

CAPÍTULO 3

A coerência do ordenamento jurídico

1. O ordenamento jurídico como sistema

No capítulo anterior falamos da *unidade* do ordenamento jurídico, e mostramos que se pode falar de unidade somente se se pressupõe como base do ordenamento uma norma fundamental com a qual se possam, direta ou indiretamente, relacionar todas as normas do ordenamento. O próximo problema que se nos apresenta é se um ordenamento jurídico, além de uma unidade, constitui também um *sistema*. Em poucas palavras, se é uma *unidade sistemática*. Entendemos por "sistema" uma *totalidade ordenada*, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si. Quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, nos perguntamos se as normas que o compõem estão num relacionamento de coerência entre si, e em que condições é possível essa relação.

O problema do sistema jurídico foi até agora escassamente estudado. Juristas e filósofos do Direito falam em geral do Direito como de um sistema; mas em que consiste este sistema não fica muito claro. Podemos também, aqui, começar pela análise do conceito de sistema feita por Kelsen. Ele distingue entre os ordenamentos normativos dois tipos de sistemas, um que chama *estático* e outro *dinâmico*.

Sistema estático é aquele no qual as normas estão re-

lacionadas umas às outras como as proposições de um sistema dedutivo, ou seja, pelo fato de que derivam umas das outras partindo de uma ou mais normas originárias de caráter geral, que têm a mesma função dos postulados ou axiomas num sistema científico. Um exemplo: Hobbes põe como fundamento da sua teoria do Direito e do Estado a máxima *Pax est quaerenda* (A paz deve ser procurada), e com isso quer entender que o postulado ético fundamental do homem é a necessidade de evitar a guerra e procurar a paz; dessa regra fundamental deduz ou pretende deduzir todas as principais regras da conduta humana, que chama de leis naturais. É claro então que todas essas leis formam um sistema, uma vez que são deduzidas da primeira. Uma semelhante construção de um conjunto de normas é o que Kelsen chama de "sistema estático". Pode-se dizer, em outras palavras, que num sistema desse gênero as normas estão relacionadas entre si no que se refere ao seu *conteúdo*.

Sistema dinâmico, por outro lado, é aquele no qual as normas que o compõem derivam umas das outras através de sucessivas delegações de poder, isto é, não através do seu conteúdo, mas através da *autoridade* que as colocou; uma autoridade inferior deriva de uma autoridade superior, até que chega à autoridade suprema que não tem nenhuma outra acima de si. Pode-se dizer que a relação entre as várias normas é, nesse tipo de ordenamento normativo, não material, mas *formal*. Um exemplo de sistema dinâmico seria aquele que colocasse no vértice do ordenamento a máxima "É preciso obedecer à vontade de Deus". Nesse caso, o fato de outras normas pertencerem ao sistema não seria determinado pelo seu conteúdo, isto é, pelo fato de que estabelecem uma certa conduta de preferência a outra, mas pelo fato de que através da passagem de uma autoridade a outra possam ser reconduzidas à autoridade divina.

A distinção entre os dois tipos de relação entre normas, a material e a formal, é constatável na experiência diária, quando, encontrando-nos na situação de ter que justificar uma ordem (e a justificação é feita inserindo-a num sistema), abrimos dois caminhos, ou seja, o de justificá-la deduzindo-a de uma ordem de abrangência mais geral ou o de atribuí-la a uma autoridade indiscutível. Por exemplo, um pai ordena ao filho que faça a lição, e o filho pergunta: "Por quê?" Se o pai responde: "Porque deves aprender", a justificação tende à construção de um sistema estático; se responder: "Porque deves obedecer a teu pai", a justificação tende à construção de um sistema dinâmico. Digamos que o filho, não satisfeito, peça outra justificação. No primeiro caso perguntará: "Por que devo aprender?" A construção do sistema estático levará a uma resposta deste tipo: "Porque precisas ser aprovado". No segundo caso perguntará: "Por que devo obedecer a meu pai?" A construção do sistema dinâmico levará a uma resposta deste tipo: "Porque teu pai foi autorizado a mandar pela lei do Estado". Observem-se, no exemplo, os dois diferentes tipos de relação para passar de uma norma a outra: no primeiro caso, através do conteúdo da prescrição; no segundo caso, através da autoridade que a colocou.

Feita a distinção, Kelsen sustenta que os ordenamentos jurídicos são sistemas do segundo tipo; são sistemas dinâmicos. Sistemas estáticos seriam os ordenamentos morais. Surge aqui outro critério para a distinção entre Direito e moral. O ordenamento jurídico é um ordenamento no qual o enquadramento das normas é julgado com base num critério meramente formal, isto é, independentemente do conteúdo; o ordenamento moral é aquele cujo critério de enquadramento das normas no sistema é fundado sobre aquilo que as normas prescrevem (e não sobre a autoridade de que derivam). Mas, se é assim, parece difícil falar apropriadamente do ordenamento jurídico como de um

sistema, isto é, chamar “sistema” ao sistema de tipo dinâmico com a mesma propriedade com que se fala em geral de sistema como totalidade ordenada, e em particular de um sistema estático. Que ordem pode haver entre as normas de um ordenamento jurídico, se o critério de enquadramento é puramente formal, isto é, referente não à conduta que elas regulam, mas unicamente à maneira com que foram postas? Da autoridade delegada pode emanar qualquer norma? E se pode emanar qualquer norma, pode emanar também uma norma contrária àquela emanada de uma outra autoridade delegada? Mas poderíamos ainda falar de sistema, de ordem, de totalidade ordenada num conjunto de normas no qual duas normas contraditórias fossem ambas legítimas? Num ordenamento jurídico complexo, como aquele que temos sempre sob as vistas, caracterizado pela pluralidade das fontes, parece não haver dúvida de que possam existir normas produzidas por uma fonte em contraste com normas produzidas por outra. Ora, atendo-se à definição de sistema dinâmico como o sistema no qual o critério do enquadramento das normas é puramente formal, deve-se concluir que num sistema dinâmico duas normas em oposição são perfeitamente legítimas. E de fato, para julgar a oposição de duas normas é necessário examinar o seu conteúdo; não basta referir-se à autoridade da qual emanaram. Mas um ordenamento que admita no seu seio entes em oposição entre si pode ainda chamar-se “sistema”? Como se vê, que um ordenamento jurídico constitua um sistema, sobretudo se se partir da identificação do ordenamento jurídico com o sistema dinâmico, é tudo, menos óbvio. Ou, pelo menos, cumpre precisar, se se quiser continuar a falar de sistema normativo em relação ao Direito, em qual sentido, em quais condições e dentro de quais limites se pode falar dele.

2. Três significados de sistema

Na linguagem jurídica corrente o uso do termo “sistema” para indicar o ordenamento jurídico é comum. Nós mesmos, nos capítulos anteriores, usamos às vezes a expressão “sistema normativo” em vez de “ordenamento jurídico”, que é mais freqüentemente usada. Mas qual seja exatamente o significado da palavra “sistema”, referida ao ordenamento jurídico, geralmente não é esclarecido. Consideremos, para o caso, dois entre os autores italianos mais conhecidos, Del Vecchio e Perassi. Lemos no ensaio de Del Vecchio, *Sobre a estatalidade do direito*, este trecho: “Cada proposição jurídica em particular, mesmo podendo ser considerada também em si mesma, na sua abstratividade, tende naturalmente a se constituir em sistema. A necessidade da coerência lógica leva a aproximar aquelas que são compatíveis ou respectivamente complementares entre si, e a eliminar as contraditórias ou incompatíveis. A vontade, que é uma lógica viva, não pode desenvolver-se também no campo do Direito, a não ser que ligue as suas afirmações, à guisa de reduzi-las a um todo harmônico”.¹ Perassi, em sua *Introdução às ciências jurídicas*: “As normas, que entram para constituir um ordenamento, não ficam isoladas, mas tornam-se parte de um sistema, uma vez que certos princípios agem como ligações, pelas quais as normas são mantidas juntas de maneira a constituir um bloco sistemático”.²

Quando passamos das declarações programáticas ao exercício da atividade do jurista encontramos diante de uma outra prova da tendência constante da jurisprudência de considerar o Direito como sistema:

(1) O ensaio, que é de 1928, se encontra nos *Studi sul diritto*, 1958, v. 1, pp. 89-115. O trecho citado está na página 97.

(2) T. Perassi. *Introduzione alle scienze giuridiche*, 1953, p. 32.

a consideração comum, entre as várias formas da interpretação, da chamada *interpretação sistemática*. Chama-se “interpretação sistemática” aquela forma de interpretação que tira os seus argumentos do pressuposto de que as normas de um ordenamento, ou, mais exatamente, de uma parte do ordenamento (como o Direito privado, o Direito penal) constituam uma totalidade ordenada (mesmo que depois se deixe um pouco no vazio o que se deva entender com essa expressão), e, portanto, seja lícito esclarecer uma norma obscura ou diretamente integrar uma norma deficiente recorrendo ao chamado “espírito do sistema”, mesmo indo contra aquilo que resultaria de uma interpretação meramente literal. Também aqui, para exemplificar, lembramos que o artigo 265 do C. C. italiano reconhece somente a violência e não o erro entre os vícios do reconhecimento do filho natural. Um intérprete, que achou que devia aceitar entre os vícios do reconhecimento do filho natural também o erro, contra a letra da Lei, teve que apelar para a chamada vontade objetiva da Lei, isto é, para “aquele comando que, por ser fundado sobre a *lógica do inteiro sistema*, pode dizer-se realmente definitivo para o intérprete”.³ Que o ordenamento jurídico, ou pelo menos parte dele, constitua um sistema é um pressuposto da atividade interpretativa, um dos ossos do ofício, digamos assim, do jurista.

