



FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

Reitor: João Cláudio Todorov
Vice-Reitor: Sérgio Barroso de Assis Fonseca

EDITORA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

Conselho Editorial

Alexandre Lima
Álvaro Tamayo Lombana
Aryon Dall Igna Rodrigues
Dourimar Nunes de Moura
Emanuel Araújo (Presidente)
Euridice Carvalho de Sardinha Ferro
Lúcio Benedito Reno Salomon
Marcel Auguste Dardenne
Sylvia Ficher
Vilma de Mendonça Figueiredo
Volnei Garrafa

NORBERTO BOBBIO

TEORIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Apresentação:
Tercio Sampaio Ferraz Júnior

Tradução:
Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos
Prof. associada da Faculdade de Direito da USP

Revisão Técnica:
Claudio De Cicco
Prof. associado da Faculdade de Direito da USP

6ª edição



A Editora Universidade de Brasília, instituída pela Lei nº 3.998, de 15 de dezembro de 1961, tem como objetivo "editar obras científicas, técnicas e culturais, de nível universitário".

ma''), eis que nos defrontamos com limites não apenas formais, mas de conteúdo, isto é, limites que restringem o poder do testador não só com respeito ao *como* mas também ao *quê*.

6. A norma fundamental

No parágrafo quarto, procedendo das normas inferiores para as superiores, paramos nas normas constitucionais.

Será que as normas constitucionais são as últimas, além das quais não se pode ir?

Por outro lado, aqui e acolá, tivemos ocasião de falar de uma norma fundamental de todo o ordenamento jurídico. Será que as normas constitucionais são a norma fundamental?

Para fecharmos o sistema, devemos dar agora um passo além das normas constitucionais.

Partamos da consideração de que toda norma pressupõe um poder normativo: *norma* significa imposição de obrigações (imperativo, comando, prescrição, etc.); onde há obrigação, como já vimos, há poder.

Portanto, se existem normas constitucionais, deve existir o poder normativo do qual elas derivam: esse poder é o poder constituinte. O poder constituinte é o poder último, ou, se quisermos, 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 autoriza a produzir normas jurídicas.

Dado o poder constituinte como poder último, devemos pressupor, portanto, 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 poder de fixar normas válidas, impõe a todos aqueles aos quais se referem as normas constitucionais o dever de obedecê-las. É uma norma ao mesmo tempo atributiva e imperativa, segundo se considere do ponto de vista do poder ao qual dá origem ou da obrigação que dele nasce. Poder de ser formulada da seguinte maneira: "O poder constituinte está autorizado a estabelecer normas obrigatórias para toda a coletividade", ou: "A coletividade é obrigada a obedecer às normas estabelecidas pelo poder constituinte"

Note-se bem: a norma fundamental não é expressa, mas nós a pressupomos para fundar o sistema normativo. Para fundar o sistema normativo é necessária uma norma última, além da qual seria inútil ir. Todas as polémicas sobre a norma fundamental resultam da não compreensão de sua função.

Posto um ordenamento de normas de diversas procedências, a unidade do ordenamento postula que as normas que o compõem sejam unificadas. Essa *reductio ad unum* não pode ser realizada se no ápice do sistema não se põe uma norma única, da qual todas as outras, direta ou indiretamente, derivem.

Essa norma única não pode ser senão aquela que impõe obedecer ao poder originário do qual deriva a Constituição, que dá origem às leis ordinárias, que, por sua vez, dão origem aos regulamentos, decisões judiciais, etc. Se não postulássemos uma norma fundamental, não acharíamos o *ubi consistam*, ou seja, o ponto de apoio do sistema. E essa norma última não pode ser senão aquela de onde deriva o poder primeiro.

Tendo definido todo o poder jurídico como produto de uma norma jurídica, podemos considerar o poder constituinte como poder jurídico, mas somente se o consideramos também como produto de uma norma jurídica. A nor-

ma jurídica que produz o poder constituinte é a norma fundamental.

O fato de essa norma não ser expressa não significa que não exista: a ela nos referimos como o fundamento subentendido da legitimidade de todo o sistema. Quando apelamos à Constituição para requerer a sua aplicação, alguma vez nos perguntamos o que significa juridicamente essa nossa apelação? Significa que consideramos legítima a Constituição porque foi legitimamente estabelecida. Se depois nos perguntarmos o que significa o ter sido legitimamente estabelecida, ou remontarmos ao decreto do governo provisório que se instalou na Itália em 25 de junho de 1944, e que atribuía a uma futura assembleia constituinte a tarefa de deliberar uma nova Constituição do Estado italiano, ou então aceitarmos as teses da ruptura entre o velho e o novo ordenamento, não poderemos fazer outra coisa senão pressupor uma norma que impõe obediência àquilo que o poder constituinte estabeleceu; essa norma fundamental, mesmo 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.

