



FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

Reitor: João Cláudio Todorov

Vice-Reitor: Sérgio Barroso de Assis Fonseca

EDITORA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

Conselho Editorial

Alexandre Lima

Álvaro Tamayo Lombana

Aryon Dall Igna Rodrigues

Dourimar Nunes de Moura

Emanuel Araújo (Presidente)

Euridice Carvalho de Sardinha Ferro

Lúcio Benedito Reno Salomon

Marcel Auguste Dardenne

Sylvia Fischer

Vilma de Mendonça Figueiredo

Volnei Garrafa

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

NORBERTO BOBBIO

TEORIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Apresentação:

Tercio Sampaio Ferraz Júnior

Tradução:

Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos

Prof.^a associada da Faculdade de Direito da USP

Revisão Técnica:

Claudio De Cicco

Prof. associado da Faculdade de Direito da USP

6^a edição

EDITORA

UnB

Direitos exclusivos para esta edição.
EDITORA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
SCS Quadra 02 Bl. C Nº 78 Edifício OK
70300-500 Brasília DF
Fax: (061) 225-5611

Título original: *Teoria dell'ordinamento giuridico*
Copyright 1982 © by Editore G. Giappichelli

Nenhuma parte desta obra poderá ser armazenada ou reproduzida
por qualquer meio sem a autorização por escrito da Editora.

Impresso no Brasil

Equipe técnica:

Editoração:

Ewandro Magalhães Júnior
Flávio Gonçalves da Rocha Castro
Regina Coeli Andrade Marques

Revisão de texto:

Alba Rosa de Farias Falcão
Élida Moraes de Oliveira Filho
José G. de Arruda Filho

Capa:

Francisco Regis

ISBN: 85-230-0276-6

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Central
da Universidade de Brasília

Bobbio, Norberto
B663t Teoria do ordenamento jurídico / Norberto Bobbio; apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior; trad. Maria Celeste C. J. Santos; rev. téc. Cláudio De Cicco. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 6ª ed., 1995. 184 p.
340.11
Ferraz Júnior, Tércio Sampaio, apres. Santos, Maria Celeste C. J., trad. Claudio De Cicco, rev. téc.

Sumário

<i>Apresentação</i>	7
CAPÍTULO 1 — Da norma jurídica ao ordenamento ju- rídico	19
1. Novidade do problema do ordenamento	19
2. Ordenamento jurídico e definição do Direito	22
3. A nossa definição de Direito	27
4. Pluralidade de normas	31
5. Os problemas do ordenamento jurídico	34
CAPÍTULO 2 — A unidade do ordenamento jurídico	37
1. Fontes reconhecidas e fontes delegadas	37
2. Tipos de fontes e formação histórica do orde- namento	41
3. As fontes do Direito	45
4. Construção escalonada do ordenamento	48
5. Limites materiais e limites formais	53
6. A norma fundamental	58
7. Direito e força	65
CAPÍTULO 3 — A coerência do ordenamento jurí- dico	71
1. O ordenamento jurídico como sistema	71
2. Três significados de sistema	75
3. As antinomias	81
4. Vários tipos de antinomias	86
5. Critérios para a solução das antinomias	91
6. Insuficiência dos critérios	97

7. Conflito dos critérios	105
8. O dever da coerência	110
CAPÍTULO 4 — A completude do ordenamento jurídico	
dico	115
1. O problema das lacunas	115
2. O dogma da completude	119
3. A crítica da completude	122
4. O espaço jurídico vazio	127
5. A norma geral exclusiva	132
6. As lacunas ideológicas	139
7. Vários tipos de lacunas	143
8. Heterointegração e auto-integração	146
9. A analogia	150
10. Os princípios gerais do Direito	156
CAPÍTULO 5 — As relações entre os ordenamentos jurídicos	
rídicos	161
1. A pluralidade dos ordenamentos	161
2. Vários tipos de relação entre ordenamentos ..	165
3. Estado e ordenamentos menores	169
4. Relações temporais	173
5. Relações espaciais	178
6. Relações materiais	180

APRESENTAÇÃO

O pensamento jurídico de Norberto Bobbio

Norberto Bobbio pertence a uma corrente jusfilosófica que se costuma chamar de “Escola Analítica” ou “Positivismo Analítico”. Suas posições, no entanto, são bastante matizadas e não é fácil incluí-lo nessa corrente.

Desde a década de 50, os escritos de Bobbio marcam um nítido programa de reformulação dos estudos do Direito, apertados que estavam numa polêmica tornada tediosa e infecunda entre jusnaturalismo e positivismo. Bobbio é um dos primeiros a voltar-se para a metodologia da Ciência do Direito em termos de uma análise linguística.

Ao posicionar-se desse modo, Bobbio enfrentava uma crise que pairava sobre a Ciência Jurídica, tentando, nas pegadas de Kelsen, mas desvinculando-se dos pressupostos neokantianos, reelaborar um conceito de Ciência Jurídica capaz de conferir-lhe um estatuto próprio; dentro das ciências empíricas (mesmo porque o conhecimento jurídico não podia prescindir de recorrer aos fatos, ainda que elaborasse proposições sobre normas), o Direito parecia encontrar um lugar que, no entanto, não lhe conferia o estatuto próprio procurado. Assim, a partir dos anos 50, Bobbio se direcionou decididamente para uma concepção de ciência como “linguagem de rigor” e aí descobriu o caminho que procurava. Seus estudos de Teoria Geral do Direito foram marcados por essa preocupação e se desenvolveram no sentido de buscar respostas para problemas que, então, preocupavam particularmente a teoria jurídica.

Os trabalhos de Bobbio sobre a temática jurídica são inúmeros. Em todos eles, mostra-se acima de tudo um ana-

lista. E isso a ponto de, às vezes, influenciar o seu leitor não só pelo conteúdo, mas pelo estilo de trabalho. Leitores de Bobbio, sentimo-nos, em muitas ocasiões, tentados a proceder a análises que, como as suas, não culminam necessariamente em sínteses, mas elucidam distinções capazes de aclarar os problemas. Essa influência que a leitura de Norberto Bobbio exerce sobre o seu leitor é marcante, haja vista a plêiade de juristas contemporâneos que, na Itália e em tantos outros países, seu pensamento produziu. E muitos deles absorvendo, às vezes, menos do conteúdo e muito mais do estilo.

Um estilo, contudo, difícil de ser executado, pois requer finura de espírito, rigor de linguagem, disciplina de pensamento e um formidável acúmulo de informações. E, neste conjunto, Norberto Bobbio é, certamente, insuperável.

Seus escritos, por isso, são todos, individualmente, peças que se encaixam sob a forma de reflexões analíticas que o nosso autor executa com maestria, conduzindo o leitor, muitas vezes, não a soluções, mas a perplexidades.

É o caso de seu brilhante ensaio sobre as antinomias e que começa perguntando sobre qual a diferença entre o jurista e um chofer de caminhão quando respondem à pergunta: “Entre duas normas opostas, qual prevalece?”, para terminar dizendo, em que pesem as sutis distinções do jurista, que ambos não saem da resposta simples e direta: “A mais justa!”.

Na verdade, Norberto Bobbio, mesmo no âmbito de sua especialidade, jamais escreveu um tratado. Sequer formulou, de forma acabada e abrangente, uma Teoria Geral do Direito. A maior parte de seus livros são coletâneas de artigos ou mesmo compilações de cursos. No entanto, como aponta Alfonso Ruiz (*Contribución a la teoría del derecho*), justamente por isso seu pensamento guarda, a um só tempo, a finura da análise, o rigor terminológico e uma certa liberdade dos sistemas cerrados.

A maior parte de seus escritos sobre a problemática da cientificidade do Direito e sobre as mais importantes questões da Teoria Geral do Direito tem, certamente, um cunho positivista, nos quadros da Escola Analítica Italiana que ele ajudou a construir. Contudo, como a estrutura de seus textos é mais problemática e até mais rapsódica do que sistemática, os resultados obtidos são sempre críticos, no sentido de levar a reflexão adiante e não de terminá-la.

Não podendo ocupar-me, nesta exposição, do seu pensamento jurídico na sua totalidade, gostaria, então, de apresentá-lo através de um tema relevante. Reporto-me, por isso, a suas investigações sobre a sanção, que, a meu ver, podem servir como um dos pontos de orientação para o intérprete, no sentido de organizar, didaticamente, o pensamento jurídico de Norberto Bobbio. Não que a sanção seja uma espécie de pedra angular, mas, se a tomamos como um problema nuclear, a ordem das questões se estrutura e torna-se possível concatenar as argumentações.

Em sua *Teoria della norma giuridica*, Norberto Bobbio, ao enfrentar a questão da definição do caráter jurídico da norma, após enumerar diversos argumentos, assinala, no § 39, o que denomina de “um novo critério: a resposta à violação”.

O critério é de clara enunciação: se uma norma prescreve o que deve ser e se o que deve ser não corresponde ao que é necessariamente, quando a ação real não corresponde à prevista, a norma é violada. Essa violação, que pode ser uma inobservância ou uma inexecução, exige uma resposta. Assim, a sanção é definida como um expediente através do qual se busca, num sistema normativo, salvaguardar a lei da erosão das ações contrárias. Ou, mais brevemente, a sanção é a resposta à violação da norma, sendo que a sanção “jurídica” é a resposta externa e institucionalizada.

É óbvio que a sanção, nesta visão, ao referir-se à violação da norma, não diz respeito à sua validade, mas à sua eficácia, pois é um expediente, diz Bobbio, para conseguir que as normas sejam menos violadas ou que as conseqüências da violação sejam menos graves.

Ora, colocando-se a questão da sanção a nível da eficácia, surge, inevitavelmente, perante a reflexão, o problema da função da sanção cominada pela norma, e, em conseqüência, a questão complexa da relação entre ser e dever-ser, mais particularmente, entre força e direito. Preocupado em aprofundar a questão, Bobbio procura um modo que lhe permita evitar a dicotomia rígida entre ser e dever-ser, admitindo que o critério da sanção externa e institucionalizada está referido não a cada norma em particular, mas ao ordenamento como um todo. Com isso, rechaça ele a idéia kelseniana de que o Direito seja um mero regulador da força, que seria seu conteúdo, admitindo-a como um meio. Assumindo uma posição analítica, Bobbio aceita que, no escalonamento normativo, a força aparece ora como “sanção” de um direito “já estabelecido” e que “deve ser aplicado”, ora como “produção” de “um direito a ser criado”. Tudo depende do ponto em que nos colocamos na pirâmide jurídica.

Numa certa fase de seu pensamento, a teoria de Bobbio sobre a sanção nos permite entender os limites em que se delinea o seu projeto de uma Ciência Jurídica. Escolhemos, de propósito, a noção de sanção, porque ela é central para uma posição positivista que a princípio assumiu alguns dos mais importantes pressupostos da teoria pura do Direito de Kelsen. Com efeito, a reflexão sobre a sanção nos mostra que, se de um lado é possível manter, com certa clareza, a teoria jurídica dentro das fronteiras do normativo e das relações de validade, uma vez que as normas não valem por causa da sanção, de outro lado, a noção de sanção nos obriga a explicar o fenômeno da força e, em

conseqüência, a enfrentar a questão da dimensão fática dentro da teoria jurídica.

Num texto escrito tempos depois, Norberto Bobbio, comentando, aliás, a posição de Kelsen sobre a teoria da Ciência do Direito e referindo-se ao empenho daquele autor, ao constituir as linhas mestras de sua *Teoria Pura*, em evitar que o pensamento jurídico enveredasse pelas sendas da ideologia e da especulação sobre os “fins” do Direito, observa, no entanto, com acuidade, que uma das noções que Kelsen não consegue conceituar sem evitar uma “definição funcional” é justamente a de sanção, por sinal básica para a *Teoria Pura*, pois “as sanções são postas pelo ordenamento jurídico ‘para obter’ um dado comportamento humano que o legislador considera desejável” (*Dalla struttura alla funzione*, p. 71).

Em vista dessa observação, Norberto Bobbio se acha em condições de aprofundar não apenas o conceito de sanção e de seu papel no Direito, não apenas de examinar com maior campo de visão a própria dimensão fática, mas também de apontar o destino da Ciência Jurídica neste final de século. E nisso Norberto Bobbio foi e continua sendo um mestre.

Com efeito, se desde Kelsen e, antes dele, com Jhering, a teoria jurídica sempre encarou a sanção particularmente como uma forma repressiva, isso não escondia a existência das chamadas sanções positivas, que não eram punições, mas recompensas. Isso sempre foi admitido na literatura jurídica e filosófica, mas, para o Direito, a relevância das sanções negativas obscurecia a importância das outras.

Na verdade, como iria observar Bobbio em seus últimos escritos sobre o problema, a distinção entre sanções negativas e positivas e o relativo desconhecimento, para o Direito, das positivas, reproduzia, no fundo, uma concepção de sociedade típica do século XIX. Com efeito, a importância conferida, no mundo jurídico, à sanção nega-

tiva reproduzia (caso de Jhering) a distinção hegeliana entre sociedade civil e Estado e a cisão entre a esfera de interesses econômicos e a de interesses políticos, entre a condição de burguês e a de cidadão, típica da sociedade industrial do século passado. Em princípio, nessa concepção, o Estado assumia a função de custodiador da ordem pública e o Direito se resumia, particularmente, em normas negativas (de proibição), com prevalência óbvia das sanções negativas.

Modernamente, no entanto, a própria transformação e o aumento de complexidade industrial vieram colocando as coisas em outro rumo. Não resta dúvida de que, hoje, o Estado cresceu para além de sua função protetora-repressora, aparecendo até muito mais como produtor de serviços de consumo social, regulamentador da economia e produtor de mercadorias. Com isso, foi sendo montado um complexo sistema normativo que lhe permite, de um lado, organizar sua própria máquina de serviços, de assistência e de produção de mercadorias, e, de outro, montar um imenso sistema de estímulos e subsídios. Ou seja, o Estado, hoje, substitui, ainda que parcialmente, por exemplo, o próprio mercado na coordenação da economia, tornando-se o centro da distribuição da renda, ao determinar preços, ao taxar, ao subsidiar.

Ora, nesse contexto, uma teoria jurídica da sanção, limitada ao papel das sanções negativas e, pois, ignorando o papel assistencial, regulador e empresarial do Estado, estaria destinada a fechar-se num limbo, entendendo mal, porque entendendo limitadamente, a relação entre o Direito, o Estado e a sociedade.

Neste sentido, Bobbio promove nos seus últimos escritos uma inflexão nova na concepção formalista tradicional do Direito, redimensionando o que chama, então, de “função promocional” do ordenamento jurídico, na qual o aumento vertiginoso das chamadas normas de organiza-

ção (aquelas com as quais o Estado regula sua própria atividade assistencial, fiscalizadora e produtora) confere às “sanções positivas” um outro relevo.

Como era inevitável, a articulação analítica em que é tão hábil Norberto Bobbio o conduz também, dentro dessa temática, a importantes distinções. Buscando a função promocional do ordenamento posto a serviço do Estado e da sociedade, ele começa a falar em técnicas de “encorajamento” e “desencorajamento” no uso das normas. Num ordenamento marcadamente “repressivo”, em que se encara o Estado particularmente em sua função de custodiar a ordem pública, diz Bobbio, são adotadas medidas diretas, com o fito de obter a conformidade com as prescrições normativas, mas também medidas “indiretas”, no sentido de dificultar comportamentos não desejáveis. Ou seja, com acuidade, Bobbio percebe que, mesmo num ordenamento basicamente repressivo, também há lugar para medidas não necessariamente punitivas. Aqui se coloca, no entanto, o passo seguinte de sua análise. Quando o ordenamento de função repressiva e protetora procura “provocar” certas condutas, atua sempre de uma forma negativa: prevalece a técnica do desencorajamento. Já o ordenamento promocional vai muito adiante, uma vez que, neste caso, a técnica típica é “positiva”, isto é, o encorajamento de certas condutas que, para se produzirem, necessitam das sanções positivas também ditas premiaias. No primeiro caso, na visão típica do século XIX, o ordenamento sempre procura tornar certas ações mais “penosas”, tornando outras vantajosas *a contrario sensu*. No segundo caso, nos ordenamentos contemporâneos, observa-se, porém, o expediente da “facilitação” (por exemplo, uma subvenção) e até do prêmio (por exemplo, uma isenção fiscal) para promover as ações desejadas.

Note-se que, nestas alturas, a teoria da Ciência do Direito, necessariamente, deu um passo adiante, pois, em vez

de limitar-se ao estudo e análise da sanção negativa e dos conceitos daí decorrentes (obrigação, delito), é forçada a uma nova ordem de considerações. Em primeiro lugar, a sanção não será mais apenas “ameaça”, mas também “promessa”.

Em segundo lugar, sendo também promessa (de facilitar ou de premiar), inverte-se até mesmo a relação direito/dever em novas configurações extremamente importantes para a teoria jurídica, uma vez que, se a sanção é “ameaça”, a relação direito/dever vai do sancionador (direito) para o sancionado (dever), mas, se é promessa, do sancionado (direito) para o sancionador (dever de cumprir a promessa).

Os textos de Norberto Bobbio a propósito dessas novas configurações são ainda ensaios que, ao contrário dos anteriores sobre a sanção negativa, não têm como pressupor uma longa tradição que, com vantagem, situa e esclarece os detalhes. Há, pois, questões abertas, que nos propõem algumas dificuldades que só reflexões posteriores poderão esclarecer. Assim, por exemplo, Bobbio observa que, no uso de sanções positivas, como se trata de comportamentos “permitidos”, o agente é “livre” para fazer, isto é, é livre para valer-se de sua própria liberdade. A meu ver, isso cria a impressão de que, no uso das sanções positivas, o agente sancionador restringe sua própria força, uma vez que não ameaça, mas encoraja; “embora”, ao que parece, aqui se colocasse a importante questão de se saber se, no caso das técnicas de encorajamento, “a autonomia da vontade não estaria sendo sutilmente escamoteada”, implicando o reconhecimento de que o Estado com função promocional desenvolve formas de poder ainda mais amplas que o Estado protetor. Isto é, ao prometer, via subsídios, incentivos e isenções, ele substitui, como disse, o mercado e a sociedade no modo de “controlar” (no sentido amplo da palavra) o comportamento.

A Norberto Bobbio, na verdade, isso não passa des-

percebido, mesmo porque, caracterizando o Direito como instrumento de controle social em termos de controle coativo, nos moldes tradicionais, observa, contudo, o aparecimento do controle persuasivo e premonitivo. Se no primeiro (coativo) a ênfase está na repressão e na prevenção de condutas, no segundo (persuasivo) a ênfase está no condicionamento da ação desejada e no terceiro (premonitivo) até mesmo no processo de evitar que conflitos possam sequer ocorrer, com o que, a meu ver, a questão da liberdade se põe de forma radical, pois, neste último caso, o Estado ou a sociedade se antepõem ao uso da liberdade.

Na verdade, em escritos posteriores, Bobbio vai inclusive observar que ao deslocamento produzido na teoria da sanção pelo advento do Estado promocional devem ser acrescentados o aumento e o aperfeiçoamento dos meios de socialização e de condicionamentos coletivos nas sociedades tecnocráticas, bem como o aumento de importância das medidas preventivas sobre as repressivas e o da distribuição de recursos por parte do Estado. A consciência dessa nova situação faz com que Bobbio reflita, com sua costumeira acuidade, sobre o destino da Ciência Jurídica na própria sociedade em transformação.

Sem aprofundar a questão nesta exposição, desejaria, no entanto, apontar algumas conseqüências dessas argutas observações de Bobbio para a própria Ciência Jurídica. Embora o cientista do Direito não seja um homem alheio à sociedade em que vive, a percepção da nova situação nos leva a considerar o seguinte:

a) na tradição do Estado protetor e repressor, o jurista, encarando o Direito como um conjunto de regras dadas com função sancionadora e negativa, tende a assumir o papel de conservador daquelas regras que ele, então, “sistemiza e interpreta”;

b) já na nova situação do Estado promocional, o jurista, encarando o Direito “também” como um conjunto

de regras, mas em vista de uma função implementadora de comportamentos, tende a assumir um papel modificador e criador.

No primeiro caso, prevalece, então, aquilo que Bobbio chama de uma teoria “estrutural” do Direito, em oposição a uma teoria “funcionalista”.

Não se trata de duas teorias opostas, mas de enfoques distintos, em que prevalece ora um, ora outro dos aspectos. No enfoque estrutural preponderam, assim, a interpretação do sentido das normas, as questões formais da eliminação de antinomias, da integração de lacunas, numa palavra, de sistematização global dos ordenamentos conforme a melhor tradição dogmática. No enfoque funcionalista, por sua vez, a problemática se volta muito mais para a análise de situações, análise e confronto de avaliações, escolha de avaliação e formulação de regras. Se nos fosse permitido traduzir essas duas atitudes, diríamos que, no enfoque estrutural, a relação meio/fim no estudo do Direito fica limitada a um pressuposto global e abstrato, que quase não interfere na análise do tipo, por exemplo: “O Direito é uma ordem coativa que visa à obtenção da segurança coletiva”, e isso basta. Já no enfoque funcionalista, a relação meio/fim ganha outros relevos, passa mesmo a constituir o cerne da análise, exigindo, do jurista, novas modalizações do fenômeno normativo.

O reconhecimento da importância crescente desse enfoque funcionalista, contudo, não vem sem dificuldades teóricas relevantes. Para o filósofo da Ciência Jurídica que é Norberto Bobbio, reaparece, agora de uma forma ainda mais contundente, a velha questão da identidade epistemológica da Ciência Jurídica, agora necessariamente voltada para indagações sociológicas, econômicas e políticas.

Além disso, sua proposta funcionalista abre espaço para indagações de alta relevância e que constituem, a meu ver, problemas teóricos muito significativos. Assim, por exem-

CAPÍTULO 1

Da norma jurídica ao ordenamento jurídico

1. *Novidade do problema do ordenamento*

Esta obra se liga diretamente à anterior, intitulada *Teoria da norma jurídica*. Uma e outra formam em conjunto uma completa *Teoria do Direito*, principalmente sob o aspecto formal. No primeiro livro estudamos a *norma jurídica*, isoladamente considerada; neste, estudaremos aquele conjunto ou complexo de normas que constituem o *ordenamento jurídico*.

A exigência da nova pesquisa nasce do fato de que, na realidade, as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si (e estas relações serão em grande parte objeto de nossa análise). Esse contexto de normas costuma ser chamado de “ordenamento”. E será bom observarmos, desde já, que a palavra “direito”, entre seus vários sentidos, tem também o de “ordenamento jurídico”, por exemplo, nas expressões “Direito romano”, “Direito canônico”, “Direito italiano” [“Direito brasileiro”], etc.

Ainda que seja óbvia a constatação de que as regras jurídicas constituem sempre uma totalidade, e que a palavra “direito” seja utilizada indiferentemente tanto para indicar uma norma jurídica particular como um determinado complexo de normas jurídicas, ainda assim o estudo aprofundado do ordenamento jurídico é relativamente recente, muito mais recente que o das normas particulares, de resto bem antigo. Enquanto, por um lado, existem muitos estudos especiais sobre a natureza da norma jurídica,

não há, até hoje, se não nos enganamos, nenhum tratado completo e orgânico sobre todos os problemas que a existência de um ordenamento jurídico levanta. Em outros termos, podemos dizer que os problemas gerais do Direito foram tradicionalmente mais estudados do ponto de vista da norma jurídica, considerada como um todo que se basta a si mesmo, que do ponto de vista da norma jurídica considerada como parte de um todo mais vasto que a compreende. Ao dizer isto, queremos também chamar a atenção para a dificuldade da sistematização de uma matéria que não tem um passado de segura tradição, e ainda para o caráter experimental desta exposição.

Uma rápida visão da história do pensamento jurídico nos últimos séculos nos dá uma confirmação do que até aqui afirmamos: do famoso tratado *De Legibus ac Deo Legislatore*, de Francisco Suárez (1612), aos tratados mais recentes de Thon e de Binding, de que falamos no livro precedente, fica claro desde os títulos que o objeto principal da análise e o verdadeiro *elemento primeiro* da realidade jurídica é a norma em si. Com isso não se quer dizer que faltasse àquelas obras a análise de alguns problemas característicos de uma teoria do ordenamento jurídico, mas tais problemas vinham misturados a outros e não eram considerados merecedores de uma análise separada e particular. Repetimos que a norma jurídica era a única perspectiva através da qual o Direito era estudado, e que o ordenamento jurídico era no máximo um conjunto de normas, mas não um objeto autônomo de estudo, com seus problemas particulares e diversos. Para nos exprimirmos com uma metáfora, considerava-se a árvore, mas não a floresta.

Creio que os primeiros a chamar a atenção sobre a realidade do ordenamento jurídico foram os teóricos da instituição, de que nos ocupamos no livro precedente. Não foi por acaso que o livro merecidamente famoso de Santi Romano foi intitulado *O ordenamento jurídico* (1917) O

plo, se num enfoque estrutural, que é o seu em escritos mais antigos, pensar o Direito de forma racional e científica exige pressupostos incontornáveis como a noção de um poder soberano, primeiro e superior, e exige, portanto, toda a reflexão sobre a norma fundamental, pode-se perguntar, a meu ver, se num enfoque funcionalista a noção de soberania não passa a segundo plano e a própria hipótese da norma fundamental não perde relevo, abrindo espaço para um pensar não-sistemático do Direito ou, pelo menos, para um pensar sistemático com estruturas diversificadas em que o escalonamento é uma das eventuais possibilidades. Pense-se, por exemplo, na sociedade plurifinalista de nossos dias e na efetiva dispersão do poder soberano entre múltiplas fontes, como o poder do Estado, das multinacionais, dos grupos de pressão, etc.

Mais do que tudo isso, porém, volta a questão, hoje tão aguda no Brasil, do ensino do Direito, da própria formação do jurista e, sobretudo, de seu papel social.

Um grande jurista italiano, que lecionou no Brasil durante algum tempo — Tulio Ascarelli —, disse uma vez que, “na atual crise de valores, o mundo pede aos juristas idéias novas, mais que sutis interpretações”. Não resta dúvida de que vivemos hoje uma situação de crise. Uma crise, no entanto, nos obriga a voltar às questões mesmas e exige respostas, novas ou velhas, mas, de qualquer modo, julgamentos diretos. Uma crise só se torna um desastre quando respondemos a ela com juízos pré-formados, isto é, com preconceitos. Uma atitude dessas não apenas aguça a crise, como nos priva da experiência da realidade e da oportunidade que ela proporciona à reflexão (H. Arendt).