Mas a existência de um sistema normativo também não significa que se saiba exatamente que tipo de sistema é esse. O termo “sistema” é um daqueles termos de muitos significados, que cada um usa conforme suas próprias conveniências.

(3) F. Salvi. “L'errore nell'accertamento della filiazione naturale”, *Riv. Trim. Dir. e proc. Civ.*, VI (1952), p. 24.

No uso histórico da filosofia do Direito e da jurisprudência parece-me que emergem três diferentes significados de sistema. Um primeiro significado é o mais próximo ao significado de “sistema” na expressão “sistema dedutivo”, ou, mais exatamente, foi baseado nele. Em tal acepção diz-se que um dado ordenamento é um sistema enquanto todas as normas jurídicas daquele ordenamento são deriváveis de alguns princípios gerais (ditos “princípios gerais do Direito”), considerados da mesma maneira que os postulados de um sistema científico. Essa acepção muito trabalhada do termo “sistema” foi referida historicamente somente ao ordenamento do Direito natural. Uma das mais constantes pretensões dos jusnaturalistas modernos, pertencentes à escola racionalista, foi a de construir o Direito natural como um sistema dedutivo. E uma vez que o exemplo clássico do sistema dedutivo era a geometria de Euclides, a pretensão dos jusnaturalistas resolvia-se na tentativa (verdadeiramente desesperada) de elaborar um sistema jurídico *geometrico more demonstratum*. Citemos um trecho muito significativo de Leibniz: “De qualquer definição podem-se tirar conseqüências seguras, empregando as incontestáveis regras da lógica. Isso é precisamente o que se faz construindo as ciências necessárias e demonstrativas, que não dependem dos fatos mas unicamente da razão, como a lógica, a metafísica, a geometria, a ciência do movimento, a *Ciência do Direito*, as quais não são de modo nenhum fundadas na experiência e nos fatos, mas servem para dar a razão dos fatos e regulá-los por antecipação: isso valeria para o Direito ainda que não houvesse no mundo uma só lei”.⁴ “A teoria do Direito faz parte do nú-

(4) *Riflessioni sulla nozione comune di giustizia*, in *Scritti politici e di diritto naturale*, ed. Utet, Turim, 1951, p. 219.

mero daquelas que não dependem de experiências, mas de definições: não do que mostram os sentidos, mas do que demonstra a razão.”⁵

Um segundo significado de sistema, que não tem nada a ver com o que foi ilustrado, encontramos-lo na ciência do Direito moderno, que nasce, pelo menos no Continente, da pandectista alemã, e vem de Savigny, que é o autor, não por acaso, do célebre *Sistema do Direito romano atual*. É muito freqüente entre os juristas a opinião de que a ciência jurídica moderna nasceu da passagem da jurisprudência exegética à *jurisprudência sistemática* ou, em outras palavras, que a jurisprudência se elevou ao nível de ciência tornando-se “sistemática”. Parece quase se querer dizer que a jurisprudência não merece o nome de ciência enquanto não chega a sistema, mas que é somente arte hermenêutica, técnica, comentário a textos legislativos. Muitos tratados de juristas são intitulados *Sistema*, evidentemente para indicar que se desenvolveu ali um estudo científico. O que significa nesta acepção “sistema”? Os juristas não pretendem certamente dizer que a jurisprudência sistemática consista na dedução de todo o Direito de alguns princípios gerais, como queria Leibniz. Aqui o termo “sistema” é usado, ao contrário, para indicar um ordenamento da matéria, realizado através do processo indutivo, isto é, partindo do conteúdo das simples normas com a finalidade de construir conceitos sempre mais gerais, e classificações ou divisões da matéria inteira: a consequência destas operações será o ordenamento do material jurídico do mesmo modo que as laboriosas classificações do zoólogo dão um ordenamento ao reino animal. Na expressão “jurisprudên-

(5) “Elementi di diritto naturale”, *op. cit.*, p. 87.

cia sistemática” usa-se a palavra “sistema” não no sentido das ciências dedutivas, mas no das ciências empíricas ou naturais, isto é, como ordenamento desde baixo, do mesmo modo com que se fala de uma zoologia sistemática. O procedimento típico dessa forma de sistema não é a dedução, mas a *classificação*. A sua finalidade não é mais a de desenvolver analiticamente, mediante regras preestabelecidas, alguns postulados iniciais, mas a de reunir os dados fornecidos pela experiência, com base nas semelhanças, para formar conceitos sempre mais gerais até alcançar aqueles conceitos “generalíssimos” que permitam unificar todo o material dado. Teremos plena consciência do significado de sistema como ordenamento desde baixo, próprio da jurisprudência sistemática, se levarmos em conta que uma das maiores conquistas de que se orgulha essa jurisprudência foi a teoria do negócio jurídico. O conceito de negócio jurídico é manifestamente o resultado de um esforço construtivo e sistemático no sentido do sistema empírico que ordena generalizando e classificando. Surgiu da reunião de fenômenos vários e talvez aparentemente distantes, mas que tinham em comum a característica de serem manifestações de vontades com conseqüências jurídicas. O conceito mais geral elaborado pela jurisprudência sistemática é muito provavelmente o do relacionamento jurídico: é um conceito que permite a redução de todos os fenômenos jurídicos a um esquema único, e favorece portanto a construção de um sistema no sentido de sistema empírico ou indutivo. O conceito de relacionamento jurídico é o conceito sistemático por excelência da ciência jurídica moderna. Mas é claro que a sua função não é a de iniciar um processo de dedução, mas a de permitir um melhor ordenamento da matéria.

O terceiro significado de sistema jurídico é sem dúvi-

da o mais interessante, e é aquele sobre o qual nos detemos neste capítulo. Diz-se que um ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele *normas incompatíveis*. Aqui, "sistema" equivale à validade do princípio que exclui a *incompatibilidade* das normas. Se num ordenamento vêm a existir normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas. Se isso é verdade, quer dizer que as normas de um ordenamento têm um certo relacionamento entre si, e esse relacionamento é o relacionamento de compatibilidade, que implica a exclusão da incompatibilidade. Note-se porém que dizer que as normas devam ser compatíveis não quer dizer que se encaixem umas nas outras, isto é, que constituam um sistema dedutivo perfeito. Nesse terceiro sentido de sistema, o sistema jurídico não é um sistema dedutivo, como no primeiro sentido: é um sistema num sentido menos incisivo, se se quiser, num sentido negativo, isto é, uma ordem que exclui a incompatibilidade das suas partes simples. Duas proposições como: "O quadro negro é negro" e "O café é amargo" são compatíveis, mas não se encaixam uma na outra. Portanto, não é exato falar, como se faz freqüentemente, de *coerência* do ordenamento jurídico, no seu conjunto; pode-se falar de exigência de coerência somente entre suas partes simples. Num sistema dedutivo, se aparecer uma contradição, todo o sistema ruirá. Num sistema jurídico, a admissão do princípio que exclui a incompatibilidade tem por consequência, em caso de incompatibilidade de duas normas, não mais a queda de todo o sistema, mas somente de uma das duas normas ou no máximo das duas.

Por outro lado, confrontado com um sistema dedutivo, o sistema jurídico é alguma coisa de menos; confrontado com o sistema dinâmico, do qual falamos no parágrafo anterior, é algo de mais: de fato, se se admitir o princípio de compatibilidade, para se considerar o enquadramento

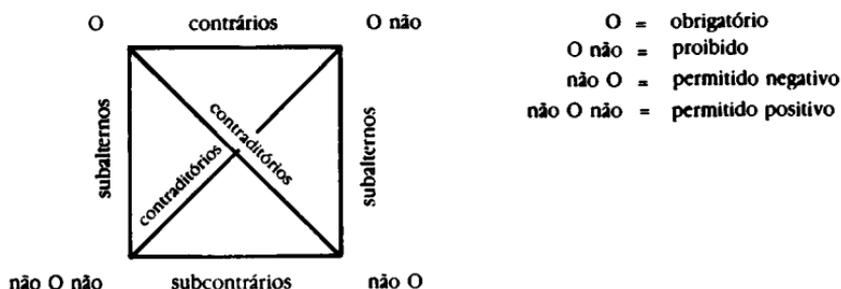
de uma norma no sistema não bastará mostrar a sua derivação de uma das fontes autorizadas, mas será necessário também mostrar que ela não é incompatível com outras normas. Nesse sentido, nem todas as normas produzidas pelas fontes autorizadas seriam normas válidas, mas somente aquelas compatíveis com as outras. Cumpre descobrir, por outro lado, se esse princípio que exclui a incompatibilidade existe e qual é a sua função.

