

TEORIA GERAL DO DIREITO

Norberto Bobbio

Tradução
DENISE AGOSTINETTI
Revisão da tradução
SILVANA COBUCCI LEITE

*Obra publicada com a contribuição do
Ministério das Relações Exteriores da Itália.*

Guilherme Assis de Almeida
Biblioteca

martins fontes
selo martins

Pode-se acrescentar ainda a seguinte consideração: as três teorias não se excluem reciprocamente e, portanto, é estéril toda batalha doutrinária para fazer triunfar uma ou outra. Eu diria até que essas três teorias se integram utilmente uma com a outra. Cada uma delas evidencia um aspecto da multiforme experiência jurídica: a teoria da relação, o aspecto da *intersubjetividade*; a teoria da instituição, o aspecto da *organização social*; a teoria normativa, o aspecto da *regularidade*. Com efeito, a experiência jurídica nos coloca diante de um mundo de *relações* entre sujeitos humanos *organizados* de maneira estável em sociedade mediante o uso de *regras* de conduta. De resto, dos três aspectos complementares, o fundamental continua a ser o aspecto normativo. A intersubjetividade e a organização são condições *necessárias* para a formação de uma ordem jurídica; o aspecto normativo é a condição *necessária e suficiente*.

Capítulo II

Justiça, validade e eficácia

SUMÁRIO: 9. Três critérios de valoração. – 10. Os três critérios são independentes. – 11. Possíveis confusões dos três critérios. – 12. O direito natural. – 13. O positivismo jurídico. – 14. O realismo jurídico.

9. Três critérios de valoração

O estudo das regras de conduta, em especial das regras jurídicas, apresenta muitos problemas interessantes, que estão na ordem do dia não só da teoria geral do direito (sobretudo após Kelsen), mas também da lógica e da filosofia contemporâneas. Este curso dedica-se a enfrentar alguns desses problemas.

O primeiro ponto que, na minha opinião, é preciso ter bem claro na mente se se quer dotar uma teoria da norma jurídica de fundamentos sólidos é que toda norma jurídica pode ser submetida a três valorações distintas, e que essas valorações são independentes umas das outras. Diante de uma norma jurídica qualquer, podemos efetivamente nos colocar uma tríplice ordem de problemas: 1) se ela é *justa* ou *injusta*; 2) se ela é *válida* ou *inválida*; 3) se ela é *eficaz* ou *ineficaz*. Trata-se dos três problemas distintos da *justiça*, da *validade* e da *eficácia* de uma norma jurídica.

O problema da justiça é o problema da correspondência ou não da norma aos valores últimos ou finais que inspiram determinado ordenamento jurídico. Não vamos tocar, por ora, no problema da existência de um ideal de bem comum idêntico para todas as épocas e para todos os lugares. Basta-nos constatar aqui que todo ordenamento jurídico persegue determinados fins, e concordar com o fato de que

po social com poucos membros, como a família, é geralmente um ordenamento complexo: nem sempre a única fonte das regras de conduta dos que pertencem ao grupo é a autoridade paterna; às vezes o pai aceita regras já formuladas pelos antepassados, pela tradição familiar, ou por reenvio a outros grupos familiares; às vezes delega uma parte (maior ou menor segundo as várias culturas) do poder normativo à esposa, ou ao filho mais velho. Nem mesmo numa concepção teológica do universo as leis que regulam o cosmo são derivadas todas de Deus, ou seja, são leis divinas; em alguns casos Deus delegou aos homens a produção de leis para regularem sua conduta, ou através do ditame da razão (direito natural) ou através da vontade dos superiores (direito positivo).

A complexidade de um ordenamento jurídico deriva do fato de que a necessidade de regras de conduta em qualquer sociedade é tão grande que não existe poder (ou órgão) capaz de satisfazê-la sozinho. Para ir ao encontro dessa exigência, o poder supremo costuma recorrer a dois expedientes:

1. a *recepção* de normas já existentes, produzidas por ordenamentos diversos e anteriores;
2. a *delegação* do poder de produzir normas jurídicas a poderes ou órgãos inferiores.

Por essas razões, em todo ordenamento, ao lado da fonte direta, temos fontes indiretas, que se podem distinguir nestas duas classes: *fontes reconhecidas* e *fontes delegadas*. A complexidade de um ordenamento jurídico deriva, pois, da multiplicidade das fontes das quais afluem regras de conduta; em última análise, do fato de que essas regras têm diferentes proveniências e passam a existir (ou seja, adquirem validade) partindo dos pontos mais distantes.

Exemplo típico de *recepção* e, portanto, de *fonte reconhecida*, é o *costume* nos ordenamentos estatais modernos, em que a fonte direta e superior é a lei. Quando o legislador remete expressamente ao costume numa situação específica ou remete, expressa ou tacitamente, ao costume nas

matérias não reguladas pela lei (é o caso da chamada *consuetudo praeter legem*), ele acolhe normas já existentes, e enriquece o ordenamento jurídico em bloco de um conjunto que pode ser até abundante de normas produzidas em outros ordenamentos, e talvez mesmo em épocas anteriores à própria constituição do ordenamento estatal. Naturalmente também se pode conceber a referência ao costume como uma autorização aos cidadãos para produzir normas jurídicas através do seu comportamento uniforme, ou seja, considerar também o costume entre as fontes delegadas, atribuindo aos usuários a qualidade de órgãos estatais autorizados a produzir normas jurídicas com o seu comportamento uniforme. Mas essa é uma construção que, embora engenhosa e artificiosa, não leva em conta uma diferença: na recepção, o ordenamento jurídico acolhe um produto já feito; na delegação, determina que seja feito, ordenando uma produção futura. O costume assemelha-se mais a um produto natural, enquanto o regulamento, o decreto administrativo, a sentença do magistrado assemelham-se mais a um produto artificial. Fala-se de poder regulamentar, de poder negocial para indicar o poder normativo atribuído aos órgãos executivos ou aos particulares. Em contrapartida, pareceria inadequado falar de um poder de produzir normas consuetudinárias, porque, dentre outras coisas, não se saberia sequer a quem precisamente atribuí-lo.

Exemplo típico de fonte delegada é o *regulamento* em relação à lei. Os regulamentos são, como as leis, normas gerais e abstratas; mas, diferentemente das leis, sua produção costuma ser confiada ao Poder Executivo por delegação do Poder Legislativo, e uma de suas funções é integrar leis demasiado genéricas, que contêm apenas diretivas de máxima e que não poderiam ser aplicadas sem ser ulteriormente especificadas. É impossível que o Poder Legislativo emane todas as normas necessárias para regular a vida social: limita-se, então, a emanar normas genéricas, que contêm apenas diretivas, e confia aos órgãos executivos, que são muito mais numerosos, o encargo de torná-las exequíveis. A mesma relação

existe entre normas constitucionais e leis ordinárias, que às vezes podem ser consideradas, como os regulamentos executivos, diretivas de máxima contidas na Constituição. À medida que se sobe na hierarquia das fontes, as normas tornam-se cada vez menos numerosas e mais genéricas; descendo, ao contrário, as normas tornam-se cada vez mais numerosas e mais específicas.