Norberto Bobbio, o jurista que aqui apresentamos, é, antes de tudo, um homem que soube, sabe e continuará sabendo enfrentar uma crise sem preconceitos. No âmbito da Ciência Jurídica, mais do que muitos, Norberto Bobbio soube entender que se, nos primeiros três quartos deste

século, a grande preocupação foi eliminar juízos de valor no intento de construir uma teoria científica do Direito não sujeita a implicações ideológicas, agora, em compensação, recupera-se em sua esfera de interesses a experiência social e o juízo crítico sobre si mesma, oferecendo à investigação jurídica novas dimensões.

Quando a sociedade atravessa uma fase de profundas mudanças, admitiu Norberto Bobbio mais recentemente, a Ciência do Direito precisa estabelecer novos e chegados contatos com as Ciências Sociais, superando-se a formação jurídica departamentalizada, com sua organização, sobre uma base corporativo-disciplinar, de compartimentos estanques.

Pois bem: essa sensibilidade para a mudança, sem perder de vista as exigências da racionalidade, é uma das mais importantes características de Norberto Bobbio e a lição mais profunda que podemos extrair de seu pensamento.

Tercio Sampaio Ferraz Junior

Textos citados:

- Norberto Bobbio. *Teoria della norma giuridica*, Turim, 1958.
 — . *Dalla struttura alla funzione*, Milão, 1977.
 — . *Contribución a la teoria del derecho*, edição a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, Valença, 1980.

consiste justamente o ordenamento jurídico, abrindo, assim, para uma estrada que tinha como saída o reconhecimento da relevância do ordenamento para a compreensão do fenômeno jurídico.

No conjunto das tentativas realizadas para caracterizar o Direito através de algum elemento da norma jurídica, consideraríamos sobretudo quatro critérios: 1. critério formal; 2. critério material; 3. critério do sujeito que põe a norma; 4. critério do sujeito ao qual a norma se destina.

1) Por critério formal entendemos aquele pelo qual se acredita poder ser definido o que é o Direito através de qualquer elemento estrutural das normas que se costuma chamar de jurídicas. Vimos que, com respeito à estrutura, as normas podem distinguir-se em:

- a) positivas ou negativas;
- b) categóricas ou hipotéticas;
- c) gerais (abstratas) ou individuais (concretas).

Pois bem, a primeira e a terceira distinções não oferecem nenhum elemento caracterizador do Direito porque em qualquer sistema normativo encontramos tanto normas positivas quanto negativas, tanto normas gerais (abstratas) quanto individuais (concretas). Quanto à segunda distinção, admitimos, também, que num sistema normativo existem apenas normas hipotéticas, as quais podem assumir estas duas formas:

- a) se queres A, deves B, segundo a teoria da norma técnica (Ravà) ou das regras finais (Brunetti);
- b) se é A, deve ser B, onde, segundo alguns, A é o fato jurídico e B a consequência jurídica (teoria do Direito como valorização ou juízo de qualificação), e segundo outros A é o ilícito e B é a sanção (teoria da norma como juízo hipotético de Kelsen).

Em nenhuma dessas duas formulações a norma jurídica assume uma forma caracterizante: a primeira formulação é própria de qualquer norma técnica (“se você quer comprar selos, deve ir ao correio”); a segunda formulação é característica de qualquer norma condicionada (“se chove, você deve pegar o guarda-chuva”).

2) Por critério material entendemos aquele critério que se poderia extrair do conteúdo das normas jurídicas, isto é, das ações reguladas. Esse critério é manifestamente inconcludente. Objeto de regulamentação por parte das normas jurídicas são todas *as ações possíveis* do homem, e entendemos por “ações possíveis” aquelas que não são nem necessárias nem impossíveis. Segue-se, obviamente, que uma norma que comandasse uma ação necessária ou proibisse uma ação impossível seria *inútil*; de outro lado, uma norma que proibisse uma ação necessária ou ordenasse uma ação impossível seria *inexequível*. Mas, uma vez excluídas as ações necessárias, isto é, aquelas que o homem executa por necessidade natural e, por conseqüência, independentemente de sua vontade, e as ações impossíveis, isto é, aquelas ações que o homem não está apto a cumprir não obstante todo o esforço da sua vontade, o campo das ações possíveis é vastíssimo, e isso é comum tanto às regras jurídicas como a todas as outras regras de conduta. Foram feitas tentativas, é verdade, de separar, no vasto campo das ações possíveis, um campo de ações reservadas ao Direito. As duas principais tentativas se valem ora de uma ora de outra destas duas distinções:

- a) ações internas e ações externas;
- b) ações subjetivas e ações intersubjetivas.

À parte o fato de que as categorias das ações externas e das ações intersubjetivas são extremamente genéricas, é bastante claro que ambas podem servir para distinguir o

que nós criticamos na teoria da instituição foi a forma em que foi apresentada, em oposição à teoria normativa, isto é, como teoria destinada a suplantiar a teoria precedente, quando, segundo já observamos, ela representa sua integração e, portanto, sua continuação. Consideramos oportuno reproduzir aqui as palavras com que concluímos, no livro anterior, o exame da teoria da instituição: “A nosso ver, a teoria da instituição teve o grande mérito de pôr em relevo o fato de que se pode falar de Direito somente onde haja um complexo de normas formando um ordenamento, e que, portanto, o Direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo”.

O isolamento dos problemas do ordenamento jurídico dos da norma jurídica e o tratamento autônomo dos primeiros como parte de uma teoria geral do Direito foram obra sobretudo de Hans Kelsen. Entre os méritos de Kelsen, e pelos quais é justo considerá-lo um dos mais autorizados juristas de nossa época, está, certamente, o de ter tido plena consciência da importância de problemas conexos com a existência do ordenamento jurídico, e de ter dedicado a eles particular atenção. Tomando-se, por exemplo, sua obra mais completa e concludente, a *Teoria geral do Direito e do Estado*, veremos que a análise da teoria do Direito (aqui prescindimos da teoria do Estado) está dividida em duas partes, chamadas respectivamente *Nomostática e Nomodinâmica*.

A primeira considera os problemas relativos à norma jurídica; a segunda, os relativos ao ordenamento jurídico. Reconheço que a expressão “nomodinâmica” não é muito feliz, mas, deixando de lado a questão dos termos, o que importa é que, talvez pela primeira vez, no sistema de Kelsen, a teoria do ordenamento jurídico constitui uma das duas partes de uma completa teoria do Direito. Não preci-

so acrescentar que meu livro está ligado diretamente à problemática de Kelsen, da qual constitui ora um comentário, ora um desenvolvimento.

2. Ordenamento jurídico e definição do Direito

Dissemos que a teoria do ordenamento jurídico constitui uma integração da teoria da norma jurídica. Entretanto, devemos precisar de antemão que fomos levados necessariamente a essa integração pelos resultados a que chegamos na busca de uma definição do Direito, realizada na obra anterior. Para resumir brevemente tais resultados, digamos que não foi possível dar uma definição do Direito do ponto de vista da norma jurídica, considerada isoladamente, mas tivemos de alargar nosso horizonte para a consideração do modo pelo qual uma determinada norma se torna eficaz a partir de uma complexa organização que determina a natureza e a entidade das sanções, as pessoas que devam exercê-las e a sua execução. Essa organização complexa é o produto de um ordenamento jurídico. Significa, portanto, que uma definição satisfatória do Direito só é possível se nos colocarmos do ponto de vista do ordenamento jurídico.

Repensemos por um momento as várias tentativas feitas para definir o Direito através deste ou daquele elemento da norma jurídica. Todas elas resultaram em sérias dificuldades. Os critérios adotados, a cada vez, para encontrar uma definição de Direito tomando como base a norma jurídica ou foram tais que deles não foi possível obter qualquer elemento característico dessa norma com respeito a outras categorias de norma (como as normas morais ou sociais), conduzindo, portanto, a um círculo vicioso, ou então reconduziam àquele fenômeno mais complexo da organização de um sistema de regras de conduta, no qual

É claro que uma definição desse gênero somente significa alguma coisa se se define a noção de juiz. Que é o juiz? Que se entende por juiz? Mas uma definição de juiz não pode ser obtida senão ampliando-se a consideração a todo o ordenamento. Dir-se-á que o juiz é aquele ao qual uma norma do ordenamento atribui o poder e o dever de estabelecer quem tem razão e quem não tem, e de tornar assim possível a execução de uma sanção. Mas, desse modo, uma vez mais somos reconduzidos da norma isolada ao sistema normativo. E percebemos, além disso, que não apenas procuramos tornar conclusiva uma definição do Direito referida à norma, mas somos constrangidos a deixar a norma e abraçar o ordenamento.

3. A nossa definição de Direito

Voltemos, agora, à definição de Direito a que chegamos no livro precedente. Ali determinamos a norma jurídica através da sanção, e a sanção jurídica através dos aspectos de *exterioridade* e de *institucionalização*, donde a definição de norma jurídica como aquela norma “cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada”.

Essa definição é uma confirmação de tudo quanto sublinhamos nos dois primeiros parágrafos, isto é, a necessidade em que se acha o teórico geral do Direito, em certo ponto de sua pesquisa, de deixar a norma em particular pelo ordenamento. Se sanção jurídica é só a institucionalizada, isso significa que, para que haja Direito, é necessário que haja, grande ou pequena, uma organização, isto é, um completo sistema normativo. Definir o Direito através da noção de sanção organizada significa procurar o caráter distintivo do Direito não em um elemento da norma mas em um complexo orgânico de normas. Em outros ter-

mos, poder-se-á dizer que a pesquisa por nós realizada na *Teoria della norma giuridica* é uma prova do caminho obrigatório que o teórico geral do Direito percorre da parte ao todo, isto é, do fato de que, mesmo partindo da norma, chega-se, quando se quer entender o fenômeno do Direito, ao ordenamento.

Para maior clareza podemos também nos exprimir deste modo: *o que comumente chamamos de Direito é mais uma característica de certos ordenamentos normativos que de certas normas*. Se aceitarmos essa tese, o problema da definição do Direito se torna um problema de definição de um ordenamento normativo e, conseqüentemente, diferenciação entre este tipo de ordenamento normativo e um outro, não o de definição de um tipo de normas. Nesse caso, para definir a norma jurídica bastará dizer que a norma jurídica é aquela que pertence a um ordenamento jurídico, transferindo manifestamente o problema da determinação do significado de “jurídico” da norma para o ordenamento.

Através dessa transferência demonstra-se que a dificuldade de encontrar uma resposta à pergunta: “O que se entende por norma jurídica?”, se resolve ampliando-se o campo de pesquisa, isto é, colocando uma nova questão: “O que se entende por ordenamento jurídico?” Se, como parece, só a esta segunda pergunta se consegue dar uma resposta sensata, isso quer dizer que o problema da definição do Direito encontra sua localização apropriada na teoria do ordenamento jurídico e não na teoria da norma. É um argumento a favor da importância, desde o início anunciada, da teoria do ordenamento, que é o objeto deste novo livro. Só em uma teoria do ordenamento — este era o ponto a que importava chegar — o fenômeno jurídico encontra sua adequada explicação.

Já no livro anterior nos encontramos diante do fe-

Direito da Moral, mas não das regras do costume que se referem sempre a ações externas e muitas vezes a ações intersubjetivas.

3) Falando do critério do sujeito que põe a norma, queremos nos referir à teoria que considera jurídicas as normas postas pelo poder soberano, entendendo-se por “poder soberano” aquele acima do qual não existe, num determinado grupo social, nenhum outro, e que, como tal, detém o monopólio da força.

Diante dessa teoria não podemos mais dizer, como no caso das duas precedentes, que ela é inconcludente. Que o Direito seja aquele conjunto de regras que se fazem valer ainda que pela força, isto é, um ordenamento normativo de eficácia reforçada, é a conclusão a que julgamos ter chegado no livro precedente. Ora, aquele que está em condições de exercer a força para tornar eficazes as normas é justamente o poder soberano que detém o monopólio do exercício da força. Portanto, a teoria do Direito como regra coativa e a teoria do Direito como emanção do poder soberano são convergentes.

O que essa teoria da soberania convida a observar, antes de tudo, é que, definido o Direito através do poder soberano, já se realizou o salto da norma isolada para o ordenamento no seu conjunto. Com a expressão muito genérica “poder soberano” refere-se àquele conjunto de órgãos através dos quais um ordenamento normativo é posto, conservado e se faz aplicar. E quais são esses órgãos é o próprio ordenamento que o estabelece. Se é verdade que um ordenamento jurídico é definido através da soberania, é também verdade que a soberania em uma determinada sociedade se define através do ordenamento jurídico. Poder soberano e ordenamento jurídico são dois conceitos que se referem um ao outro. E, portanto, quando o Direito é definido através do conceito de soberania, o

que vem em primeiro plano não é a norma isolada, mas o ordenamento; dizer que norma jurídica é a emanada do poder soberano equivale a dizer que norma jurídica é aquela que faz parte de um determinado ordenamento. A soberania caracteriza não uma norma, mas um ordenamento; caracteriza a norma apenas enquanto ela é considerada como parte do ordenamento.

4) O critério do sujeito ao qual a norma é destinada pode apresentar duas variantes, conforme se considere como destinatário o súdito ou o juiz. Vejamos isso separadamente.

A afirmação pura e simples de que a norma jurídica é a dirigida aos súditos é inconcludente por sua generalidade. Normalmente, ela é especificada com a determinação da atitude através da qual os súditos a recebem: e diz-se que jurídica é a norma seguida da convicção ou crença na sua obrigatoriedade (*opinio iuris ac necessitatis*), como já foi indicado no livro precedente.

Essa *opinio iuris ac necessitatis* é um ente antes de mais nada misterioso. Que significa? O único modo de lhe dar um significado é este: observar uma norma com a convicção da sua obrigatoriedade, quer dizer, com a convicção de que, se a violássemos, iríamos ao encontro da intervenção do poder judiciário e, muito provavelmente, da aplicação de uma sanção. O sentimento da obrigatoriedade é em última instância o sentimento de que aquela norma singular faz parte de um organismo mais complexo e que da pertinência a esse organismo é que vem seu caráter específico. Mesmo neste caso, portanto, a noção à qual nos referimos para definir a juridicidade de uma norma encontra sua explicação natural quando procuramos ver, através da norma, o ordenamento que a compreende.

A segunda variante do critério do destinatário é aquela pela qual as normas jurídicas são normas destinadas ao juiz.

não-jurídicos. O termo “direito”, na mais comum aceção de Direito objetivo, indica um tipo de sistema normativo, não um tipo de norma.

4. *Pluralidade de normas*

Uma vez claro que a expressão “Direito” refere-se a um dado tipo de ordenamento, cabe agora aprofundar o conceito de ordenamento. Só para começar, partamos de uma definição muito geral de ordenamento jurídico (como todo sistema normativo) é *um conjunto de normas*. Essa definição geral de ordenamento pressupõe uma única condição: que na constituição de um ordenamento concorram mais normas (pe-lo menos duas), e que não haja ordenamento composto de uma norma só.

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

1) *Tudo é permitido*: mas uma norma de tal gênero é a negação de qualquer ordenamento jurídico, ou,

se quisermos, a definição do estado de natureza que é a negação de todo ordenamento civil.

2) *Tudo é proibido*: uma norma desse tipo tornaria impossível qualquer vida social humana, a qual começa no momento em que o homem, além das ações necessárias, está em condições de realizar algumas das ações possíveis; uma norma assim concebida, equiparando ações possíveis e impossíveis, não deixaria subsistir senão as ações necessárias, ou seja, as ações meramente naturais.

3) *Tudo é obrigatório*: também uma norma feita assim torna impossível a vida social, porque as ações possíveis estão em conflito entre si, e ordenar duas ações em conflito significa tornar uma ou outra, ou ambas, inexecutáveis.

Sendo inconcebível um ordenamento que regule *todas* as ações possíveis com uma única modalidade normativa, ou, em outras palavras, que abrace todas as ações possíveis com um único juízo de qualificação, pode-se conceber um ordenamento que ordene ou proíba *uma única* ação. Trata-se de um ordenamento muito simples que considera como condição para pertencer a um determinado grupo ou associação apenas uma obrigação (por exemplo, um clube de nudistas, ou mesmo uma associação de beberrões que estabeleça como única obrigação beber só vinho, e assim por diante). Mas um ordenamento assim concebido se pode considerar como um ordenamento composto de uma única norma? Diria que não. Veremos mais adiante que toda norma particular que regula (ordenando-a ou proibindo-a) uma ação implica uma norma geral exclusiva, isto é, uma norma que subtrai daquela regulamentação particular todas as outras ações possíveis. A norma que prescreve só beber vinho implica a norma que permite fa-

nômeno de normas sem sanção. Partindo da consideração da norma jurídica tivemos que responder que, se a sanção faz parte do caráter essencial das normas jurídicas, as normas sem sanção não são normas jurídicas. Acreditávamos, ao invés disso, dever responder que “quando se fala de uma sanção organizada como elemento constitutivo do Direito nos referimos não às normas em particular, mas ao *ordenamento normativo tomado em seu conjunto*, razão pela qual dizer que a sanção organizada distingue o ordenamento jurídico de qualquer outro tipo de ordenamento não implica que *todas* as normas daquele sistema sejam sancionadas, mas somente que o são *em sua maioria*”. Nossa resposta mostra em concreto que um problema mal resolvido no plano da norma singular encontra solução mais satisfatória no plano do ordenamento.

O mesmo se diga do problema da *eficácia*. Se consideramos a eficácia como um caráter da norma jurídica, encontramos-nos, em certo ponto, diante da necessidade de negar o caráter de norma jurídica a normas que pertencem a um sistema normativo dado (enquanto legitimamente produzidas). Elas são válidas, mas não eficazes, porque jamais foram aplicadas (como é o caso de muitas normas de nossa Constituição). A dificuldade se resolve, ainda nesse caso, deslocando-se a visão da norma singular para o ordenamento considerado em seu conjunto, e afirmando-se que a eficácia é um caráter constitutivo do Direito, mas só se com a expressão “Direito” for entendido que estamos nos referindo não à norma em particular, mas ao ordenamento. O problema da validade e da eficácia, que gera dificuldades insuperáveis desde que se considere uma norma do sistema (a qual pode ser válida sem ser eficaz), diminui se nos referirmos ao ordenamento jurídico, no qual a eficácia é o próprio fundamento da validade.

Um outro problema que no plano da norma jurídica deu lugar a infinitas e estéreis controvérsias é o do Direito consuetudinário. Como é sabido, o principal problema de uma teoria do costume é determinar em que ponto uma norma consuetudinária jurídica distingue-se de uma norma consuetudinária não-jurídica, ou seja, em outras palavras, através de que processo uma simples norma de costume torna-se uma norma jurídica. Problema insolúvel, talvez porque mal posto. Se é verdade, como procuramos mostrar até aqui, que o que comumente chamamos Direito é um fenômeno muito complexo cujo ponto de referência é um sistema normativo inteiro, é inútil procurar o elemento distintivo de um costume jurídico a respeito da regra do costume na norma consuetudinária em particular. Dever-se-á responder, de preferência, que uma norma consuetudinária torna-se jurídica quando vem a fazer parte de um ordenamento jurídico. Mas, desse modo, o problema não é mais o da tradicional teoria do costume: “Qual é o caráter distintivo de uma norma jurídica consuetudinária, com relação a uma regra do costume?”, mas este outro: “Quais são os procedimentos através dos quais uma norma consuetudinária vem a fazer parte de um ordenamento jurídico?”

Concluindo, essa posição proeminente que se dá ao ordenamento jurídico conduz a uma transmutação da perspectiva no tratamento de alguns problemas da teoria geral do Direito. Essa transmutação pode ser assim expressa: enquanto, pela teoria tradicional, um ordenamento se compõe de normas jurídicas, na nova perspectiva normas jurídicas são aquelas que venham a fazer parte de um ordenamento jurídico. Em outros termos, não existem ordenamentos jurídicos porque há normas jurídicas, mas existem normas jurídicas porque há ordenamentos jurídicos distintos dos ordenamentos

zer qualquer outra coisa diversa de beber vinho. Dizendo a mesma coisa através de uma fórmula, poderíamos afirmar: “X é obrigatório” implica “Não-X é permitido”. Mas assim vê-se que as normas, em realidade, são duas, a particular e a geral exclusiva; ainda quando a expressamente formulada é uma só. Nesse sentido pode-se dizer que mesmo o ordenamento mais simples, o que consiste numa só prescrição de uma ação particular, é composto de pelo menos duas normas. Seria bom acrescentar que um ordenamento jurídico não é nunca um ordenamento assim tão simples. Para conceber um ordenamento jurídico reduzido a uma só norma particular, seria preciso erigir em norma particular a ordem de não prejudicar ninguém (*neminem laedere*). Penso que só a ordem de não causar dano a ninguém poderia ser concebida como aquela a que possa ser reduzido um ordenamento jurídico com uma norma particular única. Mas, ainda com essa simplificação, um ordenamento jurídico compreende não uma, mas duas normas: a que prescreve não causar dano a outrem e a que autoriza a fazer tudo o que não cause dano a outrem.

Até aqui, falando de normas que compõem um ordenamento jurídico, nos referimos a *normas de conduta*. Em todo o ordenamento, ao lado das normas de conduta, existe um outro tipo de normas, que costumamos chamar de *normas de estrutura ou de competência*. São aquelas normas que não prescrevem a conduta que se deve ter ou não ter, mas as condições e os procedimentos através dos quais emanam normas de conduta válidas. Uma norma que prescreve caminhar pela direita é uma norma de conduta; uma norma que prescreve que duas pessoas estão autorizadas a regular seus interesses em certo âmbito mediante normas vinculantes e coativas é uma norma de estrutura, na medida em que não determina uma conduta, mas fixa as

condições e os procedimentos para produzir normas válidas de conduta. Vimos até agora que não é concebível um ordenamento jurídico composto de uma só norma de conduta. Perguntamos: é concebível um ordenamento composto de uma só norma de estrutura? Um ordenamento desse tipo é concebível. Geralmente considera-se tal o ordenamento de uma monarquia absoluta, em que todas as normas parecem poder ser condensadas na seguinte: “É obrigatório tudo aquilo que o soberano determina”. Por outro lado, que um tal ordenamento tenha uma só norma de estrutura não implica que também haja apenas uma norma de conduta. As normas de conduta são tantas quantas forem em dado momento as ordens do soberano. O fato de existir uma só norma de estrutura tem por consequência a extrema variabilidade de normas de conduta no tempo, e não a exclusão de sua pluralidade em determinado tempo.

5. Os problemas do ordenamento jurídico

Se um ordenamento jurídico é composto de mais de uma norma, disso advém que os principais problemas conexos com a existência de um ordenamento são os que nascem das relações das diversas normas entre si.

Em primeiro lugar se trata de saber se essas normas constituem uma *unidade*, e de que modo a constituem. O problema fundamental que deve ser discutido a esse propósito é o da *hierarquia* das normas. À teoria da unidade do ordenamento jurídico é dedicado o segundo capítulo.

Em segundo lugar trata-se de saber se o ordenamento jurídico constitui, além da unidade, também um *sistema*. O problema fundamental que é colocado em discussão a este respeito é o das *antinomias jurídicas*. À

teoria do sistema jurídico será dedicado o terceiro capítulo.

Todo ordenamento jurídico, unitário e tendencialmente (se não efetivamente) sistemático, pretende também ser *completo*. O problema fundamental que aqui é discutido é o das assim chamadas *lacunas* do Direito. À teoria da plenitude do ordenamento jurídico será dedicado o quarto capítulo.

Finalmente, não existe entre os homens um só ordenamento, mas muitos e de diversos tipos. Têm relações entre si os vários ordenamentos? e de que gênero são tais relações? O problema fundamental que aqui deverá ser examinado é o do reenvio de um ordenamento a outro. À teoria das relações entre ordenamentos será dedicado o quinto e último capítulo.

Não pretendemos exaurir desse modo todos os problemas que nascem da consideração do ordenamento jurídico. Cremos, porém, que estes sejam os problemas principais, cujo questionamento possa permitir traçar as linhas gerais de uma teoria do ordenamento jurídico destinada a continuar e a integrar, como dissemos logo no início do primeiro capítulo, a teoria da norma jurídica.

CAPÍTULO 2

A unidade do ordenamento jurídico

1. Fontes reconhecidas e fontes delegadas

A hipótese de um ordenamento com uma ou duas normas, proposta no capítulo anterior, é puramente acadêmica. Na realidade os ordenamentos são compostos por uma infinidade de normas, que, como as estrelas no céu, jamais alguém consegue contar. Quantas são as normas jurídicas que compõem o ordenamento jurídico italiano? [ou brasileiro?] Ninguém sabe. Os juristas queixam-se que são muitas; mas assim mesmo criam-se sempre novas, e não se pode deixar de criá-las para satisfazer todas as necessidades da sempre mais variada e intrincada vida social.

A dificuldade de rastrear todas as normas que constituem um ordenamento depende do fato de geralmente essas normas não derivarem de uma única *fonte*. Podemos distinguir os ordenamentos jurídicos em *simples* e *complexos*, conforme as normas que os compõem derivem de uma só fonte ou de mais de uma. Os ordenamentos jurídicos, que constituem a nossa experiência de historiadores e de juristas, são complexos.

A imagem de um ordenamento, composto somente por dois personagens, o *legislador* que coloca as normas e os *súditos* que as recebem, é puramente escolástica. O legislador é um personagem imaginário que esconde uma realidade mais complicada. Também um ordenamento restrito, pouco institucionalizado, que recobre um grupo social de poucos membros, como a

família, é geralmente um ordenamento complexo: nem sempre a única fonte das regras de conduta dos membros do grupo é a autoridade paterna; às vezes o pai recebe regras já formuladas pelos antepassados, pela tradição familiar ou pela recorrência a outros grupos familiares; às vezes delega uma parte (maior ou menor conforme as várias civilizações) do poder normativo à esposa, ou ao filho mais velho. Nem mesmo em uma concepção teológica do universo as leis que regem o cosmos são derivadas todas de Deus, ou seja, são leis divinas; em alguns casos Deus delegou aos homens produzir leis para regular a sua conduta, quer através dos ditames da razão (Direito natural), quer através da vontade dos superiores (Direito positivo).