3. *As antinomias*

A situação de normas incompatíveis entre si é uma dificuldade tradicional frente à qual se encontraram os juristas de todos os tempos, e teve uma denominação própria característica: *antinomia*. A tese de que o ordenamento jurídico constitua um sistema no terceiro sentido exposto pode-se exprimir também dizendo que o *Direito não tolera antinomias*. Em nossa tradição romanística o problema das antinomias já foi posto com muita clareza nas duas célebres constituições de Justiniano, e com ele se abre o *Digesto*; aqui Justiniano afirma imperiosamente que no *Digesto* não há normas incompatíveis e usa a palavra *antinomia*. “*Nulla itaque in omnibus praedicti codicis membris antinomia (sic enim a vetustate Graeco vocabulo noncupatur) aliquid sibi vindicet locum, sed sit una concordia, una consequentia, adversario nemine constituto*” (*Deo auctore, ou De conceptione digestorum*). Analogamente: “*Contrarium autem aliquid in hoc codice positum nullum sibi locum vindicabit nec invenitur, si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet*” (*Tanta, ou De confirmatione digestorum*). O fato de no Direito romano, considerado por longos séculos o Direito por excelência, não existirem antinomias foi regra constante para os intérpretes, pelo menos enquanto o Direito romano foi o Direito

vigente. Uma das finalidades da interpretação jurídica era também a de eliminar as antinomias, caso alguma tivesse aparecido, recorrendo aos mais diversos meios hermenêuticos. Nessa obra de resolução das antinomias foram elaboradas algumas regras técnicas que veremos a seguir.

Mas antes temos que responder à pergunta: quando duas normas são ditas incompatíveis? Em que consiste uma antinomia jurídica? Para esclarecer esse ponto recorreremos ao que dissemos no livro anterior sobre os relacionamentos intercorrentes entre as quatro figuras de qualificação normativa, o *obrigatório*, o *proibido*, o *permitido positivo* e o *permitido negativo*. Usemos por comodidade o quadrado, ilustrativo desses relacionamentos, já representado no livro *Teoria della norma giuridica*:



Esse quadrado representa seis relações, vale dizer:

- 1) O — O não: relação entre obrigatório e proibido;
- 2) O — não O: relação entre obrigatório e permitido negativo;
- 3) O não — não O não: relação entre proibido e permitido positivo;
- 4) O — não O não: relação entre obrigatório e permitido positivo;
- 5) O não — não O: relação entre proibido e permitido negativo;

6) *não O não* — *não O*: relação entre permitido positivo e permitido negativo.

Se definirmos como incompatíveis duas proposições (no caso duas normas) que *não podem ser ambas verdadeiras*, das seis relações indicadas três são de incompatibilidade e três de compatibilidade. São relações de incompatibilidade as três primeiras; são relações de compatibilidade as três últimas. De fato:

1) *O* e *O não* são dois contrários, e dois contrários podem ser ambos falsos (F), mas não podem ser ambos verdadeiros (V):

| O | O não |
|---|--------|
| V | F |
| F | V ou F |

2) *O* e *não O* são dois contraditórios, e dois contraditórios não podem ser nem ambos verdadeiros nem ambos falsos:

| O | não O |
|---|-------|
| V | F |
| F | V |

3) *O não* e *não O não* são dois contraditórios, e vale para eles a regra anterior:

| O não | não O não |
|-------|-----------|
| V | F |
| F | V |

4) *O* e *não O não* são dois subalternos, entre os quais existe uma relação de implicação, no sentido de que da verdade do primeiro (ou subalternante) deduz-se a verdade do segundo e não vice-versa, e da falsidade do segundo (ou subalternado) deduz-se a falsidade do primeiro e não vice-versa. (Se uma ação é obrigatória, é necessariamente também permitida, enquanto não é dito que uma ação permitida seja também obrigatória). Graficamente, distinguimos a relação que vai de *O* a *não O não* (ou relação de superimplicação) daquela que vai de *não O não* a *O* (ou relação de subimplicação):

| | |
|---|-----------|
| O | não O não |
| V | V |
| F | F ou V |

| | |
|-----------|--------|
| não O não | O |
| V | V ou F |
| F | F |

5) *O não* e *não O* são também eles subalternos, e valem as considerações do número anterior.

6) *não O não* e *não O* são subcontrários e vale para eles a regra de que podem ser ambos verdadeiros, mas não podem ser ambos falsos:

| | |
|-----------|--------|
| não O não | não O |
| F | V |
| V | V ou F |

Se observarmos com atenção as representações gráficas, resultará que nos primeiros três casos nunca teremos

uma situação na qual se encontrem lado a lado dois VV (o que significa que em nenhum dos primeiros três casos as duas proposições podem ser ambas verdadeiras); ao contrário, nos últimos três casos podem-se encontrar um ao lado do outro os dois VV (o que significa que nesses três casos as duas proposições podem ser ambas verdadeiras). Repetimos, portanto, que, se definirmos como normas incompatíveis aquelas que não podem ser ambas verdadeiras, relações de incompatibilidade normativa verificar-se-ão nestes três casos:

- 1) entre uma norma que *ordena* fazer algo e uma norma que *proíbe* fazê-lo (*contrariedade*);
- 2) entre uma norma que *ordena* fazer e uma que *permite* não fazer (*contraditoriedade*);
- 3) entre uma norma que *proíbe* fazer e uma que *permite* fazer (*contraditoriedade*).

Ilustremos estes três casos com três exemplos:⁶

Primeiro caso: o art. 27 da Constituição italiana, no qual se lê: "A responsabilidade penal é pessoal", está em oposição com o art. 57, § 2º, do C. P., o qual atribui ao diretor de jornal uma responsabilidade para os delitos cometidos por meio da imprensa pelo seus colaboradores, se se interpretar este artigo como configurante de uma responsabilidade objetiva (mas pode-se interpretar também de outras formas que fazem desaparecer a antinomia). Trata-se de dois artigos dirigidos aos órgãos judiciários, dos quais o primeiro pode ser formulado deste modo: "Os juízes *não devem* condenar ninguém que não seja pessoalmente responsável"; e o segundo: "Os juízes *devem* condenar alguém (no

(6) Tiramos estes exemplos e outros temas deste capítulo do livro de G. Cavazzi. *Delle antinomie*, Turim, 1959.

caso específico o diretor de jornal), mesmo não sendo pessoalmente responsável”. Uma vez que uma norma obriga e a outra proíbe o mesmo comportamento, trata-se de duas normas incompatíveis por contrariedade.

Segundo caso: o art. 18 do T. U. das leis sobre a Segurança Pública italiana diz: “Os promotores de uma reunião num lugar público ou aberto ao público devem avisar, pelo menos três dias antes, o delegado”; o art. 17, § 2º da Constituição diz: “Para as reuniões, também em lugares abertos ao público, não é exigido aviso prévio”. Aqui a oposição está clara: o art. 18 do T. U. obriga a fazer aquilo que o art. 17 da Constituição permite não fazer. Trata-se de duas normas incompatíveis porque são contraditórias.

Terceiro caso: o art. 502 do C. P. italiano considera a greve como um delito; o art. 40 da Constituição diz que: “O direito à greve exercita-se no âmbito das leis que o regulam”. O que a primeira norma proíbe, a segunda norma considera lícito, isto é, permite fazer (se bem que dentro de certos limites). Também essas duas normas são incompatíveis por contraditoriedade.

4. *Vários tipos de antinomias*

Definimos a antinomia como aquela situação na qual são colocadas em existência duas normas, das quais uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento. Mas a definição não está completa. Para que possa ocorrer antinomia são necessárias duas condições, que, embora óbvias, devem ser explicitadas:

1) As duas normas devem pertencer ao mesmo ordenamento. O problema de uma antinomia entre duas normas pertencentes a diferentes ordenamentos nasce quando eles não são independentes entre si, mas se encontram em um relacionamento qualquer que pode ser de coordenação ou de subordinação. Veremos melhor a natureza do problema no último capítulo, dedicado aos relacionamentos entre ordenamentos. Aqui, basta-nos aludir à tradicional discussão em torno da compatibilidade das normas de um ordenamento positivo com as do Direito natural. Um verdadeiro problema de antinomias entre Direito positivo e Direito natural (isto é, entre dois ordenamentos diferentes) subsiste na medida em que se considere o Direito positivo como ordenamento subordinado ao Direito natural: nesse caso, o intérprete será obrigado a eliminar não somente as antinomias no interior do ordenamento positivo, mas também as subsistentes entre ordenamento positivo e ordenamento natural. Falamos até agora do ordenamento jurídico como sistema. Mas nada impede que o sistema resulte da relação de alguns ordenamentos num ordenamento mais geral. A mesma passagem da norma inferior à norma superior, que constatamos no interior de um ordenamento simples, pode subsistir de ordenamento inferior a ordenamento superior, até um ordenamento supremo que os abraça a todos (ao Direito natural foi atribuída normalmente a função dessa coordenação universal de todo o Direito).

