

TEORIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO

NORBERTO BOBBIO

TRADUÇÃO DE: **ARI MARCELO SOLON**
Professor de Filosofia e Teoria Geral do Direito
da Faculdade de Direito da USP

PREFÁCIO DE: **CELSO LAFER**
Professor Titular da Faculdade de Direito da USP. Membro da
Academia Brasileira de Letras e da Academia Brasileira de Ciências

APRESENTAÇÃO DE: **TERCÍO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR**
Professor Titular da Faculdade de Direito da USP

TEORIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO

NORBERTO BOBBIO

TRADUÇÃO DE ARI MARCELO SOLOM

PREFÁCIO DE CELSO LAFER

APRESENTAÇÃO DE TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR

© desta edição: Edipro Edições Profissionais Ltda. – CNPJ nº 47.640.982/0001-40

1ª Edição 2011

Editores: Jair Lot Vieira e Maira Lot Vieira Micales

Produção editorial: Murilo Oliveira de Castro Coelho

Revisão: Carolina Bravathieri da Silva

Arte: Karina Tenório e Simone Melz

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

Bobbio, Norberto

Teoria do ordenamento jurídico / Norberto Bobbio : tradução de Ari Marcelo Solom, prefácio de Celso Lafer, apresentação de Tercio Sampaio Ferraz Júnior. São Paulo: EDIPRO, 2011.

Título original: *Teoria della norma giuridica.*

ISBN 978-85-7283-751-4

1. Ordem jurídica I. Título. II. Série. 1. Ordem jurídica
I. Título. II. Série.

11-01403

CDD-340.11

Índices para catálogo sistemático:

1. Ordenamento jurídico 340.11

edipro

edições profissionais Ltda.

São Paulo: Fone (11) 3107-4788 – Fax (11) 3107-0061

Baurur: Fone (14) 3234-4121 – Fax (14) 3214-4122

www.edipro.com.br

"O livro é a porta que se abre para a realização do homem."

Jair Lot Vieira

mesmo modo com que se fala de uma zoologia sistemática. O procedimento típico dessa forma de sistema não é a dedução, mas a *classificação*. O seu escopo não é desenvolver analiticamente, mediante regras prescrites, alguns postulados iniciais, mas sim reunir os dados fornecidos pela experiência com base na semelhança para formar conceitos genéricos que permitam unificar todo o material dado. Teremos perfeita ideia do significado de sistema como ordenamento desde baixo, próprio da jurisprudência sistemática, se tivermos presente que uma das maiores conquistas de que se gaba 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. Ele veio à luz a partir da reunião de fenômenos variados e talvez mesmo aparentemente distantes, mas que mesmo assim tinham em comum a característica de ser manifestações de vontade com consequências jurídicas. O conceito mais geral elaborado pela sistemática é muito provavelmente aquele de relação jurídica: 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 um sistema empírico ou indutivo. O conceito de relação jurídica é o conceito sistemático por excelência da ciência jurídica moderna. Mas é claro que a sua função não é aquela de propiciar um processo de dedução, mas sim a de permitir um melhor ordenamento da matéria.

O terceiro significado de sistema jurídico é, sem dúvida, o mais interessante, e é aquele sobre o qual nos deteremos neste capítulo: diz-se que um ordenamento jurídico constitui um sistema porque nele não podem coexistir normas incompatíveis. "Sistema" aqui equivale a validade do princípio: que exclui a incompatibilidade das normas. Se num ordenamento surgirem normas incompatíveis, uma delas ou ambas devem ser eliminadas. Se isso é verdade, quer dizer que as normas de um ordenamento têm uma certa relação entre si, e essa relação é a relação de compatibilidade; que implica a exclusão da incompatibilidade. Observe-se, porém, que dizer que as normas devem ser compatíveis não quer dizer que se impliquem umas com as 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 denso, num sentido negativo, isto é, de uma ordem que exclui a incompatibilidade das suas partes singulares. Duas proposições como: "A lousa é negra" e "O café é amargo" são compatíveis, mas não se implicam uma com outra. Portanto, é inexacto falar, como se faz frequentemente, de *coerência* do ordenamento jurídico no seu complexo: pode-se falar de exigência de coerência somente entre as suas partes singulares. Num sistema dedutivo, se ocorre uma contradição, desaba todo o sistema. Num sistema jurídico, a admissão do princípio que exclui a incompatibilidade tem por consequência, no caso de incompatibilidade de duas normas, a queda não de todo o sistema, mas somente de uma das duas normas ou, no máximo, de ambas.

