de controle social, pois seria mais apropriado falar em ‘direção social’”.³⁴

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 o direito (do ponto de vista funcional) “como forma de controle e de direção social”.³⁵

Apesar do interesse de Bobbio pelo positivismo de Kelsen, o autor italiano não escapou ao interesse por valores morais (típico de sua época) e movimentou-se dentro de uma progressiva mudança de paradigmas. Tal fato é bem observado na obra *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (1965) e na coletânea de artigos *Dalla struttura alla funzione* (1977), em que Bobbio evidencia a crise do positivismo jurídico, embora o aceite devido ao rigor científico.³⁶ A visão crítica do positivismo jurídico é aguçada pela concepção de mudança do Estado e da função do direito e pela aproximação à teoria do realismo jurídico (evidenciando mais a efetividade da norma jurídica do que a sua validade), bem como pela difícil relação com os valores morais.³⁷ A concepção positivista de Bobbio associa-se então, e cada vez mais, a um direito social, enquanto “subsistema do sistema global da sociedade”, evidenciando a pluralidade de fontes extralegis-

³⁴ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Novos estudos de teoria do Direito. p. 44, 77: “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”.

³⁵ A ideologia de Bobbio é de matriz liberal, mas consciente das limitações do liberalismo, com forte tendência social-democrática. Ver: BOBBIO, Norberto. *Diário de um século*: Autobiografia. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1998. p. 72, 77, obra na qual 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”.

³⁶ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Lições de filosofia do direito. p. 233.

³⁷ LOSANO, Mario G. O pensamento de Norberto Bobbio, do positivismo jurídico à função do direito. In: BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Novos estudos de teoria do Direito. p. XXXII.

lativas do direito (com a crise do sistema proposto pelo positivismo normativo) e a função social, aproximando-o da sociologia do direito.

Democracia e estado democrático no pensamento de Bobbio

Os estudos de Bobbio sobre filosofia política têm como tema recorrente a democracia, com um profundo respeito teórico pelos clássicos e abordando a tipologia das formas de governo, considerando seu aspecto histórico e principalmente moderno. Como afirma o autor, "[...] o significado descritivo do termo não se alterou, embora se altere, conforme os tempos e as doutrinas, o seu significado valorativo, segundo o qual o governo do povo pode ser preferível ao governo de um ou de poucos e vice-versa".³⁸

A diferenciação na concepção da democracia dos antigos e da democracia dos modernos tem como um de seus pontos centrais a representação ou a concepção de uma democracia representativa, como forma de alcance de um governo popular. Com a forte influência de Kelsen também nesse tema, Bobbio entende que o modelo moderno de democracia recebe uma forte contribuição do liberalismo por meio de sua concepção procedimental. A democracia é entendida então como governo do povo, porque eleito pelo povo e sem uma abordagem ética que implique numa busca substancial de igualdade.³⁹

Bobbio defende que a única maneira de se chegar a um acordo, ao se falar em democracia, é considerá-la caracterizada por um conjunto de regras, estabelecendo quem está legitimado a tomar as decisões coletivas e por meio de quais procedimentos. Subdividindo-se em grupos sociais, todos estão obrigados a tomar decisões vinculatórias para si com o objetivo da própria sobrevivência, seja ela externa ou interna. No entanto, até as próprias decisões de grupo não são tomadas por ele em si, mas por indivíduos que o compõem. Nesse sentido, para que tal decisão possa ser aceita como coletiva, é necessário que seja tomada com base em regras que estabeleçam quem são os indivíduos responsáveis por tomar essas decisões vinculatórias em nome do grupo como um todo.⁴⁰

³⁸ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000. p. 31.

³⁹ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. p. 38. Como bem recorda Daniela Cademartori, para "Bobbio, a democracia substancial envolve outra questão: a da superação do capitalismo". CADEMARTORI, Daniela. *O diálogo democrático*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 20. Sobre a contribuição do liberalismo para a democracia, ver também páginas 27 a 87.

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 11. ed. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Paz e Terra, 2009. p. 18.