2) As duas normas devem ter o mesmo âmbito de validade. Distinguem-se quatro âmbitos de validade de uma norma: *temporal, espacial, pessoal e material*. Não constituem antinomia duas normas que não coincidem com respeito a:

a) validade temporal: “É proibido fumar das cinco às sete” não é incompatível com: “É permitido fumar das sete às nove”;

b) validade espacial: “É proibido fumar na sala de cinema” não é incompatível com: “É permitido fumar na sala de espera”;

c) validade pessoal: “É proibido, aos menores de 18 anos, fumar” não é incompatível com “É permitido aos adultos fumar”;

d) validade material: “É proibido fumar charutos” não é incompatível com “É permitido fumar cigarros”.

Após essas especificações, podemos definir novamente a antinomia jurídica como aquela situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade. As antinomias, assim definidas, podem ser, por sua vez, distintas em três tipos diferentes, conforme a maior ou menor extensão do contraste entre as duas normas:

1) Se as duas normas incompatíveis têm *igual* âmbito de validade, a antinomia pode-se chamar, seguindo a terminologia de Ross (que chamou a atenção sobre esta distinção),⁷ *total-total*: em nenhum caso uma das duas normas pode ser aplicada sem entrar em conflito com a outra.

Exemplo: “É proibido, aos adultos, fumar das cinco às sete na sala de cinema” e “É permitido, aos adultos, fumar das cinco às sete na sala de cinema”. Entre os exemplos dados anteriormente, um caso de antino-

(7) A. Ross. *On Law and Justice*, Londres, 1958, pp. 128-9.

mia total-total é a oposição entre a proibição da greve e a permissão da greve.

2) Se as duas normas incompatíveis têm âmbito de validade *em parte igual e em parte diferente*, a antinomia subsiste somente para a parte comum, e pode chamar-se *parcial-parcial*: cada uma das normas tem um campo de aplicação em conflito com a outra, e um campo de aplicação no qual o conflito não existe.

Exemplo: “É proibido, aos adultos, fumar cachimbo e charuto das cinco às sete na sala de cinema” e “É permitido, aos adultos, fumar charuto e cigarro das cinco às sete na sala de cinema”.

3) Se, de duas normas incompatíveis, uma tem um âmbito de validade igual ao da outra, porém mais restrito, ou, em outras palavras, se o seu âmbito de validade é, na íntegra, igual a uma parte da outra, a antinomia é total por parte da primeira norma com respeito à segunda, e somente parcial por parte da segunda com respeito à primeira, e pode-se chamar *total-parcial*. A primeira norma não pode ser em nenhum caso aplicada sem entrar em conflito com a segunda; a segunda tem uma esfera de aplicação em que não entra em conflito com a primeira.

Exemplo: “É proibido, aos adultos, fumar das cinco às sete na sala de cinema” e “É permitido, aos adultos, fumar, das cinco às sete, na sala de cinema, somente cigarros”.

Ao lado do significado aqui exposto de antinomia como situação produzida pelo encontro de duas normas incompatíveis, fala-se, na linguagem jurídica, de antinomias com referência também a outras situações. Limitamo-nos a enumerar outros significados de antinomia, lembrando

porém que o problema clássico das antinomias jurídicas é aquele que temos explanado até aqui. Para distingui-las vamos chamá-las de *antinomias impróprias*.⁸ Fala-se de antinomia no Direito com referência ao fato de que um ordenamento jurídico pode ser inspirado em valores contrapostos (em opostas ideologias): consideram-se, por exemplo, o valor da liberdade e o da segurança como valores antinômicos, no sentido de que a garantia da liberdade causa dano, comumente, à segurança, e a garantia da segurança tende a restringir a liberdade; em conseqüência, um ordenamento inspirado em ambos os valores se diz que descansa sobre princípios antinômicos. Nesse caso, pode-se falar de *antinomias de princípio*. As antinomias de princípio não são antinomias jurídicas propriamente ditas, mas podem dar lugar a normas incompatíveis. É lícito supor que uma fonte de normas incompatíveis possa ser o fato de o ordenamento estar minado por antinomias de princípio. Outra acepção de antinomia é a chamada *antinomia de avaliação*, que se verifica no caso em que uma norma pune um delito menor com uma pena mais grave do que a infligida a um delito maior. É claro que nesse caso não existe uma antinomia em sentido próprio, porque as duas normas, a que pune o delito mais grave com penalidade menor e a que pune o delito menos grave com penalidade maior, são perfeitamente compatíveis. Não se deve falar de antinomia nesse caso, mas de injustiça. O que antinomia e injustiça têm em comum é que ambas dão lugar a uma situação que pede uma correção: mas a razão pela qual se corrige a antinomia é diferente daquela pela qual se corrige a injustiça. A an-

(8) Tiramos esta lista do grande tratado de K. Engisch. *Einführung in das juristische Denken*, 1956, p. 158 e segs.

tinomia produz *incerteza*, a injustiça produz *desigualdade*, e portanto a correção obedece nos dois casos a diferentes valores, lá ao valor da ordem, aqui ao da igualdade. Uma terceira acepção de antinomia refere-se às chamadas *antinomias teleológicas*, que têm lugar quando existe uma oposição entre a norma que prescreve o meio para alcançar o fim e a que prescreve o fim. De modo que, se aplico a norma que prevê o meio, não estou em condições de alcançar o fim, e vice-versa. Aqui a oposição nasce, na maioria das vezes, da insuficiência do meio: mas, então, trata-se, mais que de antinomia, de *lacuna* (e das lacunas falaremos amplamente no Capítulo 4).

5. Critérios para a solução das antinomias

Devido à tendência de cada ordenamento jurídico se constituir em sistema, a presença de antinomias em sentido próprio é um defeito que o intérprete tende a eliminar. Como antinomia significa o encontro de duas proposições incompatíveis, que não podem ser ambas verdadeiras, e, com referência a um sistema normativo, o encontro de duas normas que não podem ser ambas aplicadas, a eliminação do inconveniente não poderá consistir em outra coisa senão na eliminação de uma das duas normas (no caso de normas contrárias, também na eliminação das duas). Mas qual das duas normas deve ser eliminada? Aqui está o problema mais grave das antinomias. O que dissemos no item 3 refere-se às regras para estabelecer quando nos encontramos frente a uma antinomia. Mas, uma coisa é descobrir a antinomia, outra, resolvê-la. As regras vistas até agora nos servem para saber que duas normas são incompatíveis, mas nada nos dizem sobre qual das duas deva ser con-

servada ou eliminada. É necessário passar da *determinação* das antinomias à *solução* das antinomias.

No curso de sua secular obra de interpretação das leis, a jurisprudência elaborou algumas regras para a solução das antinomias, que são comumente aceitas. Por outro lado, é necessário acrescentar logo que essas regras não servem para resolver todos os casos possíveis de antinomia. Daqui deriva a necessidade de introduzir uma nova distinção no âmbito das antinomias próprias, isto é, a distinção entre as *antinomias solúveis* e as *antinomias insolúveis*. As razões pelas quais nem todas as antinomias são solúveis são duas:

1) há casos de antinomias nos quais não se pode aplicar nenhuma das regras pensadas para a solução das antinomias;

2) há casos em que se podem aplicar ao mesmo tempo duas ou mais regras em conflito entre si.

Chamamos as antinomias solúveis de *aparentes*; chamamos as insolúveis de *reais*. Diremos, portanto, que as antinomias reais são aquelas em que o intérprete é abandonado a si mesmo ou pela falta de um critério ou por conflito entre os critérios dados: a elas dedicaremos os dois parágrafos seguintes.

As regras fundamentais para a solução das antinomias são três:

- a) o critério cronológico;
- b) o critério hierárquico;
- c) o critério da especialidade.

O critério cronológico, chamado também de *lex posterior*, é aquele com base no qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a norma posterior: *lex posterior de-*

rogat priori. Esse critério não necessita de comentário particular. Existe uma regra geral no Direito em que a vontade posterior revoga a precedente, e que de dois atos de vontade da mesma pessoa vale o último no tempo. Imagine-se a Lei como expressão da vontade do legislador e não haverá dificuldade em justificar a regra. A regra contrária obstaria o progresso jurídico, a adaptação gradual do Direito às exigências sociais. Pensemos, por absurdo, nas conseqüências que derivariam da regra que prescrevesse ater-se à norma precedente. Além disso, presume-se que o legislador não queira fazer coisa inútil e sem finalidade: se devesse prevalecer a norma precedente, a lei sucessiva seria um ato inútil e sem finalidade. No ordenamento positivo italiano, o princípio da *lex posterior* é claramente enumerado pelo art. 15 das Disposições preliminares, nas quais, entre as causas de ab-rogação, enumera-se também aquela que deriva da formulação de uma lei *incompatível* com uma lei precedente. Textualmente: “As leis não são revogadas a não ser... *por incompatibilidade entre as novas disposições e as precedentes*”

O critério hierárquico, chamado também de *lex superior*, é aquele pelo qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior: *lex superior derogat inferiori*. Não temos dificuldade em compreender a razão desse critério depois que vimos, no capítulo precedente, que as normas de um ordenamento são colocadas em planos diferentes: são colocadas em ordem hierárquica. Uma das conseqüências da hierarquia normativa é justamente esta: as normas superiores podem revogar as inferiores, mas as inferiores não podem revogar as superiores. A inferioridade de uma norma em relação a outra consiste na menor força de seu poder normativo; essa menor força se manifesta justamente na incapacidade de estabelecer uma regulamentação que esteja em oposição à regulamentação de uma norma hierarquicamente superior.

