

Esta obra foi publicada originalmente em italiano com o título
TEORIA GENERALE DEL DIRITTO
por G. Giappichelli Editore.
Copyright © 1993, G. Giappichelli Editore, Turim, Itália.
Copyright © 2007, Livraria Martins Fontes Editora Ltda.,
São Paulo, para a presente edição.

1ª edição 2007

2ª edição 2008

Tradução

DENISE AGOSTINETTI

Revisão da tradução e preparação do original

Silvana Cobucci Leite

Acompanhamento editorial

Luzia Aparecida dos Santos

Revisões gráficas

Maria Luiza Favret

Ana Maria de O. M. Barbosa

Dinarte Zorzanelli da Silva

Produção gráfica

Geraldo Alves

Paginação/Fotolitos

Studio 3 Desenvolvimento Editorial

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Bobbio, Norberto, 1909-2004.

Teoria geral do direito / Norberto Bobbio ; tradução Denise Agostinetti ; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. – 2ª ed. – São Paulo : Martins Fontes, 2008. – (Justiça e direito)

Título original: Teoria generale del diritto.

ISBN 978-85-336-2433-7

I. Direito – Filosofia 2. Direito – Teoria I. Título. II. Série.

08-03365

CDU-340.11

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito : Teoria 340.11

2. Teoria geral do direito 340.11

Todos os direitos desta edição reservados à
Livraria Martins Fontes Editora Ltda.
Rua Conselheiro Ramalho, 330 01325-000 São Paulo SP Brasil
Tel. (11) 3241.3677 Fax (11) 3105.6993
e-mail: info@martinsfonteseditora.com.br <http://www.martinsfonteseditora.com.br>

atitude com que os cidadãos a recebem: e se diz jurídica aquela norma que é seguida com a convicção ou a crença da sua obrigatoriedade (*opinio iuris ac necessitatis*), como já mencionado no curso anterior. Essa *opinio iuris ac necessitatis* é um ente bem misterioso. O que significa? A única maneira de dar-lhe um significado é esta: seguir uma norma com a convicção da sua obrigatoriedade significa segui-la com a convicção de que, se a violarmos, iremos ao encontro da intervenção do Poder Judiciário e muito provavelmente da aplicação de uma sanção. O sentimento de obrigatoriedade é, em última instância, o sentimento de que aquela norma singular faz parte de um organismo mais complexo e da pertinência a esse organismo extrai seu caráter específico. Mesmo nesse caso, portanto, a noção a que se recorre para definir a juridicidade de uma norma encontra a sua natural explicação quando se procura ver, por intermédio da norma, o ordenamento que a compreende.

A segunda variante do critério do destinatário é aquela segundo a qual as normas jurídicas são destinadas ao juiz. É claro que uma definição desse tipo só tem algum significado se se define a noção de juiz. Quem é o juiz? O que se entende por juiz? Mas não se pode dar uma definição de juiz sem que se amplie a visão para todo o ordenamento. Diríamos que o juiz é aquele ao qual uma norma do ordenamento atribui o poder e o dever de decidir quem tem razão e quem está errado, de modo a tornar possível a execução de uma sanção. Mas desse modo somos remetidos novamente da norma singular ao sistema normativo. E percebemos, mais uma vez, que assim que procuramos tornar conclusiva uma definição do direito referente à norma, somos obrigados a deixar a norma e a abraçar o ordenamento.

3. A nossa definição do direito

Voltemos agora à definição de direito a que chegamos no curso anterior. Naquela ocasião determinamos a norma

jurídica por meio da sanção, e a sanção jurídica por meio das características da *exterioridade* e da *institucionalização*, daí a definição de norma jurídica como aquela norma "cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada".

Essa definição é uma confirmação do que destacamos nas duas primeiras seções, ou seja, da necessidade, em que se encontra o teórico geral do direito, a um certo ponto da pesquisa, de deixar a norma singular pelo ordenamento. Se sanção jurídica é apenas a institucionalizada, é sinal de que, para haver direito, é preciso haver, em maior ou menor medida, uma organização, ou seja, um sistema normativo completo. Definir o direito por meio da noção de sanção organizada significa procurar o caráter distintivo do direito não em um elemento da norma, mas em um conjunto orgânico de normas. Em outras palavras, poderíamos dizer que a pesquisa por nós realizada na *Teoria da norma jurídica* é uma confirmação do caminho obrigatório que o teórico geral do direito realiza da parte ao todo, ou seja, do fato de que, mesmo partindo da norma, chega-se, se se pretende entender o fenômeno do direito, ao ordenamento.

Para maior clareza, podemos também exprimir-nos do seguinte modo: *o que costumamos chamar de direito é um caráter de certos ordenamentos normativos mais que de certas normas*. Se aceitamos essa tese, o problema da definição do direito torna-se um problema de definição de um ordenamento normativo e da conseqüente distinção entre esse tipo de ordenamento normativo e um outro, não um problema de definição de um tipo de normas. Nesse caso, para definir a norma jurídica bastará dizer que norma jurídica é aquela que pertence a um ordenamento jurídico, remetendo manifestamente o problema de determinar o que significa "jurídico" da norma para o ordenamento. Com esse reenvio demonstra-se que a dificuldade de encontrar uma resposta para a pergunta: "O que se entende por norma jurídica?" resolve-se deslocando o plano da pesquisa, ou seja, fazendo uma nova pergunta: "O que se entende por ordenamento jurídico?". Se, como parece, só se consegue dar uma resposta

sensata para essa segunda pergunta, isso significa que o problema da definição do direito encontra o seu âmbito apropriado na teoria do ordenamento, e não na teoria da norma. O que é um argumento em favor da importância, desde o início anunciada, da teoria do ordenamento, a que este novo curso se refere. Somente em uma teoria do ordenamento – esse é o ponto a que era preciso chegar – o fenômeno jurídico encontra a sua explicação adequada.

