

CARACTERÍSTICAS DO POSITIVISMO DE DIONÍSIO ANZILOTTI*

Piero Ziccardi†

Revista Ius Gentium 2(1): 01-10 [2009]

É com toda razão que este grande escritor merece a qualificação, que ele mesmo repetidamente reivindica a si e a sua doutrina, de positivista; e isto é, de fato, verdade, porque Anzilotti foi o promotor mais eficaz na Itália, e um dos mais influentes sobre toda a ciência jurídica moderna, da profunda renovação nos métodos do conhecimento jurídico que, precisamente, vem denominado positivismo. No momento em que, mais uma vez, a ciência jurídica repropõe com interesse sempre renovado o problema dos próprios pressupostos teóricos e metodológicos discutindo a validade dos rumos da corrente positivista, o pensamento de Anzilotti chama vivamente a nossa atenção porque sua obra tem sempre algo a acrescentar, alguma coisa a dizer, também no debate atual.

Não se colhe o verdadeiro significado do método seguido por Anzilotti, nem da sua concepção geral da vida jurídica, se a pesquisa vem feita sobre tratados particulares, como, justamente, são aqueles dedicados de modo expresso à justificação do método positivo e aos pressupostos mais gerais do sistema jurídico. Certa diminuição da real importância teórica do pensamento de Anzilotti aconteceria quando, como se fez frequentemente, se quisesse reassumir seu

*Caratteri del Positivismo dell' Anzilotti, tradução da língua italiana por Lucas Carlos Lima

†Professor Emérito de Direito Internacional da Università degli studi di Milano, Itália. Emérite à l'Institut de Droit International

significado observando unicamente à solução por ele oferecida ao problema do fundamento e aquele das fontes do direito internacional. No direito internacional, doutrina mais recente discutiu os próprios pressupostos teóricos com referência específica aqueles dois problemas, sendo com isso levada a reassumir o positivismo de Anzilotti na posição por ele afirmada sobre aqueles pontos. Identificando, contudo, a tendência positivista nos desenvolvimentos do princípio pelo qual, à base de cada sistema jurídico, deva colocar-se a vontade de um ente capaz de tornar positivamente eficazes as normas do sistema, se determina uma noção restrita do positivismo, que pode também ser seguida, enquanto sirva para definir determinadas doutrinas, como puras enquanto sirva a classificar as diversas soluções do problema tomado em exame. Mas não se alcança totalmente uma adequada avaliação do positivismo jurídico, nem uma apropriada definição do pensamento de Anzilotti.

Isto é tanto verdade, quando se observa a obra de Anzilotti, que a solução inicial do problema relativo ao fundamento do direito internacional – resolvido com a adesão à concepção da vontade coletiva capaz de criar nos assim chamados tratados-acordos normas dotadas de força obrigatória para os Estados contraentes – é solução sucessivamente abandonada sobre a influência das tendências desenvolvidas respectivamente por Kelsen e por Perassi e numa substancial aderência a esse; mas não por isto podem dizer-se substancialmente mudados nem o método nem a inspiração de Anzilotti.

Também é verdade que permanece constante um princípio – como também se pode variar-lhe a aplicação na pesquisa das fontes, em um primeiro momento, da norma num segundo – a ser colocado como base do sistema jurídico. O princípio é aquele que se deve pesquisar os fundamentos do direito positivo naquelas que resultam – em uma apreciação empírica – como as condições efetivas de existência de uma determinada sociedade. Aquele mesmo princípio

inspira tão bem o primeiro Anzilotti quanto o segundo, mas se pode notar um progressivo aperfeiçoamento.

A referência à vida social como base da construção jurídica é inicialmente considerada uma busca essencialmente sociológica. Esta concepção é característica dos primeiros trabalhos até os importantes “*Studi critici di diritto internazionale privato*”, nos quais o positivismo de Anzilotti é, de fato, caracterizado por uma aguda aderência à filosofia e à sociologia conhecidas como positivistas. São freqüentes, naquela fase, as referências também textuais à filosofia predileta, sendo freqüentemente necessário o emprego de dogmas próprios de tal filosofia na solução dos problemas jurídicos: pensa-se particularmente na aplicação do dogma da evolução ao determinar as características do direito internacional, das quais nos “*Studi critici*” se infere a concepção de um direito internacional privado estatal que supre e antecipa a faltante disciplina internacional.