No ordenamento italiano, o princípio da hierarquia entre normas está expresso de várias maneiras. A superioridade das normas constitucionais sobre as ordinárias é sancionada pelo art. 134 da Constituição; a das leis ordinárias sobre os regulamentos, pelo art. 4º das Disposições preliminares (“Os regulamentos não podem conter normas contrárias às disposições das leis”); a das leis ordinárias sobre as sentenças do juiz, pelo art. 360 do C. P. C., que estabelece os motivos de impugnação de uma sentença, entre os quais a “violação ou falsa aplicação de normas de Direito”; finalmente, a superioridade das leis ordinárias sobre os atos da autonomia privada, pelo art. 1.343 do C. C., que considera como causa ilícita de um contrato o fato de que seja contrário “a normas imperativas”.

Um problema mais complexo surge para a relação entre Lei e costume.

No ordenamento italiano, o costume é uma fonte hierarquicamente inferior à Lei. No art. 1º das Disposições preliminares, o costume ocupa, na enumeração das fontes, o terceiro lugar (vem depois das leis e dos regulamentos). Do art. 8º resulta que os usos “nas matérias reguladas pelas leis e pelos regulamentos... têm eficácia somente na medida em que são por eles reclamados”. Do fato de que o costume seja hierarquicamente inferior à Lei deriva que entre duas normas incompatíveis, das quais uma é consuetudinária, prevalece a legislativa. Com expressão mais corrente diz-se que o costume vale *secundum e prae-ter legem* (conforme e além da lei), mas não vale *contra legem*. Em outras palavras, nos ordenamentos em que o costume é inferior à Lei, não vale o costume ab-rogativo; a Lei não pode ser revogada por um costume contrário. Mas esse princípio não vale em todos os ordenamentos. Há ordenamentos, mais primitivos, menos centralizados, nos quais leis e costumes são fontes de mesmo grau. Em caso de conflito entre Lei e costume o que acontece? Evi-

dentemente não se pode aplicar o critério hierárquico. Aplicar-se-á então o critério cronológico, com a consequência de que a lei sucessiva ab-roga o costume precedente e vice-versa. Um ordenamento em que o costume tem maior força que nos ordenamentos estatais modernos é, por exemplo, o Direito canônico. O cânon 27 apresenta três casos:

- 1) um costume contrário ao Direito divino e natural: *não prevalece*;
- 2) um costume contrário ao Direito eclesiástico: *prevalece*, sob a condição de que seja *rationabilis* (razoável) e tenha tido uma duração de quarenta anos;
- 3) um costume contrário a uma lei humana eclesiástica que exclua a validade de qualquer futuro costume: *prevalece*, sob a condição de que tenha tido uma duração de pelo menos cem anos ou seja de data desconhecida.

Como se vê, no Direito canônico, o costume abrogativo, embora dentro de certos limites, é admitido. Como dizíamos, o caso do relacionamento entre Lei e costume é mais complexo porque não pode receber uma resposta geral: alguns ordenamentos consideram o costume inferior à Lei, e então no caso de antinomia aplica-se o critério da *lex superior*; outros ordenamentos consideram a Lei e o costume no mesmo plano, e então torna-se necessário aplicar outros critérios. Em geral a preponderância da Lei é o fruto da formação do Estado moderno com poder fortemente centralizado. No antigo Direito romano, no Direito inglês, na sociedade medieval, o costume era fonte primária superior à própria Lei: a lei contrária ao costume era admitida mediante uma aplicação do terceiro critério, sendo considerada como *lex specialis*.

O terceiro critério, dito justamente da *lex specialis*, é aquele pelo qual, de duas normas incompatíveis, uma

geral e uma especial (ou excepcional), prevalece a segunda: *lex specialis derogat generali*. Também aqui a razão do critério não é obscura: lei especial é aquela que anula uma lei mais geral, ou que subtrai de uma norma uma parte da sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente (contrária ou contraditória). A passagem de uma regra mais extensa (que abrange um certo *genus*) para uma regra derogatória menos extensa (que abrange uma *species* do *genus*) corresponde a uma exigência fundamental de justiça, compreendida como tratamento igual das pessoas que pertencem à mesma categoria. A passagem da regra geral à regra especial corresponde a um processo natural de diferenciação das categorias, e a uma descoberta gradual, por parte do legislador, dessa diferenciação. Verificada ou descoberta a diferenciação, a persistência na regra geral importaria no tratamento igual de pessoas que pertencem a categorias diferentes, e, portanto, numa injustiça. Nesse processo de gradual especialização, operado através de leis especiais, encontramos uma das regras fundamentais da justiça, que é a do *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu). Entende-se, portanto, por que a lei especial deva prevalecer sobre a geral: ela representa um momento ineliminável do desenvolvimento de um ordenamento. Bloquear a lei especial frente à geral significaria paralisar esse desenvolvimento. No Direito italiano, este critério de especialidade encontra-se, por exemplo, enunciado no art. 15 do C. P.: “Quando algumas leis penais ou algumas disposições da mesma lei penal regulam a mesma matéria, a lei ou disposição da lei especial anula a lei ou a disposição da lei geral, salvo se estabelecido de outra forma”.

A situação antinômica, criada pelo relacionamento entre uma lei geral e uma lei especial, é aquela que corresponde ao tipo de antinomia *total-parcial*. Isso significa que quando se aplica o critério da *lex specialis* não acontece

a eliminação total de uma das duas normas incompatíveis mas somente daquela parte da lei geral que é incompatível com a lei especial. Por efeito da lei especial, a lei geral cai *parcialmente*. Quando se aplica o critério cronológico ou o hierárquico, tem-se geralmente a eliminação total de uma das duas normas. Diferentemente dos relacionamentos cronológico e hierárquico, que não suscitam necessariamente situações antinômicas, o relacionamento de especialidade é necessariamente antinômico. O que significa que os dois primeiros critérios aplicam-se *quando* surge uma antinomia; o terceiro se aplica *porque* vem a existir uma antinomia.

6. Insuficiência dos critérios

O critério cronológico serve quando duas normas incompatíveis são sucessivas; o critério hierárquico serve quando duas normas incompatíveis estão em nível diverso; o critério de especialidade serve no choque de uma norma geral com uma norma especial. Mas pode ocorrer antinomia entre duas normas:

- 1) contemporâneas;
- 2) do mesmo nível;
- 3) ambas gerais.

Entende-se que, nesse caso, os três critérios não ajudam mais. E o caso é mais freqüente do que se possa imaginar. Corresponde à situação de duas normas gerais incompatíveis que se encontrem no mesmo código. Se num código há antinomias do tipo *total-total* e *parcial-parcial* (com exclusão do tipo *total-parcial*, que cai sob o critério da especialidade), tais antinomias não são solucionáveis com nenhum dos três critérios; não com o cronológico, por-

que as normas de um código são estabelecidas ao mesmo tempo; não com o hierárquico, porque são todas leis ordinárias; não com o critério da especialidade, porque este resolve somente o caso de antinomia total-parcial.

Quid faciendum? Existe um quarto critério que permita resolver as antinomias deste tipo? Aqui, por “existe”, entendemos um critério “válido”, isto é, um critério que seja reconhecido legítimo pelo intérprete quer por sua razoabilidade quer pelo incontrastado uso.

Devemos responder que não. O único critério, do qual se encontram referências em velhos tratadistas (mas não mais o encontrei mencionado nos tratados modernos; e de qualquer forma seria necessário procurar uma confirmação numa paciente análise das decisões dos magistrados), é aquele tirado da forma da norma.

Segundo a forma, as normas podem ser, como já vimos, *imperativas*,⁹ *proibitivas* e *permissivas*. O critério é certamente aplicável, porque é claro que duas normas incompatíveis são diferentes quanto à forma: se uma é imperativa, a outra é ou proibitiva ou permissiva, e assim por diante. Não é dito, porém, que seja justo e que seja constantemente seguido pelos juristas.