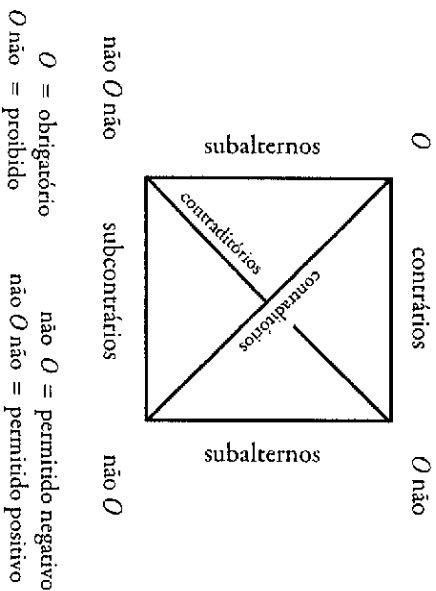
Por outro lado, se, confrontado com um sistema dedutivo, o sistema jurídico revela-se algo menor, confrontado com o sistema dinâmico, do qual falamos anteriormente, é algo maior: de fato, caso não se admita o princípio de compatibilidade, para considerar a pertinência de uma norma ao sistema, não mais bastará demonstrar a sua derivação de uma fonte autorizadas, será necessário ainda demonstrar que ela não é incompatível com outras normas. Nesse sentido, nem todas as normas produzidas por fontes autorizadas seriam normas válidas, mas somente aquelas que fossem compatíveis com as outras. Trata-se de saber, por outro lado, se esse princípio que exclui a incompatibilidade existe e qual é a sua função.

3. As antinomias

A situação das normas incompatíveis entre si é uma tradicional dificuldade diante da qual se encontraram os juristas de todos os tempos, e que tomou uma denominação característica: *antinomia*. A tese de que um ordenamento jurídico constitui um sistema no terceiro sentido ilustrado pode-se exprimir ainda dizendo que *o direito não tolera antinomias*. Na nossa tradição romanística, o problema das antinomias já foi posto com a máxima clareza nas duas célebres Constituições de Justiniano com as

quais se abre o Digesto: aqui Justiniano afirma imperiosamente que no Digesto não há normas incompatíveis e usa a palavra "antinomia". "Nulla iaque in omnibus praedicti codicis membrs antinomia (sic enim a vetustate Graeco vocabulo noncupatur) aliquid sibi vindicet locum, sed sit una concordia, una consequentia, adversario nemine constituta" (Deo auctore, ou De conceptione digestorum). Analogamente: "Contrarium autem aliquid in hoc codice positum nullum sibi locum vindicabit nec inuenitur, si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet" (Tanta, ou De confirmatione digestorum). Que no direito romano, considerado por longos séculos o direito por excelência, não houvesse antinomias foi modelo constante para os intérpretes, pelo menos enquanto o direito romano foi direito vigente. Um dos objetivos da interpretação jurídica era também o de eliminar as antinomias, caso qualquer uma surgisse, recorrendo aos mais diversos meios hermenêuticos. Nessa obra de resolução das antinomias, foram elaboradas algumas regras técnicas que veremos em seguida.

Mas antes nós temos que responder à pergunta: quando duas normas podem-se dizer incompatíveis? Em que consiste uma antinomia jurídica? Para esclarecer esse ponto, recordamos o que dissemos anteriormente sobre as relações intercorrentes entre as quatro figuras de codificação normativa: o *mandado*, o *proibido*, o *permitido positivo* e o *permitido negativo*. Reportamo-nos, por comodidade, ao quadrado ilustrativo dessas relações:



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 proibição e permissão positiva;
- 4) O não – não O não: relação entre obrigatório e permissão positiva;
- 5) O não – não O: relação entre proibição e permissão negativa;
- 6) não O não – não O: relação entre permissão positiva e permissão negativa.