Outra fonte extremamente abundante de normas em um ordenamento jurídico é o poder atribuído aos particulares de regular, mediante atos voluntários, os próprios interesses: trata-se do chamado *poder negocial*. A pertinência dessa fonte à classe das fontes reconhecidas ou àquela das fontes delegadas é menos nítida. Se se enfatiza a *autonomia privada*, entendida como capacidade dos particulares de dar normas a si próprios numa determinada esfera de interesses, e se se consideram os particulares como partes de um ordenamento jurídico menor absorvido pelo ordenamento estatal, essa vasta fonte de normas jurídicas é concebida mais como produtora independente de regras de conduta que são adotadas pelo Estado. Se, ao contrário, se enfatiza o poder negocial como poder delegado pelo Estado aos particulares para regularem seus próprios interesses num campo estranho ao interesse público, a mesma fonte afigura-se como uma fonte delegada. Em outras palavras, trata-se de decidir se a autonomia privada deve ser considerada um resíduo de um poder normativo natural ou privado, anterior ao Estado, ou um produto do poder originário do Estado.

7. Tipos de fontes e formação histórica do ordenamento

Esta última questão nos mostra que o problema da distinção entre fontes reconhecidas e fontes delegadas é um problema cuja solução também depende da concepção geral que se assume em relação à formação e à estrutura de um ordenamento jurídico.

Em todo ordenamento o ponto de referência último de todas as normas é o poder originário, ou seja, o poder além

do qual não existe outro em que se possa fundar o ordenamento jurídico. Esse ponto de referência é necessário, sobretudo, como veremos em breve, para dar unidade ao ordenamento. Chamamos esse poder originário de *fonte das fontes*. Se todas as normas derivassem diretamente do poder originário, estaríamos diante de um ordenamento simples. Na verdade não é o que acontece. A complexidade do ordenamento, ou seja, o fato de que num ordenamento real as normas afluem através de diversos canais, decorre historicamente de duas razões fundamentais:

1. nenhum ordenamento nasce num deserto; metáforas à parte, a sociedade civil em que se vai formando um ordenamento jurídico, como o do Estado, não é uma sociedade natural, absolutamente desprovida de leis, mas uma sociedade em que vigem normas de vários tipos, morais, sociais, religiosas, comportamentais, costumeiras, convencionais e assim por diante. O novo ordenamento que surge nunca elimina completamente as estratificações normativas que o precederam: parte daquelas regras passa a integrar, através de uma recepção expressa ou tácita, o novo ordenamento, que, desse modo, surge limitado pelos ordenamentos anteriores. Quando falamos de poder originário, entendemos originário juridicamente, não historicamente. Podemos falar nesse caso de um *limite externo* do poder soberano;

2. o poder originário, uma vez constituído, cria, ele mesmo, para satisfazer a necessidade de uma normatização sempre atualizada, novas centrais de produção jurídica, atribuindo a órgãos executivos o poder de emanar normas integradoras subordinadas àquelas legislativas (os regulamentos), a organismos autônomos territoriais o poder de emanar normas adequadas às necessidades locais (o poder normativo das regiões, das províncias, das comunas), a cidadãos privados o poder de regular os próprios negócios através de negócios jurídicos (o poder negocial). Nesse caso, a multiplicação das fontes não deriva, como nos casos con-

siderados *sub 1*, de uma limitação proveniente do exterior, ou seja, do choque com uma realidade normativa pré-constituída, com que também o poder soberano deve se deparar, mas de uma *autolimitação do poder soberano*, que subtrai a si mesmo uma parte do poder normativo para atribuí-lo a outros órgãos ou organismos, de algum modo dependentes dele. Pode-se falar nesse caso de *limite interno* do poder normativo originário.

É interessante observar que esse duplo processo de formação de um ordenamento, mediante a absorção de um direito preexistente e a criação de um direito novo, e a consequente problemática da limitação externa e da limitação interna do poder originário, se reflete fielmente nas duas principais concepções com que os jusnaturalistas explicavam a passagem do estado de natureza ao estado civil. A referência que muitas vezes faço às teorias jusnaturalistas deve-se ao fato de que as considero como modelos racionais, úteis para a formulação de teorias simples sobre os problemas mais gerais do direito e do Estado. Segundo o pensamento jusnaturalista, o poder civil originário forma-se a partir de um estado de natureza anterior através do procedimento característico do *contrato social*. Mas existem dois modos de conceber esse contrato social. Com uma primeira hipótese, que poderemos chamar de hobbesiana, os que estipulam o contrato renunciam completamente a todos os direitos do estado de natureza e o poder civil nasce sem limites: toda futura limitação será uma autolimitação. Com uma segunda hipótese, que podemos chamar de lockiana, o poder civil é fundado com o objetivo de melhor garantir o gozo dos direitos naturais (tais como a vida, a propriedade, a liberdade) e, portanto, nasce originariamente limitado por um direito preexistente. Na primeira hipótese o direito natural desaparece completamente ao dar origem ao direito positivo; na segunda, o direito positivo é apenas um instrumento para a completa atuação do direito natural preexistente. E, ainda: na primeira

teoria, a soberania civil nasce absoluta, ou seja, sem limites. Os juristas positivistas que aceitam essa hipótese serão obrigados a falar de *autolimitação* do Estado para dar uma explicação para o fato de que também em um ordenamento centralizado, e que se proclama originário, como o Estado moderno, existem poderes normativos descentralizados ou suplementares, ou zonas de liberdade que detêm o poder normativo do Estado. Na segunda teoria, ao contrário, a soberania já nasce limitada, porque o direito natural originário não é completamente suplantado pelo novo direito positivo, mas conserva em parte a sua eficácia no interior do próprio ordenamento positivo, como direito acatado.

Nessas duas hipóteses veem-se muito claramente representados e racionalizados os dois processos de formação de um ordenamento jurídico e a estrutura complexa deles resultante. De um lado, o ordenamento positivo é concebido como se fizesse tábula rasa de todo direito preexistente, representado aqui por aquele direito que vige no estado de natureza; de outro, é concebido como emergente de um estado jurídico mais antigo que continua a subsistir. No primeiro caso, todo limite do poder soberano é autolimitação; no segundo, existem limites originários e externos. Quando falamos de uma complexidade do ordenamento jurídico, decorrente da presença de fontes reconhecidas e de fontes delegadas, acolhemos e reunimos numa teoria unitária do ordenamento jurídico tanto a hipótese dos limites externos quanto a dos limites internos. Exemplificando, o acolhimento de uma norma consuetudinária corresponde à hipótese de um ordenamento que nasce limitado; a atribuição de um poder regulamentar corresponde à hipótese de um ordenamento que se autolimita. Quanto ao poder negocial, ele pode ser explicado com ambas as hipóteses, ora como uma espécie de direito do estado de natureza (a identificação entre direito natural e direito dos particulares encontra-se, por exemplo, em Kant) que o Estado reconhece, ora como uma delegação do Estado aos cidadãos.