Dando continuidade a seu conceito de democracia, Bobbio explica:⁴¹

No que diz respeito às modalidades de decisão, a regra fundamental da democracia é a regra da maioria, ou seja, a regra à base da qual são consideradas decisões coletivas – e, portanto, vinculatórias para todo o grupo – as decisões aprovadas ao menos pela maioria daqueles a quem compete tomar a decisão. Se é válida uma decisão adotada por maioria, com maior razão ainda é válida uma decisão adotada por unanimidade.

Nesse sentido, o regime democrático liberal implica a participação direta ou indireta da população na tomada de decisões (com a amplitude do sufrágio, evitando a possibilidade de interferência no agir dos privados e preservando a liberdade dos indivíduos); a igualdade do voto e o critério da maioria, bem como as liberdades fundamentais sem as quais a democracia não funciona. O legalismo intrínseco à concepção da democracia como conjunto de regras implica sua prática dentro de um estado de direito, pois ela seria impossível fora do governo das leis. Como evidencia Cademartori, tais fatores denotam o estado liberal e o estado de direito como pressupostos históricos e jurídicos do estado democrático, tornando indissolúvel a relação entre liberalismo e democracia.⁴²

Embora tais conceitos sejam observáveis no âmbito prático, Bobbio reconhece que, nos últimos anos, o tema principal da polêmica foi o da ingovernabilidade. Antes tendo como principal litígio a tirania da maioria, derivando a defesa intransigente da liberdade individual contra a invasão da esfera pública, hoje, tem-se como elemento negativo principal a incapacidade dos governos democráticos de dominarem convenientemente os conflitos de uma sociedade complexa, tornando-se “o defeito do poder”.⁴³

Além do elemento da decisão majoritária como regra fundamental da democracia, Bobbio estabelece um importante estudo doutrinário sobre o poder visível, cuja influência sobre o Supremo Tribunal Federal é evidenciada em decisões que envolvam publicidade de atos públicos. O princípio de ‘poder visível’ está relacionado com o caráter público do Estado, ou seja, de divulgação e prestação de contas a respeito da administração pública. Tornar público os atos do governo é uma maneira de fazer com que a sociedade exerça seu direito e dever de participação na política, dentro de um estado democrático.

⁴¹ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. p. 19.

⁴² CADEMARTORI, Daniela. *O diálogo democrático*. p. 124. Sobre liberalismo e amplitude do sufrágio, ver: HESPANHA, António Manuel. Pequenas repúblicas, grandes Estados. Problemas de organização política entre antigo regime e liberalismo. In: JANCSÓ, István (Org.). *Brasil. Formação do Estado e da nação*. São Paulo: Fapesp, Hucitec; Ijuí: Unijuí, 2003. p. 103.

⁴³ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. p. 92.

Análise de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal: democracia e publicidade dos atos públicos

Em pesquisa aos votos de decisões do Supremo Tribunal Federal, com referências aos ensinamentos doutrinários de Bobbio, em processos que envolvam a publicidade de atos públicos, observa-se a utilização de seus conceitos e noções para ilustrar e justificar os julgamentos, conforme discorre-se a seguir.⁴⁴

Em ação direta de inconstitucionalidade (ADI 2.444-RS), de relatoria do ministro Dias Toffoli, fora questionada pelo governador do estado a constitucionalidade de Lei Estadual nº 11.521/1981, que lhe obriga a divulgar na imprensa oficial e na internet os dados relativos a contratos de obras públicas atinentes a portos, aeroportos e rodovias. As razões de seu pedido fundaram-se no argumento de que, em temas de licitação e de contratos administrativos, estaria o legislador estadual jungido à observância das normas gerais editadas pela União (Lei nº 8.666/1993), devendo obediência incondicional ao modelo de publicidade contido na legislação federal.