A complexidade de um ordenamento jurídico deriva do fato de que a necessidade de regras de conduta numa sociedade é tão grande que não existe nenhum poder (ou órgão) em condições de satisfazê-la sozinho. Para vir ao encontro dessa exigência, o poder supremo recorre geralmente a dois expedientes:

1) A *recepção* de normas já feitas, produzidas por ordenamentos diversos e precedentes.

2) A *delegação* do poder de produzir normas jurídicas a poderes ou órgãos inferiores.

Por essas razões, em cada ordenamento, ao lado da fonte direta temos fontes indiretas que podem ser distinguidas nestas duas classes: *fontes reconhecidas* e *fontes delegadas*. A complexidade de um ordenamento jurídico deriva portanto da multiplicidade das fontes das quais afluem regras de conduta, em última análise, do fato de que essas regras são de proveniências diversas e chegam à existência (adquirem validade) partindo de pontos os mais diferentes.

Típico exemplo de *recepção*, e, portanto, de *fonte*

reconhecida, é o *costume* nos ordenamentos estatais modernos, onde a fonte direta e superior é a Lei. Quando o legislador se atém expressamente ao costume numa situação particular ou se atém expressamente ou tacitamente ao costume nas matérias não-reguladas pela Lei (é o caso do assim chamado *consuetudo praeter legem*, ou seja, do costume além da lei), ele acolhe normas jurídicas já feitas, e enriquece o ordenamento jurídico em bloco com um conjunto, que pode ser também considerável, de normas produzidas em outros ordenamentos, e talvez em tempos anteriores à própria constituição do ordenamento estatal.

Naturalmente, pode-se pensar também em lançar mão do costume como uma autorização aos cidadãos para produzir normas jurídicas através do seu próprio comportamento uniforme, quer dizer, considerar também o costume entre as fontes delegadas, atribuindo-se aos usuários a qualificação de órgãos estatais autorizados a produzir normas jurídicas com seu comportamento uniforme.

Entretanto, parece-me uma construção, embora engenhosa, um pouco artificial, que não leva em conta uma diferença: na recepção o ordenamento jurídico acolhe um preceito já feito; na delegação, manda fazê-lo, ordenando uma produção futura. O costume assemelha-se mais a um produto natural; o regulamento, o decreto administrativo, a sentença do magistrado parecem mais um produto artificial. Fala-se de poder regulamentar, de poder de negociar, para indicar o poder normativo atribuído aos órgãos executivos ou aos privados. Pareceria impróprio, ao invés, falar de um poder de produção de normas consuetudinárias, que, entre outras coisas, não se saberia nem sequer a quem atribuir.

Típico exemplo de fonte delegada é o *regulamento* com relação à Lei. Os regulamentos são, como as leis,

normas gerais e abstratas, mas, à diferença das leis, a sua produção é confiada geralmente ao Poder Executivo por delegação do Poder Legislativo, e uma de suas funções é a de integrar leis muito genéricas, que contêm somente diretrizes de princípio e não poderiam ser aplicadas sem serem ulteriormente especificadas. É impossível que o Poder Legislativo formule todas as normas necessárias para regular a vida social; limita-se então a formular normas genéricas, que contêm somente diretrizes, e confia aos órgãos executivos, que são muito mais numerosos, o encargo de torná-las exequíveis. A mesma relação existe entre normas constitucionais e leis ordinárias, as quais podem às vezes ser consideradas como os regulamentos executivos das diretrizes de princípio contidas na Constituição. Conforme se vai subindo na hierarquia das fontes, as normas tornam-se cada vez menos numerosas e mais genéricas; descendo, ao contrário, as normas tornam-se cada vez mais numerosas e mais específicas.

Outra fonte de normas de um ordenamento jurídico é o poder atribuído aos particulares de regular, mediante atos voluntários, os próprios interesses: trata-se do chamado *poder de negociação*. O enquadramento dessa fonte na classe das fontes reconhecidas ou na das fontes delegadas é menos nítido. Se se coloca em destaque a *autonomia privada*, entendida como capacidade dos particulares de dar normas a si próprios numa certa esfera de interesses, e se considerarmos os particulares como constituintes de um ordenamento jurídico menor, absorvido pelo ordenamento estatal, essa vasta fonte de normas jurídicas é concebida de preferência como produtora independente de regras de conduta, que são aceitas pelo Estado. Se, ao invés, colocamos o acento no poder de negociação como poder delegado pelo Estado aos particulares para regular os próprios

interesses num campo estranho ao interesse público, a mesma fonte aparece como uma fonte delegada. Trata-se, em outras palavras, de decidir se a autonomia privada deve ser considerada como um resíduo de um poder normativo natural ou privado, antecedente ao Estado, ou como um produto do poder originário do Estado.

2. Tipos de fontes e formação histórica do ordenamento

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

Em cada ordenamento o ponto de referência último de todas as normas é o poder originário, quer dizer, o poder além do qual não existe outro pelo qual se possa justificar o ordenamento jurídico. Esse ponto de referência é necessário, além de tudo, para fundar a unidade do ordenamento. Chamamos esse poder originário de *fonte das fontes*. Se todas as normas derivassem diretamente do poder originário, encontrar-nos-íamos frente a um ordenamento simples. Na realidade não é assim. A complexidade do ordenamento, ou seja, o fato de que num ordenamento real as normas afluem através de diversos canais, depende historicamente de duas razões fundamentais:

1) Um ordenamento não nasce num deserto; deixando de lado a metáfora, a sociedade civil sobre a qual se forma um ordenamento jurídico, como é, por exemplo, o do Estado, não é uma sociedade natural, completamente privada de leis, mas uma sociedade na qual vigem normas de vários gêneros, morais, sociais, religiosas, usuais,

consuetudinárias, regras convencionais e assim por diante. O novo ordenamento que surge não elimina nunca completamente as estratificações normativas que o precederam: parte daquelas regras vêm a fazer parte, através de um reconhecimento expresso ou tácito, do novo ordenamento, o qual, deste modo, surge limitado pelos ordenamentos precedentes. Quando falamos de poder originário, entendemos originário juridicamente, não historicamente. Podemos falar então de um *limite externo* do poder soberano.

2) O poder originário, uma vez constituído, cria ele mesmo, para satisfazer a necessidade de uma normatização sempre atualizada, novas centrais de produção jurídica, atribuindo a órgãos executivos o poder de estabelecer normas integradoras subordinadas às legislativas (os regulamentos); a entidades territoriais autônomas o poder de estabelecer normas adaptadas às necessidades locais (o poder normativo das regiões, das províncias, dos municípios); a cidadãos particulares o poder de regular os próprios deveres através de negócios jurídicos (o poder de negociação). A multiplicação das fontes não deriva aqui, como nos casos considerados no item 1, de uma limitação proveniente do exterior, quer dizer, do choque com uma realidade normativa pré-constituída, à qual também o poder soberano deve prestar contas, mas de uma *autolimitação do poder soberano*, o qual subtrai a si próprio uma parte do poder normativo para dá-lo a outros órgãos ou entidades, de alguma forma dele dependentes. Pode-se falar neste caso de *limite interno* do poder normativo originário.

É interessante observar como esse duplo processo de formação de um ordenamento, através da absorção de um direito preexistente e da criação de um direito novo, e a conseqüente problemática da limitação externa e da limitação interna do poder originário, é refletido fielmente nas duas principais concepções com as quais os jusnatura-

listas explicaram a passagem do estado natural ao estado civil.

A chamada que faço freqüentemente para as teorias jusnaturalistas vem do fato de que as considero como modelos racionais, úteis à formulação de teorias simples sobre problemas mais gerais do Direito e do Estado.

Segundo o pensamento jusnaturalista, o poder civil originário forma-se a partir de um estado de natureza através de procedimento característico do *contrato social*.

Mas existem duas maneiras de conceber esse contrato social. Como primeira hipótese, que podemos chamar de hobbesiana, aqueles que estipulam o contrato renunciam completamente a todos os direitos do estado natural, e o poder civil nasce sem limites: qualquer limitação futura será uma autolimitação.

Como segunda hipótese, que podemos chamar lockiana, o poder civil é fundado com o objetivo de assegurar melhor o gozo dos direitos naturais (como a vida, a propriedade, a liberdade) e, portanto, nasce originariamente limitado por um direito preexistente.

Na primeira hipótese o Direito natural desaparece completamente ao dar vida ao Direito positivo; na segunda, o Direito positivo é o instrumento para a completa atuação do preexistente Direito natural.

Ainda: na primeira teoria a soberania civil nasce absoluta, quer dizer, sem limites. Os juristas positivistas que aceitam essa hipótese serão constrangidos a falar de *autolimitação* do Estado para dar uma explicação do fato de que também, num ordenamento centralizado e que se proclama originário, como o Estado moderno, existem poderes normativos descentralizados ou suplementares, ou zonas de liberdade, em que esbarra o poder normativo do Estado.

Na segunda teoria, ao contrário, a soberania nasce já limitada, porque o Direito natural originário não é com-

pletamente suplantado pelo novo Direito positivo, mas conserva em parte a sua eficácia no interior do mesmo ordenamento positivo, como direito aceito.

Nessas duas hipóteses vêm-se claramente representados e racionalizados os dois processos de formação de um ordenamento jurídico e a estrutura complexa que deles deriva.

De um lado, o ordenamento positivo é concebido como tábula rasa de todo o direito preexistente, representado aqui por aquele direito que vige no estado natural; de outro, é concebido como emergente de um estado jurídico mais antigo que continua a subsistir.

No primeiro caso cada limite do poder soberano é autolimitação; no segundo existem limites originários e externos.

Ao falarmos de uma complexidade do ordenamento jurídico, derivada da presença de fontes reconhecidas e de fontes delegadas, acolhemos e reunimos numa teoria unitária do ordenamento jurídico seja a hipótese dos limites externos, seja a hipótese dos limites internos.

Exemplificando, a aceitação de uma normatização consuetudinária corresponde à hipótese de um ordenamento que nasce limitado; a atribuição de um poder regulamentar corresponde à hipótese de um ordenamento que se autolimita.

Quanto ao poder de negociação, ele pode ser explicado com ambas as hipóteses, ora como uma espécie de direito do estado natural (a identificação entre Direito natural e Direito privado se encontra, por exemplo, em Kant) que o Estado reconhece, ora como uma delegação do Estado aos cidadãos.

3. *As fontes do Direito*

Distinguimos nos dois parágrafos anteriores fontes originárias e fontes derivadas; dividimos depois as fontes derivadas em fontes reconhecidas e fontes delegadas; falamos de uma *fonte das fontes*. Mas não dissemos ainda o que se entende por “fonte”.

Podemos aceitar, neste momento, uma definição que já se tornou comum: “fontes do direito” são aqueles fatos ou atos dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção de normas jurídicas. O conhecimento de um ordenamento jurídico (e também de um setor particular desse ordenamento) começa sempre pela enumeração de suas fontes. Não é por acaso que o artigo 1º das nossas “Disposições Gerais” é constituído pela relação das fontes do ordenamento jurídico italiano vigente. O que nos interessa notar numa teoria geral do ordenamento jurídico não é tanto quantas e quais sejam as fontes do Direito de um ordenamento jurídico moderno, mas o fato de que, no mesmo momento em que se reconhece existirem atos ou fatos dos quais se faz depender a produção de normas jurídicas (as fontes de direito), reconhece-se que o ordenamento jurídico, além de regular o comportamento das pessoas, *regula também o modo pelo qual se devem produzir as regras*.

Costuma-se dizer que o ordenamento jurídico regula a própria produção normativa.

Existem normas de comportamento ao lado de normas de estrutura. As normas de estrutura podem também ser consideradas como as normas para a produção jurídica: quer dizer, como as normas que regulam os procedimentos de regulamentação jurídica. Elas não regulam o comportamento, mas o modo de regular um comportamento, ou, mais exatamente, o comportamento que elas regulam é o de produzir regras.

Consideremos um ordenamento elementar como o familiar.

Se o concebermos como um ordenamento simples, isto é, como o ordenamento no qual só existe uma fonte de produção normativa, não existirá senão uma regra sobre a produção jurídica, a qual pode ser formulada deste modo: "O pai tem a autoridade de regular a vida da família".

Mas admitamos que o pai renuncie a regular diretamente um setor da vida familiar, como o da vida escolar dos filhos, e confie à mãe o poder de regulá-lo. Teremos nesse ordenamento uma segunda norma sobre a produção jurídica que poderá ser formulada assim: "A mãe tem autoridade, atribuída pelo pai, de regular a vida escolar dos filhos".

Como se vê, essa norma não diz nada sobre o modo como os filhos devem cumprir suas obrigações escolares; diz simplesmente a quem cabe estabelecer estes deveres, isto é, faz existir uma fonte de direito.

Tomemos agora um ordenamento estatal moderno.

Em cada grau normativo encontraremos normas de conduta e normas de estrutura, isto é, normas dirigidas diretamente a regular a conduta das pessoas e normas destinadas a regular a produção de outras normas. Começemos pela Constituição. Numa Constituição, como a italiana, há normas que atribuem diretamente direitos e deveres aos cidadãos, como as que dizem respeito aos direitos de liberdade; mas existem outras normas que regulam o processo através do qual o Parlamento pode funcionar para exercer o Poder Legislativo, e, portanto, não estabelecem nada a respeito das pessoas, limitando-se a estabelecer a maneira pela qual outras normas dirigidas às pessoas poderão ser emanadas.

Quanto às leis ordinárias, também elas não são todas diretamente dirigidas aos cidadãos; muitas, como as leis penais e grande parte das leis de processo, têm a finalida-

de de oferecer aos juízes instruções sobre o modo através do qual eles devem produzir as normas individuais e concretas que são as sentenças; não são normas de conduta, mas normas para a produção de outras normas.

Basta-nos ter chamado a atenção sobre esta categoria de *normas para a produção de outras normas*: é a presença e freqüência dessas normas que constituem a complexidade do ordenamento jurídico; e somente o estudo do ordenamento jurídico nos faz entender a natureza e a importância dessas normas. Do ponto de vista formal, a teoria da norma jurídica havia parado na consideração das normas como imperativos, entendendo por imperativo a ordem de fazer ou de não fazer.

Se levarmos em consideração também as normas para a produção de outras normas, devemos colocar, ao lado das imperativas, entendidas como comandos de fazer ou de não fazer, e que poderemos chamar *imperativas de primeira instância*, as *imperativas de segunda instância*, entendidas como comandos de comandar, etc.

Somente a consideração do ordenamento no seu conjunto nos permite aceitar a presença dessas normas de segunda instância.

A classificação desse tipo de normas é muito mais complexa que a classificação das normas de primeira instância, para as quais havíamos falado de "triplição" clássica em normas *imperativas*, *proibitivas* e *permissivas*. Podem-se distinguir nove tipos:

1) Normas que *mandam ordenar* (por exemplo: art. 34, § 2º da Constituição, onde o constituinte ordena ao legislador ordinário formular leis que tornem obrigatória a instrução)

2) Normas que *proíbem ordenar* (art. 27, § 4º da Constituição, onde se proíbe ao legislador impor a pena de morte).

3) Normas que *permitem ordenar* (em todos os casos em que o constituinte entende não dever intervir a ditar normas sobre certas matérias, pode-se dizer que isso permite ao legislador ordenar. Por exemplo, o art. 32, § 2º da Constituição, permite ao legislador ordinário estabelecer normas relativas ao tratamento sanitário).

4) Normas que *mandam proibir* (art. 18, § 2º da Constituição: o constituinte impõe ao legislador ordinário emanar normas proibitivas contra as associações secretas).

5) Normas que *proíbem proibir* (art. 22 da Constituição: ninguém pode ser privado por motivos políticos da capacidade jurídica, da cidadania, do nome).

6) Normas que *permitem proibir* (a propósito do art. 40 da Constituição, que sanciona a liberdade de greve, pode-se observar que nem nele nem em outro se fala em liberdade de suspensão do trabalho; essa lacuna poderia ser interpretada como se o constituinte tivesse desejado deixar ao legislador ordinário a faculdade de proibi-la).

7) Normas que *mandam permitir* (este caso coincide com o do número cinco).

8) Normas que *proíbem permitir* (este caso coincide com o do número quatro).

9) Normas que *permitem permitir* (como a permissão é a negação de uma proibição, este é o caso de uma lei constitucional que negue a proibição de uma lei constitucional anterior).

4. Construção escalonada do ordenamento.

A complexidade do ordenamento, sobre a qual chamamos a atenção até agora, não exclui sua *unidade*. Não poderíamos falar de ordenamento jurídico se não o tivéssemos considerado algo de unitário. Que seja unitário um ordenamento simples, isto é, um ordenamento em que to-

das as normas nascem de uma única fonte, é facilmente compreensível. Que seja unitário um ordenamento complexo, deve ser explicado. Aceitamos aqui a teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico, elaborada por Kelsen. Essa teoria serve para dar uma explicação da unidade de um ordenamento jurídico complexo. Seu núcleo é que *as normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano*. Há normas superiores e normas inferiores. As inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a *norma fundamental*. Cada ordenamento tem uma norma fundamental. É essa norma fundamental que dá unidade a todas as outras normas, isto é, faz das normas espalhadas e de várias proveniências um conjunto unitário que pode ser chamado "ordenamento".

A norma fundamental é o termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico. Sem uma norma fundamental, as normas de que falamos até agora constituiriam um amontoado, não um ordenamento. Em outras palavras, por mais numerosas que sejam as fontes do direito num ordenamento complexo, tal ordenamento constitui uma unidade pelo fato de que, direta ou indiretamente, com voltas mais ou menos tortuosas, todas as fontes do direito podem ser remontadas a uma única norma. Devido à presença, num ordenamento jurídico, de normas superiores e inferiores, ele tem uma *estrutura hierárquica*. As normas de um ordenamento são dispostas em *ordem hierárquica*.

A relevância dessa ordem hierárquica será destacada no capítulo seguinte, quando falarmos das antinomias e da maneira de resolvê-las. Aqui nos limitamos a constatá-la e a ilustrá-la. Consideremos qualquer ato com o qual Fulano

executa a obrigação contraída com Sicrano e chamemo-lo de *ato executivo*. Esse ato executivo é o cumprimento de uma regra de conduta derivada do contrato. Por sua vez o contrato é executado em cumprimento às normas legislativas que disciplinam os contratos. Quanto às normas legislativas, foram formuladas segundo as regras estabelecidas pelas leis constitucionais para a formulação das leis. Paremos aqui.

O ato executivo, de que falamos, está ligado, ainda que mediatamente, às normas constitucionais, que são produtoras, em diversos níveis, das normas inferiores. Esse ato executivo pertence a um sistema normativo dado, na medida em que, de norma em norma, ele pode ter sua referência última nas normas constitucionais. O cabo recebe ordem do sargento, o sargento do tenente, o tenente do capitão até o general, e mais ainda: num exército fala-se de unidade do comando porque a ordem do cabo pode ter origem no general. O exército é um exemplo de estrutura hierárquica. Assim é o ordenamento jurídico.

Chamamos de *ato executivo* o ato de alguém que executa um contrato, assim como chamamos de *produtoras* das normas inferiores as normas constitucionais. Se observarmos melhor a estrutura hierárquica do ordenamento, perceberemos que os termos *execução* e *produção* são relativos. Podemos dizer que, como Fulano *executa* o contrato, assim Fulano e Sicrano, estipulando o contrato, *executaram* as normas sobre os contratos, e os órgãos legislativos, estabelecendo as leis sobre os contratos, *executaram* a Constituição. Por outro lado, se é verdade que as normas constitucionais *produzem* as leis ordinárias, é também verdade que as leis ordinárias *produzem* as normas sobre os contratos, e aqueles que estipulam um contrato *produzem* o ato executivo de Fulano. Numa estrutura hierárquica, como a do ordenamento jurídico, os termos “execução” e “produção” são relativos, porque a mesma nor-

ma pode ser considerada, ao mesmo tempo, *executiva* e *produtiva*. Executiva com respeito à norma superior, produtiva com respeito à norma inferior. As leis ordinárias executam a Constituição e produzem os regulamentos. Os regulamentos executam as leis ordinárias e produzem os comportamentos a eles conformes. Todas as fases de um ordenamento são, ao mesmo tempo, executivas e produtivas, à exceção da fase de grau mais alto e da fase de grau mais baixo. O grau mais baixo é constituído pelos atos executivos: esses atos são meramente executivos e não produtivos. O grau mais alto é constituído pela norma fundamental: essa é somente produtiva e não executiva. Normalmente representa-se a estrutura hierárquica de um ordenamento através de uma *pirâmide*, donde se falar também de construção em pirâmide do ordenamento jurídico. Nessa pirâmide o vértice é ocupado pela norma fundamental; a base é constituída pelos atos executivos. Se a olharmos de cima para baixo, veremos uma *série de processos de produção jurídica*; se a olharmos de baixo para cima veremos, ao contrário, uma *série de processos de execução jurídica*. Nos graus intermediários, estão juntas a produção e a execução; nos graus extremos, ou só produção (norma fundamental) ou só execução (atos executivos).

Esse duplo processo ascendente e descendente pode ser esclarecido também em duas outras noções características da linguagem jurídica: *poder* e *dever*. Enquanto a produção jurídica é a expressão de um *poder* (originário ou derivado), a execução revela o cumprimento de um *dever*. Uma norma que atribui a uma pessoa ou órgão o poder de estabelecer normas jurídicas atribui ao mesmo tempo a outras pessoas o dever de obedecer. Poder e dever são dois conceitos correlatos; um não pode ficar sem o outro. Chama-se poder, numa das suas mais importantes acepções, a capacidade que o ordenamento jurídico atribui a esta ou aquela pessoa de colocar em prática obrigações em rela-

ção a outras pessoas; chama-se obrigação a atitude a que é submetido aquele que está sujeito ao poder. Não há obrigação em um sujeito sem que haja um poder em outro sujeito. Às vezes pode haver poder sem nenhuma obrigação correspondente: trata-se do caso em que ao poder não corresponde uma obrigação, mas uma sujeição (os chamados direitos potestativos). De qualquer modo, poder e obrigação são os dois termos correlativos da relação jurídica, a qual pode ser definida como a relação entre o poder de um sujeito e o dever de outro sujeito. (Para indicar o correlativo da obrigação preferimos a palavra “poder” à palavra, mais usada, “direito”, porque esta última, no sentido de direito subjetivo, tem muitos significados e é uma das maiores fontes de confusão nas controvérsias entre os teóricos do Direito. “Direito” significa também “faculdade”, “permissão”, “lícito”, no sentido de comportamento *oposto* à obrigação: a permissão como negação da obrigação. Quando, ao invés, se usa “direito” por “poder”, direito não é a negação do dever, mas o termo correlativo de dever numa relação intersubjetiva.) Quanto à pirâmide que representa o ordenamento jurídico, do momento em que poder e obrigação são dois termos correlativos, se a considerarmos de cima para baixo, veremos uma série de poderes sucessivos: o poder constitucional, o legislativo ordinário, o regulamentar, o jurisdicional, o poder de negociação, e assim por diante; se a considerarmos de baixo para cima, veremos uma série de obrigações que se sucedem: a obrigação do indivíduo de cumprir a sentença de um magistrado; a obrigação do magistrado de ater-se às leis ordinárias; a obrigação do legislador de não violar a Constituição. Uma última observação sobre a estrutura hierárquica do ordenamento: embora todos os ordenamentos tenham a forma de pirâmide, nem todas as pirâmides têm o mesmo número de andares. Há ordenamentos nos quais não existe diferença entre leis constitucionais e leis ordinárias:

são aqueles ordenamentos nos quais o poder legislativo pode formular, através do mesmo procedimento, leis ordinárias e leis constitucionais; e, conseqüentemente, não existe uma obrigação do legislador ordinário em executar as prescrições contidas nas leis constitucionais. Pode-se imaginar até um ordenamento no qual seja abolido também o plano das leis ordinárias: seria um ordenamento no qual a Constituição atribuísse diretamente aos órgãos judiciais o poder de estabelecer as normas jurídicas necessárias, caso por caso. Num sistema jurídico inspirado numa ideologia coletivista, onde é abolida toda forma de propriedade privada, é eliminado o plano normativo constituído pelo poder de negociação. Mas não existem somente exemplos de ordenamentos com um número de planos normativos menor que o normal. Não é difícil apresentar um exemplo de ordenamentos com um plano a mais: são os estados federais, nos quais, além do Poder Legislativo do Estado federal, há também um Poder Legislativo, a ele subordinado, dos estados-membros.

5. *Limites materiais e limites formais*

Quando um órgão superior atribui a um órgão inferior um poder normativo, não lhe atribui um poder ilimitado. Ao atribuir esse poder, estabelece também os limites entre os quais pode ser exercido. Assim como o exercício do poder de negociação ou o do poder jurisdicional são limitados pelo Poder Legislativo, o exercício do Poder Legislativo é limitado pelo poder constitucional.

À medida que se avança de cima para baixo na pirâmide, o poder normativo é sempre mais circunscrito. Pense-se na quantidade de poder atribuída à fonte de negociação em comparação com a atribuída à fonte legislativa. Os limites com que o poder superior restringe e regula o poder inferior são de dois tipos diferentes:

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

Por isso fala-se de limites *materiais* e de limites *formais*.

O primeiro tipo de limite refere-se ao conteúdo da norma que o inferior está autorizado a emanar; o segundo refere-se à forma, isto é, ao modo ou ao processo pelo qual a norma do inferior deve ser emanada. Se nos colocarmos do ponto de vista do inferior, observaremos que ele recebe um poder limitado, seja com relação a *quem* pode mandar ou proibir, seja com relação a *como* se pode mandar ou proibir.

Os dois limites podem ser impostos contemporaneamente; mas em alguns casos pode haver um sem o outro.

A observação desses limites é importante, porque eles delimitam o âmbito em que a norma inferior emana legitimamente: uma norma inferior que exceda os limites materiais, isto é, que regule uma matéria diversa da que lhe foi atribuída ou de maneira diferente daquela que lhe foi prescrita, ou que exceda os limites formais, isto é, não siga o procedimento estabelecido, está sujeita a ser declarada ilegítima e a ser expulsa do sistema.

Na passagem de norma constitucional a norma ordinária, são freqüentes e evidentes tanto os limites materiais quanto os formais.

Quando a lei constitucional atribui aos cidadãos, por exemplo, o direito à liberdade religiosa, limita o conteúdo normativo do legislador ordinário, isto é, lhe proíbe de estabelecer normas que tenham como conteúdo a restrição ou a supressão da liberdade religiosa.