8. As fontes do direito

Distinguimos, nas duas seções anteriores, fontes originárias e fontes derivadas; em seguida, subdividimos as fontes derivadas em fontes reconhecidas e fontes delegadas; falamos também de uma fonte das fontes. Mas ainda não dissemos o que se entende por "fonte". Podemos aqui aceitar uma definição que se tornou comum: "fontes do direito" são aqueles fatos e aqueles atos de que o ordenamento jurídico depende para a produção de normas jurídicas. O conhecimento de um ordenamento jurídico (e também de um setor específico desse ordenamento) começa sempre a partir da enumeração das suas fontes. Não por acaso o art. 1º das Disposições gerais é o elenco das fontes do ordenamento jurídico italiano vigente. O que nos interessa notar em uma teoria geral do ordenamento jurídico não é quantas e quais são as fontes do direito de um ordenamento jurídico moderno, mas o fato de que, no mesmo momento em que se reconhece a existência de atos ou fatos de que depende a produção de normas jurídicas (precisamente as fontes do direito), se reconhece também que o ordenamento jurídico, além de regular o comportamento das pessoas, *regula também o modo como devem ser produzidas as regras*. Costuma-se dizer que o ordenamento jurídico regula a própria produção normativa. Já vimos que existem normas de comportamento ao lado de normas de estrutura. Essas normas de estrutura também podem ser consideradas como normas para a produção jurídica: ou seja, normas que regulam os procedimentos de regulamentação jurídica. Elas não regulam um comportamento, mas regulam o modo de regular um comportamento; ou, mais precisamente, o comportamento que elas regulam é aquele de produzir regras.

Consideremos um ordenamento elementar como aquele familiar. Se o concebermos como um ordenamento simples, ou seja, como um ordenamento em que só existe uma fonte de produção normativa, existirá apenas uma regra sobre a produção jurídica, que pode ser formulada do seguinte

modo: "O pai tem a autoridade de regular a vida da família". Mas suponhamos que o pai renuncie a regular diretamente um setor da vida familiar, o da vida escolar dos filhos, e confie à mãe o poder de regulá-lo. Teremos, nesse ordenamento, uma segunda norma sobre a produção jurídica, que poderá ser formulada do seguinte modo: "A mãe tem autoridade, que lhe foi atribuída pelo pai, de regular a vida escolar dos filhos". Como se vê, essa norma não diz nada sobre o modo como os filhos devem fazer seus deveres escolares, diz simplesmente a quem cabe estabelecer esses deveres, ou seja, cria uma fonte de direito.

Examinemos agora um ordenamento estatal moderno. Em cada grau normativo encontramos normas de conduta e normas de estrutura, ou seja, normas diretamente destinadas a regular a conduta das pessoas e normas destinadas a regular a produção de outras normas. Vamos começar pela constituição: numa constituição, como a italiana, existem normas que atribuem diretamente direitos e deveres aos cidadãos, como as referentes ao direito de liberdade; mas existem outras normas que regulam o procedimento que o Parlamento deve seguir para exercer o Poder Legislativo e, portanto, não estabelecem nada em relação às pessoas, limitando-se a estabelecer o modo como outras normas destinadas às pessoas poderão ser emanadas. Quanto às leis ordinárias, também elas não são todas diretamente destinadas aos cidadãos; muitas delas, como as leis penais e grande parte das leis processuais, têm o objetivo de instruir os juízes sobre como devem ser emanadas aquelas normas individuais e concretas que são as sentenças; ou seja, não são normas de conduta, mas normas para a produção de outras normas.

Basta-nos ter chamado a atenção para essa categoria de *normas para a produção de outras normas*: é a presença e a frequência dessas normas que constitui a complexidade do ordenamento jurídico; e só o estudo do ordenamento jurídico nos faz entender a natureza e a importância dessas normas. Do ponto de vista formal, a teoria da norma jurídica se deteve na consideração das normas como imperativos, enten-

dendo por imperativo o comando de fazer ou de não fazer. Se levamos em conta também as normas para a produção de outras normas, temos de colocar ao lado dos imperativos – entendidos como comandos de fazer ou de não fazer, e que poderemos chamar de *imperativos de primeira instância* – os *imperativos de segunda instância*, entendidos como comandos de comandar etc. Só a consideração do ordenamento no seu todo permite-nos compreender a presença dessas normas de segunda instância.

A classificação desse tipo de normas é muito mais complexa do que a das normas de primeira instância, para as quais falamos da tripartição clássica em normas *imperativas*, *proibitivas* e *permissivas*. Essas normas podem se distinguir em nove espécies:

1. normas que *comandam comandar* (por exemplo: art. 34, alínea 2, da Constituição, em que o constituinte comanda ao legislador ordinário emanar leis que tornem obrigatória a instrução);

2. normas que *proíbem comandar* (art. 27, alínea 4, da Constituição, em que se proíbe ao legislador instituir a pena de morte);

3. normas que *permitem comandar* (em todos os casos em que o constituinte considere não ter de intervir para ditar normas sobre determinadas matérias, pode-se dizer que ele permite ao legislador comandar. Por exemplo, o artigo 32, alínea 2, da Constituição, permite ao legislador ordinário estabelecer normas referentes ao tratamento de saúde);

4. normas que *comandam proibir* (art. 18, alínea 2, da Constituição: o constituinte impõe ao legislador ordinário emanar normas que proíbam associações secretas);

5. normas que *proíbem proibir* (art. 22 da Constituição: “Ninguém pode ser privado, por motivos políticos, da capacidade jurídica, da cidadania, do nome”);

6. normas que *permitem proibir* (a propósito do art. 40 da Constituição, que sanciona a liberdade de greve, pode-se observar que nem nele nem alhures fala-se de liberdade de

paralisação; essa lacuna poderia ser interpretada como se o constituinte pretendesse deixar ao legislador ordinário a faculdade de proibi-la);

7. normas que *comandam permitir* (esse caso coincide com o quinto);

8. normas que *proíbem permitir* (esse caso coincide com o quarto);

9. normas que *permitem permitir* (assim como a permissão é a negação de uma proibição, esse é o caso de uma lei constitucional que derroga a proibição de uma lei constitucional anterior).

9. Construção gradual do ordenamento

A complexidade do ordenamento, para a qual chamamos a atenção até aqui, não exclui a sua *unidade*. Não poderíamos falar de ordenamento jurídico se não o considerássemos algo unitário. É fácil compreender que um ordenamento simples é unitário, isto é, um ordenamento em que todas as normas derivem de uma única fonte. No entanto, é preciso explicar por que um ordenamento complexo é unitário. Adotamos aqui a teoria da construção gradual do ordenamento jurídico, elaborada por Kelsen. Essa teoria serve para dar uma explicação da unidade de um ordenamento jurídico complexo. O núcleo dessa teoria é que *as normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano*. Existem normas superiores e normas inferiores. As normas inferiores derivam das superiores. Partindo das normas inferiores e passando por aquelas que estão mais acima, chega-se por último a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a *norma fundamental*. Todo ordenamento tem uma norma fundamental. É essa norma fundamental que dá unidade a todas as outras normas; ou seja, faz das normas esparsas e de proveniência variada um conjunto unitário, que se pode chamar a justo título de “ordenamento”. A nor-

ma fundamental é o termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico. Sem uma norma fundamental, as normas de que falamos até agora constituiriam um amontoado, não um ordenamento. Em outras palavras, por mais numerosas que sejam as fontes do direito em um ordenamento complexo, esse ordenamento constitui uma unidade pelo fato de que, direta ou indiretamente, com percursos mais ou menos tortuosos, todas as fontes do direito podem remontar a uma única norma.