Nesse sentido, a inclusão, por projeto de lei de iniciativa de deputado estadual, de mais de uma forma de divulgação dos contratos de obras celebrados pela administração pública estadual, além da já imposta pela Lei Geral de Licitações e Contratos, é inconstitucional, por ferir o art. 61, § 1º, inciso II, alínea e da Constituição Federal (CF)⁴⁵ e suplantar a competência de direção superior da administração pelo governador do Estado (art. 84, II, da Constituição Federal), e de que a norma, ao criar nova forma de divulgação de contratos administrativos, aumentou despesas do poder público e subverteu o sistema federativo, “pelo qual é vedado aos entes federados legislar sobre normas de competência privativa da União, à sua revelia”.⁴⁶

⁴⁴ O material com referência direta ao autor italiano indicado neste artigo é derivado de pesquisa de jurisprudência em base de dados disponibilizada por meio do site do Supremo Tribunal Federal. O método de pesquisa utilizado nesta parte do artigo implica em selecionar decisões do Supremo Tribunal Federal, por meio dos votos de seus ministros, em que exista a referência direta às obras de Norberto Bobbio. Considerando que a pesquisa ao site do Supremo Tribunal Federal resultou em um volume extenso de material em diversos temas ligados à teoria geral do direito e à filosofia política, e que o formato de artigo implica um limitado número de páginas, decidiu-se analisar nesta sede apenas uma parte do material mais recente (2012-2014), que fosse relativo à publicidade dos atos públicos como garantia do estado democrático.

⁴⁵ BRASIL. Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.444/Rs. Relator: TOFFOLI, Dias. Acesso em: 25 jan. 2015. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:F1yju8yx5EJ:www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp%3Fid%3D294730230%26tipoApp%3D.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. p. 4

Ao negar provimento à ação, o ilustre ministro relator considerou que a lei estadual inspirou-se no princípio constitucional da publicidade da administração pública (art. 37, *caput*, CF/1988), destacando ainda a legitimidade do Poder Legislativo no exercício do controle externo da administração pública, poder que lhe foi outorgado expressamente pela Constituição, na implementação de medidas de aprimoramento da sua fiscalização, desde que respeitadas as demais balizas contidas na Carta Constitucional.

No corpo do voto, o ministro destaca que a publicidade é um princípio informador da República democrática constitucionalizado pela Carta de 1988, e a ela se submetem todos os comportamentos estatais. Assim, mostram-se elementares a exigência de transparência por parte do Estado e a possibilidade de controle dos atos estatais, não devendo os governos se furtarem à vigília do povo e da opinião pública, nem dos órgãos fiscalizadores.

Fundamentando sua argumentação, o ministro Dias Toffoli cita Bobbio, que afirma sabiamente que o “regime do poder visível” é o “modelo ideal do governo público em público”. Transcrevendo uma lição do autor:⁴⁷

Um dos lugares-comuns de todos os velhos e novos discursos sobre a democracia consiste em afirmar que ela é o governo do ‘poder visível’. Que pertença à ‘natureza da democracia’ o fato de que ‘nada pode permanecer confinado no espaço do mistério’ é uma frase que nos ocorre ler, com poucas variantes, todos os dias. Com um aparente jogo de palavras pode-se definir o governo da democracia como o governo do poder público em público [...]. [...] Que todas as decisões e mais em geral os atos dos governantes devam ser conhecidos pelo povo soberano sempre foi considerado um dos eixos do regime democrático, definido como o governo direto do povo ou controlado pelo povo (e como poderia ser controlado se estivesse escondido?). Mesmo quando o ideal da democracia direta foi abandonado como anacrônico, [...] e foi substituído pelo ideal da democracia representativa [...] o caráter público do poder, entendido como não-secreto, como aberto ao ‘público’, permaneceu como um dos critérios fundamentais para distinguir o Estado constitucional do Estado absoluto se, assim, para assinalar o nascimento ou o renascimento do poder público em público.

O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do relator, julgou improcedente a ação direta.

A publicidade dos atos governamentais é um tema profundamente tratado por Norberto Bobbio, sendo suas concepções de democracia constantemente utilizadas na fundamentação de decisões acerca do estado democrático.

⁴⁷ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. p. 98-101.