Naquele momento, o positivo de Anzilotti está particularmente diferente daquele de Kahn e de Niemeyer, sendo inevitável uma comparação que não é errado reconduzir à persuasão de Anzilotti de uma verdadeira e própria insuficiência a esse respeito aos deveres da ciência jurídica. O que ao mesmo tempo significa que Anzilotti, aceitando desses e de todos os outros mestres do positivismo jurídico as lições fundamentais da separação do direito positivo do direito natural, não aceita, entretanto, a metodologia formalista que, naquele período, está em seu início. As formas jurídicas vão colocadas por Anzilotti sobre uma base que as justificam, sendo essa a sociedade em sua própria vida.

Observamos assim delinear-se o posicionamento geral de Anzilotti sobre um duplo aspecto. Antes de tudo ele aceita o positivismo jurídico como um critério para limitar o objeto da jurisprudência excluindo o direito natural. Em segundo lugar, ele resiste à tendência já desenvolvida de positivismo contra o

formalismo e, ao contrário, tenta integrar o método reconstruindo-o com base na determinação das condições sociológicas das regras de convivência.

Muito interessante é a contribuição de Anzilotti também ao primeiro dos dois problemas, porque consiste numa reconstrução histórica – que remonta até Grotius – do significado do direito positivo entendido como direito vigente e provido de determinada eficácia; enquanto como jusnaturalismo vem entendido o idealismo, ou seja, a sobreposição do dogma ao dado. O positivismo de Anzilotti, nesta ótica, nunca terá de ser negado, sendo sobretudo sob esta ótica que ele falará de positivismo e de si mesmo como positivista. Extrairá disso, constantemente, um severo critério na determinação das normas jurídicas e na construção dos institutos, trazendo a sua contribuição decisiva na reconstrução da matéria sobre a ruína do idealismo precedente.

Sob este aspecto se pode bem dizer que Anzilotti antecipou a definição da jurisprudência como ciência empírica que posteriormente foi consagrada por seus alunos.

Ainda mais interessante é o pensamento de Anzilotti no seu segundo aspecto, já que a referência à vida social como base do conhecimento jurídico logo sofre um sensível aperfeiçoamento e o conduz sobre posicionamentos verdadeiramente mais persuasivos que os iniciais do sociologismo. Esse último possui, de fato, o defeito de, por sua vez, ser dogmático, não respondendo bem, por isso, à exigência de aderir aos dados experimentais que é tanto sentida e operante em toda a obra de Anzilotti.

Mas já nos *Studi critici* vem o encontro com Savigny, e este encontro é sugestivo para Anzilotti e seus leitores. Savigny ilumina Anzilotti nas ligações entre direito com a história, antecipando a intuição que se faz presente de modo explícito no primeiro capítulo de *Diritto internazionale nei giudizi interni*. Mas já aquele primeiro encontro é esclarecedor, seja para um contrabalanceamento do

dogma evolucionista, em oposição a Kahn e a Niemeyer, àqueles “muito severos críticos” de Savigny, cuja crítica possui o defeito de não levar em conta a perfeita historicidade do pensamento e da construção de Savigny.

Outro encontro decisivo é aquele que Anzilotti tem com Hegel, uma vez tomado da determinação de aprofundar-se, além dos esquemas sociológicos iniciais, no conhecimento dos pressupostos sociais do direito. Sempre no primeiro capítulo da obra acima recordada, e com a devida referência à doutrina de Hegel, Anzilotti alcança a formulação mais completa e madura da concepção positivista, que reúne os dois aspectos, o crítico e o construtivo, em uma visão unitária de direito e do conhecimento jurídico. Por sua importância decisiva no definir a inteira concepção e a metodologia de Anzilotti, esta parte vai resumida com particular precisão.

Anzilotti salienta antes de tudo a importância que, excetuando os exageros e erros, deveria ser reconhecida à filosofia hegeliana ao determinar a profunda transformação de perspectivas que se faziam necessárias para a revisão – em sentido mormente respeitoso – da realidade histórica e fenomênica, das concepções idealistas, relembrando os motivos de crítica já desenvolvidos na *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale* sobre os aspectos negativos da filosofia hegeliana no que tangem ao direito internacional. E, por isso, reafirmando o princípio que no Estado deva ser encontrada a fonte do direito e no acordo das vontades dos Estados a fonte do direito internacional, como já na *Teoria*, melhor esclarece o fundamento lógico da solução concreta pré-escolhida. Esta, é mais frágil que seu fundamento, depositado precisamente na realidade fenomênica e histórica, que exclui a legitimidade “de cada processo mental voltado a construir uma ordem jurídica mediante o pensamento, e a objetivar depois o ideal subjetivo em uma pretensa lei da natureza”. “Reconhecido, entretanto, que o direito é um fato social, uma realidade concreta, uma formação histórica, (...) não resta, a quem deseja demonstrar a existência de