Em razão da presença de um ordenamento jurídico de normas superiores e inferiores, tal ordenamento possui uma *estrutura hierárquica*. As normas de um ordenamento estão dispostas em *ordem hierárquica*. A relevância dessa ordem hierárquica emergirá no capítulo seguinte, quando falaremos das antinomias e do modo de resolvê-las. Por ora vamos nos limitar a constatá-la e a explicá-la. Consideremos um ato qualquer com que Fulano cumpre a obrigação contraída com Sicrano, e vamos chamá-lo de *ato executivo*. Esse ato executivo é o cumprimento de uma regra de conduta derivada do contrato. Por sua vez, o contrato foi realizado em cumprimento às normas legislativas que disciplinam os contratos. Quanto às normas legislativas, elas podem ser emanadas seguindo as regras estabelecidas pelas leis constitucionais para a emanação das leis. Vamos parar por aqui. O ato executivo, que tomamos como ponto de partida, está ligado, mesmo que mediadamente, às normas constitucionais que são produtivas, ainda que com diversos níveis, das normas inferiores. Esse ato executivo pertence a um sistema normativo dado, uma vez que, de norma em norma, ele pode remontar às normas constitucionais. O cabo recebe ordens do sargento; o sargento, do tenente; o tenente, do capitão, e assim por diante até chegar ao general e acima dele: a unidade do comando em um exército decorre do fato de que a ordem do cabo pode remontar, por meio de vários graus, à ordem do general. O exército é um exemplo de estrutura hierárquica.

Chamamos o ato de Fulano, que executa um contrato, de *ato executivo*, assim como chamamos as normas constitu-

cionais de *produtivas* das normas inferiores. Se observarmos melhor a estrutura hierárquica do ordenamento, perceberemos que os termos *execução* e *produção* são relativos. Podemos dizer que, assim como Fulano *executa* o contrato, da mesma forma Fulano e Sicrano, estipulando o contrato, *executaram* as normas sobre os contratos; e os órgãos legislativos, emanando as leis sobre os contratos, *executaram* a Constituição. Por outro lado, se é verdade que as normas constitucionais *produzem* as leis ordinárias, é igualmente verdade que as leis ordinárias *produzem* as normas sobre os contratos, e aqueles que estipulam um contrato *produzem* o ato executivo de Fulano. Em uma estrutura hierárquica, como aquela do ordenamento jurídico, os termos “execução” e “produção” são relativos, pois a mesma norma pode ser considerada, ao mesmo tempo, *executiva* e *produtiva*: executiva em relação à norma superior; produtiva em relação à norma inferior. As leis ordinárias executam a Constituição e produzem os regulamentos. Os regulamentos executam as leis ordinárias e produzem os comportamentos conformes a elas. Todas as fases de um ordenamento são, ao mesmo tempo, executivas e produtivas, com exceção daquela com grau mais alto e daquela com grau mais baixo. O grau mais baixo é constituído pelos atos executivos: esses atos são apenas executivos, e não produtivos. O grau mais alto é constituído pela norma fundamental (à qual retornaremos na seção seguinte): ela é apenas produtiva, e não executiva. Costuma-se representar a estrutura hierárquica de um ordenamento com a figura da *pirâmide*, razão pela qual se fala também de construção em pirâmide do ordenamento jurídico. Nessa pirâmide o vértice é ocupado pela norma fundamental; a base é constituída pelos atos executivos. Se olharmos a pirâmide de cima para baixo, veremos uma *série de processos de produção jurídica*; se a olharmos de baixo para cima, veremos, ao contrário, uma *série de processos de execução jurídica*. Nos graus intermediários, existem, ao mesmo tempo, produção e execução; nos graus extremos, ou só produção (norma fundamental), ou só execução (atos executivos).

Esse duplo processo ascendente e descendente pode ser esclarecido também com duas outras noções características da linguagem jurídica: *poder* e *dever*. Enquanto a produção jurídica é a expressão de um *poder* (originário ou derivado), a execução revela o cumprimento de um *dever*. Uma norma que atribui a uma pessoa ou órgão o poder de emanar normas jurídicas atribui, ao mesmo tempo, a outras pessoas o dever de obedecer. Poder e dever são dois conceitos correlatos: um não pode existir sem o outro. Chama-se poder, numa das suas mais importantes acepções, a capacidade que o ordenamento jurídico atribui a esta ou àquela pessoa de gerar obrigações em relação a outras pessoas; chama-se obrigação o comportamento que deve ter aquele que está sujeito ao poder. Não existe obrigação em um sujeito sem que exista um poder em outro sujeito. Às vezes pode existir um poder sem uma obrigação correspondente: trata-se do caso em que ao poder não corresponde uma obrigação, mas uma sujeição (os chamados direitos potestativos); mas é questão controversa, que aqui iremos ignorar. Seja como for, poder e obrigação são os dois termos correlatos da relação jurídica, que pode ser definida como a relação entre o poder de um sujeito e o dever do outro sujeito. (Para indicar o correlato da obrigação, preferimos a palavra "poder" à palavra "direito", mais comumente usada, pois esta última palavra, no sentido de direito subjetivo, tem muitos significados diferentes e é uma das maiores fontes de confusão nas controvérsias entre teóricos do direito. "Direito" significa também "faculdade", "permissão", "lícito", no sentido, esclarecido no curso anterior, de comportamento *oposto* à obrigação: a permissão como negação da obrigação. Quando, ao contrário, usa-se "direito" por poder, direito não é negação do dever, mas o termo correlato de dever numa relação intersubjetiva.) Quanto à pirâmide que representa o ordenamento jurídico, a partir do momento em que poder e obrigação são dois termos correlatos, se a considerarmos de cima para baixo, veremos uma série de poderes sucessivos: o poder constitucional, o poder legislativo ordinário, o poder regu-

lamentar, o poder jurisdicional, o poder negocial e assim por diante; se a considerarmos de baixo para cima, veremos uma série de obrigações que se sucedem uma após outra: a obrigação do sujeito de executar a sentença de um magistrado; a obrigação do magistrado de se ater às leis ordinárias; a obrigação do legislador de não violar a Constituição.

Uma última observação sobre a estrutura hierárquica do ordenamento. Embora todos os ordenamentos tenham a forma de pirâmide, nem todas as pirâmides têm o mesmo número de planos. Há ordenamentos em que não existe diferença entre leis constitucionais e leis ordinárias: são aqueles ordenamentos em que o Poder Legislativo pode emanar, com o mesmo processo, leis ordinárias e leis constitucionais e, por conseguinte, não existe uma obrigação de o legislador ordinário cumprir as prescrições contidas nas leis constitucionais. Pode-se imaginar um ordenamento em que seja abolido também o plano das leis ordinárias: seria um ordenamento em que a constituição atribuisse diretamente aos órgãos judiciários o poder de emanar as normas jurídicas necessárias caso a caso. Em um sistema jurídico inspirado numa ideologia coletivista, em que fosse abolida toda forma de propriedade privada, seria eliminado o plano normativo constituído pelo poder negocial. Mas não existem só exemplos de ordenamentos com um número de planos normativos menor que o normal. Não é difícil citar um exemplo de ordenamentos com um plano a mais: são os Estados federais, em que além do Poder Legislativo do Estado federal, existe também um Poder Legislativo, a ele subordinado, dos Estados-membros.

10. Limites materiais e formais

Quando um órgão superior atribui a um órgão inferior um poder normativo, não lhe atribui um poder ilimitado. Ao atribuir esse poder, estabelece também os limites dentro dos quais pode ser exercido. Assim como o exercício do poder

negocial ou do poder jurisdicional é limitado pelo Poder Legislativo, da mesma forma o exercício do Poder Legislativo é limitado pelo poder constitucional. À medida que se percorre a pirâmide de cima para baixo, o poder normativo é cada vez mais circunscrito. Imagine-se a quantidade de poder atribuída à fonte negocial em relação àquela atribuída à fonte legislativa.