Os limites de conteúdo podem ser *positivos* ou *negativos*, conforme a constituição imponha ao legislador ordinário estabelecer normas numa determinada matéria

(ordem de mandar) ou lhe proíba estabelecer normas numa determinada matéria (proibição de mandar ou ordem de permitir).

Quando uma Constituição determina que o Estado deve providenciar a instrução até uma certa idade, atribui ao legislador ordinário um limite positivo; quando, ao invés, atribui certos direitos de liberdade, estabelece um limite negativo, isto é, proíbe emanar leis que reduzam ou eliminem aquela esfera de liberdade.

Quanto aos limites formais, são constituídos por todas aquelas normas da Constituição que prescrevem o modo de funcionamento dos órgãos legislativos: normas que incluem no seu conjunto uma parte considerável de uma Constituição. Enquanto os limites formais geralmente nunca faltam, podem faltar, nas relações entre Constituição e lei ordinária, os limites materiais: isso se verifica nos ordenamentos em que não existe uma diferença de grau entre leis constitucionais e leis ordinárias (as chamadas Constituições flexíveis).

Nesses ordenamentos o legislador ordinário pode legislar em qualquer matéria e em qualquer direção; numa Constituição tipicamente flexível como a inglesa, diz-se que o Parlamento pode fazer tudo, menos transformar o homem em mulher (que, como ação impossível, é por si só excluída da esfera das ações reguláveis).

Se agora observarmos a passagem da lei ordinária para a decisão judiciária, entendida como regra do caso concreto, encontraremos, na maior parte das legislações, ambos os limites.

As leis relativas ao *direito substancial* podem ser consideradas, sob um certo ângulo visual (desde que compreendidas como regras dirigidas aos juizes e não aos cidadãos), como limites de conteúdo ao poder normativo do juiz. Em outras palavras, a presença das leis de direito substancial faz com que o juiz, ao decidir uma controvérsia, procure

encontrar uma solução dentro do que as leis ordinárias estabelecem.

Quando se diz que o juiz *deve* aplicar a Lei, diz-se, em outras palavras, que a atividade do juiz está limitada pela Lei, no sentido de que o conteúdo da sentença deve corresponder ao conteúdo de uma lei. Se essa correspondência não ocorre, a sentença do juiz pode ser declarada inválida, tal como uma lei ordinária não-conforme à Constituição.

As leis relativas ao *procedimento* constituem, ao contrário, os limites formais da atividade do juiz; isso quer dizer que o juiz está autorizado a estabelecer normas jurídicas no caso concreto, mas deve estabelecê-las segundo um ritual em grande parte estabelecido pela Lei.

Em geral os vínculos do juiz com respeito à Lei são maiores que aqueles existentes para o legislador ordinário com respeito à Constituição.

Enquanto na passagem da Constituição para a lei ordinária vimos que se pode verificar o caso de falta de limites materiais, na passagem da lei ordinária para a decisão do juiz é difícil que se verifique esta falha na realidade: deveríamos formular a hipótese de um ordenamento no qual a Constituição estabelecesse que em cada caso o juiz deveria julgar segundo a equidade.

Chamam-se “juízos de equidade” aqueles em que o juiz está autorizado a resolver uma controvérsia sem recorrer a uma norma legal preestabelecida.

O juízo de equidade pode ser definido como autorização, ao juiz, de produzir direito fora de cada limite material imposto pelas normas superiores.

Em nossos ordenamentos, esse tipo de autorização é muito raro. Nos ordenamentos em que o poder criativo do juiz é maior, o juízo de equidade é também sempre excepcional: se os limites materiais ao poder normativo do juiz não derivam da lei escrita, derivam de outras fontes

superiores, como pode ser o costume ou o precedente judiciário.

Na passagem da lei ordinária para o negócio jurídico, isto é, para a esfera da autonomia privada, prevalecem comumente os limites formais sobre os limites materiais.

As normas relativas aos contratos são geralmente regras destinadas a determinar o modo pelo qual o poder de negociação deve ser exercido para produzir conseqüências jurídicas, e não a matéria sobre a qual este deva ser exercido.

Pode-se formular o princípio geral segundo o qual, com respeito à autonomia privada, ao legislador ordinário não interessam tanto as matérias nas quais possa interferir quanto as formas pelas quais deve fazê-lo.

Do ponto de vista da teoria geral, isso levou à conclusão, por uma extrapolação ilícita, de que ao Direito não interessa tanto aquilo que os homens fazem, mas de que maneira o fazem; ou que o Direito não prescreve aquilo que os homens têm que fazer, mas a maneira, isto é, a forma da ação; em suma, que o Direito é uma regra formal da conduta humana.

Uma tese desse gênero só tem uma aparência de verdade quando se refere à relação entre Lei e autonomia privada. Mas mesmo desse ponto de vista restrito não tem nenhum fundamento. Tome-se, por exemplo, o poder atribuído ao indivíduo de dispor dos próprios bens mediante testamento. Não há dúvida de que a Lei, por uma atitude de respeito à vontade pessoal, prescreve, embora de modo sucinto, as formalidades com as quais um testamento deve ser redigido a fim de que possa ser considerado válido.

Mas pode-se dizer que a Lei renuncie completamente a dar regras relativas ao conteúdo?

Como a legislação estabelece qual a cota do patrimônio da qual o testador não pode dispor (a chamada “legíti-

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

6. A norma fundamental

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

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

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

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

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

Portanto, se existem normas constitucionais, deve existir o poder normativo do qual elas derivam: esse poder é o poder constituinte. O poder constituinte é o poder último, ou, se quisermos, supremo, originário, num ordenamento jurídico.

Mas, se vimos que uma norma jurídica pressupõe um poder jurídico, vimos também que todo poder normativo pressupõe, por sua vez, uma norma que o autoriza a produzir normas jurídicas.

Dado o poder constituinte como poder último, devemos pressupor, portanto, uma norma que atribua ao poder constituinte a faculdade de produzir normas jurídicas:

essa norma é a norma fundamental. A norma fundamental, enquanto, por um lado, atribui aos órgãos constitucionais poder de fixar normas válidas, impõe a todos aqueles aos quais se referem as normas constitucionais o dever de obedecê-las. É uma norma ao mesmo tempo atributiva e imperativa, segundo se considere do ponto de vista do poder ao qual dá origem ou da obrigação que dele nasce. Pode ser formulada da seguinte maneira: “O poder constituinte está autorizado a estabelecer normas obrigatórias para toda a coletividade”, ou: “A coletividade é obrigada a obedecer às normas estabelecidas pelo poder constituinte”

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

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

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

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

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

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

Podemos tentar explicar a necessidade de postular a norma fundamental também por outro caminho.

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

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

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

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

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

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

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

Mas qual é a autoridade que tem esse poder legítimo? Quem é essa autoridade à qual esse poder foi atribuído por uma norma superior, também legítima? E essa norma superior, de onde vem? Mais uma vez, de grau em grau, chegamos ao poder supremo, cuja legitimidade é dada por uma norma além da qual não existe outra, e é portanto a norma fundamental.

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

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

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

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

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

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

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

Podemos conceber as teorias tradicionais sobre o fundamento do poder como tentativas de responder à pergunta: “Qual é o fundamento da norma fundamental de um ordenamento jurídico positivo?”

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

Apresentamos aqui, como ilustração daquilo que estamos dizendo, algumas respostas famosas dadas ao problema do fundamento último do poder, tendo presente que cada uma dessas respostas pode ser concebida como a formulação de uma norma superior à norma fundamental, na qual nos detivemos, e como a descoberta de um poder superior ao poder constituinte, isto é, do poder que é a *verdadeira fonte última* de todo poder.

a) Todo poder vem de Deus (*omnis potestas nisi a Deo*). Essa doutrina integra a norma fundamental de um ordenamento jurídico afirmando que o dever da obediência ao poder constituinte deriva do fato de que tal poder (como todo poder soberano) deriva de Deus, isto é, foi autorizado por Deus a formular normas jurídicas válidas. O que significa que na pirâmide do ordenamento é preciso acrescentar um grau superior ao representado pelo poder normativo dos órgãos constitucionais. Esse grau superior é o poder normativo divino.

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

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

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

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

7. Direito e força

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

a *força* (particularmente com a força física). Falando em poder originário, falamos das forças políticas que instauraram um determinado ordenamento jurídico. Que esta instauração tenha acontecido mediante o exercício da força física não está absolutamente implícito no conceito de poder. Pode-se muito bem imaginar um poder que repouse exclusivamente sobre o consenso. Qualquer poder originário repousa um pouco sobre a força e um pouco sobre o consenso. Quando a norma fundamental diz que se deve obedecer ao poder originário, não deve absolutamente ser interpretada no sentido de que devemos nos submeter à violência, mas no sentido de que devemos nos submeter àqueles que têm o poder coercitivo. Mas esse poder coercitivo pode estar na mão de alguém por consenso geral. Os detentores do poder são aqueles que têm a força necessária para fazer respeitar as normas que deles emanam. Nesse sentido, a força é um instrumento necessário do poder. Isso não significa que ela seja o fundamento. A força é necessária para exercer o poder, mas não para justificá-lo.

Dizendo que o Direito é fundado em última instância sobre o poder e entendendo por poder o poder coercitivo, quer dizer, o poder de fazer respeitar, também recorrendo à força, as normas estabelecidas, não dizemos nada de diferente daquilo que temos repetidamente afirmado em relação ao Direito como conjunto de regras com eficácia reforçada. Se o Direito é um conjunto de regras com eficácia reforçada, isso significa que um ordenamento jurídico é impensável sem o exercício da força, isto é, sem um poder. Colocar o poder como fundamento último de uma ordem jurídica positiva não quer dizer reduzir o Direito à força, mas simplesmente reconhecer que a força é necessária para a realização do Direito.

Isso não é senão reforçar o conceito de Direito como ordenamento com eficácia reforçada. Se a força é neces-

sária para a realização do Direito, então existe ordem jurídica (isto é, que corresponde à definição que temos dado de Direito) somente enquanto se impõe pela força; noutras palavras, o ordenamento jurídico existe enquanto seja *eficaz*. Isso implica ainda uma diferença entre a consideração da norma singular e a do ordenamento em seu conjunto. Uma norma singular pode ser válida sem ser eficaz. O ordenamento jurídico tomado em seu conjunto só é válido se for eficaz. A norma fundamental que manda obedecer aos detentores do poder originário é aquela que legitima o poder originário a exercer a força; e nesse sentido, sendo que o exercício da força para fazer respeitar as normas é uma característica do ordenamento jurídico, a norma fundamental, tal como foi aqui concebida, é verdadeiramente a base do ordenamento jurídico.

Aqueles que temem que com a norma fundamental, como foi aqui concebida, se realize a redução do Direito à força se preocupam não tanto com o Direito, mas com a justiça. Essa preocupação, entretanto, está fora de lugar. A definição do Direito, que aqui adotamos, não coincide com a de justiça. A norma fundamental está na base do Direito como ele é (o Direito positivo), não do Direito como deveria ser (o Direito justo). Ela autoriza aqueles que detêm o poder a exercer a força, mas não diz que o uso da força seja justo só pelo fato de ser vontade do poder originário. Ela dá uma legitimação jurídica, não moral, do poder. O Direito, como ele é, é expressão dos mais fortes, não dos mais justos. Tanto melhor, então, se os mais fortes forem também os mais justos.

Existe uma outra maneira de entender as relações entre o Direito e a força, que foi defendida recentemente por Ross, mas se apóia sobretudo em Kelsen. Para falarmos em poucas palavras, até agora temos defendido que a força é um *instrumento* para a realização do Direito (entendido no sentido amplo como ordem jurídica). A teoria

enunciada por Kelsen e defendida por Ross sustenta, ao contrário, que a força é o *objeto* da regulamentação jurídica, isto é, que por Direito deve-se entender não um conjunto de normas que se tornam válidas através da força, mas um conjunto de normas que regulam o exercício da força numa determinada sociedade. Quando Kelsen diz que o Direito é um ordenamento coercitivo quer dizer que é composto por normas que regulam a coação, isto é, que dispõem sobre a maneira pela qual se devem aplicar certas sanções. Textualmente: “Uma regra é uma regra jurídica não porque a sua eficácia é garantida por uma outra regra que dispõe uma sanção; *uma regra é uma regra jurídica porque dispõe uma sanção*. O problema da coerção não é o problema de garantir a eficácia das regras, mas o *problema do conteúdo das regras*”.¹ Igualmente explícito é Ross: “Devemos insistir sobre o fato de que a relação entre as normas jurídicas e a força consiste em que elas dizem respeito à aplicação da força e não em que são protegidas por meio da força”.² E ainda: “Um sistema jurídico nacional é um conjunto de normas que dizem respeito ao exercício da força física”³

Parece-me claro que essa maneira de entender o Direito, que desloca a força de instrumento para objeto da regulamentação jurídica, está estritamente ligada à teoria que considera como normas jurídicas somente as normas secundárias, isto é, as normas que têm por destinatários os órgãos judiciários. Não é por acaso que Kelsen levou às extremas conseqüências a tese de que as normas jurídicas são só as secundárias, ao ponto de

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

(2) A. Ross. *On Law and Justice*, Londres, 1958, p. 53.

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

chamá-las “primárias”. As normas secundárias de fato podem ser definidas como aquelas que regulam o modo e a medida em que devem ser aplicadas as sanções. Se a sanção é, em última instância, um ato de força, as normas, regulando a aplicação das sanções, regulam na realidade o exercício da força. Se isso é verdade e Kelsen o confirma, seja através da presença da definição do Direito como regra da força, seja através da identificação das normas jurídicas com as normas secundárias, a refutação desse modo de entender as relações entre Direito e força pode ser feita com os mesmos argumentos com que já tentamos refutar a consideração das normas secundárias como únicas normas jurídicas no livro anterior

Podemos, aqui, acrescentar alguma coisa do ponto de vista da teoria do ordenamento jurídico. A definição de Direito como conjunto de regras para o exercício da força é uma definição do Direito que podemos classificar entre as definições a respeito do conteúdo. Mas é uma definição extremamente limitativa. Se considerarmos as normas singulares de um ordenamento, essa limitação da definição salta logo aos olhos: chamamos normas jurídicas também aquelas que estabelecem de que modo é obrigatório, ou proibido, ou lícito os cidadãos comportarem-se. Como temos dito mais de uma vez, a juridicidade de uma norma se determina não através de seu conteúdo (nem pela forma, ou pelo fim, e assim por diante), mas simplesmente através do fato de pertencer ao ordenamento, fato este que, por sua vez, se determina remontando da norma inferior à superior, até a norma fundamental. Se considerarmos o ordenamento jurídico em seu conjunto, é certamente lícito dizer que um ordenamento se torna jurídico quando se vêm formando regras pelo uso da força (passa-se da fase do uso indiscriminado à do uso limitado e controlado da força); mas não é igualmente lícito dizer, em

conseqüência disso, que um ordenamento jurídico é um conjunto de regras para o exercício da força. As regras para o exercício da força são, num ordenamento jurídico, aquela parte de regras que serve para organizar a sanção e portanto para tornar mais eficazes as normas de conduta e o próprio ordenamento em sua totalidade. O objetivo de todo legislador não é organizar a força, mas *organizar a sociedade mediante a força*.

As definições de Kelsen e Ross parecem limitativas também com respeito ao ordenamento jurídico tomado em seu conjunto, porque confundem a parte com o todo, o instrumento com o fim.

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 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 consequências 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

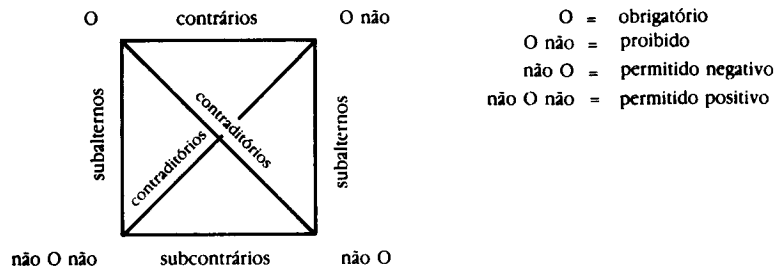
de uma norma no sistema não bastará mostrar a sua derivação de uma das fontes autorizadas, mas será necessário também mostrar que ela não é incompatível com outras normas. Nesse sentido, nem todas as normas produzidas pelas fontes autorizadas seriam normas válidas, mas somente aquelas compatíveis com 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* 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* (ou relação de superimplicação) daquela que vai de *não O* a *O* (ou relação de subimplicação):

O	não O
V	V
F	F ou V

não O	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-

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

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

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 consequência, 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 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 *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 juizes 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 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 *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 subseqüente 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 subseqüente 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 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 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 jurídi-

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. *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 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.

CAPÍTULO 4

A completude do ordenamento jurídico

1. O problema das lacunas

Examinamos nos dois capítulos anteriores dois aspectos do ordenamento jurídico: a unidade e a coerência. Falta-nos considerar uma terceira característica que lhe é normalmente atribuída: a *completude*. Por "completude" entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso. Uma vez que a falta de uma norma se chama geralmente "lacuna" (num dos sentidos do termo "lacuna"), "completude" significa "falta 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 tirada do sistema. Para dar uma definição mais técnica de completude, podemos dizer que um ordenamento é completo quando jamais se verifica o caso de que a ele não se podem demonstrar pertencentes *nem* uma certa norma *nem* a norma contraditória. Especificando melhor, a incompletude consiste no fato de que o sistema não compreende nem a norma que proíbe um certo comportamento nem a norma que o permite. De fato, se se pode demonstrar que nem a proibição nem a permissão de um certo comportamento são dedutíveis do sistema, da forma que foi colocado, é preciso dizer que o sistema é incompleto e que o ordenamento jurídico tem uma lacuna.

A partir dessa definição mais técnica de completude

entende-se melhor qual é o nexó entre o problema da completude e o da coerência, examinado no capítulo anterior. Podemos de fato definir a coerência como aquela propriedade pela qual nunca se dá o caso em que se possa demonstrar a pertinência a um sistema e de uma certa norma e da norma contraditória. Como vimos, encontramos-nos frente a uma antinomia quando nos apercebemos de que ao sistema pertencem contemporaneamente tanto a norma que proíbe um certo comportamento quanto a que o permite. Portanto, o nexó entre coerência e completude está em que a coerência significa a exclusão de toda a situação na qual pertençam ao sistema ambas as normas que se contradizem; a completude significa a exclusão de toda a situação na qual não pertençam ao sistema nenhuma das duas normas que se contradizem. Diremos "incoerente" um sistema no qual existem tanto a norma que proíbe um certo comportamento quanto aquela que o permite; "incompleto", um sistema no qual não existem nem a norma que proíbe um certo comportamento nem aquela que o permite.

O nexó entre os dois problemas foi quase sempre deixado de lado. Mas não faltam à melhor literatura jurídica alusões à necessidade de um seu estudo comum. Por exemplo, em *Sistema* de Savigny lê-se este trecho, que me parece muito significativo: "...o conjunto das fontes de direito... forma um todo, que está destinado à solução de todas as questões surgidas no campo do Direito. Para responder a tal finalidade, ele deve apresentar estas características: *unidade* e *completude*... O procedimento ordinário consiste em tirar do conjunto das fontes um *sistema de direito*... Falta a *unidade*, e então trata-se de remover uma *contradição*; falta a *completude*, e então trata-se de preencher uma *lacuna*. Na realidade, porém, essas duas coisas podem reduzir-se a um único conceito fundamental. De fato, o que tentamos estabelecer é sempre a unidade: a unidade negativa, com a eliminação das contradições;

a unidade positiva, com o preenchimento das lacunas".¹ Carnelutti, em sua *Teoria geral do Direito*, trata conjuntamente os dois problemas, e fala de incompletude por *exuberância*, no caso das antinomias, e de incompletude por *deficiência*, no caso das lacunas, donde os dois remédios opostos da *purificação* do sistema, para eliminar as normas exuberantes ou as antinomias, e da *integração*, para eliminar a deficiência de normas ou as lacunas.² Carnelutti vê bem que o caso de antinomia é um caso no qual há mais normas do que deveria haver, aquilo que expressamos com as duas conjunções *e... e*, onde o dever do intérprete é suprimir aquilo que está a mais; o caso de lacuna, no entanto, é um caso em que há menos normas do que deveria haver, fato que registramos com as duas conjunções *nem... nem*, onde o dever do intérprete é, ao contrário, acrescentar aquilo que falta.

Visto que, a respeito do caráter da coerência, o problema teórico geral do Direito é se e em que medida um ordenamento jurídico é coerente, assim também, a respeito do caráter da completude, o nosso problema é se e em que medida um ordenamento jurídico é completo. Pelo que diz respeito à coerência, nossa resposta foi a de que a coerência era uma exigência mas não uma necessidade, no sentido de que a total exclusão das antinomias não é uma condição necessária para a existência de um ordenamento jurídico: um ordenamento jurídico pode tolerar em seu seio normas incompatíveis sem desmoronar-se. Frente ao problema da completude, se desejarmos um certo tipo de ordenamento jurídico como o italiano, caracterizado pelo princípio

(1) F. C. Savigny. *Sistema del diritto romano attuale*, tradução italiana, v.1, § 42, p. 267.

(2) F. Carnelutti. *Teoria generale del diritto*, 2ª ed., 1946, p. 76.

de que o juiz deve julgar cada caso mediante uma norma pertencente ao sistema, a completude é algo mais que uma exigência, é uma necessidade, quer dizer, é uma condição necessária para o funcionamento do sistema. A norma que estabelece o dever do juiz de julgar cada caso com base numa norma pertencente ao sistema não poderia ser executada se o sistema não fosse pressupostamente completo, quer dizer, com uma regra para cada caso. A completude é, portanto, uma condição sem a qual o sistema em seu conjunto não poderia funcionar.

A base dos ordenamentos fundados sobre o *dogma da completude*, como já foi dito, é o Código Civil francês, cujo artigo 4º diz: “O juiz que recusar julgar, a pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpado de denegar a justiça”. No Direito italiano, esse princípio é estabelecido no artigo 113 do C. P. C., que diz: “Ao pronunciar-se sobre a causa, o juiz deve seguir as normas do Direito, salvo se a lei lhe atribuir o poder de decidir segundo a equidade”.

Concluindo, a completude é uma condição necessária para os ordenamentos em que valem estas duas regras:

- 1) o juiz é obrigado a julgar todas as controvérsias que se apresentarem a seu exame;
- 2) deve julgá-las com base em uma norma pertencente ao sistema.

Entende-se que, se uma das duas regras perder o efeito, a completude deixará de ser considerada como um requisito do ordenamento. Podemos imaginar dois tipos de ordenamentos incompletos, caso falte a primeira ou a segunda regra. Num ordenamento em que faltasse a primei-

ra regra, o juiz não teria que julgar todas as controvérsias que lhe fossem apresentadas: poderia pura e simplesmente repelir o caso como juridicamente irrelevante, com um juízo de *non liquet* (não convém). Para alguns, o ordenamento internacional é um ordenamento deste tipo: o juiz internacional teria a faculdade, em alguns casos, de não culpar nem desculpar a nenhum dos contendores, e esse juízo seria diferente (mas é discutível que o seja) do juízo do juiz que daria a culpa a um e a razão ao outro, ou vice-versa. Num ordenamento no qual faltasse a segunda regra, o juiz seria, sim, levado a julgar cada caso, mas não seria obrigado a julgá-lo baseado em uma norma do sistema. É o caso do ordenamento que autoriza o juiz a julgar, na falta de um dispositivo de lei ou da lei dedutível, segundo a equidade. Podem-se considerar ordenamentos desse tipo o ordenamento inglês e, em medida reduzida, o suíço, que autoriza o juiz a resolver a controvérsia, na falta de uma lei ou de um costume, como se ele mesmo fosse legislador. Dá para entender que num ordenamento onde o juiz está autorizado a julgar segundo a equidade, não tem nenhuma importância que o ordenamento seja preventivamente completo, porque é a cada momento completável.

2. O dogma da completude

O dogma da completude, isto é, o princípio de que o ordenamento jurídico seja completo para fornecer ao juiz, em cada caso, uma solução sem recorrer à equidade, foi dominante, e o é em parte até agora, na teoria jurídica europeia de origem romana. Por alguns é considerado como um dos aspectos salientes do positivismo jurídico.

Regredindo no tempo, esse dogma da completude nasce provavelmente da tradição românica medieval, dos tem-

pos em que o Direito romano vai sendo, aos poucos, considerado como o Direito por excelência, de uma vez por todas enunciado no *Corpus iuris*, ao qual não há nada a acrescentar e do qual não há nada a retirar, pois que contém as regras que dão ao bom intérprete condições de resolver todos os problemas jurídicos apresentados ou por apresentar. A completa e fina técnica hermenêutica que se desenvolve entre os juristas comentadores do Direito romano, e depois entre os tratadistas, é especialmente uma técnica para a ilustração e o desenvolvimento interno do Direito romano, com base no pressuposto de que ele constitui um sistema potencialmente completo, uma espécie de mina inesgotável da sabedoria jurídica, que o intérprete deve limitar-se a escavar para encontrar o veio escondido. Caso nos fosse permitido resumir com uma frase o caráter da jurisprudência desenvolvida sob o império e à sombra do Direito romano, diríamos que ela desenvolveu o método da *extensio* em prejuízo do método da *equidade*, inspirando-se no princípio de autoridade em vez de no princípio da natureza das coisas.

Nos tempos modernos o dogma da completude tornou-se parte integrante da concepção estatal do Direito, isto é, daquela concepção que faz da produção jurídica um monopólio do Estado. Na medida em que o Estado moderno crescia em potência, iam-se acabando todas as fontes de direito que não fossem a Lei ou o comando do soberano. A onipotência do Estado reverteu-se sobre o Direito de origem estatal, e não foi reconhecido outro Direito senão aquele emanado direta ou indiretamente do soberano. Onipotente como o Estado do qual emanava, o Direito estatal devia regular cada caso possível: havendo lacunas, o que deveria ter feito o juiz senão recorrer a fontes jurídicas extra-estatais, como o costume, a natureza das coisas, a equidade? Admitir que o ordenamento jurídico estatal não era completo significava introduzir um Direito concorrente,

quebrar o monopólio da produção jurídica estatal. E é por isso que a afirmação do dogma da completude caminha no mesmo passo que a monopolização do Direito por parte do Estado. Para manter o próprio monopólio, o Direito do Estado deve servir para todo uso. Uma expressão macroscópica dessa vontade de completude foram as grandes codificações; e é justamente no interior de uma dessas grandes codificações, note-se bem, que foi pronunciado o *verdicto* de que o juiz deve julgar permanecendo sempre dentro do sistema já dado. A miragem da codificação é a completude: uma regra para cada caso. O código é para o juiz um prontuário que lhe deve servir infalivelmente e do qual não pode afastar-se.