um direito internacional, se não (...) demonstrar que entre as normas com as quais os Estados uniformizam os seus agires nas relações recíprocas, algumas vêm assumindo as características essenciais do direito, ou seja, aquelas características que diferenciam a norma jurídica da qualquer outra norma de conduta”. Com base nestes princípios teóricos se desenvolve a metodologia positivista de Anzilotti, sobre este aspecto, não apresenta significativas discordâncias até seus últimos escritos, bem diversamente daquele aspecto do seu positivismo inicial que postulava a vontade estatal como fundamento do direito e, para o direito internacional, a vontade coletiva dos Estados expressa no tratado-acordo.

A partir daquele momento torna-se a característica mais significativa da obra de Anzilotti a escrupulosa aderência à realidade concreta, cuja determinação constitui obra de reconstrução ou também de interpretação histórica, no contexto que o conhecimento concreto da vida social é precisamente obra de interpretação histórica. Mesmo assim, deve-se advertir que Anzilotti não dá uma textual definição neste sentido, contudo, essa é implícita nos desenvolvimentos que recordamos, sendo sobretudo evidente na sua aplicação.

Observe-se, por exemplo, a descrição das características particulares da sociedade e do direito internacional que vem dada nas maiores obras e na opinião individual, que convém sempre recordar, referente à controvérsia do regime alfandegário entre Alemanha e Áustria, expressa como Juiz da Corte Permanente de Justiça Internacional. Desta forma, ainda todo o problema da separação e das relações entre o ordenamento internacional e os ordenamentos estatais é examinado à luz dos dados que resultam do exame dos fatores históricos da formação da sociedade internacional e da sociedade estatal, respectivamente. A justificação decisiva do princípio de separação não é dada, para Anzilotti, pela força de abstratas argumentações, mas sim pela profunda distinção, historicamente determinada, entre as diferentes sociedades. Posição da qual se partirá e posteriormente será desenvolvida, em contraste com as concepções monistas da

Escola vienense, e com as outras da doutrina anglo-americana, até a última edição do seu *Corso*.

Igualmente significativa, como expressão do método seguido e da atenção em aderir aos dados do fenômeno social revelados pela história, é a refutação que Anzilotti opõe, já na *Teoria generale della responsabilità*, às doutrinas que queriam aplicar ao direito internacional os princípios da responsabilidade objetiva. Esta de fato, nota Anzilotti, é uma noção que se afirma em alguns ordenamentos internos, mas somente enquanto toma força nestes um princípio de solidariedade econômica entre danificado e danificador, e se trata de uma aplicação do mais amplo princípio de solidariedade. Este é, além disso, estranho ao direito internacional, referente ao princípio oposto da atuação mais ampla do princípio de liberdade; e este princípio torna o Estado livre de agir na esfera deixada livre de normas internacionais. Livre também de portar voluntariamente dano a um outro Estado, com a *retorção*, quando não cometa violação de normas jurídicas nem de direitos subjetivos alheios.

Nem sempre, naturalmente, os resultados que Anzilotti alcança são hoje aceitáveis, nem sempre ele se atém com precisa fidelidade ao método que pré-escolheu e justificou. O componente inicial do seu positivismo o mantém de fato fiel, menos do que seria justificado pela posterior integração do método, às posições iniciais especialmente na teoria das fontes e na teoria dos sujeitos. Na primeira, ele mantém a fé no dogma voluntarista, e por reflexo, na segunda, julga não positiva e idealista a doutrina da aquisição automática da personalidade dos Estados. Todavia, é de se notar que a fidelidade ao dogma também é naqueles campos nos quais aparece professada, muito mais aparente que real, enquanto Anzilotti não era escritor de forçar a realidade ou de não querer vê-la. A sua concepção historicista é, antes ainda, um sentimento nele radicado que uma posição teórica. Em particular, quanto às fontes, é evidente que a busca dos costumes não vem efetuada por Anzilotti em harmonia com o dogma que as

deseja pactos tácitos, mas sim em harmonia com o princípio que diz que o direito é uma formação histórica, que se verifica reencontrando a efetiva existência. O princípio teórico do voluntarismo age mais como uma hesitação prudente à fácil afirmação como positiva, ou seja vigentes, de normas das quais a investigação experimental não poderia entretanto confirmar a existência.