Os limites com que o poder superior restringe e regula o poder inferior são de dois tipos diferentes:

- a) relativos ao conteúdo;
- b) relativos à forma.

Por isso fala-se de limites *materiais* e de limites *formais*. O primeiro tipo de limites refere-se ao conteúdo da norma que o poder inferior é autorizado a emanar; o segundo tipo refere-se à forma, ou seja, o modo ou o processo com que a norma do poder inferior deve ser emanada. Se nos colocarmos do ponto de vista do poder inferior, observaremos que este recebe um poder que é limitado ou em relação *àquilo* que pode comandar ou proibir, ou em relação *a como* pode comandar ou proibir. Os dois limites podem ser impostos contemporaneamente; mas em alguns casos um pode existir sem o outro. A compreensão desses limites é importante, pois eles circunscrevem o âmbito em que a norma inferior é legitimamente emanada: uma norma inferior que exceda os limites materiais, ou seja, que regule uma matéria diferente das que lhe foram atribuídas, ou regule de maneira diferente da que lhe foi prescrita, ou exceda os limites formais, ou seja, não siga o processo estabelecido, é passível de ser declarada ilegítima e de ser expulsa do sistema.

Na passagem da norma constitucional àquela ordinária são frequentes e evidentes quer os limites materiais, quer aqueles formais. Quando a lei constitucional atribui aos cidadãos, por exemplo, o direito à liberdade religiosa, limita o conteúdo normativo do legislador ordinário, ou seja, proíbe-lhe emanar normas que tenham por conteúdo a restrição

ou a supressão da liberdade religiosa. Os limites de conteúdo podem ser *positivos* ou *negativos*, conforme a constituição imponha ao legislador ordinário emanar normas em uma determinada matéria (comando de comandar), ou o proíba de emanar normas em uma determinada matéria (proibição de comandar, ou comando de permitir). Quando uma constituição estabelece que o Estado deve prover a instrução até uma certa idade, atribui ao legislador ordinário um limite positivo; quando, por sua vez, atribui certos direitos de liberdade, estabelece um limite negativo, ou seja, proíbe emanar leis que reduzam ou eliminem aquela esfera de liberdade. Quanto aos limites formais, eles são constituídos por todas aquelas normas da constituição que estabelecem os processos mediante os quais os órgãos constitucionais devem desempenhar sua atividade. Enquanto os limites formais geralmente nunca estão ausentes, os limites materiais podem faltar nas relações entre Constituição e lei ordinária: isso se verifica naqueles ordenamentos em que não existe uma diferença de grau entre leis constitucionais e leis ordinárias (as chamadas constituições flexíveis). Nesses ordenamentos o legislador ordinário pode legislar em qualquer matéria e em qualquer direção: em uma constituição tipicamente flexível como a inglesa, existe o ditado de que o parlamento pode fazer tudo, exceto transformar o homem em mulher (que, como ação impossível, é por si mesma excluída da esfera das ações reguláveis).

Se observarmos agora a passagem da lei ordinária à decisão judicial, entendida como regra do caso concreto, encontraremos, na maior parte das legislações, ambos os limites. As leis relativas ao *direito substancial* podem ser consideradas, sob um certo ângulo visual (ou seja, enquanto forem compreendidas como regras destinadas mais aos juizes do que aos cidadãos), como limites de conteúdo ao poder normativo do juiz: em outras palavras, a presença das leis de direito substancial faz com que o juiz, ao decidir uma controvérsia, deva procurar e encontrar a solução naquilo que as leis ordinárias estabelecem. Quando se diz que o juiz *deve* aplicar

a lei, isso significa, em outras palavras, que a atividade do juiz é limitada pela lei, no sentido de que o conteúdo da sentença deve corresponder ao conteúdo de uma lei: se essa correspondência não ocorre, a sentença do juiz pode ser declarada inválida, nos mesmos moldes de uma lei ordinária não conforme com a constituição. As leis relativas ao *processo* constituem, por sua vez, os limites formais da atividade do juiz: isso significa que o juiz está autorizado a emanar normas jurídicas no caso concreto, mas deve emaná-las segundo um rito em grande parte preestabelecido pela lei. Em geral, os vínculos do juiz em relação à lei são maiores do que aqueles que subsistem para o legislador ordinário em relação à constituição. Enquanto na passagem da constituição à lei ordinária vimos que se pode verificar o caso de ausência de limites materiais, na passagem da lei ordinária à decisão do juiz essa ausência é difícil de se verificar concretamente: teríamos de supor um ordenamento em que a constituição estabelecesse que o juiz deveria julgar sempre segundo a equidade. Chamam-se "juízos de equidade" aqueles em que o juiz é autorizado a resolver uma controvérsia sem recorrer a uma norma de lei preestabelecida. O juízo de equidade pode ser definido como a autorização ao juiz para produzir direito fora de todo limite material imposto pelas normas superiores. Nos nossos ordenamentos esse tipo de autorização é muito raro. Nos ordenamentos em que o poder criativo do juiz é maior, o juízo de equidade é sempre excepcional: se os limites materiais ao poder normativo do juiz não derivam da lei escrita, derivam de outras fontes superiores, como é o caso do costume ou do precedente judicial.

Na passagem da lei ordinária ao negócio jurídico, ou seja, à esfera da autonomia privada, os limites formais costumam prevalecer sobre os materiais. As normas relativas aos contratos são geralmente regras destinadas mais a estabelecer o modo como o poder negocial deve se manifestar para produzir consequências jurídicas do que a matéria sobre a qual deva se manifestar. Podemos formular o princípio geral de que, em relação à autonomia privada, interessam ao

legislador ordinário menos as matérias sobre as quais possa se exercitar que as formas mediante as quais deva se manifestar. Isso fez com que se dissesse, no âmbito da teoria geral, com uma extrapolação ilícita, que ao direito interessa menos o que os homens fazem do que o modo como o fazem; ou então que o direito não prescreve o que os homens devem fazer, mas o modo, isto é, a forma da ação; em suma, que o direito é uma regra formal da conduta humana. Uma tese desse tipo só tem uma aparência de verdade quando se refere à relação entre lei e autonomia privada. Mas mesmo nesse âmbito restrito deixa de ter fundamento. Vamos imaginar, por exemplo, o poder atribuído ao particular de dispor dos próprios bens mediante testamento. Não há dúvida de que a lei, justamente por uma atitude de respeito à vontade individual, prescreve, até mesmo em detalhes, as formalidades com que um testamento deve ser redigido para que possa ser considerado válido. Mas pode-se dizer que a lei renuncie completamente a determinar regras relativas ao conteúdo? Quando a legislação estabelece quais são as cotas do patrimônio de que o testador não pode dispor (a chamada "legítima"), encontramos-nos diante de limites não mais apenas formais, mas de conteúdo, ou seja, de limites que restringem o poder do testador não só em relação ao *como*, mas também em relação a *o quê*.

11. A norma fundamental

Na seção 4, partindo das normas inferiores às normas superiores, paramos nas normas constitucionais. Será que as normas constitucionais são as últimas normas, além das quais não se pode ir? Por outro lado, tanto naquela seção quanto nesta falamos de uma norma fundamental de todo ordenamento jurídico. Será que as normas constitucionais são a norma fundamental?