Temos falado até agora de ordenamento como conjunto de normas. Como faremos para estabelecer se uma norma faz parte de um ordenamento?

A pertinência de uma norma a um ordenamento é aquilo que se chama de *validade*. Vimos anteriormente quais são as condições pelas quais se pode dizer que uma norma é válida. Tais condições servem justamente para provar que uma determinada norma pertence a um ordenamento. Uma norma existe como norma jurídica, ou é juridicamente válida, enquanto pertence a um ordenamento jurídico.

Saber se uma norma jurídica é válida, ou não, não é uma questão ociosa. Se uma norma jurídica é válida significa que é obrigatório conformar-se a ela. E ser obrigatório conformar-se a ela significa geralmente que, se não nos conformarmos, o juiz será por sua vez obrigado a intervir, atribuindo esta ou aquela sanção.

Se é verdade que os cidadãos muitas vezes agem sem se preocupar com as consequências jurídicas de suas ações, e, portanto, sem se perguntar se aquilo que fazem está ou não conforme a uma norma válida, o juiz aplica somente as normas que são, ou ele considera, válidas.

O juízo sobre a validade de uma norma é decisivo, se não sempre para a conduta do cidadão, sempre para a conduta do juiz.

Mas como faz o cidadão ou o juiz para distinguir uma norma válida de uma inválida? Em outras palavras, como fará para distinguir uma norma pertencente ao sistema de uma norma que a ele não pertence?

Afirmamos anteriormente que a primeira condição para que uma norma seja considerada válida é que ela advinha de uma autoridade com poder legítimo de estabelecer normas jurídicas.

Mas qual é a autoridade que tem esse poder legítimo? Quem é essa autoridade à qual esse poder foi atribuído por uma norma superior, também legítima? E essa norma superior, de onde vem? 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 é portanto a norma fundamental.

Assim podemos responder como se pode estabelecer a pertinência de uma norma a um ordenamento: remontando de grau em grau, de poder em poder, até a norma fundamental.

E porque o fato de pertencer a um ordenamento significa validade, podemos concluir que uma norma é válida-

da quando puder ser reinserida, não importa se através de um ou mais graus, na norma fundamental.

Então diremos que a norma fundamental é o critério supremo que permite estabelecer se uma norma pertence a um ordenamento; em outras palavras, é o *fundamento de validade de todas as normas do sistema*. Portanto, não só a exigência de *unidade* do ordenamento mas também a exigência de fundamentar a validade do ordenamento nos induzem a postular a norma fundamental, a qual é, simultaneamente, o fundamento de validade e o princípio unificador das normas de um ordenamento. E como um ordenamento pressupõe a existência de um critério para estabelecer se as partes pertencem ao todo, e um princípio que as unifique, não pode existir um ordenamento sem norma fundamental. Uma teoria coerente do ordenamento jurídico e a teoria da norma fundamental são indissociáveis.

Mas alguém pode perguntar: "E a norma fundamental, sobre o que é que se funda?" Grande parte da hostilidade à admissão da norma fundamental deriva da objeção formulada em tal pergunta. Temos dito várias vezes que a norma fundamental é um pressuposto do ordenamento: ela, num sistema normativo, exerce a mesma função que os postulados num sistema científico. Os postulados são aquelas proposições primitivas das quais se deduzem outras, mas que, por sua vez, não são deduzíveis. Os postulados são colocados por convenção ou por uma pretensa evidência des-tes; o mesmo se pode dizer da norma fundamental: ela é uma convenção, ou, se quisermos, uma proposição evidente que é posta no vértice do sistema para que a ela se possam reconduzir todas as demais normas. À pergunta "sobre o que ela se funda" deve-se responder que ela não tem fundamento, porque, se tivesse, não seria mais a norma fundamental, mas haveria outra norma superior, da qual ela dependeria. Ficaria sempre aberto o problema do fundamento da nova norma, e esse problema não poderia ser

resolvido senão remontando também a outra norma, ou aceitando a nova norma como postulado. Todo sistema tem um início. Perguntar o que estaria atrás desse início é problema estéril. A única resposta que se pode dar a quem quiser saber qual seria o fundamento do fundamento é que para sabê-lo seria preciso sair do sistema. Assim, no que diz respeito ao fundamento da norma fundamental, pode-se dizer que ele se constitui num problema não mais jurídico, cuja solução deve ser procurada fora do sistema jurídico, ou seja, daquele sistema que para ser fundado traz a norma fundamental como postulado.