O critério com respeito à forma consistiria em estabelecer uma graduação de prevalência entre as três formas da norma jurídica, por exemplo, deste modo: se de duas normas incompatíveis uma é imperativa ou proibitiva e a outra é permissiva, prevalece a permissiva. Esse critério parece razoável, e correspondente a um dos cânones interpretativos mais constantemente seguidos pelos juristas, que é o de dar preponderância, em caso de ambigüidade ou incerteza na interpretação de um texto, à interpretação *favorabilis* sobre a

(9) Aqui entendemos imperativo no sentido estrito, com referência exclusiva aos imperativos positivos.

odiosa. Em linha geral, caso se entenda por *lex favorabilis* aquela que concede uma liberdade (ou faculdade, ou direito subjetivo) e por *lex odiosa* aquela que impõe uma obrigação (seguida por uma sanção), não há dúvida de que uma *lex permissiva é favorabilis*, e uma *lex imperativa é odiosa*. O cânone, por outro lado, é muito menos evidente do que possa parecer, pela simples razão de que a norma jurídica é bilateral, quer dizer, ao mesmo tempo atribui um direito a uma pessoa e impõe uma obrigação (positiva ou negativa) a outra, donde resulta que a interpretação a favor de um sujeito é ao mesmo tempo odiosa para o sujeito em relação jurídica com o primeiro, e vice-versa. Em outras palavras, se eu interpreto uma norma da maneira mais favorável para o devedor, fazendo prevalecer, em caso de ambigüidade ou de conflito, a interpretação que lhe reconhece um certo direito em lugar daquela que lhe imporia uma certa obrigação, minha interpretação é odiosa em relação ao credor. Daqui deriva a ambigüidade do cânone denunciado. O problema real, frente ao qual se encontra o intérprete, não é o de fazer prevalecer a norma permissiva sobre a imperativa ou vice-versa, mas sim o de qual dos dois sujeitos da relação jurídica é mais justo proteger, isto é, qual dos dois interesses em conflito é justo fazer prevalecer: mas nessa decisão a diferença formal entre as normas não lhe oferece a mínima ajuda.

No conflito entre duas normas incompatíveis, há, com relação à forma das normas, um outro caso: aquele em que uma das duas normas é imperativa e a outra proibitiva. Aqui uma solução poderia ser deduzida da consideração de que, enquanto no primeiro caso, já ilustrado, trata-se de um conflito entre duas *normas contraditórias*, com respeito às quais *tertium non datur* (ou se aplica uma ou se aplica a outra), no segundo caso trata-se de um conflito entre duas

normas contrárias, as quais se excluem, sim, uma à outra, mas não excluem uma terceira solução, no sentido, já exposto, segundo o qual duas proposições contrárias não podem ser ambas verdadeiras, mas podem ser ambas falsas. No conflito entre obrigação positiva e obrigação negativa, o *tertium* é a permissão. Pode-se então considerar bastante fundada a regra de que, no caso de duas normas contrárias, isto é, entre uma norma que obriga fazer algo e uma norma que proíbe fazer a mesma coisa, essas duas normas anulam-se reciprocamente e, portanto, o comportamento, em vez de ser ordenado ou proibido, se considera permitido ou lícito.

Devemos, porém, reconhecer que essas regras deduzidas da forma da norma não têm a mesma legitimidade daquelas deduzidas dos três critérios examinados no parágrafo precedente. Isso significa, em outras palavras, que, no caso de um conflito no qual não se possa aplicar nenhum dos três critérios, a solução do conflito é confiada à liberdade do intérprete; poderíamos quase falar de um autêntico poder discricionário do intérprete, ao qual cabe resolver o conflito segundo a oportunidade, valendo-se de todas as técnicas hermenêuticas usadas pelos juristas por uma longa e consolidada tradição e não se limitando a aplicar uma só regra. Digamos então de uma maneira mais geral que, no caso de conflito entre duas normas, para o qual não valha nem o critério cronológico, nem o hierárquico, nem o da especialidade, o intérprete, seja ele o juiz ou o jurista, tem à sua frente três possibilidades:

- 1) eliminar uma;
- 2) eliminar as duas;
- 3) conservar as duas.

No primeiro caso, a operação feita pelo juiz ou pelo jurista chama-se *interpretação ab-rogante*. Mas trata-se, na

verdade, de ab-rogação em sentido impróprio, porque, se a interpretação é feita pelo jurista, ele não tem o poder normativo e portanto não tem nem poder ab-rogativo (o jurista sugere solução aos juízes e eventualmente também ao legislador); se a interpretação é feita pelo juiz, este em geral (nos ordenamentos estatais modernos) tem o poder de não aplicar a norma que considerar incompatível no caso concreto, mas não o de expeli-la do sistema (de ab-rogá-la), mesmo porque o juiz posterior, tendo que julgar o mesmo caso, poderia dar ao conflito de normas uma solução oposta e aplicar bem aquela norma que o juiz precedente havia eliminado. Não é muito fácil encontrar exemplos de interpretação ab-rogante. No Código Civil italiano, um exemplo de normas consideradas *manifestamente* em oposição está no artigo 1.813 e no artigo 1.822. O artigo 1.813 define mútuo como um contrato real. “O mútuo é o contrato pelo qual uma parte *entrega* à outra uma determinada quantidade de dinheiro, etc.”; o artigo 1.822 disciplina o processo de mútuo: “Quem prometeu dar em mútuo pode recusar o cumprimento de sua obrigação, etc.” Mas o que caracteriza a admissão da obrigatoriedade da promessa de mútuo senão a admissão, com outro nome, do mútuo como contrato consensual? O mútuo, afinal, é um contrato real, como diz claramente o primeiro artigo, ou um contrato consensual, como deixa entender, mesmo sem dizê-lo explicitamente, o segundo artigo? O intérprete que respondesse afirmativamente à segunda pergunta acabaria por considerar inexistente a primeira norma, ou seja, operaria uma ab-rogação interpretativa.

O segundo caso — eliminação de ambas as normas em conflito — pode verificar-se, como vimos, somente quando a oposição entre as duas normas seja não de contradição, mas de contrariedade. Poder-se-ia ver um exemplo, mesmo que um pouco forçado, na dúvida a que pode dar lugar a interpretação do artigo 602 do C. C., com respeito

à colocação da data no testamento hológrafo antes ou depois da assinatura. Da primeira alínea, “o testamento hológrafo deve ser escrito por inteiro, *datado* e abaixo assinado pela mão do testador”, poder-se-ia deduzir que a data deve ser colocada no fim das disposições. Da segunda alínea, “a subscrição deve ser posta no fim das disposições”, ao contrário, poder-se-ia tirar a conclusão de que a data, não sendo uma disposição, deve ser colocada depois da subscrição. Na dúvida entre a obrigação é a proibição de colocar a data antes da assinatura, o intérprete poderia ser induzido a considerar que as duas normas contrárias se excluem uma à outra, e a considerar que seja lícito colocar a data tanto antes quanto depois da assinatura. Também nesse caso pode-se falar de interpretação ab-rogante, mesmo que, como no caso precedente, de maneira imprópria. Mas, diferentemente do caso de duas disposições contraditórias, das quais uma elimina a outra e uma das duas não pode sobrar, aqui, tratando-se de duas disposições contrárias, *eliminam-se umas às outras e não sobra nenhuma das duas*. Trata-se, como todos podem ver, de uma *dupla ab-rogação*, enquanto que no primeiro caso tem-se uma *ab-rogação simples*.

A terceira solução — conservar as duas normas incompatíveis — é talvez aquela à qual o intérprete recorre mais freqüentemente. Mas como é possível conservar duas normas incompatíveis, se por definição duas normas incompatíveis não podem coexistir? É possível sob uma condição: demonstrar que não são incompatíveis, que a incompatibilidade é puramente aparente, que a pressuposta incompatibilidade deriva de uma interpretação ruim, unilateral, incompleta ou errada de uma das duas normas ou de ambas. Aquilo a que tende o intérprete comumente não é mais à eliminação das normas incompatíveis, mas, preferentemente, à *eliminação da incompatibilidade*. Às vezes, para chegar ao objetivo, introduz alguma leve ou par-

cial modificação no texto; e nesse caso tem-se aquela forma de interpretação chamada *corretiva*. Geralmente, a interpretação corretiva é aquela forma de interpretação que pretende conciliar duas normas aparentemente incompatíveis para conservá-las ambas no sistema, ou seja, para evitar o remédio extremo da ab-rogação. Entende-se que na medida em que a correção introduzida modifica o texto original da norma, também a interpretação corretiva é ab-rogante, se bem que limitada à parte da norma corrigida. Mais do que contrapor a interpretação corretiva à ab-rogante, dever-se-ia considerar a primeira como uma forma atenuada da segunda, no sentido de que, enquanto a interpretação ab-rogante tem por efeito a eliminação *total* de uma norma (ou até de duas normas), a interpretação corretiva tem por efeito a eliminação puramente *parcial* de uma norma (ou de duas). Para dar um exemplo dessa forma de interpretação, referimo-nos ao caso, já ilustrado, de antinomia entre o artigo 57 do C. P. italiano sobre a responsabilidade (objetiva) do diretor de jornal e o artigo 27 da Constituição italiana, que exclui toda forma de responsabilidade que não seja pessoal. Há pelo menos duas interpretações do artigo 57 que eliminam a antinomia:

1) o diretor de jornal é *obrigado* a impedir os delitos dos seus colaboradores com base no artigo 40, 2ª alínea, do C. P., segundo o qual “não impedir um acontecimento, que se tem a obrigação de impedir, equivale a causá-lo”; se se admite essa obrigação, a sua condenação não depende da circunstância objetiva de sua função de diretor, mas do não-cumprimento de uma obrigação, e, portanto, da avaliação de uma responsabilidade subjetiva;

2) o diretor de jornal é *obrigado* a vigiar a atividade dos seus colaboradores, isto é, em último caso, a controlar todos os artigos que aparecem no jornal por ele dirigido; admitindo essa obrigação, a condenação pode ser jus-

tificada através do reconhecimento de uma *culpa in vigilando*, isto é, mais uma vez, de uma responsabilidade subjetiva. Mas é claro que as duas interpretações são possíveis somente se se introduzir uma leve modificação no texto do artigo 57 do C. P., o qual diz que o diretor responde “unicamente” pelo delito cometido. É claro que “unicamente” significa “pelo único fato de ser diretor do jornal” e, portanto, independentemente de qualquer culpa. É necessário portanto eliminar a expressão “unicamente” se se quiser tornar esse artigo compatível com a precisa disposição da Constituição. A *conciliação* acontece através de uma *correção*.