Para fechar o sistema devemos ainda dar um passo além das normas constitucionais. Partimos da consideração, muitas

vezes feita, de que toda norma pressupõe um poder normativo: norma significa imposição de obrigações (imperativo, comando, prescrição etc.); vimos que, onde há obrigação, há poder. Portanto, se há normas constitucionais, deve haver o poder normativo do qual elas derivam: esse poder é o poder constituinte. O poder constituinte é o poder último, ou, se preferirmos, supremo, originário, num ordenamento jurídico. Mas, se vimos que uma norma jurídica pressupõe um poder jurídico, vimos também que todo poder normativo pressupõe, por sua vez, uma norma que o autorize a produzir normas jurídicas. Dado o poder constituinte como poder último, devemos pressupor então uma norma que atribua ao poder constituinte a faculdade de produzir normas jurídicas: *essa norma é a norma fundamental*. A norma fundamental, enquanto, por um lado, atribui aos órgãos constitucionais o poder de emanar normas válidas, impõe a todos aqueles a quem as normas constitucionais se destinam o dever de obedecer a elas. É uma norma ao mesmo tempo atributiva e imperativa, segundo a consideremos do ponto de vista do poder a que dá origem ou da obrigação que acarreta. Pode ser formulada do seguinte modo: "O poder constituinte é autorizado a emanar normas obrigatórias para toda a coletividade" ou: "A coletividade é obrigada a obedecer às normas emanadas do poder constituinte".

Note bem: a norma fundamental não é expressa. Mas nós a pressupomos para fundar o sistema normativo. Para fundar um sistema normativo é preciso uma norma última além da qual seria inútil ir. Todas as polêmicas sobre a norma fundamental resultam da falta de compreensão da sua função. Posto um ordenamento de normas de diferentes proveniências, a unidade do ordenamento postula que as normas que o compõem sejam reduzidas a unidade. Essa *reductio ad unum* não pode ser realizada se no topo do sistema não se estabelece uma norma única, da qual todas as outras, direta ou indiretamente, derivem. Essa norma única só pode ser aquela que impõe a obediência ao poder originário do qual provêm a constituição, as leis ordinárias, os regulamentos,

as decisões judiciais etc. Se não postulássemos uma norma fundamental, não encontraríamos o *ubi consistam* do sistema. E essa norma última só pode ser aquela da qual deriva o poder primeiro. Uma vez definido que todo poder jurídico é produto de uma norma jurídica, só podemos considerar o poder constituinte como poder jurídico se também o consideramos como o produto de uma norma jurídica. A norma jurídica que produz o poder constituinte é a norma fundamental. O fato de essa norma não ser expressa não significa que ela não exista: referimo-nos a ela como fundamento subentendido de legitimidade de todo o sistema. Quando apelamos à nossa Constituição para exigir sua aplicação, acaso nos perguntamos o que significa, juridicamente, esse nosso apelo? Significa que consideramos legítima a Constituição porque foi legitimamente posta. Se nos perguntamos o que significa o fato de ter sido legitimamente posta, ou remontamos ao decreto do lugar-tenente de 25 de junho de 1944, que atribuía a uma futura Assembleia Constituinte a tarefa de deliberar a nova Constituição do Estado, ou – aceitando a tese da ruptura entre o antigo e o novo ordenamento – só nos resta pressupor uma norma que impõe obediência ao que o poder constituinte estabeleceu: e essa é a norma fundamental, que, embora não expressa, é o pressuposto da nossa obediência às leis que derivam da Constituição e à própria Constituição.

Podemos tentar explicar a necessidade de postular a norma fundamental também por outro caminho. Até agora falamos de ordenamento como conjunto de normas. Como fazemos para estabelecer se uma norma pertence a um ordenamento? A pertinência de uma norma a um ordenamento é o que se chama de *validade*. Vimos no curso anterior quais são as condições para que se possa dizer que uma norma é válida. Essas condições servem exatamente para provar que uma determinada norma pertence a um ordenamento. Uma norma existe como norma jurídica, ou é juridicamente válida, uma vez que pertence a um ordenamento jurídico. Saber se uma norma jurídica é válida ou não não é uma questão

supérflua. O fato de uma norma jurídica ser válida significa que é obrigatório conformar-se a ela. E, se é obrigatório conformar-se a ela, isso significa geralmente que se não nos conformarmos a ela, o juiz será por sua vez obrigado a intervir, atribuindo uma ou outra sanção. Se é verdade que os cidadãos agem muitas vezes sem se preocupar com as consequências jurídicas de suas ações e, portanto, sem se perguntar se o que fazem é ou não conforme com uma norma válida, o juiz aplica somente as normas que são válidas ou que considere válidas. O juízo sobre a validade de uma norma é sempre decisivo, se não pela conduta do cidadão, pela conduta do juiz. Mas como o cidadão ou o juiz fazem para distinguir uma norma válida de uma norma não válida, em outras palavras, uma norma pertencente ao sistema de uma norma que não pertence a ele? Dissemos no curso anterior que a primeira condição para que uma norma seja considerada válida é que tenha sido emanada por uma autoridade que tinha legitimamente o poder de emanar normas jurídicas. Mas qual é a autoridade que tem esse poder legítimo? Aquela a quem esse poder foi atribuído por uma norma superior, também ela legítima. E de onde deriva essa norma superior? Mais uma vez, de grau em grau, chegamos ao poder supremo, cuja legitimidade é dada por uma norma além da qual não existe outra, e, portanto, é a norma fundamental. Desse modo podemos responder que é possível estabelecer a pertinência de uma norma a um ordenamento: remontando de grau em grau, de poder em poder, até a norma fundamental. E, tendo em vista que a pertinência ao ordenamento significa validade, podemos concluir que uma norma é válida quando pode ser reconduzida, não importa se através de um ou mais graus, à norma fundamental. Então diremos que a norma fundamental é o critério supremo que permite estabelecer a pertinência de uma norma a um ordenamento; em outras palavras, é o *fundamento de validade de todas as normas do sistema*. Portanto, não só a exigência da *unidade* do ordenamento, mas também a exigência de fundar a validade do ordenamento nos induzem a postular a

norma fundamental, que é ao mesmo tempo o fundamento de validade e o princípio unificador das normas de um ordenamento. E, tendo em vista que um ordenamento pressupõe que exista um critério para estabelecer a pertinência das partes ao todo e um princípio que as unifique, não pode haver ordenamento sem norma fundamental. Uma teoria coerente do ordenamento jurídico e a teoria da norma fundamental são indissociáveis.

A essa altura alguém pode perguntar: "E a norma fundamental, em que se funda?". Grande parte da hostilidade em se admitir a norma fundamental deriva da objeção que é formulada com essa pergunta. Dissemos várias vezes que a norma fundamental é um pressuposto do ordenamento: ela cumpre, num sistema normativo, a mesma função a que estão destinados os postulados num sistema científico. Os postulados são aquelas proposições primitivas de que se deduzem as outras, mas que por sua vez não são dedutíveis. Os postulados são postos ou por convenção ou por sua suposta evidência. Pode-se dizer o mesmo da norma fundamental: ela é uma convenção ou, se se preferir, uma proposição evidente que é posta no vértice do sistema, para que todas as outras normas possam reconduzir-se a ela. À pergunta "em que ela se funda", deve-se responder que ela não tem nenhum fundamento, pois, se o tivesse, deixaria de ser a norma fundamental, mas existiria uma outra norma superior da qual ela depende. Seja como for, permaneceria sempre em aberto o problema do fundamento dessa nova norma: e esse problema só poderia ser resolvido remontando-se mais uma vez a outra norma ou aceitando-se a nova norma como postulado. Todo sistema tem um início. Questionar-se sobre o que existia antes desse início é um problema mal colocado. A única resposta que se pode dar aos que queiram saber qual é o fundamento do fundamento é que, para sabê-lo, é preciso sair do sistema. Sendo assim, no que diz respeito ao fundamento da norma fundamental, pode-se dizer que, se esse é um problema, não é mais um problema jurídico, mas um problema cuja solução deve ser buscada

fora do sistema jurídico, ou seja, fora daquele sistema em que é postulada a norma fundamental.