Se definirmos como incompatíveis duas proposições (no nosso 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:

- a) O e O não são dois contrários, e dois contrários podem sim ser ambos falsos (F), mas não podem ser ambos verdadeiros (V):

O	O não
V	F
F	V ou F

- b) O e não O são dois contraditórios, e dois contraditórios não podem ser nem ambos verdadeiros nem ambos falsos:

O não	não O não
V	F
F	V

- c) O não e não O não são também dois contraditórios, e vale aqui, portanto, a regra precedente:

O não	não O não
V	F
F	V

d) *O e não O* são dois subalternos, entre os quais existe uma relação de implicação, no sentido de que da verdade do primeiro (o subalternante) se deduz a verdade do segundo, e não vice-versa, e da falsidade do segundo (o subalternado) se deduz a falsidade do primeiro; e não vice-versa. (Se uma ação é obrigatória, é necessariamente também permitida, enquanto que não se pode dizer que uma ação permitida seja obrigatória). Graficamente, distinguindo 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	não O não	O
V	V	V	V ou F
F	F ou V	F	F

e) *O não e não O* são também subalternos, e valem, portanto, as considerações do item precedente.

f) *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
F	V ou F

Se observarmos atentamente as representações gráficas, resulta que nos primeiros três casos não se tem jamais a situação na qual se encontram lado a lado duas V (o que significa que em nenhum dos primeiros três casos as duas proposições podem ser ambas verdadeiras); e, ao contrário, nos últimos três casos podem-se encontrar lado a lado duas V (o que significa que em todos os três casos as duas proposições podem ser ambas verdadeiras). Repetimos, portanto, que se definimos as normas incompatíveis como aquelas que não podem ser ambas verdadeiras, relações de incompatibilidade normativa se verificam nos três casos:

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

Ilustramos esses três casos com três exemplos¹¹:

- a) *Primeiro caso*: o art. 26 da Constituição italiana, no qual se lê: "A responsabilidade penal é pessoal", está em conflito com o art. 57, § 2º do Código Penal italiano, que atribui ao diretor do jornal uma responsabilidade pelos delitos cometidos por meio da publicação dos seus colaboradores, se se interpreta esse artigo como configurador de uma responsabilidade objetiva (mas se pode interpretar também de outros modos que escamoteiem a antinomia). Trata-se de dois artigos dirigidos aos órgãos judiciários, dos quais o primeiro pode ser formulado do seguinte modo: "Os juízes *não devem* condenar ninguém que não seja pessoalmente responsável"; o segundo, no modo oposto: "Os juízes *devem* condenar alguém (no caso específico, o diretor do jornal), ainda que não seja pessoalmente responsável." Uma vez que uma norma obriga e a outra proíbe o mesmo comportamento, trata-se de duas normas incompatíveis por *contrariedade*.

- b) *Segundo caso*: o art. 18, do Texto Único das Leis sobre a Segurança Pública, diz: "Os promotores de uma reunião em lugar público ou aberto ao público devem comunicá-la, ao menos três dias antes, ao delegado"; o art. 17, § 2º, da Constituição, diz: "Para as reuniões, ainda que em local aberto ao público, não é necessário pré-aviso." Aqui, o conflito é claro: o art. 18, do Texto Único, obriga a fazer aquilo que o art. 17 da Constituição permite que não seja feito. Trata-se de duas normas incompatíveis porque são *contraditórias*.

11. Trago esses exemplos e outros indicados neste capítulo do livro de G. Carvazzi, *Das Antinomias*, Torino, 1959.

mente, há um caso de antinomia total-total, o conflito entre a proibição de fumar e a permissão de fumar.