No mesmo sentido, a concepção de “democracia pública” de Bobbio também se evidencia em outra ação direta de inconstitucionalidade (**ADI 2.198/PB**), **em que**, diante da criação de um sítio eletrônico por parte do Tribunal de Contas da União, visando reunir informações tributárias e financeiras dos diversos entes da federação, o governador do estado da Paraíba entrou com a ação alegando que tal ato se tratava de violação do princípio federativo.

No entanto, não houve o reconhecimento de inconstitucionalidade na ação, uma vez que o sítio eletrônico gerenciado pelo Tribunal de Contas da União tem o escopo de reunir as informações tributárias e financeiras dos diversos entes da federação em um único portal, a fim de facilitar o acesso dessas informações pelo público.

O ministro Dias Toffoli, também relator nessa ação, traz novamente as concepções de Bobbio em seu voto afirmando que “a democracia como ‘regime do poder visível’ é o ‘modelo ideal do governo público em público’”. O plenário do Supremo Tribunal Federal julgou então a ação improcedente por maioria e nos termos do voto do relator, identificando-se assim a influência de Bobbio na concepção de estado democrático de direito e reconhecendo a importância da publicidade dos atos governamentais.

Segue trecho da obra citada pelo ministro:

[...] a exigência de publicidade dos atos de governo é importante não apenas, como se costuma dizer, para permitir ao cidadão conhecer os atos de quem detém o poder e assim controlá-los, mas também porque a publicidade é por si mesma uma forma de controle, um expediente que permite distinguir o que é lícito do que não é.⁴⁸

Bobbio cita Michele Natale (o bispo de Viço, justificado em Nápoles a 20 de agosto de 1799), destacando sua afirmação acerca da necessidade do caráter público do Estado:

Não existe nada de secreto no Governo Democrático? Todas as operações dos governantes devem ser conhecidas pelo Povo Soberano, exceto algumas medidas de segurança pública, que ele deve conhecer apenas quando cessar o perigo.⁴⁹

Conforme o autor explica, esse trecho é exemplar porque enuncia em poucas linhas um dos princípios fundamentais do Estado constitucional: o caráter público como regra e o segredo como exceção, não devendo esse fazer a regra valer menos, já que o segredo é justificável apenas se limitado no tempo, como

⁴⁸ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. p. 30.

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. p. 86.

todas as medidas de exceção. Portanto, de acordo com a ementa, a divulgação de dados financeiros e tributários dos entes federados enquadra-se no contexto do aprimoramento da necessária transparência das atividades administrativas, reafirmando e cumprindo, assim, o princípio constitucional da publicidade da administração pública.

Em outro caso, dessa vez uma medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.638/DF, o ministro Marco Aurélio faz uma importante referência a Bobbio ao contrapor a alegação de interesse público na decretação de sigilo nos processos disciplinares instaurados contra magistrados, para manter-se a credibilidade do Poder Judiciário:

As alegações não subsistem. O respeito ao Poder Judiciário não pode ser obtido por meio de blindagem destinada a proteger do escrutínio público os juízes e o órgão sancionador. Tal medida é incompatível com a liberdade de informação e com a ideia de democracia, a pressupor, como adverte Norberto Bobbio – em *O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 11ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 98 –, o exercício do poder público em público, de forma a viabilizar a crítica e o controle social. Faz-se necessário, portanto, que as decisões em processos disciplinares que envolvam magistrados sejam tomadas à luz do dia, à luz da democracia.⁵⁰

Nota-se, diante das análises, um consenso acerca do pensamento de Bobbio ao se tratar da publicidade dos atos públicos. Além dos julgados se referirem à importância de o ‘regime do poder visível’, é perceptível que alguns ministros utilizam-se de trechos similares da obra *O futuro da democracia*. Um exemplo disso está no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 30.461/DF, em que o ilustre ministro Celso de Mello fundamenta suas palavras com base na afirmação de Bobbio sobre o tema até então evidenciado. Segue trecho do voto:

Na realidade, a Carta Federal, ao proclamar os direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), enunciou preceitos básicos cuja compreensão é essencial à caracterização da ordem democrática como um regime do poder visível, ou, na expressiva lição de NORBERTO BOBBIO (*“O Futuro da Democracia”*, p. 86, 1986, Paz e Terra), como “um modelo ideal do governo público em público”.⁵¹