Com o problema do fundamento da norma fundamental saímos da teoria do Direito positivo e entramos na secular discussão em torno do fundamento, ou melhor, da justificação, em sentido absoluto, do poder.

Podemos conceber as teorias tradicionais 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 desde que se transcenda o ordenamento jurídico positivo, e se tome em consideração um ordenamento mais amplo, por exemplo, o ordenamento cósmico, ou o ordenamento humano de uma forma geral, do qual o ordenamento jurídico é considerado uma parte; noutras palavras, desde que se faça a operação de inserir um determinado sistema (no nosso caso o sistema jurídico) num sistema mais amplo.

Apresentamos aqui, como ilustração daquilo que estamos dizendo, algumas respostas famosas dadas ao problema do fundamento último do poder, tendo presente que cada uma dessas respostas pode ser concebida como a formulação de uma norma superior à norma fundamental, na qual nos detivemos, e como a descoberta de um poder superior ao poder constituinte, isto é, do 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 da obediência ao poder constituinte deriva do fato de que tal poder (como todo poder soberano) deriva de Deus, isto é, foi autorizado por Deus a formular normas jurídicas válidas. O que significa que na pirâmide do ordenamento é preciso acrescentar um grau superior ao representado pelo poder normativo dos órgãos constitucionais. Esse grau superior é o poder normativo divino.

O legislador ordinário é delegado do legislador constituinte; o legislador constituinte é delegado de Deus. A norma fundamental, nesse caso, é aquela que faz de Deus a autoridade capaz de fixar normas obrigatórias para todos os homens e ao mesmo tempo manda que todos os homens obedeçam às ordens de Deus.

b) O dever de obedecer ao poder constituinte deriva da *lei natural*. Por lei natural se entende uma lei que não foi estabelecida por uma autoridade histórica, mas é revelada ao homem através da razão. A definição mais freqüente do Direito natural é: *dictamen rectae rationis* (ditame da reta razão). Para dar uma justificação do 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 comum a todos os homens. Algumas correntes jusnaturalistas sustentam que um dos preceitos fundamentais da razão, e portanto da lei natural, é o de que é preciso obedecer aos governantes (é a assim chamada teoria da obediência). Para quem sustenta essa teoria, a norma fundamental de um ordenamento positivo é fundada sobre uma lei natural que manda obedecer à razão, a qual por sua vez manda obedecer aos governantes.

c) O dever de obedecer ao poder constituinte deriva de uma *convenção originária*, da qual o poder tira a pró-

pria justificação. Ao longo de todo o curso do pensamento político, desde a antigüidade até a era moderna, o fundamento do poder foi achado amiúde no assim chamado *contrato social*, isto é, num acordo originário entre aqueles que se reúnem em sociedade, ou entre os membros de uma sociedade e aqueles aos quais é confiado o poder. Segundo essa doutrina, o poder constituído encontra sua legitimidade não mais no fato de derivar de Deus ou da natureza, mas na vontade concorde daqueles que lhe dão vida. Aqui a vontade coletiva tem a mesma função de Deus nas doutrinas teológicas e da razão nas doutrinas jusnaturalistas: isto é, a função de representar um grau superior além da norma fundamental de um ordenamento jurídico positivo, aquele grau supremo que permita dar uma resposta à pergunta sobre o fundamento do fundamento. Mas essa resposta, apesar das aparências, não é mais realista que as anteriores, e, como elas, desloca o problema da existência de um ordenamento jurídico para a sua justificação.

7. Direito e força

Além da objeção sobre o fundamento da norma fundamental, a teoria da norma fundamental é objeto de uma outra crítica muito freqüente, que não diz mais respeito ao fato da existência de uma norma fundamental, mas ao *seu conteúdo*. A norma fundamental, assim como a temos aqui pressuposta, estabelece que é preciso obedecer ao poder originário (que é o mesmo poder constituinte). Mas o que é poder originário? É o conjunto das forças políticas que num determinado momento histórico tomaram o domínio e instauraram um novo ordenamento jurídico. Objeta-se então que fazer depender todo o sistema normativo do poder originário significa *reduzir o direito à força*. Em primeiro lugar não se deve confundir o *poder* com