A cada grande codificação (desde a francesa de 1804 até a alemã de 1900) desenvolveu-se entre os juristas e os juízes a tendência de ater-se escrupulosamente aos códigos, atitude esta que foi chamada, com referência aos juristas franceses em relação aos códigos napoleônicos, mas que se poderia estender a cada nação com Direito codificado, de *fetichismo da lei*. Na França, a escola jurídica que se foi impondo depois da codificação é geralmente designada com o nome de *escola da exegese*, e se contrapõe à *escola científica*, que veio depois. O caráter peculiar da escola da exegese é a admiração incondicional pela obra realizada pelo legislador através da codificação, uma confiança cega na suficiência das leis, a crença de que o código, uma vez promulgado, basta-se completamente a si próprio, isto é, não tem lacunas: numa palavra, o dogma da completude jurídica. Uma escola da exegese existiu não somente na França, mas também na Itália, na Alemanha, etc. Existe até agora, mesmo que, como veremos, o problema das lacunas hoje seja colocado criticamente. Teria até vontade de dizer que escola da exegese e codificação são fenômenos estreitamente conexos e difíceis de separar.

Quando, como veremos no próximo parágrafo, começou a reação ao fetichismo legislativo e, ao mesmo tempo, ao dogma da completude, um dos maiores representantes dessa reação, o jurista alemão Eugen Ehrlich, num livro dedicado ao estudo e à crítica da mentalidade do jurista tradicional, *A lógica dos juristas (Die juristische Logik, Tübingen, 1925)*, afirmou que o raciocínio do jurista tradicional, enraizado no dogma da completude, era fundado nestes três pressupostos:

- 1) a proposição maior de cada raciocínio jurídico deve ser uma norma jurídica;
- 2) essa norma deve ser sempre uma lei do Estado;
- 3) todas essas normas devem formar no seu conjunto uma unidade.

Ehrlich, criticando a mentalidade tradicional do jurista, queria criticar aquela atitude de conformismo diante do estadismo que, justamente, havia gerado e radicado na jurisprudência o dogma da completude.

3. *A crítica da completude*

O livro de Ehrlich, citado, é uma das expressões mais significativas daquela revolta contra o monopólio estatal do Direito, que se desenvolveu, quase ao mesmo tempo, na França e na Alemanha no final do século passado, e que, mesmo sendo chamada com nomes diferentes, é conhecida sobretudo pelo nome de *escola do Direito livre*. O principal alvo dessa tendência é o dogma da completude do ordenamento jurídico. Se quisermos criticar o fetichismo legislativo dos juristas, precisaremos em primeiro lugar abolir a crença de que o Direito estatal é completo. A batalha da escola do Direito livre contra as várias escolas da exe-

gese é uma batalha pelas lacunas. Os comentadores do Direito constituído acreditavam que o Direito não tivesse lacunas e que o dever do intérprete fosse somente o de tornar explícito aquilo que já estava implícito na mente do legislador. Os sustentadores da nova escola afirmam que o Direito constituído está cheio de lacunas e, para preenchê-las, é necessário confiar principalmente no poder criativo do juiz, ou seja, naquele que é chamado a resolver os infinitos casos que as relações sociais suscitam, além e fora de toda a regra pré-constituída.

As razões pelas quais, no final do século passado, surge e se desenvolve rapidamente esse movimento contra o estadismo jurídico e o dogma da completude são várias. Mas me parece que as principais sejam estas duas:

1) Antes de tudo, à medida que a codificação envelhecia (isto vale sobretudo para a França), descobriam-se as insuficiências. O que num primeiro momento é objeto de admiração incondicional, vai-se tornando aos poucos objeto de análise crítica sempre mais exigente, e a confiança na onisciência do legislador diminui ou perde o valor. Na história do Direito na Itália, bastará comparar a atitude da geração mais próxima aos primeiros códigos, situada entre os anos 70 e 90, e a atitude da geração posterior. Falou-se muito de passagem de uma jurisprudência exegética a uma jurisprudência científica para indicar, entre outros, o desenvolvimento de uma livre crítica em relação aos códigos, que preparou sua reforma. E, também hoje, quem compara a atitude do jurista atual com a dos primeiros anos depois da formulação dos novos códigos não demorará a notar um maior desabuso e um respeito menos passivo.

2) Em segundo lugar, ao lado do processo natural de envelhecimento de um código, é necessário considerar que na segunda metade do século passado houve, por obra da chamada revolução industrial, uma profunda e rápida trans-

formação da sociedade, que fez as primeiras codificações — que refletiam uma sociedade ainda predominantemente agrícola e escassamente industrializada — parecerem anacrônicas e, portanto, insuficientes e inadequadas, e acelerou o seu processo natural de envelhecimento. Basta pensar que ainda no Código Civil italiano de 1865, que derivava do francês, todos os problemas do trabalho, aos quais hoje é dedicado um livro inteiro, estavam resumidos num artigo. Falar de completude de um Direito, que ignorava o surgimento da grande indústria e todos os problemas da organização do trabalho a ela ligados, significava fechar os olhos frente à realidade por amor a uma fórmula e deixar-se embalar na inércia mental e no preconceito.

Acrescentemos que essa divergência, sempre mais rápida e macroscópica, entre Direito constituído e realidade social foi acompanhada pelo particular desenvolvimento da filosofia social e das Ciências Sociais no século passado, as quais, mesmo nas diversas correntes a que deram lugar, tiveram uma característica comum: a polêmica contra o Estado e a descoberta da *sociedade* abaixo do *Estado*. Tanto o marxismo quanto a sociologia positivista — para nos limitarmos às duas maiores correntes de filosofia social — foram animados por uma crítica contra o monismo estatal, que havia tido a sua expressão mais intransigente na filosofia hegeliana, mas tinha ramificações muito mais antigas. O Estado se erguia acima da sociedade, e tendia a absorvê-la, mas a luta das classes, de um lado, que tendia a quebrar continuamente os limites da ordem estatal, e a contínua formação espontânea (não provocada ou imposta pelo Estado) de novos conjuntos sociais, como os sindicatos, os partidos, e de novos relacionamentos entre os homens, derivados da transformação dos meios de produção, punham em evidência uma vida subordinada ou em oposição ao Estado, que nem o sociólogo, portanto, nem

o jurista, podiam ignorar. A sociologia, esta nova ciência que foi o produto mais típico do espírito científico do século XIX, desde o momento em que se conscientizou das correntes subterrâneas que animavam a vida social, representou a destruição do mito do Estado. Vimos que um dos elementos do mito do Estado era o dogma da completude. Entende-se como a sociologia pôde fornecer armas críticas aos juristas novos contra as várias formas de jurisprudência presas ao dogma do estadismo e da completude do Direito. No final das contas, a consciência que ia se formando pelo desajuste entre Direito constituído e realidade social era ajudada pela descoberta da importância da sociedade em relação ao Estado, e encontrava na sociologia um ponto de apoio para contrastar a pretensão do estadismo jurídico.

No âmbito mais vasto da sociologia, formou-se uma corrente de sociologia jurídica, da qual Ehrlich é um dos representantes mais destacados: o programa da sociologia jurídica foi o de mostrar, principalmente no início, que o Direito era um fenômeno social, e que portanto a pretensão dos juristas ortodoxos de fazer do Direito um produto do Estado era infundada e conduzia a vários absurdos, como o de acreditar na completude do Direito codificado. As relações entre escola do Direito livre e sociologia jurídica são muito estreitas: são duas faces da mesma moeda. Se o Direito era um fenômeno social, um produto da sociedade (nas suas múltiplas formas), e não somente do Estado, o juiz e o jurista tinham que tirar as regras jurídicas, adaptadas às novas necessidades, do estudo da sociedade, da dinâmica das relações entre as diferentes forças sociais, e dos interesses que estas representavam, e não das regras mortas e cristalizadas dos códigos. O Direito livre, em outras palavras, tirava as conseqüências não somente da lição dos fatos (isto é, da constatação de como o Direito estatal era inadequado frente ao desenvolvimento da socie-

dade), mas também da nova consciência, que o desenvolvimento das Ciências Sociais ia difundindo, da importância das forças sociais latentes no interior da aparentemente granítica estrutura do Estado: e lição dos fatos e maturidade científica se ajudavam mutuamente a combater o monopólio jurídico do Estado e, com isso, o dogma da completude.

A literatura crítica do estadismo jurídico é imensa. Limitano-nos a lembrar a obra de Géný, *Méthode d'interprétation et sources du droit positif*, 1899, que contrapunha à imitadora exegese dos textos legislativos a *livre pesquisa científica*, através da qual o jurista deveria retirar a regra jurídica diretamente do Direito vivo nas relações sociais. "O Direito é coisa muito complexa e móvel — escrevia Géný — para que um indivíduo ou uma assembléia, ainda que investidos de autoridade soberana, possam pretender fixar de uma só vez os preceitos de modo a satisfazer todas as exigências da vida jurídica".³ Na mesma época os estudos de Edouard Lambert sobre o Direito consuetudinário e sobre o Direito judiciário serviam para chamar a atenção sobre um Direito de origem não-legislativa. Livros como o de Jean Cruet, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, 1914 (*A vida do Direito e a impotência das leis*), onde se propunha o método de uma legislação experimental, que deveria adequar-se às necessidades sociais, dando a máxima importância ao costume e à jurisprudência, ou como o de Gaston Morin, *La révolte des faits contre la loi*, 1920 (*A revolta dos fatos contra a lei*), onde se colocava em destaque a oposição entre a sociedade econômica e o Estado, são exemplos eloqüentes do movimento antidogmático que vinha se desenvolvendo na jurisprudência francesa.

(3) F. Géný. *Méthode d'interprétation et sources du droit positif*, 2ª ed., 1919, II, p. 324.

Na Alemanha, o sinal da batalha contra o tradicionalismo jurídico em nome da sociologia jurídica e da livre pesquisa do Direito foi dado por Hermann Kantorowicz, que em 1906 publicou um "panfleto" sob o título de *A luta pela ciência do Direito (Der Kampf um die Rechtswissenschaft)*, com o pseudônimo de Gnaeus Flavius, no qual indicava no Direito livre, tirado diretamente da vida social, independentemente das fontes jurídicas de derivação estatal, o novo Direito natural, que tinha a mesma função do antigo Direito natural, que era de representar uma ordem normativa de origem não estatal, mesmo que não tivesse mais a sua natureza, do momento que o Direito livre era, também ele, um direito positivo, isto é, eficaz. Somente o Direito livre estava em condições de preencher as lacunas da legislação. Caía, como inútil e perigoso empecilho à adaptação do Direito às exigências sociais, o dogma da completude. No seu lugar entrava a convicção de que o Direito legislativo era lacunoso, e que as lacunas não podiam ser preenchidas mediante o próprio Direito estabelecido, mas através do reencontro e da formulação do Direito livre.

4. O espaço jurídico vazio

A corrente do Direito livre e da livre pesquisa do Direito teve entre os juristas muitos adversários: mais adversários do que amigos. O positivismo jurídico de estrita observância, ligado à concepção estatal do Direito, não se deixou derrotar. O Direito livre representava aos olhos dos juristas tradicionalistas uma nova encarnação do Direito natural, que da escola histórica em diante se considerava aniquilado e, portanto, sepultado para sempre. Admitir a livre pesquisa do Direito (li-

vre no sentido de não-ligada ao Direito estatal), conceder cidadania ao Direito livre (isto é, a um Direito criado de vez em quando pelo juiz) significava quebrar a barreira do princípio de legalidade, que havia sido colocado em defesa do indivíduo, abrir as portas ao arbítrio, ao caos e à anarquia. A completude não era um mito, mas uma exigência de justiça; não era uma função inútil, mas uma defesa útil de um dos valores supremos a que deve servir a ordem jurídica, a *certeza*. Atrás da batalha dos métodos havia, como sempre, uma batalha ideológica. O dever dos juristas era o de defender a justiça legal ou de favorecer a justiça substancial? Os defensores da legalidade ficaram presos ao dogma da completude. Mas para ali ficarem tiveram que encontrar novos argumentos. Após o ataque do Direito livre, não mais bastava repetir ingenuamente a velha confiança na sabedoria do legislador. A confiança estava abalada. Era necessário demonstrar criticamente que a completude, longe de ser um cómodo fingimento ou, pior, uma ingênua crença, era uma característica constitutiva de todo ordenamento jurídico. E que, se havia uma teoria errada a ser refutada, esta não era mais a teoria da completude, mas aquela que sustentava a existência de lacunas. Os juristas tradicionalistas passaram ao contra-ataque. O efeito desse contra-ataque foi que o problema da completude passou de uma fase dogmática a uma fase crítica.

O primeiro argumento lançado pelos positivistas de estrita observância foi aquele que chamaremos, por brevidade, de *espaço jurídico vazio*. Foi enunciado e defendido, contra qualquer renascimento jusnaturalístico, por um dos maiores defensores do positivismo jurídico, Karl Bergbohm, no livro *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, de 1892 (*Jurisprudência e filosofia do Direito*). Na Itália foi aceito por Santi Romano, no ensaio *Observações sobre a completude do ordenamento estatal*, 1925. O raciocínio de Bergbohm

é mais ou menos o seguinte: toda norma jurídica representa uma limitação à livre atividade humana; fora da esfera regulada pelo Direito, o homem é livre para fazer o que quiser. O âmbito da atividade de um homem pode, portanto, ser considerado dividido, do ponto de vista do Direito, em dois compartimentos: aquele no qual é regulado por normas jurídicas, e que poderemos chamar de espaço jurídico pleno, e aquele no qual é livre, e que poderemos chamar de espaço jurídico vazio. Ou há o vínculo jurídico ou há a absoluta liberdade. *Tertium non datur*. A esfera da liberdade pode diminuir ou aumentar, conforme aumentem ou diminuam as normas jurídicas, mas não pode acontecer que o nosso ato seja ao mesmo tempo livre e regulado. Transportemos essa alternativa para o plano do problema das lacunas: um caso ou está regulado pelo Direito, e então é um caso jurídico ou juridicamente relevante, ou não está regulado pelo Direito, e então pertence àquela esfera de livre desenvolvimento da atividade humana, que é a esfera do *juridicamente irrelevante*. Não há lugar para a lacuna do Direito. Como é absurdo pensar num caso que não seja jurídico e todavia seja regulado, assim também não é possível admitir um caso que seja jurídico e que apesar disso não seja regulado: isto é, não é possível admitir uma lacuna do Direito. Até onde o Direito alcança com as suas normas, evidentemente não há lacunas; onde não alcança, há espaço jurídico vazio e, portanto, não a lacuna do Direito, mas a atividade indiferente ao Direito. Um espaço intermediário entre o juridicamente pleno e o juridicamente vazio, onde se possam colocar as lacunas, não existe. Ou existe o ordenamento jurídico, e então não se pode falar de lacuna, ou há a chamada lacuna, e então não existe mais o ordenamento jurídico, e a lacuna não é mais tal, porque não representa uma deficiência do ordenamento, mas um seu limite natural. O que está além dos limites das regras

de um ordenamento não é uma lacuna do ordenamento, mas algo diferente do ordenamento, assim como a margem de um rio não é a falta do rio, mas simplesmente a separação entre o que é rio e o que não é.

O ponto fraco dessa teoria é que ela está fundada sobre um conceito muito discutível como o de espaço jurídico vazio ou o de esfera do juridicamente irrelevante? Existe o espaço jurídico vazio? Parece que a afirmação do espaço jurídico vazio nasce da falsa identificação do jurídico com o obrigatório. Mas aquilo que não é obrigatório, e, portanto, representa a esfera do permitido e do lícito, deve ser considerado juridicamente irrelevante ou indiferente? Aqui está o erro. Falamos freqüentemente das três modalidades normativas do ordenado, do proibido e do permitido. Para sustentar a tese do espaço jurídico vazio é necessário excluir a permissão das modalidades jurídicas: aquilo que é permitido coincidiria com aquilo que é juridicamente indiferente. Quando muito, seria necessário distinguir duas esferas da permissão ou da liberdade, uma juridicamente relevante e a outra juridicamente irrelevante. Mas é possível tal distinção? Existe uma esfera da liberdade jurídica ao lado de uma esfera da liberdade juridicamente irrelevante?

A primeira impressão de que uma liberdade juridicamente irrelevante não exista nasce do fato de que Romano, para definir esta liberdade e para distingui-la da liberdade jurídica (considerada como esfera do lícito), chama-a de esfera daquilo que não é nem lícito nem ilícito. Ora, como lícito e ilícito são dois termos contraditórios, não podem excluir-se mutuamente, porque, se não podem ser ambos verdadeiros, não podem também ser ambos falsos. E, portanto, não pode existir uma situação que não seja ao mesmo tempo nem lícita nem ilícita.

Na realidade, a liberdade não-jurídica poderia ser melhor definida como "liberdade não-protégida". O que sig-

nifica essa expressão? Faz sentido falar de uma liberdade não-protégida, ao lado da liberdade protegida? Vejamos. Por "liberdade protegida" entende-se aquela liberdade que é garantida (por meio da coerção jurídica) contra eventuais impedimentos por parte de terceiros (ou do próprio Estado). Trata-se daquela liberdade que é reconhecida no próprio momento em que é imposta a terceiros a obrigação jurídica (isto é, reforçada pela sanção, no caso de não-cumprimento) de não impedir o seu exercício. Note-se bem que a esfera da permissão (numa pessoa) está sempre ligada a uma esfera do obrigatório (numa outra pessoa ou em outras pessoas): isso quer dizer que a esfera da permissão jurídica pode sempre ser considerada do ponto de vista da obrigação (isto é, da obrigação dos outros de não impedir o exercício da ação lícita); e que o Direito não permite nunca sem ao mesmo tempo ordenar ou proibir. Pois bem, se por liberdade protegida se entende a liberdade garantida contra o impedimento dos outros, por liberdade não-protégida (aquilo que deveria constituir a esfera do que é juridicamente irrelevante e do espaço jurídico vazio) dever-se-ia entender uma liberdade não-garantida contra o impedimento dos outros. Isso quer dizer que o uso da força por parte de um terceiro para impedir o exercício daquela liberdade seria lícito. Brevemente: *liberdade não-protégida* significa *licitude do uso da força privada*. Mas se é assim, nos nossos ordenamentos estatais modernos, caracterizados pela monopolização da força por parte do Estado, e pela conseqüente proibição do uso privado da força, a situação hipotética de liberdade não-protégida não é possível.

Entende-se que ao Estado, quando atribui uma liberdade, não interessa o que eu escolho, mas o que eu posso escolher. Aquilo que ele protege não é a minha escolha, mas o direito de escolher. Poder-se-ia objetar que o ordenamento estatal moderno não pode ser tomado como modelo de cada possível ordenamento jurídico, e que há or-

denamentos jurídicos nos quais a monopolização da força não é completa, e, portanto, nesses ordenamentos há casos em que a intervenção da força privada é lícita. Confesso que também nesse caso me é difícil falar de uma esfera daquilo que é juridicamente irrelevante. Que em alguns casos a força privada seja lícita significa que a liberdade de um não está protegida, mas está protegida a força do outro, e que, portanto, a relação direito-dever está invertida, no sentido de que ao dever do terceiro de respeitar a liberdade dos outros sucede o direito de violá-la, e ao direito do outro de exercer a própria liberdade sucede o dever de aceitar o impedimento do outro. O fato de que a liberdade não seja protegida não torna essa situação juridicamente irrelevante, porque, no momento em que a liberdade de agir de um não está protegida, está protegida a liberdade do outro de exercer a força; e, enquanto está protegida, esta é a juridicamente relevante em vez da outra. Não falha a relevância jurídica: simplesmente muda a relação entre o direito e o dever.

5. *A norma geral exclusiva*

Se não existe um espaço jurídico vazio, então existe somente o espaço jurídico pleno. Justamente nessa constatação se baseou a segunda teoria que, na reação contra a escola do Direito livre, procurou colocar criticamente o problema da completude. Sinteticamente, a primeira teoria, que examinamos no parágrafo anterior, sustentou que não há lacunas porque, onde falta o ordenamento jurídico, falta o próprio Direito e, portanto, deve-se falar mais propriamente de *limites* do ordenamento jurídico do que de *lacunas*. A segunda teoria sustenta que não há lacunas pela razão inversa, isto é, pelo fato de que o Direito nunca

falta. Esta segunda teoria foi sustentada pela primeira vez pelo jurista alemão E. Zitelmann no ensaio intitulado *As lacunas no Direito (Lücken im Recht, 1903)*, e, com alguma variante, na Itália, por Donato Donati no importante livro *O problema das lacunas do ordenamento jurídico, 1910*.

O raciocínio seguido por esses autores pode ser resumido assim: uma norma que regula um comportamento não só limita a regulamentação e, portanto, as conseqüências jurídicas que desta regulamentação derivam para aquele comportamento, mas ao mesmo tempo *exclui* daquela regulamentação todos os outros comportamentos. Uma norma que proíbe fumar exclui da proibição, ou seja, permite, todos os outros comportamentos que não sejam fumar. Todos os comportamentos não-compreendidos na norma particular são regulados por uma *norma geral exclusiva*, isto é, pela regra que exclui (por isso é exclusiva) todos os comportamentos (por isso é geral) que não sejam aqueles previstos pela norma particular. Poder-se-ia dizer, também, que as normas nunca nascem sozinhas, mas aos pares: cada norma particular, que poderemos chamar de inclusiva, está acompanhada, como se fosse por sua própria sombra, pela norma geral exclusiva. Segundo essa teoria, nunca acontece que haja, além das normas particulares, um espaço jurídico vazio, mas acontece, sim, que além daquelas normas haja toda uma esfera de ações reguladas pelas normas gerais exclusivas. Enquanto para a primeira teoria a atividade humana está dividida em dois campos, um regulado por normas e outro não regulado, para essa segunda teoria toda a atividade humana é regulada por normas jurídicas, porque aquela que não cai sob as normas particulares cai sob as gerais exclusivas.

Para maior clareza citaremos as palavras dos dois autores que formularam a teoria. Diz Zitelmann: "Na base de toda norma particular que sanciona uma ação com uma pe-

na ou com a obrigação de indenização dos danos, ou atribuindo qualquer outra consequência jurídica, está sempre como subentendida e não-expressa uma norma fundamental geral e negativa, segundo a qual, à parte esses casos particulares, todas as outras ações ficam isentas de pena ou indenização: cada norma positiva, com a qual é atribuída uma pena ou uma indenização, é nesse sentido uma exceção daquela norma fundamental geral e negativa. Donde se segue: no caso em que falte uma tal exceção positiva não há lacunas, porque o juiz pode sempre, aplicando aquela norma geral e negativa, reconhecer que o efeito jurídico em questão não interveio, ou que não surgiu o direito à pena ou a obrigação à indenização".⁴ Diz Donati: "Dado o conjunto das disposições que, prevendo determinados casos, estabelecem a existência de dadas obrigações, do conjunto das disposições deriva ao mesmo tempo uma série de normas particulares inclusivas e uma norma geral exclusiva: uma série de normas particulares dirigidas a estabelecer, para os casos por elas particularmente considerados, dadas limitações, e uma norma geral dirigida a excluir qualquer limitação para todos os outros casos não particularmente considerados. Por força dessa norma, cada possível caso vem a encontrar no ordenamento jurídico o seu regulamento. Num caso determinado, ou existe na legislação uma disposição que particularmente a ele se refere, e dela derivará para o próprio caso uma norma particular, ou não existe, e então cairá sob a norma geral referida".⁵

O exemplo dado por Donati é o seguinte: num Estado monárquico falta uma disposição que regule a sucessão ao trono no caso da extinção da família real. Pergunta-

(4) E. Zitelmann. *Lücken im Recht*, Leipzig, 1903, p. 17.

(5) D. Donati. *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910, pp. 36-7.

se: a quem cabe a coroa no caso em que se verifique a circunstância da extinção? Pareceria que nos encontramos frente a um típico caso de lacuna. Donati sustenta, ao contrário, com base na teoria da norma geral exclusiva, que mesmo nesse caso, existe uma solução jurídica. Uma vez que o caso não encontra no ordenamento nenhuma norma particular que a ele se refira, cairá sob a norma geral exclusiva, que justamente estabelece, para os casos nela compreendidos, a exclusão de qualquer limitação. Portanto, a questão proposta: "a quem cabe a coroa?", terá a seguinte solução e será a única solução jurídica possível: a coroa não cabe a ninguém, ou seja, o Estado e os súditos estão livres de qualquer limitação relativa à existência de um rei e, portanto, terão direito a recusar a pretensão de quem quiser ser reconhecido como rei. Que tal solução não seja *politicamente* satisfatória não significa de modo algum que não seja uma solução *jurídica*. Poderemos lamentar que um Estado no qual falte tal lei seja *mal* constituído, mas não se poderá dizer que o seu ordenamento seja *incompleto* ou lacunoso.

Também a teoria da norma geral exclusiva tem o seu ponto fraco. Aquilo que diz, o diz bem, e com aparência de grande rigor, mas não diz tudo. O que ela não diz é que, normalmente, num ordenamento jurídico não existe somente um conjunto de *normas particulares inclusivas* e uma *norma geral exclusiva* que as acompanha, mas também um terceiro tipo de norma, que é *inclusiva* como a primeira e *geral* como a segunda, e podemos chamar de *norma geral inclusiva*. Chamamos de "norma geral inclusiva" uma norma como a que vem expressa no artigo 12 das Disposições preliminares do ordenamento italiano, segundo a qual, no caso de lacuna, o juiz deve recorrer às normas que regulam casos parecidos ou matérias análogas. Enquanto que norma geral exclusiva é aquela norma que regula todos os casos não-compreendidos na norma parti-

cular, mas os regula *de maneira oposta*, a característica da norma geral inclusiva é a de regular os casos não-compreendidos na norma particular, mas semelhantes a eles, *de maneira idêntica*. Frente a uma lacuna, se aplicarmos a norma geral exclusiva, o caso não-regulamentado será resolvido de maneira oposta ao que está regulamentado; se aplicarmos a norma geral inclusiva, o caso não-regulamentado será resolvido de maneira idêntica àquela que está regulamentado. Como se vê, as conseqüências da aplicação de uma ou da outra norma geral são bem diferentes, aliás, opostas. E a aplicação de uma ou outra norma depende do resultado da indagação sobre se o caso não-regulamentado é ou não semelhante ao regulamentado. Mas o ordenamento, em geral, nada nos diz sobre as condições com base nas quais dois casos podem ser considerados parecidos. A decisão sobre a semelhança dos casos cabe ao intérprete. Portanto, cabe ao intérprete decidir se, em caso de lacuna, ele deve aplicar a norma geral exclusiva e, portanto, excluir o caso não-previsto da disciplina do caso previsto, ou aplicar a norma geral inclusiva e, portanto, incluir o caso não-previsto na disciplina do caso previsto. No primeiro caso se diz que usa o *argumentum a contrario*, no segundo, o *argumentum a simili*.