O ministro Dias Toffoli, relator nos primeiros acórdãos apresentados, também fundamenta seu voto com base nesses conceitos, identificando-se, por fim,

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.638/DF. Relator: AURÉLIO, Marco. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiarnoticiastf/anexo/adi4638.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2015. p. 28.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 30.461/DF. Relator: MELLO, Celso de. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=250337653&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2015. p. 4

a irrefutabilidade da influência das concepções de Norberto Bobbio acerca do ‘regime do poder visível’. Seus ensinamentos norteiam as decisões no Supremo Tribunal Federal, que reconhece a necessidade de permanecerem públicos os atos administrativos praticados pelo governo. Não há sentido em eleger representantes políticos sem a possibilidade de fiscalizar as ações tomadas por eles em nome do Estado. Reiterando as palavras do autor, “a democracia como ‘regime do poder visível’ é o ‘modelo ideal do governo público em público’”.⁵²

Considerações finais

As características da pesquisa jurídica de Bobbio, bem como o seu desenvolvimento, o contextualizam no que a doutrina tem chamado de “pós-modernidade”.⁵³ Nesse âmbito, o autor italiano não apenas manifestou contínuo interesse pelo estudo do poder, mas defende que é por meio desse que a teoria jurídica e a teoria política se complementam. A pesquisa jurídica de Bobbio relaciona-se, portanto, com uma concepção de política voltada ao ser humano e a valores sociais contextualizados em uma liberal-democracia, refutando as pretensões de uma ciência jurídica isolada das ideologias sociais.⁵⁴

A convergência entre direito e poder, na obra de Bobbio, não significa reduzir um ao outro, conforme o modelo de Kelsen. O poder por meio da força faz-se necessário para a realização do ordenamento jurídico e, conseqüentemente, da organização social, mas não exclui a complementariedade apresentada por normas provenientes de outras fontes. O direito é apresentado, então, por um lado,

⁵² BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. p. 86.

⁵³ DIAS, Maria da Graça dos Santos; MELO, Osvaldo Ferreira de; SILVA, Moacyr Motta da Silva. *Política jurídica e pós-modernidade*. Florianópolis: Conceito, 2009, p. 19, 129, 134.; BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, a. 1, v. 1, n. 6, p. 1-número de página final, set. 2001. Disponível em: <www.direitopublico.com.br/.../dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf>+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 28 set. 2014.

⁵⁴ “Para ele, e é um dos mais relevantes legados de seu fecundo magistério, liberdade e igualdade são valores necessariamente complementares, o que o fez - a exemplo do que já o fizera Carlos Rosselli, na longínqua década de 1930 - optar pelo ‘socialismo liberal’, após várias experiências, intensamente vividas, como a do marxismo e da social-democracia. Liberalismo e socialismo, a seu ver, não são idéias ou ideais contrapostos, mas que devem, ao contrário, se conciliar entre si, na medida em que o permitam as variáveis situações históricas de cada povo. Essa conclusão não o impedia de considerar-se um ‘homem de esquerda’, posição que, a seu ver, se justificará até e enquanto houver tantas desigualdades e exclusões sociais como as que ainda existem”. REALE, Miguel. *Legados de Norberto Bobbio*. p. 134.

como imposição do Estado, que por sua vez é fruto da sociedade, e, por outro, como fruto da sociedade por meio do pluralismo jurídico.⁵⁵

Bobbio evidencia ainda que, por meio das transformações aportadas ao Estado (tornando-o Estado Social), modificou-se também a concepção e a função social do direito. A “nova” concepção evidenciada por Bobbio aproxima-se daquela de Santi Romano, ao denotar o direito como ordenamento com função de organização ou direção social, conjugando-a a concepção de Kelsen, que entende o direito como forma de controle social.⁵⁶