Dissemos que o terceiro caminho é o mais usado pelos intérpretes. O jurista e o juiz tendem, tanto quanto possível, à *conservação das normas dadas*. É certamente uma regra tradicional da interpretação jurídica que o sistema deve ser obtido com a menor desordem, ou, em outras palavras, que a exigência do sistema não deve acarretar prejuízo ao princípio de autoridade, segundo o qual as normas existem pelo único fato de terem sido estabelecidas. Apresentamos um exemplo eloqüente. Messineo recentemente chamou o artigo 2.937, § 1º do C. C., de quebra-cabeça que “põe a dura prova as meninges do intérprete”.¹⁰ O artigo diz que não pode renunciar à prescrição quem não pode dispor validamente do *direito*. Mas de qual direito se fala? A prescrição extintiva à qual se refere este artigo minimiza um *dever*, não faz surgir um direito. Messineo mostra que o artigo deriva do 2.108 do C. C., 1865, no qual, não sendo distinta a disciplina da prescrição extintiva da disciplina da prescrição aquisitiva (usucapião), o caso da renúncia ao direito referia-

(10) F. Messineo. “Variazioni sul concetto di ‘rinunzia alla prescrizione’”, *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, XI (1957), p. 505 e segs.

se não mais à primeira, mas à segunda; e relativamente à segunda era perfeitamente apropriado falar de direito do qual se possa dispor. No entanto, apesar da patente erroneidade da dicção, nosso autor acredita que o dever do intérprete seja o de dar a ela um sentido e, portanto, observa que se poderia entender a palavra “direito” no contexto do 2.937 como “direito à liberação da obrigação”. E faz a esse propósito uma declaração de extremo interesse pelo valor paradigmático que ela assume em relação à atitude de respeito do intérprete para com o legislador. “É estrito dever do intérprete, antes de chegar à interpretação ab-rogante (pela qual, num primeiro momento, optaríamos), tentar qualquer saída para que a norma jurídica tenha um sentido. Há um direito à existência que não pode ser negado à norma, desde que ela veio à luz.”¹¹

7. *Conflito dos critérios*

Dissemos no início do 5º parágrafo que há antinomias insolúveis ao lado de antinomias solúveis, e que as razões pelas quais existem antinomias insolúveis são duas: a inaplicabilidade dos critérios ou a aplicabilidade de dois ou mais critérios conflitantes. À primeira razão dedicamos o parágrafo precedente, à segunda dedicaremos o presente.

Vimos que os critérios tradicionalmente aceitos para a solução das antinomias são três: o cronológico, o hierárquico e o de especialidade. Pode acontecer que duas normas incompatíveis mantenham entre si uma relação em que se podem aplicar concomitantemente, não apenas um, mas dois ou três critérios. Para exemplifi-

(11) *Op. cit.*, p. 516.

car: uma norma constitucional e uma norma ordinária geralmente são formuladas em tempos diversos: entre essas duas normas existe ao mesmo tempo uma diferença hierárquica e uma cronológica. Se depois, como freqüentemente acontece, a norma constitucional é geral e a ordinária é especial, os critérios aplicáveis são três. Essa situação complexa não causa particular dificuldade quando as duas normas são colocadas de maneira que, qualquer que seja o critério que se queira aplicar, a solução não muda: por exemplo, se de duas normas incompatíveis, uma é superior e subsequente e a outra inferior e antecedente, tanto o critério hierárquico quanto o cronológico dão o mesmo resultado de fazer prevalecer a primeira. O mesmo acontece se a norma subsequente é especial em relação à precedente: ela prevalece seja com base no critério de especialidade seja com base no critério cronológico. Os dois critérios se somam: e uma vez que bastaria um só para dar a preponderância a uma das duas normas, diz-se que a norma preponderante prevalece *a fortiori*.

Mas a situação não é sempre tão simples. Coloquemos o caso em que duas normas se encontrem numa relação tal que sejam aplicáveis dois critérios, mas que a aplicação de um critério dê uma solução oposta à aplicação do outro. É claro que nesse caso não se podem aplicar concomitantemente dois critérios: É necessário dar preferência a um ou outro. Qual? Eis o problema. Para apresentar um exemplo fácil, basta pensar no caso de uma incompatibilidade entre norma constitucional anterior e norma ordinária posterior. É um caso em que são aplicáveis dois critérios, o hierárquico e o cronológico; mas se for aplicado o primeiro, dá-se prevalência à primeira norma, se for aplicado o segundo, dá-se prevalência à segunda. Não se podem aplicar ao mesmo tempo dois critérios: os dois critérios são incompatíveis. Aqui temos uma incompatibilida-

de de segundo grau: não se trata mais da incompatibilidade de que falamos até agora, entre normas, mas da incompatibilidade entre os critérios válidos para a solução da incompatibilidade entre as normas. Ao lado do conflito entre as normas, que dá lugar ao problema das antinomias, há o conflito dos critérios para a solução das antinomias, que dá lugar a uma antinomia de segundo grau. Essas antinomias de segundo grau são solúveis? A resposta afirmativa depende do fato de haver regras tradicionalmente admitidas para a solução do conflito dos critérios, assim como há regras admitidas para a solução do conflito entre normas. Trata-se, em outras palavras, de saber se existe um critério estável para a solução dos conflitos entre critérios — e qual seja. Não podemos dar uma resposta geral, temos que examinar, um por um, os casos de conflito entre critérios.

Sendo três os critérios (A, B, C), os conflitos entre critérios podem ser três: A com B, B com C, A com C.

1) *Conflito entre o critério hierárquico e o cronológico*: esse conflito tem lugar quando uma norma anterior-superior é antinômica em relação a uma norma posterior-inferior. O conflito consiste no fato de que, se se aplicar o critério hierárquico, prevalece a primeira, se se aplicar o critério cronológico, prevalece a segunda. O problema é: qual dos dois critérios tem preponderância sobre o outro? Aqui a resposta não é dúbia. O critério hierárquico prevalece sobre o cronológico, o que tem por efeito fazer eliminar a norma inferior, mesmo que posterior. Em outras palavras, pode-se dizer que o princípio *lex posterior derogat priori* não vale quando a *lex posterior* é hierarquicamente inferior à *lex prior*. Essa solução é bastante óbvia: se o critério cronológico devesse prevalecer sobre o hierárquico, o princípio mesmo da ordem hierárquica das normas seria tornado vão, porque a norma superior per-

deria o poder, que lhe é próprio, de não ser ab-rogada pelas normas inferiores. O critério cronológico vale como critério de escolha entre duas normas colocadas no mesmo plano. Quando duas normas são colocadas sobre dois planos diferentes, o critério natural de escolha é aquele que nasce da própria diferença de planos.

2) *Conflito entre o critério de especialidade e o cronológico*: esse conflito tem lugar quando uma norma anterior-especial é incompatível com uma norma posterior-geral. Tem-se conflito porque, aplicando o critério de especialidade, dá-se preponderância à primeira norma, aplicando o critério cronológico, dá-se prevalência à segunda. Também aqui foi transmitida uma regra geral, que soa assim: *Lex posterior generalis non derogat priori speciali*. Com base nessa regra, o conflito entre critério de especialidade e critério cronológico deve ser resolvido em favor do primeiro: a lei geral sucessiva não tira do caminho a lei especial precedente. O que leva a uma posterior exceção ao princípio *lex posterior derogat priori*: esse princípio falha, não só quando a *lex posterior* é *inferior*, mas também quando é *generalis* (e a *lex prior* é *specialis*). Essa regra, por outro lado, deve ser tomada com uma certa cautela, e tem um valor menos decisivo que o da regra anterior. Dir-se-ia que a *lex specialis* é menos forte que a *lex superior*, e que, portanto, a sua vitória sobre a *lex posterior* é mais contrastada. Para fazer afirmações mais precisas nesse campo, seria necessário dispor de uma ampla casuística.