Mas, se frente a um caso não-regulamentado se pode aplicar tanto a norma geral exclusiva quanto a geral inclusiva, é necessário precisar a fórmula segundo a qual existe sempre, em cada caso, uma solução jurídica, nesta outra: no caso de lacuna, existem pelo menos duas soluções jurídicas:

1) A consideração do caso não-regulamentado como diferente do regulamentado, e a conseqüente aplicação da norma geral exclusiva.

2) A consideração do caso não-regulamentado como semelhante ao regulamentado, e a conseqüente aplicação da norma geral inclusiva. Mas justamente o fato de que o caso não-regulamentado oferece matéria para duas soluções opostas torna o problema das lacunas menos simples, menos fácil e óbvio do que parecia partindo-se da teoria bastante linear da norma geral exclusiva. Se existem duas soluções, ambas possíveis, e a decisão entre as duas cabe ao intérprete, uma lacuna existe e consiste justamente no fato de que o ordenamento deixou impreciso qual das duas soluções é a pretendida. Caso existisse, tratando-se de comportamento não-regulamentado, uma única solução, a da norma geral exclusiva, como acontece, por exemplo, no Direito penal, onde a extensão analógica não é admitida, poderíamos também dizer que não existem lacunas: todos os comportamentos que não são expressamente proibidos pelas leis penais são lícitos. Mas uma vez que as soluções, em caso de comportamento não-regulamentado, são normalmente duas, a lacuna consiste justamente na falta de uma regra que permita acolher uma solução em vez da outra.

Desse modo, não só nos parece impossível excluir as lacunas, em contraste com a teoria da norma geral exclusiva, mas ficou mais claro o conceito de lacuna: a lacuna se verifica não mais por falta de uma norma expressa pela regulamentação de um determinado caso, mas *pela falta de um critério para a escolha de qual das duas regras gerais, a exclusiva ou a inclusiva, deva ser aplicada*. Num certo sentido, vamos além da teoria da norma geral exclusiva, porque admitimos que no caso do comportamento expressamente não-regulamentado não há sempre só uma, mas duas soluções jurídicas. Num outro sentido, porém, desmentimos a teoria, na medida em que, se as soluções jurídicas possíveis são duas e falta um critério para aplicar

ao caso concreto uma em vez da outra, reencontramos aqui a lacuna que a teoria havia acreditado poder eliminar: lacuna não a respeito do caso singular, mas a respeito do critério com base no qual o caso deve ser resolvido.

Vejamus um exemplo: no artigo 265 do C. C. somente a violência é considerada como causa de impugnação do reconhecimento do filho natural. O artigo não regula o caso do erro. Trata-se de uma lacuna? Caso não tivéssemos outra norma para aplicar que não a geral exclusiva, poderíamos responder tranquilamente que não. A norma geral exclusiva implica que aquilo que não está compreendido na norma particular (neste caso o erro) deve ter uma disciplina oposta à do caso previsto; portanto, se a violência, que está prevista, é causa de impugnação, o erro, que não está previsto, não o é. Mas o problema é que o intérprete deve levar em conta também a norma geral inclusiva, segundo a qual em caso de comportamento não-regulamentado deve-se regulamentá-lo do mesmo modo que o caso semelhante. O caso de erro assemelha-se ao da violência? Se o intérprete der a essa pergunta uma resposta afirmativa, é claro que a solução é oposta à solução anterior. O erro é, da mesma maneira que a violência, causa de impugnação. Como se vê, a dificuldade, que habitualmente não se considera, não é que frente ao caso não-regulamentado haja insuficiência de soluções jurídicas possíveis; há, sim, exuberância. E a dificuldade de interpretação, na qual consiste o problema das lacunas, é que o ordenamento não oferece nenhum meio jurídico para eliminar essa exuberância, isto é, para decidir, com base no sistema, em favor de uma solução em detrimento da outra.

Referindo-nos à definição técnica de lacuna, dada no primeiro parágrafo deste capítulo, quando dissemos que a lacuna significa que o sistema, em certos casos, não oferece a possibilidade de resolver um determinado caso nem de uma maneira nem da maneira oposta, do que dissemos

acerca da teoria da norma geral exclusiva, devemos concluir que um ordenamento jurídico, apesar da norma geral exclusiva, *pode ser incompleto*. E pode ser incompleto porque entre a norma particular inclusiva e a geral exclusiva introduz-se normalmente a norma geral inclusiva, que estabelece uma zona intermediária entre o regulamentado e o não-regulamentado, em direção à qual tende a penetrar o ordenamento jurídico, de forma quase sempre indeterminada e indeterminável. Mas, normalmente, esta penetração fica imprecisa no âmbito do sistema. Se, no caso de comportamento não-regulamentado, não tivéssemos outra norma para aplicar a não ser a exclusiva, a solução seria óbvia. Mas agora sabemos que em muitos casos podemos aplicar tanto a norma que quer os comportamentos diferentes regulamentados de maneira oposta ao comportamento regulamentado, quanto a norma que quer os comportamentos semelhantes regulamentados de maneira idêntica ao regulamentado. E não estamos em condições de decidir mediante regras do sistema se o caso é semelhante ou diferente. E, então, a solução não é mais óbvia. O fato de a solução não ser mais óbvia, isto é, de não se poder tirar do sistema nem uma solução nem a solução oposta, revela a lacuna, isto é, revela a incompletude do ordenamento jurídico.

6. *As lacunas ideológicas*

Procuramos esclarecer no parágrafo anterior em que sentido se pode falar de lacunas no ordenamento jurídico ou de incompletude do ordenamento jurídico: não no sentido, repetimos, de falta de uma norma a ser aplicada, mas de falta de critérios válidos para decidir qual norma deve ser aplicada. Mas há outro sentido de lacuna, mais óbvio,

menos controverso, que também merece uma breve ilustração.

Entende-se também por “lacuna” a falta não já de uma solução, qualquer que seja ela, mas de uma *solução satisfatória*, ou, em outras palavras, não já a falta de uma norma, mas a falta de uma *norma justa*, isto é, de uma norma que se desejaria que existisse, mas que não existe. Uma vez que essas lacunas derivam não da consideração do ordenamento jurídico como ele é, mas da comparação entre ordenamento jurídico como ele é e como deveria ser, foram chamadas de “ideológicas”, para distingui-las daquelas que eventualmente se encontrassem no ordenamento jurídico como ele é, e que se podem chamar de “reais”. Podemos também enunciar a diferença deste modo: as lacunas ideológicas são lacunas *de iure condendo* (de direito a ser estabelecido), as lacunas reais são *de iure condito* (do direito já estabelecido).

Que existem lacunas ideológicas em cada sistema jurídico é tão óbvio que não precisamos nem insistir. Nenhum ordenamento jurídico é perfeito, pelo menos nenhum ordenamento jurídico positivo. Somente o ordenamento jurídico natural não deveria ter lacunas ideológicas; aliás, uma possível definição do Direito natural poderia ser aquela que o define como um Direito sem lacunas ideológicas, no sentido de que ele é aquilo que deveria ser. Mas um sistema de Direito natural nunca ninguém formulou. A nós interessa o Direito positivo. Ora, com respeito ao Direito positivo, se é óbvio que cada ordenamento tem lacunas ideológicas, é igualmente óbvio que as lacunas com as quais deve se preocupar aquele que é chamado a aplicar o Direito não são as ideológicas, mas as reais. Quando os juristas sustentam, em nossa opinião, sem razão, que o ordenamento jurídico é completo, isto é, não tem lacunas, referem-se às lacunas reais e não às ideológicas.

Quem procurou colocar em relevo a diferença entre

os dois planos do problema das lacunas, o *de iure condito* e o *de iure condendo*, foi Brunetti, em uma série de ensaios que constituem, juntamente com as obras de Romano e de Donati, as maiores contribuições da ciência jurídica italiana para o problema.⁶ Brunetti sustenta que, para se poder falar de completude ou de incompletude de uma coisa qualquer, é necessário não considerar a coisa em si mesma, mas compará-la com alguma outra. Os dois casos típicos nos quais eu posso falar de completude, ou não, são:

1) quando comparo uma determinada coisa com o seu tipo ideal ou com aquele que deveria ser; tem sentido perguntar se uma dada mesa é perfeita ou não somente se a comparar com aquela que deveria ser uma mesa perfeita;

2) quando comparo a representação de uma coisa com a coisa representada, por exemplo, um mapa da Itália com a Itália. Ora, com relação ao ordenamento jurídico, Brunetti sustenta que se o considerarmos em si mesmo, isto é, sem compará-lo com alguma outra coisa, perguntar se é completo ou não torna-se *sem sentido*, como se nos perguntássemos se o ouro é completo, se o céu é completo. Para que o problema das lacunas tenha sentido, é preciso comparar o ordenamento jurídico real com um ordenamento jurídico ideal, conforme o significado exposto no item 1, e nesse caso é lícito falar de completude ou de incompletude do

(6) G. Brunetti. “Sul valore del problema delle lacune”, 1913; “Il senso del problema delle lacune nell’ordinamento giuridico”, 1917; “Ancora sul senso del problema delle lacune”, 1917; “Sulle dottrine che affermano l’esistenza di lacune nell’ordinamento giuridico”, 1918; “Il dogma della completezza dell’ordinamento giuridico”, 1924. Estes ensaios se encontram em *Scritti giuridici vari*, respectivamente, I, pp. 34 e segs.; III, pp. 1 e segs.; pp. 30 e segs.; pp. 50 e segs.; IV, pp. 161 e segs.

ordenamento jurídico — mas não é o sentido que interessa ao jurista (trata-se, de fato, das lacunas ideológicas) — ou considerar o ordenamento legislativo como representação da vontade do Estado, conforme o significado exposto no item 2, e perguntar se a lei contém ou não tudo aquilo que deve conter para poder ser considerada a manifestação tecnicamente perfeita da vontade do Estado; mas, neste segundo caso, o problema da completude ou da incompletude pode ser referido unicamente ao ordenamento legislativo, como parte do ordenamento jurídico, e não ao ordenamento jurídico em sua totalidade. Referindo-se ao ordenamento jurídico em sua totalidade, o problema da completude, segundo Brunetti, não tem sentido, porque o ordenamento jurídico em sua totalidade, em si mesmo considerado, não pertence à categoria das coisas das quais se possa predicar a completude ou incompletude, como não se pode predicar o azul ao triângulo ou à alma.

Resumindo, segundo Brunetti, o problema das lacunas tem três faces:

1) o problema de o ordenamento jurídico, considerado em si próprio, ser completo ou incompleto: o problema assim colocado (colocação mais frequente entre os juristas) não tem sentido;

2) o problema de ser completo ou incompleto o ordenamento jurídico, tal como ele é, comparado a um ordenamento jurídico ideal: esse problema tem sentido, mas as lacunas que aqui vêm à baila são as lacunas ideológicas, que não interessam aos juristas.

3) o problema de ser completo ou incompleto o ordenamento legislativo, considerado como parte de um todo e confrontado com o todo, isto é, com o ordenamento jurídico: esse problema tem sentido e é o

único caso em que se pode falar de lacunas no sentido próprio da palavra. Na realidade também esse terceiro caso pode ser enquadrado na categoria das lacunas ideológicas, isto é, na oposição entre aquilo que a Lei diz e aquilo que deveria dizer para ser perfeitamente adequada ao espírito de todo o sistema. Portanto, para Brunetti, o problema da completude é um problema sem sentido, e, lá onde tem sentido, as únicas lacunas, das quais se pode mostrar a existência, são lacunas ideológicas; e é um sentido, como dizíamos, tão óbvio que, se a isso se reduz o problema, não se justificariam todos os rios de tinta gastos com ele.

7. *Vários tipos de lacunas*

A distinção que ilustramos até agora entre lacunas reais e lacunas ideológicas corresponde mais ou menos à distinção, freqüentemente repetida nos tratados gerais, entre *lacunas próprias* e *impróprias*. A lacuna própria é uma lacuna do sistema ou dentro do sistema; a lacuna imprópria deriva da comparação do sistema real com um sistema ideal. Num sistema em que cada caso não-regulamentado faz parte da norma geral exclusiva (como é geralmente um código penal, que não admite extensão analógica) não pode haver outra coisa além de lacunas impróprias. O caso não-regulamentado não é uma lacuna do sistema porque só pode pertencer à norma geral exclusiva, mas, quando muito, é uma lacuna que diz respeito a como deveria ser o sistema. Temos a lacuna própria somente onde, ao lado da norma geral exclusiva, existe também a norma geral inclusiva, e o caso não-regulamentado pode ser encaixado tanto numa como na outra. O que têm em comum os dois tipos de lacunas é que designam um caso não-regulamentado pelas leis vigentes num dado or-

simples diretrizes; aliás, algumas normas constitucionais de caráter geral não podem ser aplicadas se não forem integradas. O legislador que as colocou não ignorava que elas eram lacunosas, mas a sua função era justamente a de estabelecer uma diretriz geral que deveria ser integrada ou preenchida posteriormente por órgãos mais aptos a esse fim. Segundo o significado de lacuna que ilustramos, as voluntárias não são verdadeiras lacunas. Aqui, de fato, a integração do vazio, deixado de propósito, é confiada ao poder criativo do órgão hierarquicamente inferior. A lacuna em sentido próprio existe quando se presume que o intérprete (nesse caso o órgão inferior) decidiu com uma dada norma do sistema e essa norma não existe ou, para ser mais exato, o sistema não oferece a devida solução. Onde age o poder criativo daquele que deve aplicar as normas do sistema, o sistema está sempre, em sentido próprio, completo, porque em cada circunstância é completável e, portanto, o problema da completez ou incompletez nem se apresenta.

Outra distinção é entre lacunas *præter legem* e lacunas *intra legem*. As primeiras existem quando as regras, expressas para serem muito particulares, não compreendem todos os casos que podem apresentar-se a nível dessa particularidade; as segundas têm lugar, ao contrário, quando as normas são muito gerais e revelam, no interior das ditadas, e melhor confiada, caso por caso, a interpretação do juiz. Em algumas matérias o legislador distribui normas muito gerais que podem ser chamadas *diretrizes*. A característica das diretrizes é que traçam linhas gerais da ação a ser cumprida, mas deixam a determinação dos particulares a quem as deve executar ou aplicar; por exemplo, a diretriz traça o fim que se deve alcançar, mas confia a determinação dos meios aptos a procurar alcançar o fim à livre escolha do executor. Muitas normas constitucionais são, em relação ao legislador ordinário que as deveria aplicar, puras e

denamamento jurídico. O que as distingue é a forma pela qual podem ser eliminadas: a lacuna imprópria somente através da formulação de novas normas, e a própria, mediante as leis vigentes. As lacunas impróprias são completáveis somente pelo legislador; as lacunas próprias são completáveis por obra do intérprete. Mas quando se diz que um sistema está incompleto, diz-se em relação às lacunas próprias, e não às impróprias. O problema da completez do ordenamento jurídico é se há e como podem ser elimina-

das as lacunas próprias. Com respeito aos motivos que as provocaram, as lacunas distinguem-se em *subjetivas* e *objetivas*. Subjetivas são aquelas que dependem de algum motivo imputável ao legislador, objetivas são aquelas que dependem do desenvolvimento das relações sociais, das novas invenções, de todas aquelas causas que provocam um envelhecimento dos textos legislativos e que, portanto, são independentes da vontade do legislador. As subjetivas, por sua vez, podem dividir-se em *voluntárias* e *involuntárias*. Involuntárias são aquelas que dependem de um descuido do legislador, que faz parecer regulamentado um caso que não é, ou faz deixar de lado um caso que talvez se considere pouco frequente, etc. Voluntárias são aquelas que o próprio legislador deixa de propósito, quando a matéria é muito complexa e não pode ser regulada com regras muito multidas, e é melhor confiada, caso por caso, a interpretação do juiz. Em algumas matérias o legislador distribui normas muito gerais que podem ser chamadas *diretrizes*. A característica das diretrizes é que traçam linhas gerais da ação a ser cumprida, mas deixam a determinação dos particulares a quem as deve executar ou aplicar; por exemplo, a diretriz traça o fim que se deve alcançar, mas confia a determinação dos meios aptos a procurar alcançar o fim à livre escolha do executor. Muitas normas constitucionais são, em relação ao legislador ordinário que as deveria aplicar, puras e

8. *Heterointegração e auto-integração*

Vimos no parágrafo 2 que o dogma da completude está historicamente ligado à concepção estatal do Direito. Não se deve porém acreditar que a completabilidade de um ordenamento está confiada unicamente à norma geral exclusiva, quer dizer, à regra pela qual cada caso não-regulamentado é regulado pela norma que o exclui da regulamentação do caso regulado. Entre os casos, inclusos expressamente e os casos exclusivos há, em cada ordenamento, uma zona incerta de casos não-regulamentados mas potencialmente colocáveis na esfera de influência dos casos expressamente regulamentados. Cada ordenamento prevê os meios e os remédios aptos a penetrar nesta zona intermédia, a estender a esfera do regulamentado em confronto com a do não-regulamentado. Vimos, no segundo capítulo, que os ordenamentos de que falamos são ordenamentos complexos em que as normas provêm de fontes diversas, embora recolhidas, através do sistema hierárquico, em uma unidade. Se, estaticamente considerado, um ordenamento jurídico não é completo a não ser pela norma geral exclusiva, dinamicamente considerado, porém, é *completável*.

Para se completar um ordenamento jurídico pode-se recorrer a dois métodos diferentes que podemos chamar, segundo a terminologia de Carnelutti, de *heterointegração* e de *auto-integração*.

O primeiro método consiste na integração operada através do:

- a) recurso a ordenamentos diversos;
- b) recurso a fontes diversas daquela que é dominante (identificada, nos ordenamentos que temos sob os olhos, com a Lei).

O segundo método consiste na integração cumprida através do mesmo ordenamento, no âmbito da mesma fonte dominante, sem recorrência a outros ordenamentos e com o mínimo recurso a fontes diversas da dominante.

Neste parágrafo examinamos rapidamente o método da heterointegração nas suas duas formas principais.

O tradicional método de heterointegração mediante recurso a outros ordenamentos consistia, no que se refere ao juiz, na obrigação de recorrer, em caso de lacuna do Direito positivo, ao Direito natural. Uma das funções constantes do Direito natural, durante o predomínio das correntes jusnaturalísticas, foi a de preencher as lacunas do Direito positivo. O Direito natural era imaginado como um sistema jurídico perfeito, sobre o qual repousava o ordenamento positivo, por natureza imperfeito: a tarefa do Direito natural era dar remédio às imperfeições inevitáveis do Direito positivo. Era doutrina constante do Direito natural que o legislador positivo se inspirasse para a formulação das próprias normas no Direito natural; dela derivava como lógica consequência que, em caso de lacuna, o juiz se dirigisse à mesma fonte. Nos códigos modernos o último resíduo dessa doutrina é o artigo 7º do Código Civil austríaco de 1812, no qual se lê que nos casos dúbios, que não podem ser resolvidos com normas de Direito positivo, o juiz deve recorrer aos *princípios do Direito natural (natürliche Rechtsgrundsätze)*. No artigo 17 se lê que no *silentium legis*, até prova em contrário, tem-se como subsistente sem limitações tudo aquilo que é conforme aos direitos naturais inatos (*angeborene natürliche Rechte*). Essa doutrina nas codificações mais recentes foi, no mais das vezes, abandonada. No artigo 3º das Disposições preliminares do C. C. italiano de 1865, que derivava direta e quase literalmente do artigo 7º do Código austríaco, a expressão princípios gerais do Direito natural foi substituído pela expressão mais simples, e talvez também mais equívoca

ca, *princípios gerais do Direito*. A maior parte dos juristas interpretou essa expressão como se significasse “princípios gerais do Direito positivo”, e com essa interpretação operava-se a passagem do método da heterointegração ao da auto-integração. Mas houve quem, como Giorgio Del Vecchio, sustentasse em um ensaio muito discutido que, seguindo a tradição jusnaturalística da qual o artigo 3º era derivado, se devesse interpretar a expressão “princípios gerais do Direito” como se significasse “princípios gerais do Direito natural”.⁷

Não está excluído que um dado ordenamento recorra, para operar a própria integração, a outros ordenamentos positivos. Podemos distinguir:

a) o reenvio a ordenamentos anteriores no tempo, por exemplo, o recurso de um ordenamento vigente ao Direito romano, sua matriz histórica. Alguém já creu poder interpretar a tão discutida fórmula dos “princípios gerais do Direito” do C. C. de 1865 como significando “princípios gerais do Direito romano”;

b) o reenvio a ordenamentos vigentes contemporâneos, como no caso em que um ordenamento estatal cita normas de um outro ordenamento estatal ou do Direito canônico (voltaremos mais particularmente a esses problemas no último capítulo, dedicado à relação entre ordenamentos).

No que diz respeito ao recurso a outras fontes diversas da que é dominante, consideremos os nossos ordenamentos cuja fonte predominante é a Lei. A heterointegração assume três formas:

(7) G. Del Vecchio. “Sui principi generali del diritto (1920), in *Studi sul diritto*, Milão, 1958, I, pp. 205-71.

a) recurso ao costume considerado como fonte subsidiária da Lei. Trata-se do assim chamado *consuetudo praeter legem*. Pode-se distinguir uma aplicação ampla e uma aplicação restrita do costume *praeter legem*, ou, como também se diz, de modo a indicar exatamente a sua função de fonte subsidiária, *integradora*. A aplicação ampla tem lugar quando o costume é relacionado com uma norma deste gênero: “O costume tem vigência em todas as matérias não-reguladas pela Lei”. A aplicação restrita ocorre quando a relação está contida em uma norma deste gênero: “O costume tem vigência somente nos casos em que é expressamente citado pela Lei”. O artigo 8º das Disposições preliminares que diz: “Nas matérias reguladas pelas leis e pelos regulamentos, os costumes só têm validade quando são por estes citados”, pode ser interpretado, ao mesmo tempo, como citação em sentido amplo e como citação em sentido estrito.

O método mais importante de heterointegração, entendida como recurso a outra fonte diferente da legislativa, é o recurso, em caso de lacuna da Lei, ao poder criativo do juiz, quer dizer, ao assim chamado *Direito judiciário*. Como é sabido, os sistemas jurídicos anglo-saxões recorrem a essa forma de integração mais amplamente que os sistemas jurídicos continentais, onde não se reconhece, pelo menos oficialmente, o poder criativo do juiz, salvo em casos expressamente indicados em que se atribui ao juiz o poder de emitir *juízos de equidade*. Após a batalha desencadeada pela escola do Direito livre em favor do Direito judiciário, o Código Civil suíço, no artigo 1º, enunciava o princípio de que, em caso de lacuna, seja da Lei, seja do costume, o juiz poderia decidir o caso como se ele mesmo fosse o legislador. Foi demonstrado, por outro lado, que o juiz suíço quase nunca recorre ao emprego de poder tão amplo, demonstrando claramente com isto o ape-

go da nossa tradição jurídica à auto-integração ou, então, a desconfiança em relação ao Direito judiciário, considerado como veículo de incerteza e de desordem.

A rigor pode-se considerar como recurso a outra fonte o recurso às opiniões dos juristas, aos quais seria atribuída, em circunstâncias particulares, no caso do silêncio da Lei e do costume, autoridade de fonte de Direito. Para designar essa fonte de Direito podemos usar a expressão *Direito científico*, de Savigny. Nos ordenamentos italianos, assim como não é reconhecido o direito de cidadania ao juiz como fonte normativa, também, e com maior razão, não é atribuído o direito de cidadania ao jurista, o qual exprime opiniões que tanto o legislador quanto o juiz podem levar em consideração, mas não emite nunca juízos obrigatórios nem para o legislador nem para o juiz. Para ilustrar essa forma de integração nos limitamos a formular a hipótese de um ordenamento que contivesse uma norma deste gênero: “Em caso de lacuna da lei (e do costume), o juiz deverá ater-se à opinião predominante na doutrina”, ou, ainda mais particularmente, “...à solução adotada por este ou por aquele jurista”. Essa hipótese, de resto, não é completamente inventada. Recordemos a *Lei das citações* (426 D. C.), de Teodósio II e Valentiniano III, que fixava o valor a se atribuir em julgamento aos escritos dos juristas e reconhecia, em primeiro lugar, plena autoridade a todas as obras de Papiniano, Paulo, Ulpiano, Modestino e Gaio.

9. A analogia

O método de auto-integração apóia-se particularmente em dois procedimentos:

- 1) a analogia;
- 2) os princípios gerais do direito.

É o método que nos interessa mais de perto porque é o particularmente adotado pelo legislador italiano, que dispôs no artigo 12 das Disposições preliminares do C. C.: “Se uma controvérsia não pode ser decidida com uma disposição precisa, devem-se levar em conta disposições que regulem *casos semelhantes ou matérias análogas*; se o caso permanece ainda duvidoso, deve ser decidido segundo os princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado”. Com a indicação dos dois procedimentos, o da analogia e o dos princípios gerais do Direito, o legislador pretende ou presume que em caso de lacuna a regra deve ser encontrada na âmbito mesmo das leis vigentes, quer dizer, sem recorrer a outros ordenamentos nem a fontes diversas da Lei.

Entende-se por “analogia” o procedimento pelo qual se atribui a um caso não-regulamentado a mesma disciplina que a um caso regulamentado *semelhante*. Já encontramos essa analogia quando falamos da norma geral inclusiva: o artigo 12 supracitado pode ser considerado como a norma geral inclusiva do ordenamento italiano. A analogia é certamente o mais típico e o mais importante dos procedimentos interpretativos de um determinado sistema normativo: é o procedimento mediante o qual se explica a assim chamada tendência de cada ordenamento jurídico a *expandir-se* além dos casos expressamente regulamentados. Foi usada largamente em todos os tempos. Recordemos uma passagem do Digesto: “Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatus consultis comprehendi: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui jurisdictioni praeest *ad similia procedere* atque ita ius dicere debet” (10 D. *de leg.* 1, 3). No Direito intermédio, a analogia ou *argumentum a simili* era considerado o procedimento mais eficaz para executar a assim chamada *extensio legis*.