A concepção de direito e de ordenamento jurídico em Bobbio não se afasta, porém, daquela de democracia, e evidencia a influência do liberalismo sobre a concepção de estado democrático e de suas liberdades. A concepção de democracia como conjunto de regras evidencia a influência de Kelsen, um liberal, também nesse tema, em uma perspectiva de Estado como estrutura de normas, e a democracia como um processo de criação das normas.⁵⁷

As concepções presentes na obra de Bobbio também contextualizam e estão presentes na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, inclusive com elementos que Carbonell designa como típicos do neoconstitucionalismo.⁵⁸ As proximidades entre as concepções de Bobbio, no que tange à teoria geral do direito e à filosofia política, e o texto constitucional de 1988 permitem e, até mesmo, fomentam certa influência do autor italiano sobre os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, evidenciando, dentre outros temas, a particular atenção para com o valor da democracia.⁵⁹

Dentre os elementos usados por Bobbio que influenciam os ministros do Supremo Tribunal Federal, nas decisões analisadas, pode ser evidenciada principalmente a concepção da democracia como o governo controlado pelo

⁵⁵ LAFER, Celso. Norberto Bobbio, Teoria do ordenamento jurídico. In: CARDIM, Carlos Henrique (Org.). *Bobbio no Brasil: um retrato intelectual*. p. 77.

⁵⁶ O debate sobre a função do direito também apresenta desdobramentos por meio da tipologia das normas, denotando que as normas de conduta o apresentam como instrumento para que os indivíduos convivam e busquem seus objetivos individuais; enquanto que as normas de organização o evidenciam como instrumento que possibilita a cooperação de indivíduos (ou grupos) na busca de um objetivo comum. BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Novos estudos de teoria do Direito. p. 37, 44.

⁵⁷ CADEMARTORI, Daniela. *O diálogo democrático*. p. 25.

⁵⁸ CARBONELL, Miguel. Prólogo. Zagrebelsky y el uso de la historia por el derecho constitucional. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia e Constitución*. Tradução de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005. p. 9-24.

⁵⁹ Outras referências também são feitas a livros e artigos ou capítulos de livros do outro italiano, ver para tanto: RMS 30.461 AgR/DF; ARE 728.188/RJ; HC 119.538 AgR/SP; RE 578.543; ADI 2.198; MS 31.816 MC-AgR/DF; HC 109.213/SP; RE 477.554 AgR/MG; ADPF 132; ADI 4277; MS 30.260/DF; ADPF 153; MS 28.177 MC-AgR/DF; ADPF 130; RE 351.750.

povo, pautado em normas gerais, certas, constantes e irretroativas. O núcleo democrático desdobra-se em regras para o exercício do poder, denotando que o controle do povo pode ocorrer apenas por meio de um governo do 'poder visível'. Nesse sentido, o 'exercício do poder público em público' implica transparência por parte do governo e, antes mesmo do controle popular, permite distinguir o lícito do ilícito.

Os elementos elencados denotam a importância do autor italiano na construção e manutenção da democracia e do poder democrático, por meio do Poder Judiciário, em um país imerso em uma forte crise política.

Public acts publicity as warranty of democratic state: the influence of Norberto Bobbio in the Supreme Federal Court decisions

Abstract

The references to the writings of Norberto Bobbio, in the ministers' votes of the Supreme Federal Court, instigate the questioning of the sphere of influence by the Italian author on the house decisions. Due the plurality of themes that emerged from the research, it was decided to review the votes of the decisions of public acts publicity processes. Among the influences of Bobbio on the ministers' votes of the Supreme Federal Court, one can be highlighted, the conception of democracy by the visible power government, controlled by the people, based on general, sure, constant and non-retroactive rules. The listed elements indicate the influence of conceptions of the Italian author in the construction and maintenance of democracy and the democratic power, through the judiciary, in a country immersed in a strong political crisis. To better explain the results of the research, first it talks about the legal positivism and the doctrine of Bobbio, and his conception of democratic state.

Keywords: Norberto Bobbio. Supreme Federal Court. Publicity public acts. Democratic State.