- 2) Se duas normas incompatíveis têm âmbito de validade *em parte igual e em parte diferente*, a antinomia subsiste somente em relação àquela parte que elas têm em comum, e se pode chamar *parcial-parcial*; cada uma das normas tem um campo de aplicação conflitante 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 cinematográfica”.

- 3) Se, de duas normas incompatíveis, uma tem o âmbito de validade igual ao da outra, porém mais restrito, ou, em outras palavras, o seu âmbito de validade é em parte igual, mas não é também em parte diferente em relação à outra, a antinomia é total da parte da primeira norma em relação à segunda, e somente parcial da parte da segunda em relação à primeira, e se pode chamar *a total-parcial*. A primeira norma não pode ser de forma alguma aplicada sem entrar em conflito com a segunda; a segunda tem uma esfera de aplicação a qual não entra em conflito com a primeira.

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

Ao lado do significado aqui ilustrado de antinomia como situação produzida pelo encontro de duas normas incompatíveis, fala-se, em linguagem jurídica, de antinomias com referência ainda a outras situações. Limitamos aqui a elencar outros significados de antinomia, tendo presente, porém, que o problema clássico das antinomias jurídicas é aquele aqui ilustrado. Assim, para distingui-las, chamá-las-emos de *antinomias impróprias*.¹³ Fala-se de antinomia no direito com referência ao fato de que um ordenamento jurídico pode ser inspirado em valores contrapostos (ou ideologias opostas): consideram-se, por exemplo, os valores da liberdade e aquele da segurança como valores antinômicos, no sentido de que a garantia da li-

berdade geralmente prejudica a da segurança, e a garantia da segurança tende a restringir a liberdade; em consequência, um ordenamento que se inspire em ambos os valores, diz-se que repousa sobre princípios antinômicos. Nesse caso, pode-se falar de *antinomias de princípio*. As antinomias de princípio não são propriamente antinomias jurídicas, mas podem dar lugar a normas incompatíveis. É lícito supor que uma fonte de normas incompatíveis possa ser o fato de que o ordenamento seja minado por antinomias de princípio. Uma outra exceção de antinomia é a chamada *antinomia de valorização*, que se verifica no caso em que uma norma puna um delito menor com uma pena mais grave que aquela infligida a um delito maior. É claro que nesse caso não existe uma antinomia em sentido próprio, porque as duas normas, aquela que pune o delito mais grave com pena menor e aquela que pune o delito menos grave com pena maior, são perfeitamente compatíveis. Não se deve falar de antinomia nesse caso, senão de injustiça. O que antinomia e injustiça têm em comum é que ambas dão lugar a uma situação que requer uma correção, mas a razão pela qual se corrige uma antinomia é diferente daquela pela qual se corrige a injustiça. A antinomia produz *incerteza*; a injustiça produz *desigualdade*, e, portanto, a correção obedece, nos dois casos, a dois valores diferentes, num caso, aos valores da ordem, no outro, àquele da igualdade. Uma terceira aceção de antinomia se refere às chamadas *antinomias teleológicas*, que ocorrem quando existe um conflito entre a norma que prescreve o meio para atingir o fim e aquela que prescreve o fim, de forma que, se eu aplico a norma que prevê o meio, não posso atingir o fim, e vice-versa. Aqui o conflito nasce, o mais das vezes, da insuficiência do meio: mas, então, se trata mais que de antinomia, trata-se de lacuna (e das lacunas falaremos amplamente no capítulo VI).

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

13. Trago este elenco do amplo estudo de K. Engisch.

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 deve ser conservada 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 *apparentes*; 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 derogat 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 obstará o progresso jurídico, a adaptação gradual do direito às exigências sociais. Pensemos, por absurdo, nas consequências que derivariam da regra que prescrevesse arcer-se à norma precedente. Além disso, presume-se que o legislador não queira fazer coisas 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 consequências 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 Código de Processo Civil, 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 provada, pelo art. 1.343 do Código Civil, 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 *praeter 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? Evidentemente 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 nos ordenamentos estrais modernos é, por exemplo, o Direito canônico. O “cânone” 27 apresenta três casos:

- a) um costume contrário ao direito divino e natural: *não prevalece*;
- b) um costume contrário ao direito eclesástico: *prevalece*, sob a condição de que seja *rationalis* (razoável) e tenha tido uma duração de quarenta anos;

- c) um costume contrário a uma lei humana eclesástica 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 ab-rogativo, 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 *summ cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu). Entende-se, portanto, por que a lei especial deve 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 Código Penal: "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 frequente do que se possa imaginar. Corresponde à situação de duas normas gerais incompatíveis que se encontram 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, porque 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 permite 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*,¹⁴ *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 na 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 corresponde a um dos cânones interpretativos mais constantemente seguidos pelos juristas, que é o de dar preponderância, em caso de ambiguidade ou incerteza na interpretação de um texto, à

14. Aqui entendemos "imperativo" no sentido estrito, com referência exclusiva aos imperativos positivos.

interpretação *favorabilis* sobre a *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 ambiguidade ou de conflito, a interpretação que lhe reconhece um certo direito em lugar daquela que lhe importaria uma certa obrigação, minha interpretação é odiosa em relação ao credor. Daqui deriva a ambiguidade 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 estrais 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 responde-se 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 dívida a que pode dar lugar a interpretação do artigo 602 do Código Civil, com respeito à colocação da data no testamento holográfico antes ou depois da assinatura. Da primeira alínea, "o testamento holográfico 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 e 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 *dúpla ab-rogação*, enquanto 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 frequentemente. 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 normas ou de ambas. Aquilo a que tende o intérprete comumente não é mais a eliminação das normas incompatíveis, mas, preferentemente, a *eliminação da incompatibilidade*. Às vezes, para chegar ao objetivo, introduz alguma leve ou parcial 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 Código Penal 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 Código Penal, 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 justificada 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 Código Penal, 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 comparável com a precisa disposição da Constituição. A *conclinação* 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 eloquente. Messineo recentemente chamou o artigo 2.937, § 1º do Código Civil italiano, de quebra-cabeça que "põe a dura prova as meninges do intérprete."¹⁵ 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 Código Civil italiano de 1865, no qual, não sendo distinta a disciplina da prescrição extintiva da disciplina da prescrição aquisitiva (usucapião), o caso da renúncia ao

direito referia-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 parente 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 art. 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, operaríamos), 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."¹⁶

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 exemplificar: 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 frequentemente 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

15. F. Messineo, *Variazioni sul concetto di "rinunzia alla prescrizione"*, Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ., XI (1957), p. 505 e ss.

16. Op. Cit., p. 516.

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 incompatibilidade 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 se saber se há regras tradicionalmente admitidas para a solução do conflito dos critérios, assim como há regras admitidas para a solução dos conflitos entre normas – 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 perderia o poder, que lhe é próprio, de não ser abrogada 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 specialis*. 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 contrariada. 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, nesse 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 de 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 de 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 exclusão da incompatibilidade, 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 uma 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 se considerar que em cada ordenamento esteja implícita a proibição das antinomias, e que caiba ao intérprete somente torná-la explícita? Coloco por último essa 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 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 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. Nesse 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 esse 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. Nesse 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 contrair-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 se contrair, 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 se contrair, 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 uma 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 controverso: a compatibilidade é uma condição necessária para a validade de uma norma jurídica? 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. *Dois 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 consequências 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, nasceu 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 afasrar 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 cabesse 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 ténpera."¹⁷

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

A COMPLETEUDE DO ORDENAMENTO JURÍDICO

CAPÍTULO 4

1. O problema das lacunas

Nos dois capítulos anteriores, examinamos duas características do ordenamento jurídico: a unidade e a coerência. Resta-nos considerar uma terceira característica, a qual lhe é comumente atribuída: a *completeude*. Por "completeude" se entende a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso. Posto que a ausência de uma norma se chama, com frequência, de "lacuna" (em um dos sentidos do termo "lacuna"), "completeude" significa "ausência de lacunas". Em outras palavras, um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma extraída do sistema. Caso queiramos dar uma definição mais técnica de completeude, poderemos dizer que um ordenamento é