O raciocínio por analogia foi estudado pelos lógicos. Encontramos menção a ele com o nome de *paradigma* (tra-

duzido posteriormente para o latim por *exemplum*) no *Organon* de Aristóteles (*Primeiros analíticos*, II, 24). O exemplo aduzido por Aristóteles é o seguinte: "A guerra dos focenses contra os tebanos é um mal; a guerra dos atenienses contra os tebanos é semelhante à guerra dos focenses contra os tebanos; a guerra dos atenienses contra os tebanos é um mal". A fórmula do raciocínio por analogia pode ser expressa esquematicamente assim:

M é P
S é semelhante a M
S é P

Essa formulação deve ser brevemente comentada. Assim como está, ela se apresenta como um silogismo em que a proposição menor exprime uma relação de semelhança em vez de identidade (a fórmula do silogismo é: M é P; S é M; S é P). Na realidade ela esconde o vício dito do *quaternio terminorum*, segundo o qual os termos são aparentemente três, como no silogismo, mas na realidade são quatro. Tomemos um exemplo:

Os homens são mortais;
Os cavalos são semelhantes aos homens;
Os cavalos são mortais.

A conclusão só é lícita se os cavalos forem semelhantes aos homens em uma qualidade que seja a razão suficiente para que os homens sejam mortais. Diz-se que a semelhança não deve ser uma semelhança qualquer, mas uma *semelhança relevante*.

Admitamos que essa semelhança relevante entre homens e cavalos com o fim de deduzir a mortalidade dos cavalos é a de que ambos pertençam à categoria dos *seres vivos*. Resulta então que os termos do raciocínio já não são

três (homens, cavalo, mortal), mas quatro (homem, cavalo, mortal e ser vivo). Para tirar a conclusão "Os cavalos são mortais" dos três termos, o raciocínio deveria ser formulado assim:

Os seres vivos são mortais;
Os cavalos são seres vivos;
Os cavalos são mortais.

Aqui os termos se tornaram três, porém, como se vê claramente, não se trata mais de um raciocínio por analogia, mas de um silogismo comum.

O mesmo vale no raciocínio por analogia usado pelos juristas. Para que se possa tirar a conclusão, quer dizer, para fazer a atribuição ao caso não-regulamentado das mesmas conseqüências jurídicas atribuídas ao caso regulamentado semelhante, é preciso que entre os dois casos exista não uma semelhança qualquer, mas uma *semelhança relevante*, é preciso ascender dos dois casos a uma qualidade comum a ambos, que seja ao mesmo tempo a razão suficiente pela qual ao caso regulamentado foram atribuídas aquelas e não outras conseqüências. Uma lei de um Estado americano atribui uma pena de detenção a quem exerce o comércio de livros obscenos. Trata-se de saber se igual pena pode estender-se, de um lado, aos livros policiais, de outro, aos discos reproduzindo canções obscenas. É provável que o intérprete aceite a segunda extensão e recuse a primeira. No primeiro caso, de fato, existe uma bem visível semelhança entre livros obscenos e livros policiais, mas trata-se de semelhança não relevante, porque o que têm em comum, quer dizer, o serem compostos de papel impresso, não foi a razão suficiente para a pena de detenção estabelecida pela lei aos distribuidores de livros obscenos. No segundo caso, no entanto, a semelhança entre livros obscenos e discos reproduzindo canções

obscenas é relevante (mesmo se menos visível), porque tal gênero de discos tem em comum com os livros obscenos exatamente aquela qualidade que foi a razão da proibição. Por razão suficiente de uma lei entendemos aquela que tradicionalmente se chama a *ratio legis*. Então diremos que, para que o raciocínio por analogia seja lícito no Direito, é necessário que os dois casos, o regulamentado e o não-regulamentado tenham em comum a *ratio legis*. De resto é o que foi transmitido com esta fórmula: “Onde houver o mesmo motivo, há também a mesma disposição de direito” (*Ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio*).

Admitamos que um intérprete se pergunte se a proibição de pacto comissório (artigo 2.744 C. C.) se estende à venda com escopo de garantia.

Em qual direção ele desenvolverá sua indagação? Ele buscará a razão pela qual o legislador colocou a proibição prevista no artigo 2.744 e estenderá ou não a proibição segundo considere válida ou não a mesma razão para a proibição da venda com escopo de garantia.

Costuma-se distinguir a analogia propriamente dita, conhecida também pelo nome de *analogia legis*, seja da *analogia iuris*, seja da *interpretação extensiva*. É curioso o fato de que a *analogia iuris*, não obstante a identidade do nome, não tem nada a ver com um raciocínio por analogia, enquanto a interpretação extensiva, não obstante a diversidade do nome, é um caso de aplicação do raciocínio por analogia. Por *analogia iuris* entende-se o procedimento através do qual se tira uma nova regra para um caso imprevisto não mais da regra que se refere a um caso singular, como acontece na *analogia legis*, mas de todo o sistema ou de uma parte dele; esse procedimento não é nada diferente daquele que se emprega no recurso aos princípios gerais do Direito. Quanto à interpretação extensiva, é opinião comum, mesmo que às vezes contestada,

que esta seja algo de diferente da analogia propriamente dita. A importância jurídica da distinção está em que: considera-se, comumente, que onde a extensão analógica é proibida, como, por exemplo, segundo o artigo 14 das Disposições preliminares do C. C., nas leis penais e nas leis excepcionais, a interpretação extensiva é lícita. Aqui se pode observar, referindo-nos a quanto dissêmos repetidamente a propósito das lacunas, que, onde não é admitida a extensão analógica, funciona imediatamente, em caso de *silentium legis*, a norma geral exclusiva. Não há uma zona intermédia entre o caso singular expressamente regulamentado e os casos não-regulamentados.

Mas qual é a diferença entre analogia propriamente dita e interpretação extensiva? Foram elaborados vários critérios para justificar a distinção. Creio que o único critério aceitável seja aquele que busca colher a diferença com respeito aos diversos efeitos, respectivamente, da extensão analógica e da interpretação extensiva: o efeito da primeira é a criação de uma nova norma jurídica; o efeito da segunda é a extensão de uma norma para casos não-previstos por esta. Vejamos dois exemplos. Há quem pergunte se o artigo 1.577 do C. C., que diz respeito às obrigações do locatário no tocante a reparos da casa alugada, pode estender-se, com relação a obrigações da mesma natureza, ao comodatário: se for dada resposta afirmativa, fica criada uma nova regra disciplinadora do comodato, que antes não existia. Se se perguntar, ao invés, se o artigo 1.754 do C. C., que define como mediador “aquele que coloca em contato duas ou mais partes para a conclusão de um negócio” se estende também àquele que “induz à conclusão do negócio depois que as partes iniciaram os contatos por si ou por meio de outro mediador”, caso se responda afirmativamente, não se criou uma regra nova, mas simplesmente se alargou o alcance da regra dada. O primeiro exemplo é de analogia, o segundo de interpretação exten-

siva. Com esta, nos limitamos à redefinição de um termo, mas a norma aplicada é sempre a mesma. Com aquela passa-se de uma norma a outra. Enquanto é correto dizer que com a interpretação extensiva se ampliou o conceito de mediador, não seria entretanto correto dizer, no caso do artigo 1.577 do C. C., que com a analogia se ampliou o conceito de locação. Aqui se acrescenta a uma norma específica uma outra norma específica, desembocando num gênero comum. No outro caso, acrescentou-se uma nova espécie ao gênero, previsto pela Lei. Esquemáticamente os dois casos podem ser expressos deste modo:

1) *Analogia*

a' (caso regulamentado)

A (a *ratio* comum de ambos)

a'' (caso não-regulamentado)

a'' é semelhante a a' mediante A

onde (A)a' e (A)a''

2) *Interpretação extensiva*

Aa' (caso regulamentado)

a'' (caso não-regulamentado)

a'' é semelhante a a'

onde Aa' a''

10 *Os princípios gerais do Direito*

O outro procedimento de auto-integração é a recorrência aos princípios gerais do Direito, tradicionalmente conhecidos pelo nome de *analogia iuris*. A expressão "princípios gerais do Direito" foi usada pelo legislador de 1865; mas pelos equívocos que podia suscitar, quanto a se se deveria entender por "Direito" o Direito natural ou

o Direito positivo, o projeto do novo código havia adotado a fórmula "princípios gerais do Direito vigente", modificada na última redação para a atual fórmula: "princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado".

Esta mudança foi explicada no Relatório do Ministro através das seguintes palavras: "Em lugar da fórmula 'princípios gerais do Direito vigente', que poderia parecer extremamente limitativa para o intérprete, julguei preferível a de 'princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado'. Nesta, o termo 'ordenamento' torna-se compreensível em seu amplo significado, para além das normas e dos institutos, e para além, ainda, da orientação político-legislativa estatal e da tradição científica da Nação (Direito romano, Direito comum, etc.). Esse ordenamento, adotado ou sancionado pelo Estado, seja ele privado ou público, dará ao intérprete todos os elementos necessários para a pesquisa da norma reguladora". Citamos integralmente este trecho do Relatório porque as últimas linhas são uma expressão bastante característica do dogma da completude e, de outra parte, a alusão à "tradição científica da Nação" pode levar à idéia de uma evasão, talvez inconsciente, para a heterointegração.

Que a recorrência aos princípios gerais, mesmo na nova formulação, representa um procedimento de heterointegração foi sustentado pelo maior estudioso italiano do problema da interpretação, Betti, com argumentos que, entretanto, não me convenceram. Betti coloca a recorrência aos princípios gerais do Direito entre os métodos de heterointegração, ao lado dos juízos de equidade, com este argumento: "Um dos instrumentos (de heterointegração) é constituído pelos princípios gerais do Direito se e enquanto puder ser a eles reconhecida uma força de expansão, não meramente lógica, mas axiológica, de tal modo que possam ir além das soluções legislativas determinadas por suas valorações e, portanto, transcendam o mero Direito posi-

tivo”.⁸ Em outro lugar: “É que, assim como as normas singulares refletem apenas em parte os princípios gerais (...) assim também os princípios gerais, enquanto critérios de valoração imanentes à ordem jurídica, são caracterizados por um *excesso de conteúdo deontológico* (ou *axiológico*, se se quiser dizer assim) em confronto com as normas singulares, também reconstruídas no seu sistema”.⁹ A dificuldade dessa tese de Betti deriva do fato de que é sustentada com duas afirmações contrastantes: de um lado, os princípios gerais do Direito são considerados *imanentes* à ordem jurídica, e, de outro, *excedentes*. Se fossem realmente “excedentes”, recorrer a eles, em lugar de integrar o sistema, terminaria por virá-lo de cabeça para baixo.

Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli.¹⁰ Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obte-

(8) E. Betti. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milão, 1949, p. 52.

(9) *Op. cit.*, p. 211.

(10) V. Crisafulli. “Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto”, *Riv. Int. Fil. Dir.*, XXI (1941), pp. 41-64, 157-82, 230-65. Do mesmo autor cf. *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milão, 1952, sobretudo pp. 38-42.

nho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?

O que não me levaria a concordar com Crisafulli é a tese, por ele sustentada, de que o artigo 12 se refere tanto aos princípios gerais não-expressos quanto aos expressos. Crisafulli divide os princípios gerais em expressos e não-expressos; os expressos dividem-se, por sua vez, em expressos já aplicados e em expressos ainda não-aplicados. Muitas normas, tanto dos códigos como da Constituição, são normas generalíssimas, e portanto, são verdadeiros e autênticos princípios gerais expressos; colocaria nesta categoria normas como o artigo 2.043 do C. C., que formula um dos princípios fundamentais pelo qual se rege a convivência social, expressa pela conhecida máxima da justiça: *neminem laedere*; o artigo 2.041 do C. C. relativo ao enriquecimento ilícito; o artigo 1.176 do C. C. relativo ao cumprimento das obrigações. Muitas normas da Constituição são princípios gerais do Direito; mas, diferentemente das normas do Código Civil, algumas delas esperam ainda ser aplicadas: são princípios gerais expressos não-aplicados.

Ao lado dos princípios gerais expressos há os não-expressos, ou seja, aqueles que se podem tirar por abstração de normas específicas ou pelo menos não muito gerais: são princípios, ou normas generalíssimas, formuladas pelo intérprete, que busca colher, comparando normas aparentemente diversas entre si, aquilo a que comumente se chama o espírito do sistema.

Entendemos que os princípios gerais de que fala o artigo 12 são somente os não-expressos. O artigo 12 diz respeito às lacunas e aos meios para completá-las: quando os princípios gerais são expressos, exatamente pelo fato de que são normas como as demais, não se pode falar de lacuna. A primeira condição para que se possa falar de lacuna é a de que o caso não esteja regulado: o caso não está regulado quando não existe nenhuma norma expressa, nem específica, nem geral, nem generalíssima, que diga respeito a ele, quer dizer, quando, além da falta de uma norma específica que lhe diga respeito, também o princípio geral, dentro do qual poderia entrar, não é expresso. Se o princípio geral é expresso, não haveria diferença entre julgar o caso com base nele ou com base numa norma específica. É verdade que o legislador não diz "por falta de uma disposição *expressa*", mas sim "por falta de uma disposição *precisa*". Mas um princípio geral expresso é uma disposição precisa. O artigo 12 autoriza o intérprete a buscar os princípios gerais não-expressos; no que diz respeito aos princípios gerais expressos, seria bem curioso que houvesse uma norma que autorizasse sua aplicação.

CAPÍTULO 5

As relações entre os ordenamentos jurídicos

1. *A pluralidade dos ordenamentos*

Consideramos até agora os problemas que nascem *no interior* de um ordenamento. Existe ainda outro a ser tratado para completar aquela teoria do ordenamento jurídico que nos havíamos proposto desde o início: o problema das relações entre os ordenamentos, ou melhor, os problemas, se quisermos nos exprimir com uma fórmula correspondente, que nascem *no exterior* de um ordenamento. É uma questão pouco tratada até agora, do ponto de vista da teoria geral do Direito. Este capítulo não será outra coisa senão o esboço de um assunto que deveria ser tratado muito mais amplamente.

A primeira condição para que se possa falar de relações entre os ordenamentos é que os ordenamentos jurídicos existentes sejam mais do que um. O ideal do ordenamento jurídico único persistiu no pensamento jurídico ocidental. O prestígio do Direito romano, primeiro, e o do Direito natural, depois, determinaram o surgimento e a duração da ideologia de um único Direito universal, do qual os direitos particulares não eram outra coisa senão especificações históricas. Mais do que indagar as relações entre ordenamentos diferentes, tratava-se de colocar em evidência as relações dos vários Direitos particulares com o único Direito universal. Um dos problemas mais discutidos no âmbito da ideologia universalista do Direito foi, justamente, o das relações entre Direito positivo e Direito natural.

Os processos através dos quais a ideologia universalista do Direito decaiu são dois, principalmente, e sucederam-se no tempo. Se chamarmos de “monismo jurídico” a idéia universalista, com base na qual existe um só ordenamento jurídico universal, e de “pluralismo jurídico” a idéia oposta, poderemos dizer que o pluralismo jurídico percorreu duas fases.

A primeira fase é a que corresponde ao nascimento e ao desenvolvimento do *historicismo jurídico*, que, sobretudo através da escola histórica do Direito, afirma a nacionalidade dos direitos que emanam direta ou indiretamente da consciência popular. Desta forma, ao direito natural único, comum a todos os povos, se contrapõem tantos Direitos quantos são os povos ou as nações. Do assim chamado gênio das nações, que constituirá um dos motivos recorrentes das doutrinas nacionais do século passado, é produto típico também o Direito. Essa primeira forma de pluralismo tem caráter estatalista. Há não apenas um, mas muitos ordenamentos jurídicos, porque há muitas nações, que tendem a exprimir cada uma num ordenamento unitário (o ordenamento estatal) a sua personalidade, ou se quisermos, o seu gênio jurídico. Essa fragmentação do Direito universal em tantos Direitos particulares, interdependentes entre si, é confirmada e teorizada pela corrente jurídica que acabou por prevalecer na segunda metade do século passado: falo do *positivismo jurídico*, isto é, da corrente segundo a qual não existe outro Direito além do Direito positivo, e a característica do Direito positivo é ser criado por uma vontade soberana (o positivismo jurídico identifica-se com a concepção voluntarista do Direito). Onde existe um poder soberano existe um Direito e, todo poder soberano sendo por definição independente de qualquer outro poder soberano, cada Direito constitui ordenamento autônomo. Há tantos Direitos diferentes entre si quantos são os poderes soberanos. Que os poderes sobe-

ranos sejam muitos e independentes é um fato. Partindo do dogma voluntarista do Direito, um Direito universal não pode ser concebido senão pela hipótese de um único poder soberano universal; esta hipótese dera origem à idéia de que o Direito emanasse de uma única vontade soberana, a vontade de Deus, e os singulares poderes soberanos históricos fossem emanações diretas ou indiretas da vontade de Deus. Porém, a idéia foi abandonada ao surgir o pensamento político moderno, no qual a idéia universalista do Direito reapareceu sob a forma do Direito natural, cujo órgão criativo não era mais a vontade, mas a razão. Mas, reconhecendo-se novamente como fonte do Direito não a razão, mas a vontade, e tendo caído a concepção teológica do universo na filosofia e nas ciências modernas, derivará, como consequência inevitável, o pluralismo jurídico.

A segunda fase do pluralismo jurídico é aquela que podemos chamar de *institucional* (para distingui-la da primeira, que podemos chamar de estatal ou nacional). Aqui “pluralismo” tem um significado mais pleno (tanto que, se se fala de “pluralismo” sem maiores especificações, nos referimos a esta corrente e não à precedente): significa não somente que há muitos ordenamentos jurídicos (mas todos do mesmo tipo), em contraposição ao Direito universal único, mas que há ordenamentos jurídicos de *muitos e variados tipos*. Chamamo-lo de “institucional” porque a sua tese principal é a de que existe um ordenamento jurídico onde existe uma instituição, ou seja, um grupo social organizado. As correntes de pensamento que lhe deram origem são as mesmas correntes sociológicas, antiestatais, que vimos na origem da escola do livre Direito (no § 3 do capítulo anterior) Também a teoria institucional é um produto da descoberta da sociedade abaixo do Estado. A consequência dessa teoria é uma ulterior fragmentação da idéia universalista do Direito, e, entende-se, um en-

riquecimento do problema, que se torna cada vez mais complexo e cheio de perspectivas, referente ao relacionamento entre ordenamentos. Aceitando a teoria pluralista institucional, o problema do relacionamento entre ordenamentos não compreende mais somente o problema das relações entre ordenamentos estatais, mas também o das relações entre ordenamentos estatais e ordenamentos diferentes dos estatais. Entre os ordenamentos não-estatais, distinguimos quatro tipos:

a) ordenamentos *acima* do Estado, como o ordenamento internacional e, segundo algumas doutrinas, o da Igreja Católica;

b) ordenamentos *abaixo* do Estado, como os ordenamentos propriamente sociais, que o Estado reconhece, limitando-os ou absorvendo-os;

c) ordenamentos *ao lado* do Estado, como o da Igreja Católica, segundo outras concepções, ou, também, o internacional, segundo a concepção chamada “dualística”;

d) ordenamentos *contra* o Estado, como as associações de malandros, as seitas secretas, etc.

Constatada a queda da concepção universalista do direito, não queremos com isso dizer que o universalismo jurídico tenha morrido também como exigência moral ou como tendência prático-política. Ao contrário, o universalismo como tendência nunca morreu, e nestes últimos anos, sobretudo depois da Segunda Guerra Mundial e da criação da Organização das Nações Unidas, está mais vivo do que nunca. O universalismo jurídico ressurgiu hoje não mais como crença num eterno Direito natural, mas como vontade de constituir um *Direito positivo único*, que recolha em unidade todos os Direitos positivos existentes, e que seja produto não da natureza, mas da história, e esteja não no início do desenvolvimento social e histórico

(como o Direito natural e o estado de natureza), mas no fim. A idéia do Estado mundial único é a idéia-limite do universalismo jurídico contemporâneo; é uma unidade procurada não contra o positivismo jurídico, com um retorno à idéia de um Direito natural revelado à razão, mas através do desenvolvimento, até o limite extremo, do positivismo jurídico, isto é, até a constituição de um Direito positivo universal.

2. *Vários tipos de relação entre ordenamentos*

Como as normas de um ordenamento podem ser dispostas em ordem hierárquica, nada exclui que os vários ordenamentos estejam num relacionamento entre si de superior para inferior. A pirâmide que nasce no interior de um ordenamento pode prolongar-se fora do ordenamento, se alguns ordenamentos de um certo tipo são subordinados a um ordenamento superior e este, por sua vez, a outro, e assim por diante. A imagem da pirâmide das normas pode ser completada com a imagem da pirâmide dos ordenamentos. Por isso uma primeira classificação das relações entre ordenamentos pode ser feita com base no diferente grau de validade que eles têm um em relação ao outro. Distingamos assim:

a) relações de coordenação;

b) relações de subordinação (ou reciprocamente de supremacia).

Relacionamentos típicos de *coordenação* são aqueles que têm lugar entre Estados soberanos e dão origem àquele particular regime jurídico, próprio do relacionamento entre entes que estão no mesmo plano, que é o regime pactuário, ou seja, o regime no qual as regras de coexistência são o produto de uma autolimitação recíproca. Relaciona-

mentos típicos de *subordinação* são, por outro lado, os verificados entre o ordenamento estatal e os ordenamentos sociais (associações, sindicatos, partidos, igrejas, etc.), que têm estatutos próprios, cuja validade deriva do reconhecimento do Estado. Na concepção curialista das relações entre Estado e Igreja, relação de subordinação é também aquela intercorrente entre o ordenamento fundado sobre a *potestas temporalis* e o fundado sobre a *potestas spiritualis*. Há uma concepção das relações entre ordenamentos estatais e ordenamento da comunidade internacional (o Direito internacional), dita concepção monística do Direito internacional, segundo a qual a relação entre Direito internacional e Direitos estatais é uma relação entre superior e inferior.

Um segundo critério de classificação do relacionamento entre ordenamentos é aquele que leva em conta a diferente *extensão* recíproca dos respectivos âmbitos de validade. Aqui podemos ter três tipos de relação:

- a) de exclusão total;
- b) de inclusão total;
- c) de exclusão parcial (ou inclusão parcial).

Exclusão total significa que os âmbitos de validade de dois ordenamentos são delimitados de maneira a não se sobreporem um ao outro em nenhuma das suas partes. Podemos tomar como exemplo típico o de dois ordenamentos estatais que excluem-se totalmente (salvo alguma exceção) com respeito à validade espacial das respectivas normas jurídicas: podem ser representados como dois aros que não têm nenhum ponto em comum. Estado e Igreja, ao invés, podem ser concebidos como se excluindo um ao outro, se se partir da teoria dos ordenamentos coordenados: aqui, porém, a exclusão ocorre não a respeito da validade espacial (e de fato as normas

da Igreja e as do Estado são válidas no mesmo território), mas a respeito da respectiva validade material (a matéria regulada por um dos ordenamentos é diferente da regulada pelo outro). Com relação à diferente validade material, o ordenamento jurídico e o ordenamento moral são considerados como “excludentes entre si” por parte daqueles que sustentam a teoria segundo a qual o Direito e a moral distinguem-se pelo objeto diferente dos respectivos ordenamentos normativos: o direito regula as ações externas, a moral, as internas.

Inclusão total significa que um dos dois ordenamentos tem um âmbito de validade compreendido totalmente no do outro. Se consideramos, por exemplo, a validade espacial, o ordenamento de um Estado-membro está compreendido totalmente no ordenamento do Estado federal. Considerando também a validade material, o ordenamento da Igreja está totalmente incluído no ordenamento do Estado, numa concepção de tipo erastiana das relações entre Estado e Igreja, isto é, de uma concepção em que não há matérias especificamente espirituais reservadas à Igreja, mas onde a total jurisdição, seja em matéria espiritual, seja em matéria temporal, está reservada ao Estado. Há uma concepção do relacionamento entre Direito e Moral que pode ser representada como exemplo de inclusão total: aquela segundo a qual a extensão das regras jurídicas é mais restrita que a das regras morais, e não há regra jurídica que não seja também regra moral. Essa concepção diz-se também teoria do Direito como “mínimo ético”, para indicar que o Direito no seu conjunto compreende um mínimo de regras morais, aquele mínimo necessário à coexistência (isto é, para evitar o mal pior, que é o da desordem e da guerra).

Exclusão parcial e inclusão parcial significa que dois ordenamentos têm uma parte em comum e uma parte não-comum. Essa situação se verifica quando o ordenamento

estatal absorve ou assimila um ordenamento diferente, como, por exemplo, o ordenamento da Igreja ou o ordenamento de uma associação particular, mas não o absorve totalmente: uma parte do ordenamento absorvido fica então fora do ordenamento estatal e continua a regular o comportamento dos seus membros numa zona que é, em relação ao Estado, de mera licitude; por outro lado, o Estado se estende sobre muitas zonas do comportamento humano que são estranhas àquelas às quais se dirige o ordenamento parcial absorvido. Não importa, para caracterizar tal situação, que seja grande ou pequena a esfera comum: o que importa é que, além da esfera comum, em que dois ordenamentos vieram a coincidir, existam duas outras esferas, nas quais um dos ordenamentos não coincide com o outro. Na questão das relações entre Direito e Moral, a solução que apresenta esses relacionamentos como relacionamentos de inclusão parcial e exclusão parcial é talvez a mais comum: Direito e Moral, segundo esse modo de ver, em parte coincidem e em parte não, o que significa que há comportamentos obrigatórios tanto para um quanto para o outro, mas, além disso, existem comportamentos moralmente obrigatórios e juridicamente lícitos, e, inversamente, comportamentos juridicamente obrigatórios e moralmente lícitos. Que não se deva roubar vale tanto em Moral como em Direito; que se devam pagar as dívidas de jogo vale somente em Moral; que se deva cumprir um ato com certas formalidades para que seja válido somente vale em Direito.

Enfim, se considerarmos os possíveis relacionamentos entre ordenamentos por um terceiro ponto de vista, isto é, tomando como base a validade que um determinado ordenamento atribui às regras de outros ordenamentos com os quais entra em contacto, encontramos-nos frente a três diferentes situações, que esquematicamente podemos formular assim:

- a) indiferença;
- b) recusa;
- c) absorção.