Com o problema do fundamento da norma fundamental saímos da teoria do direito positivo, a que nos ativemos até agora, e entramos na secular discussão em torno do fundamento, ou melhor, da justificação em sentido absoluto do poder. Podemos conceber as tradicionais teorias sobre o fundamento do poder como tentativas de responder à pergunta: "Qual é o fundamento da norma fundamental de um ordenamento jurídico positivo?". Tais respostas podem ser dadas à medida que se transcenda o ordenamento jurídico positivo e se leve em consideração um ordenamento mais amplo, por exemplo, o ordenamento cósmico, ou geralmente humano, do qual o ordenamento jurídico é considerado uma parte; em outras palavras, que se realize a operação de inserir um dado sistema, no nosso caso o sistema jurídico, num sistema mais amplo. Apresentamos aqui, à guisa de ilustração do que estamos dizendo, algumas respostas famosas dadas ao problema do fundamento último do poder, lembrando que cada uma dessas respostas pode ser concebida como a formulação de uma norma superior à norma fundamental, em que nos detivemos, como a descoberta de um poder superior ao poder constituinte, ou seja, de um poder que é a *verdadeira fonte última* de todo poder.

a) Todo poder vem de Deus (*omnis potestas nisi a Deo*).

Essa doutrina integra a norma fundamental de um ordenamento jurídico, afirmando que o dever de obedecer ao poder constituinte deriva do fato de que esse poder (como todo poder soberano) deriva de Deus, ou seja, foi autorizado por Deus para emanar normas jurídicas válidas. Isso significa que na pirâmide do ordenamento é preciso acrescentar um grau superior àquele representado pelo poder normativo dos órgãos constitucionais, e esse grau superior é o poder normativo divino. O legislador ordinário é delegado pelo legislador constituinte; o legislador constituinte é delegado por Deus. A norma fundamental, nesse caso, é aquela

que faz de Deus a autoridade capaz de emanar normas obrigatórias para todos os homens e, ao mesmo tempo, comanda a todos os homens que obedecem aos comandos de Deus.

b) O dever de obedecer ao poder constituído deriva da *lei natural*. Por lei natural entende-se uma lei que não foi posta por uma autoridade histórica, mas é revelada ao homem através da razão. A definição mais frequente do direito natural é *dictamen rectae rationis*. Para justificar o direito positivo, as teorias jusnaturalistas descobrem um outro direito, superior ao direito positivo, que deriva não da vontade deste ou daquele homem, mas da própria razão que é comum a todos os homens. Algumas correntes jusnaturalistas sustentam que um dos preceitos fundamentais da razão, e, portanto, da lei natural, é que é preciso obedecer aos governantes (é a chamada teoria da obediência). Para quem sustenta semelhante teoria, a norma fundamental de um ordenamento positivo é fundada numa lei natural que comanda que se obedeça à razão, que por sua vez comanda que se obedeça aos governantes.

c) O dever de obedecer ao poder constituído deriva de uma *convenção originária*, da qual o poder extrai a própria justificação. Ao longo de todo o curso do pensamento político, desde a Antiguidade até a Idade Moderna, o fundamento do poder foi muitas vezes encontrado no chamado *contrato social*, ou seja, num acordo originário entre aqueles que se reúnem em sociedade ou entre os membros de uma sociedade e aqueles a quem é confiado o poder. Segundo essa doutrina, o poder constituído extrai a sua legitimidade não do fato de derivar de Deus ou da natureza, mas do acordo de vontades daqueles que o criaram. Nesse caso, a vontade coletiva tem a mesma função de Deus nas doutrinas teológicas, e da razão nas doutrinas jusnaturalistas: em outras palavras, tem a função de representar um grau ulterior além da norma fundamental de um ordenamento jurídico positivo, aquele grau supremo que permite dar uma resposta

à pergunta sobre o fundamento do fundamento. Mas mesmo essa resposta, apesar das aparências, não é mais realista que as anteriores. E, como as anteriores, desloca o problema da existência do ordenamento jurídico para a sua justificação.

12. Direito e força

Além da objeção sobre o fundamento da norma fundamental, a teoria da norma fundamental é objeto de uma outra crítica muito frequente, que não diz respeito mais ao fato de existir uma norma fundamental, mas ao *conteúdo* desta. A norma fundamental, da forma como a pressupomos aqui, estabelece que é preciso obedecer ao poder originário (que é o próprio poder constituinte). Mas o que é o poder originário? É o conjunto das forças políticas que, num determinado momento histórico, tomaram a dianteira e instauraram um novo ordenamento jurídico. Objeta-se, então, que fazer com que todo o sistema normativo decorra do poder originário significa *reduzir o direito à força*.

Sobre as relações entre direito e força também discorreremos brevemente no curso anterior. Aqui vamos procurar desenvolver esses conceitos em relação à presente discussão. Em primeiro lugar, não se deve confundir o *poder* com a *força* (sobretudo com a força física). Quando falamos de poder originário, falamos das forças políticas que instauraram um determinado ordenamento jurídico. O fato de essa instauração ter ocorrido mediante o exercício da força física não está de modo algum implícito no conceito de poder. Pode-se muito bem imaginar um poder que repouse exclusivamente no consenso. Como observamos no curso anterior, qualquer poder originário repousa um pouco na força e um pouco no consenso. Quando a norma fundamental diz que se deve obedecer ao poder originário, não deve absolutamente ser interpretada no sentido de que é preciso submeter-se à violência, mas no sentido de que é preciso submeter-se àqueles que detêm o poder coercitivo. Mas esse poder coercitivo pode

perfeitamente ser possuído por consenso geral. Os detentores do poder são aqueles que têm a força necessária para fazer respeitar as normas que eles emanam. Nesse sentido, a força é um instrumento necessário do poder. Isso não significa que também é o seu fundamento. A força é necessária para exercer o poder, não para justificá-lo.

Quando dizemos que o direito é fundado, em última análise, no poder, e entendendo-se por poder o poder coercitivo, ou seja, o poder de fazer respeitar as normas emanadas, mesmo recorrendo à força, não dizemos nada de diferente daquilo que repetidamente afirmamos em relação ao direito como conjunto de regras com eficácia reforçada. Se o direito é um conjunto de regras com eficácia reforçada, isso significa que um ordenamento jurídico é inconcebível sem o exercício da força, ou seja, sem um poder. Estabelecer o poder como fundamento último de uma ordem jurídica positiva não significa reduzir o direito à força, mas simplesmente reconhecer que a força é necessária para a realização do direito. O que é o mesmo que confirmar o conceito do direito como ordenamento com eficácia reforçada.