3) *Conflito entre o critério hierárquico e o de especialidade*. Nos dois casos precedentes vimos o conflito destes dois critérios respectivamente com o critério cronológico, e constatamos que ambos os critérios são mais fortes que o cronológico. O caso mais interessante de conflito é, agora, aquele que se verifica quando entram em oposição não mais um dos dois critérios fortes com o critério

fraco (o cronológico), mas os dois critérios fortes entre si. É o caso de uma norma superior-geral incompatível com uma norma inferior-especial. Se se aplicar o critério hierárquico, prevalece a primeira, se se aplicar o critério de especialidade, prevalece a segunda. Qual dos dois critérios se deve aplicar? Uma resposta segura é impossível. Não existe uma regra geral consolidada. A solução dependerá também, neste caso, como no da falta dos critérios, do intérprete, o qual aplicará ora um ora outro critério segundo as circunstâncias. A gravidade do conflito deriva do fato de que estão em jogo dois valores fundamentais de todo ordenamento jurídico, o do respeito da ordem, que exige o respeito da hierarquia e, portanto, do critério da superioridade, e o da justiça, que exige a adaptação gradual do Direito às necessidades sociais e, portanto, respeito do critério da especialidade. Teoricamente, deveria prevalecer o critério hierárquico: se se admitisse o princípio de que uma lei ordinária especial pode derogar os princípios constitucionais, que são normas generalíssimas, os princípios fundamentais de um ordenamento jurídico seriam destinados a se esvaziar rapidamente de qualquer conteúdo. Mas, na prática, a exigência de adaptar os princípios gerais de uma Constituição às sempre novas situações leva frequentemente a fazer triunfar a lei especial, mesmo que ordinária, sobre a constitucional, como quando a Corte Constitucional italiana decidiu que o artigo 3º, parágrafo 3º, da Lei 22 de dezembro de 1956, relativa à instituição do Ministério das Participações Estatais, que impunha às empresas de forte participação estatal deixarem de fazer parte das organizações sindicais dos outros empregadores, não era incompatível com o artigo 39 da Constituição, que afirma para qualquer um a liberdade sindical (e portanto a liberdade de participar da associação sindical de livre escolha). Nesse caso o contraste era claramente entre uma lei superior-geral e uma lei inferior-especial, mas, com a ex-

clusão da inconstitucionalidade, pronunciada pela Corte, foi dada a prevalência à segunda, não à primeira.

8. O dever da coerência

Todo o discurso defendido neste capítulo pressupõe que a incompatibilidade entre duas normas seja um mal a ser eliminado e, portanto, pressupõe uma *regra de coerência*, que poderia ser formulada assim: “Num ordenamento jurídico não *devem* existir antinomias”. Mas essa regra é por sua vez uma regra jurídica? O dever de eliminar as antinomias é um dever jurídico? Poder-se-á dizer que uma regra assim pertence ao ordenamento jurídico, mesmo se não-expressa? Existirão argumentos suficientes para considerar que em cada ordenamento esteja implícita a proibição das antinomias, e que caiba ao intérprete somente torná-la explícita? Coloco por último esta pergunta porque se considera normalmente que a proibição das antinomias é uma regra do sistema, mas não se aprofunda nem em natureza, nem em alcance, nem em eficácia.

Uma regra que se refere às normas de um ordenamento jurídico, como o é a proibição de antinomias, pode ser dirigida apenas àqueles que têm relação com a produção e aplicação das normas, em particular ao legislador, que é o produtor por excelência, e ao juiz, que é o aplicador por excelência. Dirigida aos produtores de normas, a proibição soa assim: “Não deveis criar normas que sejam incompatíveis com outras normas do sistema”. Dirigida aos aplicadores, a proibição assume esta outra forma: “Se vocês esbarrarem em antinomias, devem eliminá-las”. Trata-se agora de ver se e em quais situações existem uma ou outra dessas duas normas, ou ambas.

Suponhamos três casos:

1) O de normas de diferentes níveis, dispostas hierarquicamente. Neste caso, geralmente, a regra da coerência existe em ambas as formas:

a) a pessoa ou o órgão autorizado a formular normas inferiores é levado a estabelecer normas que não estejam em oposição a normas superiores (pense-se na obrigação de quem tem um poder regulamentar ou um poder negocial de exercitar este poder dentro dos limites estabelecidos pelas normas superiores);

b) o juiz, quando se encontrar frente a um conflito entre uma norma superior e uma norma inferior, será levado a aplicar a norma superior.

2) O caso das normas do mesmo nível, sucessivas no tempo. Neste caso não existe dever algum de coerência por parte do legislador, enquanto existe, por parte do juiz, o dever de resolver a antinomia, eliminando a norma anterior e aplicando a posterior. Existe, portanto, a regra da coerência na segunda forma, isto é, dirigida aos juízes, mas não na primeira (dirigida ao legislador):

a) o legislador ordinário é perfeitamente livre para formular sucessivamente normas em oposição entre si: isso está previsto, por exemplo, no artigo 15 das Disposições preliminares, já citado, no qual se admite a ab-rogação implícita, isto é, a legitimidade de uma lei posterior em oposição a uma anterior.

b) mas quando a oposição se verifica, o juiz deve eliminá-la, aplicando, das duas normas, a posterior. Pode-se dizer também assim: o legislador é perfeitamente livre para contradizer-se, mas a coerência é salva igualmente, porque, das duas normas em oposição, uma cai e somente a outra permanece válida.

3) O caso das normas de mesmo nível, contemporâneas (por exemplo, a formulação de um código, de um texto único ou de uma lei que regula toda uma matéria). Também aqui não há nenhuma obrigação juridicamente qualificada, por parte do legislador, de não contradizer-se, no sentido de que uma lei, que contenha disposições contraditórias, é sempre uma lei válida, e são válidas, também, ambas as disposições contraditórias. Podemos falar, quando muito, nas relações do legislador, de um dever moral de não contradizer-se, em consideração ao fato de que uma lei contraditória torna mais difícil, e às vezes vã, a administração da justiça. Quanto ao juiz, que se encontra frente a um antinomia entre normas, por exemplo, de um código, ele também não tem nenhum dever juridicamente qualificado de eliminar a antinomia. Simplesmente, no momento em que duas normas antinômicas não puderem ser ambas aplicadas no mesmo caso, ele se encontrará na necessidade de aplicar uma e desaplicar a outra. Mas trata-se de uma necessidade de fato, não de uma obrigação (ou de uma necessidade moral). Tanto é verdade que as duas normas antinômicas continuam a subsistir no ordenamento, lado a lado, e o próprio juiz num caso posterior ou outro juiz no mesmo caso (por exemplo, um juiz de segunda instância) podem aplicar, das duas normas antinômicas, aquela que anteriormente não foi aplicada ou vice-versa.

Resumindo, nos três casos apresentados, o problema de uma pressuposta regra da coerência resolve-se de três maneiras diferentes: no primeiro caso, a regra da coerência vale em ambas as formas; no segundo, vale somente na segunda forma; no terceiro, não vale nem na primeira, nem na segunda forma, isto é, não existe nenhuma regra da coerência. Dessa colocação podemos tirar luz para iluminar um problema controvertido: a compatibilidade é uma condição necessária para a validade de uma norma jurídica.

ca? Aqui devemos responder negativamente, pelo menos em relação ao terceiro caso, isto é, ao caso de normas de mesmo nível e contemporâneas, no qual, como vimos, não existe nenhuma regra de coerência. *Duas normas incompatíveis do mesmo nível e contemporâneas são ambas válidas.* Não podem ser, ao mesmo tempo, ambas eficazes, no sentido de que a aplicação de uma ao caso concreto exclui a aplicação da outra; mas são ambas válidas, no sentido de que, apesar de seu conflito, ambas continuam a existir no sistema, e não há remédio para sua eliminação (além, é claro, da ab-rogação legislativa).

A coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a *justiça* do ordenamento. É evidente que quando duas normas contraditórias são ambas válidas, e pode haver indiferentemente a aplicação de uma ou de outra, conforme o livre-arbítrio daqueles que são chamados a aplicá-las, são violadas duas exigências fundamentais em que se inspiram ou tendem a inspirar-se os ordenamentos jurídicos: a exigência da certeza (que corresponde ao valor da paz ou da ordem), e a exigência da justiça (que corresponde ao valor da igualdade). Onde existem duas normas antinômicas, ambas válidas, e portanto ambas aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a certeza, entendida como possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exatidão as conseqüências jurídicas da própria conduta, nem a justiça, entendida como o igual tratamento das pessoas que pertencem à mesma categoria. Há um episódio em *I promessi sposi* (*Os noivos*) que ilustra muito bem as razões morais pelas quais é bom que não haja antinomias no Direito. É o episódio do homicídio praticado por frei Cristóvão (também chamado Ludovico). A rixa, seguida por um duplo homicídio, havia nascido porque “os dois (Ludovico e seu adversário) caminhavam rente ao muro, mas Ludovico (notem bem) esbarrava nele com o lado direito, e isso, segundo um costume, dava-

lhe o direito (até onde se vai enfiar o direito!) de não ter de se afastar do dito muro para dar passagem a quem quer que fosse, coisa da qual se fazia, então, muita questão. O outro pretendia, ao contrário, que tal direito coubesse a si próprio, como nobre que era, e que Ludovico tivesse que andar pelo meio, e isso por causa de outro costume. Porque nisso, como acontece em muitos outros negócios, estavam em vigor dois costumes contrários, sem que fosse decidido qual dos dois era o certo, o que dava oportunidade de fazer uma guerra cada vez que um cabeça-dura encontrasse outro da mesma têmpera”¹².

(12) *I promessi sposi*, Turim, Einaudi, cap. IV, p. 58. O episódio é citado por C. Balossini. *Consuetudini, usi, pratiche, regole del costume*, 1958.