Referências

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Do positivismo jurídico à democracia em Kelsen. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 1, n. 5, set. 1999. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/ojs_saj/index.php/saj/article/view/1077>. Acesso em: 30 ago. 2014.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, a. 1, v. 1, n. 6, p. 1-32, set. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 28 set. 2014.

BOBBIO, Norberto. *Diário de um século: autobiografia*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1998.

_____. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *Da estrutura à função*. Novos estudos de teoria do Direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

_____. *O futuro da democracia*. 11. ed. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

_____. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000.

_____. *O positivismo jurídico*. Lições de filosofia do direito. Tradução de Marco Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Baptista Pavan; Ariane Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: UnB, 1997.

_____. Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano. In: RUFFIA, Paolo Biscaretti di (Org.). *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*. Milano: Giuffrè, 1977. p. 305-322.

BRASIL. Constituição. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.444/RS. Relator: TOFFOLI, Dias. Acesso em: 25 jan. 2015. Disponível em: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:_FIyju8yx5EJ:www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp%3Fid%3D294730230%26tipoApp%3D.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. p. 4.

_____. Supremo Tribunal Federal. MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.638/DF. Relator: AURÉLIO, Marco. Acesso em: 25 jan. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adi4638.pdf>. p. 28

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 30.461/DF. Relator: MELLO, Celso de. Acesso em: 25 jan. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=250337653&tipoApp=.pdf>. p. 4

CADEMARTORI, Daniela M. L. *O diálogo democrático*. Curitiba: Juruá, 2011.

CAMPOS, Asterio. *O pensamento jurídico de Norberto Bobbio*. São Paulo: Saraiva; Universidade de São Paulo, 1966.

CARBONELL, Miguel. Prólogo. Zagrebelsky y el uso de la historia por el derecho constitucional. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia e Constitución*. Tradução de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005. p. 9-24.

CARDIM, Carlos Henrique (Org.). *Bobbio no Brasil: um retrato intelectual*. Brasília: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. *Como nasce o direito*. 4. ed. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, SP: Russell, 2008.

DIAS, Maria da Graça dos Santos; MELO, Osvaldo Ferreira de; SILVA, Moacyr Motta da Silva. *Política jurídica e pós-modernidade*. Florianópolis: Conceito, 2009.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Apresentação. In: BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. p. 7-18.

GUIBENTIF, Pierre. O direito na obra de Niklas Luhmann. Etapas de uma evolução teórica. In: SANTOS, José Manuel (Org.). *O pensamento de Niklas Luhmann*. Universidade da Beira Interior. 2005. p. 185-246. Disponível em: <cadeiras.iscte.pt/SDir/2006_Dir_na_obra_de_niklas_Luhmann.pdf>. Acesso em: 28 set. 2014.

HESPANHA, António Manuel. Pequenas repúblicas, grandes Estados. Problemas de organização política entre antigo regime e liberalismo. In: BRASIL. *Formação do Estado e da Nação*. São Paulo: Fapesp, Hucitec; Ijuí: Unijuí, 2003. p. 1833-148.

IHERING, Rudolf von. *A finalidade do direito*. Tradução de Heder K. Hoffmann. Campinas: Bookseller, 2002.

LAFER, Celso. Norberto Bobbio, Teoria do ordenamento jurídico. In: CARDIM, Carlos Henrique (Org.). *Bobbio no Brasil: um retrato intelectual*. Brasília: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial, 2001.

LOSANO, Mario G. O pensamento de Norberto Bobbio, do positivismo jurídico à função do direito. In: BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Novos estudos de teoria do Direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. LI-LVII.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alceu de. Prefácio. In: PASOLD, Cesar Luiz. *Ensaio sobre a ética de Norberto Bobbio*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

PASOLD, Cesar Luiz. *Ensaio sobre a ética de Norberto Bobbio*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

ROMANO, Alberto. Nota bio-bibliográfica sobre Santi Romano. In: ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 33-56.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 3. ed. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

REALE, Miguel. *Legados de Norberto Bobbio*. Disponível em: <<http://www.academia.org.br/abl/media/prosa13.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2014.