Se a força é necessária para a realização do direito, então só existe um ordenamento jurídico (ou seja, que corresponde à definição que demos de direito) se, e enquanto, se fizer valer com a força: em outras palavras, um ordenamento jurídico existe enquanto é *eficaz*. Isso implica ainda uma diferença entre a consideração da norma singular e aquela do ordenamento no seu todo. Uma norma singular, como esclarecemos no curso anterior (seção 10), pode ser válida sem ser eficaz. Um ordenamento jurídico, considerado no seu todo, só é válido se é eficaz. A norma fundamental que ordena a obediência aos detentores do poder originário é aquela que legitima o poder originário a exercer a força: e, nesse sentido, tendo em vista que o exercício da força para fazer respeitar as normas é uma característica do ordenamento jurídico, a norma fundamental, assim concebida, consiste realmente no fundamento do ordenamento jurídico. Aqueles que temem que com a norma fundamental, como

foi aqui concebida, se opere a redução do direito à força, preocupam-se menos com o direito que com a justiça. Mas essa preocupação é descabida. A definição do direito, tal como foi aqui acolhida, não coincide com a da justiça. A norma fundamental consiste no fundamento do direito tal como ele é (o direito positivo), não do direito tal como deveria ser (o direito justo). Ela autoriza os que detêm o poder a exercer a força, mas não diz que o uso da força, simplesmente por ser desejado pelo poder originário, seja justo. Ela dá uma legitimação jurídica do poder, não uma legitimação moral. O direito tal como é, é expressão dos mais fortes, não dos mais justos. Melhor seria se os mais fortes fossem também os mais justos.

Existe um outro modo de entender as relações entre direito e força, que foi defendido recentemente por Ross, mas remete sobretudo a Kelsen. Em resumo, até aqui sustentamos que a força é *instrumento* para a realização do direito (entendido, em sentido amplo, como ordenamento jurídico). A teoria, enunciada por Kelsen, e defendida por Ross, sustenta por sua vez que a força é o *objeto* da regulamentação jurídica, no sentido de que por direito se deve entender não um conjunto de normas feitas valer com a força, mas um conjunto de normas que regulam o exercício da força numa determinada sociedade. Quando Kelsen diz que o direito é um ordenamento coercitivo, entende que é composto de normas que regulam a coação, e enquanto tais estabelecem o modo como devem ser aplicadas certas sanções. Textualmente: "Uma regra é jurídica não porque sua eficácia é assegurada por uma outra regra que dispõe uma sanção; *uma regra é jurídica porque dispõe uma sanção*. O problema da coerção não é o problema de assegurar a eficácia das regras, mas *o problema do conteúdo das regras*"¹. Da mesma forma, Ross explicita que: "Devemos insistir no fato de que a relação entre as normas jurídicas e a força consiste em que elas se referem à aplicação da força, e não de que são protegidas por

1. *Teoria generale del diritto e dello stato*, ed. it., Milão, 1952, pp. 28-9.

meio da força"². E ainda: "Um sistema jurídico nacional é um conjunto de normas que se referem ao exercício da força física"³.

Parece-me claro que esse modo de entender o direito, que faz com que a força passe de instrumento a objeto da regulamentação jurídica, está estreitamente vinculado a uma teoria que já conhecemos no curso anterior (cf. seção 30), teoria essa que considera como normas jurídicas apenas as normas secundárias, ou seja, as normas que têm por destinatários os órgãos judiciários. Não por acaso Kelsen levou às últimas consequências a tese de que normas jurídicas são apenas aquelas secundárias, a ponto de chamá-las "primárias". De fato, as normas secundárias podem ser definidas como aquelas normas que regulam o modo e a medida com que se devem aplicar as sanções e, tendo em vista que a sanção é, em última instância, um ato de força, essas normas, regulando a aplicação das sanções, regulam na verdade o exercício da força. Se isso é verdade, e o confirma em Kelsen tanto a presença da definição do direito como regra da força, quanto a identificação das normas jurídicas com as normas secundárias, a negação desse modo de entender as relações entre direito e força pode ser feita com os mesmos argumentos com que procuramos rebater a consideração das normas secundárias como únicas normas jurídicas, nessas páginas do curso anterior a que remetemos.

Aqui, no âmbito da teoria do ordenamento jurídico, podemos acrescentar ainda uma observação. A definição do direito como conjunto de regras para o exercício da força é uma definição do direito que podemos classificar entre as definições quanto ao conteúdo. Mas é uma definição extremamente limitativa. Se consideramos as normas singulares de um ordenamento, essa limitação da definição salta imediatamente aos olhos: chamamos de normas jurídicas também aquelas normas que estabelecem de que modo é obrigatório,

2. A. ROSS, *On Law and Justice*, Londres, 1958, p. 53.

3. *Op. cit.*, p. 52.

ou proibido, ou lícito aos cidadãos se comportarem. Como dissemos várias vezes, a juridicidade de uma norma não se determina através do seu conteúdo (nem através da forma, ou do fim e assim por diante), mas simplesmente através da sua pertinência ao ordenamento, pertinência que, por sua vez, se determina remontando da norma inferior à norma superior até a norma fundamental. Se consideramos o ordenamento jurídico no seu todo, é certamente lícito dizer que um ordenamento se torna jurídico quando vão se formando regras para o uso da força (passa-se da fase do uso indiscriminado à fase do uso limitado e controlado da força); mas não é igualmente lícito dizer que, em consequência disso, um ordenamento jurídico é um conjunto de regras para o exercício da força. Num ordenamento jurídico, as regras para o exercício da força são aquela porção de regras que serve para organizar a sanção, e, portanto, para tornar mais eficazes as normas de conduta e o próprio ordenamento na sua totalidade. O objetivo de todo legislador não é o de organizar a força, *mas organizar a sociedade mediante a força*. A definição de Kelsen e de Ross parece limitativa também em relação ao ordenamento jurídico considerado no seu todo, pois confunde a parte com o todo, o instrumento com o fim.

Capítulo III

A coerência do ordenamento jurídico

SUMÁRIO: 13. O ordenamento jurídico como sistema. – 14. Três significados de sistema. – 15. As antinomias. – 16. Vários tipos de antinomias. – 17. Critérios para a solução das antinomias. – 18. Insuficiência dos critérios. – 19. Conflito dos critérios. – 20. O dever da coerência.

13. O ordenamento jurídico como sistema

No capítulo anterior falamos da *unidade* do ordenamento jurídico e mostramos que se pode falar de unidade à medida que se pressuponha na base do ordenamento jurídico uma norma fundamental a que possam remontar, direta ou indiretamente, todas as normas do ordenamento. O problema ulterior que se nos apresenta é saber se um ordenamento jurídico, além de uma unidade, também constitui um *sistema*; em síntese, se é uma *unidade sistemática*. Entendemos por “sistema” uma *totalidade ordenada*, ou seja, um conjunto de organismos, entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar de uma ordem, é preciso que os organismos constitutivos não estejam apenas em relação com o todo, mas estejam também em relação de compatibilidade entre si. Pois bem, quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, perguntamo-nos se as normas que o compõem estão em relação de compatibilidade entre si e em que condições é possível essa relação.

O problema do sistema jurídico foi pouco estudado até agora. Juristas e filósofos do direito falam em geral do direito como de um sistema, mas em que consiste esse sistema não é muito claro. Podemos também aqui partir da análise do conceito de sistema feita por Kelsen. Esse autor distingue entre os ordenamentos normativos dois tipos de sistemas, e chama um de *estático* e o outro de *dinâmico*.