Toda impregnada de um positivismo entendido num sentido mais amplo, referido, isto é, à relevância para a construção jurídica dos pressupostos sociais, é também – muito mais de quanto não seja aparecido até agora – a sua posição no direito internacional privado, da qual é particularmente representativa a conversão a favor do princípio de reenvio no último *Curso* incompleto de 1925. Ainda que também essa seja discutível, como qualquer outra doutrina que queira conduzir a interpretação das normas de direito internacional privado baseando-se no princípio do reenvio, não por isto a concepção de Anzilotti é menos interessante, nem menos relevante, do que a sua bem determinada orientação geral. Ele é realmente conduzido a acolher o reenvio porque considera efeito do direito internacional privado individualizar e chamar, para cada relacionamento concreto individual, aquela que seria a norma própria no ordenamento designado pela regra de conexão. Mas é de se notar que mesmo diante das graves objeções que o princípio de reenvio levanta, ele prefere continuar a tê-lo em consideração, mais do que incidir na dimensão do princípio relativo aos efeitos e à natureza do apelo do direito internacional privado. O interesse que tal solução possui neste momento para nós é evidente, sendo posteriormente comprovado pela demonstração que Anzilotti imprime sobre a natureza do apelo, invocando o princípio de uma mensurabilidade dos ordenamentos jurídicos; bem como da natureza das justificações por ele oferecidas a favor do acolhimento do reenvio. Realmente, é decisivo para Anzilotti o escopo prático de conseguir: que toda questão concreta seja decidida conforme a norma que a ela dê concreta regulamentação no ordenamento invocado. Esta solução é, no conjunto, reveladora da prevalência que

Anzilotti constantemente indica, na determinação das linhas de um instituto, à função social desse. Para Anzilotti, no caso particular, a solução se reconduz à função das normas “de aplicação” da qual resulta na mesma história interna da matéria; que se revela, desde a origem, inspirada na finalidade de tornar válidos os vários direitos subjetivos além dos limites territoriais, assegurando a estes uma certa universalidade; e não, entretanto, um escopo privado de interesse prático, o qual seria aquele de procurar nos Estados individualmente uma medida distinta do próprio, mas também dos outros, para a avaliação das relações ligadas com a vida jurídica estrangeira. É evidente que só aquela precisa inspiração fundamental foi a determinante decisiva da solução do problema do reenvio que Anzilotti preferiu, e da vivacidade com a qual a defendeu.

A obra de Anzilotti é uma vasta mina, e também sobre o ensaio particular que vem aqui seguido, muitos outros terão a acrescentar. Mas não parece o caso quando se considera que não é necessário defender uma tese, nem tanto menos justificar uma descoberta. As características do positivismo que Anzilotti procurou salientar são bem claras aos leitores do grande escritor falecido, mesmo se mereciam ser expressamente recordados, sobretudo para a atualidade, que esses dizem respeito a discussões que hoje particularmente se vive. Realmente, daquele positivismo nem tudo ainda é atual, mas se trata, então, de questões particulares cuja solução segue a evolução histórica própria da sociedade internacional. Alguma parte foi desenvolvida de modo incompleto e contrasta com outros pressupostos. Mas a maior parte é bem viva e exprime o método mais profícuo de tratar os problemas jurídicos da sociedade internacional.

É notório que o método de Anzilotti exprime as características da sua genialidade e o seu positivismo se enriquece do estudo concreto que ele propõe da “realidade fenomênica e histórica” porque o seu ensino o conduzia muito frequentemente ao conhecimento e a representação do concreto, mais do que à sistematização por categorias abstratas de noções formais. A leitura de Anzilotti

deve ser, portanto, realizada sem o pré-julgamento dos esquematismos, sempre negativos, mas neste caso capazes de impedir qualquer compreensão do texto. Da força das instituições e da capacidade representativa do concreto, Anzilotti extrai o próprio método, que antes ainda é estilo; e se pode bem buscar naquela leitura o que possa ser entendido como lição do positivismo, onde seria errado ir ao texto com uma noção já feita do positivismo.