Já no curso anterior deparamo-nos com o fenômeno de normas sem sanção. Partindo da consideração da norma jurídica, deveríamos responder que, se a sanção é a característica essencial das normas jurídicas, normas sem sanção não são normas jurídicas. Em vez disso, julgamos que era preciso responder que “quando falamos de uma sanção organizada como elemento constitutivo do direito, referimo-nos não às normas singulares, mas ao *ordenamento normativo considerado no seu todo*, razão pela qual dizer que a sanção organizada distingue o ordenamento jurídico de qualquer outro tipo de ordenamento não implica que *todas* as normas desse sistema sejam sancionadas, mas apenas que *a maior parte* o seja” (p. 147). Essa nossa resposta mostra, em concreto, que um problema mal resolvido no plano da norma singular encontra uma solução mais satisfatória no plano do ordenamento.

Pode-se dizer o mesmo sobre o problema da *eficácia*. Se consideramos a eficácia como uma característica das normas jurídicas, a certo ponto deparamos com a necessidade de negar o caráter de norma jurídica a normas que pertencem ao sistema normativo dado (uma vez que foram legitimamente produzidas) e, portanto, são válidas, mas não são eficazes porque nunca foram aplicadas (como é o caso de muitas normas da Constituição italiana). A dificuldade é resolvida, também nesse caso, deslocando-se a perspectiva da norma singular para o ordenamento considerado no seu todo e afirmando que a eficácia é um caráter constitutivo do direito somente se com a expressão “direito” nos referimos não à norma singular, mas ao ordenamento. O problema da

validade e da eficácia, que dá lugar a dificuldades insuperáveis enquanto se considera uma norma do sistema (que pode ser válida sem ser eficaz), se resolve se nos referimos ao ordenamento jurídico, em que a eficácia é o fundamento mesmo da validade.

No plano da norma jurídica, um outro problema que deu lugar a infinitas e estéreis controvérsias é o do direito consuetudinário. Como se sabe, o principal problema de uma teoria do costume é o de determinar em que uma norma consuetudinária jurídica se distingue de uma norma consuetudinária não-jurídica, em outras palavras, por meio de que processo uma simples norma do costume se torna uma norma jurídica. Talvez esse problema seja insolúvel por estar mal colocado. Se é verdade, como procuramos mostrar até aqui, que o que costumamos chamar de direito é um fenômeno muito complexo que tem como ponto de referência todo um sistema normativo, é inútil procurar o elemento distintivo de um costume jurídico em relação à regra do costume na norma singular consuetudinária. Devemos responder, ao contrário, que uma norma consuetudinária se torna jurídica quando passa a integrar um ordenamento jurídico. Mas desse modo o problema deixa de ser aquele tradicional da teoria do costume: “Qual é o caráter distintivo de uma norma jurídica consuetudinária em relação a uma regra do costume?” e passa a ser outro: “Quais são os procedimentos por meio dos quais uma norma consuetudinária passa a integrar um ordenamento jurídico?”

Concluindo, essa posição predominante que aqui se dá ao ordenamento jurídico leva a uma inversão de perspectiva no estudo de alguns problemas da teoria geral do direito. Essa inversão pode ser expressa sinteticamente da seguinte forma: enquanto para a teoria tradicional um ordenamento jurídico se compõe de normas jurídicas, para a nova perspectiva normas jurídicas são aquelas que passam a integrar um ordenamento jurídico. Em outros termos: não existem ordenamentos jurídicos porque existem normas jurídicas dis-

tintas de normas não-jurídicas; mas existem normas jurídicas porque existem ordenamentos jurídicos distintos de ordenamentos não-jurídicos. O termo "direito", na acepção mais comum de direito objetivo, indica um tipo de sistema normativo, não um tipo de norma.

4. Pluralidade de normas

Uma vez esclarecido que o termo "direito" refere-se a um determinado tipo de ordenamento, cabe-nos aprofundar o conceito de ordenamento. Para começar, vamos partir de uma definição muito genérica de ordenamento, que aos poucos iremos especificando: o ordenamento jurídico (como qualquer outro sistema normativo) *é um conjunto de normas*. Essa definição genérica de ordenamento pressupõe uma única condição: que para a constituição de um ordenamento concorram mais normas (ao menos duas) e que não exista ordenamento composto por uma única norma.

Podemos imaginar um ordenamento composto por uma única norma? Penso que a existência de semelhante ordenamento deve ser excluída. Assim como uma regra de conduta pode referir-se a todas as ações possíveis do homem, e a regulamentação consiste em qualificar uma ação com uma das três modalidades normativas (ou deônticas) do obrigatório, do proibido e do permitido, para conceber um ordenamento composto por uma única norma seria preciso imaginar uma norma que se referisse a *todas* as ações possíveis e as qualificasse com uma *única* modalidade. Postas essas condições, só existem três possibilidades de conceber um ordenamento composto por uma única norma:

1. *Tudo é permitido*: mas uma norma desse tipo é a negação de qualquer ordenamento jurídico, ou, se se preferir, é a definição do estado de natureza, que é a negação de todo ordenamento civil.