Por situação de *indiferença* entendemos aquela em que um ordenamento considera lícito aquilo que num outro ordenamento é obrigatório: típico exemplo é, por parte de um ordenamento jurídico como o italiano, no qual as dívidas de jogo são obrigações naturais, as obrigações contraídas reciprocamente pelos jogadores. Por situação de *recusa* entendemos aquela em que um ordenamento considera proibido aquilo que num outro ordenamento é obrigatório (ou, vice-versa, obrigatório aquilo que num outro é proibido): o mais típico exemplo é o das relações entre Estado e associação de malandros. Por situação de *absorção*, enfim, entendemos aquela em que um ordenamento considera obrigatório ou proibido aquilo que noutra ordenamento é também obrigatório ou proibido. Essa última situação pode assumir duas formas que chamamos de *reenvio formal* e *reenvio material*, e, mais simplesmente, *reenvio* e *recepção*. Por “reenvio” entendemos o procedimento pelo qual um ordenamento deixa de regular uma dada matéria e acolhe a regulamentação estabelecida por fontes normativas pertencentes a outro ordenamento; por “recepção” entende-se o procedimento pelo qual um ordenamento incorpora no próprio sistema a disciplina normativa de uma dada matéria assim como foi estabelecida num outro ordenamento.

3. Estado e ordenamentos menores

Na fenomenologia do relacionamento entre os ordenamentos, ocupam lugar à parte as relações entre o ordenamento estatal e certos ordenamentos menores, cuja vida se desenvolve no interior da do Estado e se entrelaça

de várias maneiras com esta. Aqui entendo por “ordenamentos menores” os que mantêm unidos os seus membros para fins parciais e que, portanto, investem somente uma parte da totalidade dos interesses das pessoas que compõem o grupo. Poderíamos chamá-los também de “ordenamentos parciais”, se não fosse o caso de que verdadeiramente “total” não é nem o Estado, nem mesmo o Estado totalitário. Não me deterei a precisar se estes ordenamentos menores são também jurídicos ou não. São considerados jurídicos pela teoria institucional, que se limita a pedir como requisito da juridicidade um mínimo de organização. A questão de serem ou não jurídicos não tem, na presente discussão, relevo particular. Queremos fazer notar que o ordenamento jurídico de um Estado não é um bloco compacto: assim como o geólogo pesquisa os vários estratos da terra, assim também o teórico do Direito deverá colocar-se frente a um ordenamento jurídico na atitude do historiador que nele busca as várias fases de formação. Quando falamos das fontes, no Capítulo 2, distinguimos ordenamentos simples e ordenamentos complexos; já repetimos várias vezes que os ordenamentos estatais são ordenamentos complexos. Podemos dizer agora que não são simples também num outro sentido, isto é, na medida em que são *compostos*: por “compostos” entendemos aqui que são *estratificados*, ou seja, resultantes de uma estratificação secular de ordenamentos diversos, a princípio independentes um do outro e depois, pouco a pouco, absorvidos e amalgamados no ordenamento estatal único ora vigente.

Um dos processos através do qual ocorreu esta estratificação é o procedimento de absorção de um ordenamento jurídico por parte de um outro que, no parágrafo anterior, chamamos de *recepção*. No relacionamento entre Estado e ordenamentos menores, um típico exemplo de recepção são aquelas partes do ordenamento estatal que ori-

ginariamente eram ordenamentos parciais, surgidos em comunidades com interesses e finalidades particulares, como o Direito comercial ou o Direito da navegação, os quais, no início e durante longos séculos, foram o produto da atividade independente dos comerciantes e dos navegadores e, depois, pouco a pouco, introduzidos e integrados no ordenamento estatal único com a progressiva ampliação e reforço do monopólio jurídico do Estado. Entende-se que onde houve a recepção não há mais vestígios do ordenamento originário e somente a busca dos estratos o revelará. E essa busca não tem um relevo jurídico direto, mas um interesse principalmente histórico e para a teoria geral do Direito.

Mas nem sempre ocorre a recepção: por vezes, o processo através do qual o ordenamento estatal utiliza os ordenamentos menores é o do *reenvio*, quer dizer, aquele processo pelo qual um ordenamento não se apropria do conteúdo das normas de outro ordenamento, como ocorre na recepção, mas limita-se a reconhecer a sua plena validade no próprio âmbito. Por exemplo, a vida da família em colônia não está regulada por normas materialmente pertencentes ao ordenamento estatal: está regulada por costumes aos quais o ordenamento estatal atribui validade de normas jurídicas através de um reenvio de caráter geral. Se nos lembrarmos sempre de nossa definição de ordenamento jurídico como conjunto de regras de eficácia reforçada, no caso de ordenamentos menores, ao qual o ordenamento estatal reenvia, poderemos dizer que nos encontramos frente a regras de conduta formadas fora e independentemente do ordenamento estatal, às quais o Estado presta a própria proteção. Veja-se, por exemplo, a referência que a legislação italiana faz, em alguns casos, às regras da *integridade* (artigo 1.175 do C. C.) e às de *integridade profissional* (artigo 2.598, 3, do C. C.): trata-se de regras das relações sociais que são produzidas pelas exi-

gências da convivência e da comunicação em condições particulares de ambiente e de atividade. O legislador italiano não diz quais sejam essas regras; limita-se a reconhecer sua existência e a dar a elas proteção, em determinados casos, como se fossem normas formuladas diretamente pelos próprios órgãos dotados de poderes normativos. Um Estado que venha a incorporar um grupo étnico com costumes, civilização e história muito diferentes das do grupo étnico predominante pode seguir a via da absorção e a da tolerância: a primeira requer, frente ao ordenamento menor, o procedimento que chamamos de recusa, isto é, o do desconhecimento das regras próprias do grupo étnico e da substituição violenta pelas normas já em vigor no ordenamento estatal; a segunda poderá ser realizada através do processo de reenvio, isto é, atribuindo-se às normas, provavelmente a um grupo de normas, formadas integralmente no ordenamento menor, a mesma validade das normas próprias do ordenamento estatal, *como se* aquelas fossem idênticas a estas.

A atitude mais freqüente do Estado em relação às regras de ordenamentos menores e parciais é a da *indiferença*. Isso quer dizer que tais ordenamentos têm suas ordens e suas proibições, mas o Estado não as reconhece. Essas ordens e essas proibições valem para as pessoas que aderem àquele ordenamento, e são condição necessária para a sua participação nele, mas o Estado não dá a elas nenhuma proteção, com a conseqüência de que se torna lícito no ordenamento estatal aquilo que é ilícito no ordenamento não-reconhecido. Típico exemplo dessa atitude é aquela que o Estado geralmente assume frente aos regulamentos dos jogos e dos esportes e às obrigações assumidas pelos jogadores e pelos esportistas entre si. Para o jogo e a aposta, o legislador italiano dispôs, através do artigo 1.933, inciso primeiro, do C. C., que “não cabe ação pelo pagamento de uma dívida de jogo ou de aposta, mesmo se se tratar

de jogo ou de aposta não-proibidos”. Que não caiba ação ao vencedor para obter o prêmio da vitória quer dizer que seu direito não está protegido; e que o seu direito não seja protegido quer dizer que não existe uma obrigação juridicamente relevante do perdedor. Aquilo que é obrigatório entre os jogadores, pagar as dívidas de jogo, não é obrigatório para o ordenamento estatal, isto é, é *lícito* não pagá-las. A dívida de jogo é um caso particular da mais ampla categoria das chamadas obrigações naturais, a que se refere o artigo 2.034 do C. C.; são obrigações para as quais o legislador italiano “não concede ação”, embora excluindo a repetição “sobre algo espontaneamente concedido”. O artigo 2.034 do C. C. fala, em geral, de “deveres morais e sociais” sem outra especificação.

Às vezes a atitude do Estado em relação aos ordenamentos menores é a da recusa. Caso típico, no ordenamento italiano, é o do duelo, que é certamente um comportamento obrigatório no ordenamento legado pelos *gentlemen*, regulado pelo particular código de procedimento conhecido pelo nome de “código cavalheiresco”. Aquilo que é dever para aquele que se considera participante do ordenamento dos *gentlemen* é proibido no ordenamento estatal. O legislador italiano considera o duelo como um delito, sob o título de “tutela arbitrária das próprias razões” (artigos 394-396 do C. P.).

4. *Relações temporais*

As relações mais importantes, e mais merecedoras de estudo, são as que se interpõem entre os ordenamentos estatais, ou entre ordenamentos estatais, de um lado, e ordenamentos originários, aos quais se atribui por comum consentimento caráter de ordenamentos jurídicos, como

o ordenamento internacional e o ordenamento da Igreja Católica.

Tentemos uma classificação dessas relações partindo dos diferentes âmbitos de validade de um ordenamento, em particular dos âmbitos *temporal*, *espacial* e *material*. Se dois ordenamentos se diferenciam com respeito a esses três âmbitos, é provável que não tenham entre si interferência alguma: portanto, um problema de suas relações não é nem colocado em questão. Quando se diz que se encontram entre si em relação de *total exclusão*, diz-se tudo, e não é necessário acrescentar mais nada. O exame do relacionamento entre os ordenamentos torna-se interessante quando estes têm em comum dois desses âmbitos e diferem no terceiro. Basta a diferença de um dos três âmbitos para excluir a sua identificação, isto é, o relacionamento de total superposição que seria tão pouco interessante quanto o da total exclusão. Mas ter em comum dois âmbitos é condição suficiente para o nascimento de interferências recíprocas que merecem alguma atenção.

Podem-se distinguir três tipos de relacionamento entre ordenamentos, conforme o âmbito diferente seja temporal, espacial ou material:

1) dois ordenamentos têm em comum o âmbito espacial e material, mas não o temporal. Trata-se de caso de dois ordenamentos estatais que se sucedem no tempo no mesmo território;

2) dois ordenamentos têm em comum o âmbito temporal e o material, mas não o espacial. Trata-se do relacionamento entre dois Estados contemporâneos, que vigem ao mesmo tempo e, *grosso modo*, regulam as mesmas matérias, mas em dois territórios diferentes;

3) dois ordenamentos têm em comum o âmbito temporal e espacial, mas não o material. Trata-se do relacionamento característico entre um ordenamento estatal e o

ordenamento da Igreja (com particular atenção às igrejas cristãs, sobretudo à Igreja Católica): Estado e Igreja estendem sua jurisdição no mesmo território e ao mesmo tempo, mas as matérias reguladas por um e por outro são diferentes.

Começemos a considerar neste parágrafo o primeiro desses três relacionamentos. Trata-se do relacionamento entre ordenamento velho e ordenamento novo, como se verifica, por exemplo, em seguida a uma revolução, que quebra a continuidade de um ordenamento jurídico (do ponto de vista interno, mas não do ponto de vista do Direito internacional, para o qual vale o princípio *forma regiminis mutata non mutatur ipsa civitas*). O que se entende juridicamente por revolução? Entende-se o abatimento ilegítimo de um ordenamento jurídico preexistente, executado a partir de dentro, e ao mesmo tempo a constituição de um ordenamento jurídico novo. A definição jurídica de revolução causou muitas controvérsias entre os juristas porque apresenta duas faces: com respeito ao ordenamento precedente é um fato ilegítimo (tanto é verdade que, se falir, aqueles que nele se envolveram acabam mal, e não se chama mais nem revolução, mas insurreição e subversão); com respeito ao ordenamento posterior, que dela tira a origem, é o próprio fundamento da legitimidade de todo o ordenamento, isto é, é um fato constitutivo de Direito. A dificuldade está em que, nas duas faces, ela é um fato. Carnelutti viu bem essa dificuldade, e divide os fatos jurídicos em bilaterais e unilaterais, conforme tenham caráter jurídico a situação inicial e a situação final, ou apenas uma das duas, e os unilaterais, por sua vez, em constitutivos (como o costume) e extintivos (como o descostume), e considera a revolução como um dúplice fato unilateral, ao mesmo tempo extintivo (do velho ordenamento) e constitutivo (do novo). E como pode um mero fato produzir direito? A per-

gunta não nos assusta, uma vez que acreditamos que o direito nasce do fato: o fundamento de um ordenamento jurídico é um poder tão grande que possui não só a autoridade de estabelecer normas para os membros de um grupo, mas também a força de fazê-las cumprir por aqueles que não querem saber delas. De qualquer forma, as tentativas para dar uma definição jurídica do “fato” revolução são muitas, mas podem ser reduzidas a uma destas três possibilidades:¹

a) a revolução é por si só um fato jurídico e, portanto, tem uma autonomia jurídica. É a teoria de Romano, segundo a qual a revolução é uma instituição, uma vez que é uma organização estatal em embrião, isto é, um ordenamento jurídico em si mesma, diferente tanto do ordenamento precedente, que se extingue, quanto do que dele vier a surgir;

b) a revolução é um fato juridicamente qualificado do ponto de vista de um ordenamento diferente do estatal. É a tese de Kelsen, segundo a qual a qualificação jurídica de revolução deve ser baseada no Direito internacional: a revolução não é outra coisa senão um dos processos previstos, e portanto legítimos (do ponto de vista do ordenamento internacional), mediante os quais pode ser mudado um ordenamento jurídico estatal;

c) a revolução é um fato jurídico do ponto de vista do próprio Direito interno ao Estado. É a teoria, talvez mais difundida, segundo a qual a *necessidade*, mesmo que não expressa, deve ser considerada entre as fontes do Direito, e a revolução é uma manifestação específica da necessidade, que justifica aquilo que, fora daquele particular estado de necessidade, seria ilegítimo.

É certo, portanto, que com a revolução tem-se uma interrupção na continuidade: ela é como um divisor de águas entre um ordenamento e outro. Mas essa divisão é absoluta? O ordenamento velho e o novo estão em relação de exclusão recíproca entre si? Eis o problema. Mas a resposta só pode ser negativa: a revolução opera uma interrupção, mas não uma completa solução de continuidade; há o novo e o velho; mas há também o velho que se transvasa no novo, e o novo que se mistura com o velho. É um fato que, normalmente, parte do velho ordenamento passa para o novo, e apenas alguns princípios fundamentais referentes à constituição do Estado se modificam. Como se explica essa passagem? A melhor explicação é aquela que recorre à figura da *recepção*. No novo ordenamento tem lugar uma verdadeira e autêntica recepção de boa parte do velho; e entendem-se de fato recebidas todas aquelas normas que não sejam explícita ou implicitamente abrogadas.

O fato de o novo ordenamento ser constituído em parte por normas do velho não ofende em nada o seu caráter de novidade: as normas comuns ao velho e ao novo ordenamento pertencem apenas *materialmente* ao primeiro; *formalmente*, são todas normas do novo, no sentido de que elas são válidas não mais com base na norma fundamental do velho ordenamento, mas com base na norma fundamental do novo. Nesse sentido falamos de recepção, e não pura e simplesmente de permanência do velho no novo. A recepção é um ato jurídico com o qual um ordenamento acolhe e torna suas as normas de outro ordenamento, onde tais normas permanecem materialmente iguais, mas não são mais as mesmas com respeito à forma.

Uma interessante tipologia das atitudes que o novo ordenamento jurídico pode assumir frente ao velho é extraída do Decreto Legislativo de 5 de outubro de 1944, n.º 249, sobre a “Ordem da legislação nos territórios liberta-

(1) Para um exame pormenorizado dos vários problemas ligados à revolução cf. M. A. Cattaneo, *Il concetto di rivoluzione nella scienza del diritto*, Milão, 1960.

dos'', no qual os atos ou providências da República de São Paulo são distribuídos em quatro categorias:

- a) *inválidos* (os atos do governo e em geral as leis);
- b) *inválidos, mas revalidáveis* (os atos administrativos, enumerados no artigo 2º, e as sentenças do artigo 5º, inciso 2);
- c) *válidos, mas invalidáveis* (os atos administrativos diferentes dos relacionados no artigo 2º e as sentenças do artigo 6º, inciso 2);
- d) *válidos* (os atos de estado civil em geral).

5. Relações espaciais

O caso em que pode parecer que o estudo das relações entre ordenamentos não tenha muita matéria de exame é o da relação entre ordenamentos que têm validade espacial diferente, como é o caso de dois Estados cujas normas valem dentro de limites espaciais (o chamado território) bem definidos. Poder-se-ia pensar que aqui deveria ser aplicada a figura da exclusão recíproca: e, na realidade, os Estados consideram-se independentes uns dos outros, dotados de um poder originário e autônomo que lhes assegura a não-ingerência no seu reservado domínio por parte de outros Estados. Mas há uma série de casos em que também o Estado recorre a normas de um outro Estado para resolver algumas controvérsias. Trata-se daqueles casos estudados por uma disciplina jurídica especializada, o Direito internacional privado, que faz parte, didaticamente, do curso de Direito internacional, razão pela qual me limitarei aqui a algumas observações.

O Direito regula geralmente relações intersubjetivas referentes a coisas, bens e serviços atinentes a um determinado território. Tudo corre bem quando os sujeitos da relação são cidadãos do mesmo Estado e a coisa a que se

referem pertence ao território desse Estado. Mas e se um dos dois sujeitos é estrangeiro? Se os dois sujeitos pertencem a um Estado, mas a coisa a que se referem se encontra num outro Estado? Bastam essas duas perguntas para nos fazer entender que são infinitos os casos, sobretudo no mundo contemporâneo em que as relações internacionais se vão intensificando, que podem ser resolvidos, conforme se leve em conta a nacionalidade de um ou do outro sujeito, ou a nacionalidade da coisa em relação à dos sujeitos, com normas pertencentes a dois ordenamentos diferentes. Mas, uma vez que num caso só pode ser aplicada uma norma, é preciso escolher ou uma ou outra. Em alguns casos é escolhida a norma estrangeira. Em geral pode-se dizer que em todo ordenamento moderno há casos que são resolvidos aplicando-se não uma norma do ordenamento, mas uma norma do ordenamento estrangeiro. Em resumo, verificam-se, não tão raramente, situações particulares nas quais têm vigor, num ordenamento estatal, normas de outro ordenamento. Como se vê, esse é um caso, bastante claro e de enorme interesse prático, de reenvio de um ordenamento a outro, mais precisamente de reenvio entre dois ordenamentos que têm âmbito de validade espacial diferente.

O ordenamento italiano aplica muito as normas estrangeiras nos casos sujeitos à disciplina do Direito internacional privado. Como é sabido, as normas que regulam estes casos fazem parte das Disposições preliminares do C. C. (artigos 17-31). Basta dar uma olhada nessas normas para perceber em quantas circunstâncias diferentes o juiz italiano deve aplicar a lei estrangeira.

O problema teórico que essas normas suscitam, e que foi objeto de intermináveis disputas, é o da natureza do reenvio por elas contemplado. Também para essa discussão remetemos ao curso de Direito internacional. Limitamo-nos a considerar as duas figuras de reconhecimento de um

Direito externo que chamamos de recepção e de reenvio. Não há dúvida de que as normas de Direito internacional privado põem em vigor não uma recepção, mas um reenvio. Elas, de fato, não têm intenção de se apropriar do conteúdo de normas de outros ordenamentos em determinadas circunstâncias, mas indicam pura e simplesmente a fonte de onde a norma deverá ser tirada, seja qual for o seu conteúdo. Em outras palavras, em algumas circunstâncias o Direito italiano remete ao Direito estrangeiro, não porque seja objetivamente melhor, isto é, dê uma solução mais justa, mas porque considera conveniente que cada situação tenha a sua regra certa: nesse caso, "a cada um o seu" significa "a cada um a própria regra". É verdade que a legislação estrangeira, à qual remete o ordenamento italiano numa determinada matéria, pode mudar, mas é sempre automaticamente solicitada. Aquilo a que o nosso ordenamento reenvia não é a *maneira* pela qual uma dada matéria está regulada, mas a *fonte* que a regula. Por isso as normas de Direito internacional privado foram chamadas de *normas sobre a produção jurídica*.

6. Relações materiais

De diversos gêneros são as relações entre o ordenamento do Estado e o ordenamento da Igreja Católica, considerado como ordenamento originário. As normas dos dois ordenamentos têm, além da mesma validade temporal, no sentido de que são contemporaneamente vigentes, a mesma validade espacial, no sentido de que são vigentes no mesmo território. Porém não se identificam e apenas raramente se sobrepõem (e quando se sobrepõem nascem os célebres conflitos entre Estado e Igreja). Eles se diferenciam um do outro no que diz respeito ao âmbito de validade material: isso, em outras

palavras, quer dizer que tanto um quanto o outro dirigem-se às mesmas pessoas, no mesmo território, ao mesmo tempo, mas regulam matérias diferentes. A linha de divisão entre os dois ordenamentos não é um limite espacial, como o que divide um Estado de outro, mas um limite ideal, muito mais difícil de determinar, entre a matéria espiritual e a matéria temporal. Como esse limite é mais dificilmente determinável, os casos de ingerência de um ordenamento no outro, e portanto de conflito, são mais freqüentes que nos relacionamentos entre dois Estados e, também, de solução mais difícil. Além disso, enquanto no que toca ao relacionamento entre os Estados existe um ordenamento internacional, que compreende todos os Estados e pode dirimir os conflitos, não existe um ordenamento superior que compreenda de maneira estável os Estados e as Igrejas, porque se trata de ordenamentos heterogêneos que não podem dar lugar a um ordenamento comum.

A história do relacionamento entre Estado e Igreja (do cristianismo em diante) é rica em conflitos. Durante séculos foram propostos vários tipos de soluções, classificadas das maneiras mais variadas. A classificação mais sintética nos parece a seguinte:

1) *reductio ad unum*. Distingue-se conforme se trate da redução do Estado à Igreja (teocracia) ou da Igreja ao Estado (cesaropapismo na época imperial, erastianismo nos modernos Estados nacionais protestantes);

2) *subordinação*. Aqui também é necessário distinguir duas teorias ou sistemas, conforme se pretenda que o Estado seja subordinado à Igreja (teoria, prevalentemente seguida pela Igreja Católica, da *potestas indirecta* ou da *potestas directiva* da Igreja sobre o Estado) ou que a Igreja seja subordinada ao Estado (jurisdicionalismo e territorialismo, durante o período das monarquias absolutas);

3) *coordenação*. É o sistema fundado sobre relacionamentos concordatários, que pressupõem o reconhecimento recíproco dos dois poderes como “cada um, na própria ordem, independentes e soberanos” (artigo 7º da Constituição);

4) *separação*. Segundo o sistema do separatismo, em voga, por exemplo, nos Estados Unidos, as igrejas são consideradas a nível de associações privadas, às quais o Estado reconhece a liberdade de desenvolver a sua missão dentro dos limites das leis.

Interessa-nos aqui o relacionamento entre o Estado italiano e a Igreja Católica, regulado pelo Direito positivo vigente. Não se trata de dois ordenamentos fechados um ao outro: em particular o ordenamento estatal se refere, de várias maneiras, a instituições reguladas pelo Direito canônico. Por outro lado, os problemas que nascem da atitude do Estado italiano em relação à Igreja são objeto de uma disciplina particular, o Direito eclesiástico, à qual reenviamos, como no parágrafo anterior, ao Direito internacional. Aqui nos limitamos a chamar atenção sobre o fato de que a recorrência que o ordenamento do Estado italiano faz a normas do Direito canônico foi assimilada por alguns (Checchini) às normas de Direito internacional privado, das quais falamos no parágrafo anterior. Mas, de modo geral, houve mais críticas que consenso. Em contraste, foi sustentado que o relacionamento entre ordenamento estatal e ordenamento da Igreja deve preferencialmente ser assimilado às relações do Estado com os ordenamentos jurídicos menores (Quadri). Mas a doutrina mais comum é que se trata de relações *sui generis*, nas quais se encontram, ao lado das figuras comuns ao relacionamento entre Estados, figuras características.

A doutrina colocou em relevo sobretudo duas figu-

ras que me parecem se distinguir nitidamente do reenvio às normas de Direito estrangeiro e, também, da figura da recepção, mesmo que a primeira das duas não deva ser considerada como figura característica do relacionamento entre ordenamento estatal e ordenamento da Igreja:

a) o *pressuposto*. Entende-se por “pressuposto” aquela situação em que o ordenamento externo (seja canônico, seja de outro Estado) é utilizado para determinar as características de um certo fato específico, ao qual o ordenamento interno atribui certas conseqüências que não são necessariamente as mesmas atribuídas pelo ordenamento externo.

O Estado italiano certamente não atribui ao batismo as mesmas conseqüências a ele atribuídas pela Igreja. Porém, com as leis raciais de 1938, o batismo foi considerado como o “pressuposto” para a atribuição de conseqüências jurídicas próprias do Estado italiano. Assim, o sacramento da ordem está regulado por normas do Direito canônico, e certamente o Estado italiano não atribui à qualidade de clérigo as mesmas conseqüências atribuídas a ela pela Igreja, mas o ordenamento italiano pode fazer, em certas circunstâncias, da qualidade de clérigo um “pressuposto” para conseqüências jurídicas relevantes no próprio ordenamento (por exemplo, a isenção do serviço militar).²

É claro que essa forma de ligação entre dois ordenamentos não tem nada a ver com o reenvio, do qual já falamos (e muito menos com a recepção): com o reenvio, a norma externa é solicitada em sua função própria de regra de um certo comportamento; no pressuposto é solicitado o comportamento regulado pela norma externa para atribuir-lhe novas conseqüências jurídicas. E é também indiscutível que essa figura do “pres-

(2) Cf. A. Checchini. “L’ordinamento canonico nel diritto italiano” (1939), in *Scritti giuridici e storico-giuridici*, Pádua, 1958, III, p. 94 e segs.

suposto" não é própria das relações entre Estado e Igreja. O ordenamento italiano vale-se freqüentemente de "pressupostos" cuja determinação deriva de normas de Direito estrangeiro, como quando, por exemplo, refere-se a noções jurídicas como "cidadão estrangeiro", "chefe de Estado de uma nação estrangeira", etc.;

b) o *reconhecimento dos efeitos civis*. Trata-se do caso em que o Estado não assume um comportamento regulado pelo Direito da Igreja como pressuposto da própria regulamentação, mas renuncia à própria regulamentação, limitando-se a atribuir à regulamentação dada pelo ordenamento da Igreja efeitos civis. Um caso, ainda que discutível, é o previsto no artigo 31 da Concordata, no qual se diz que "a criação de novos entes eclesiásticos ou associações religiosas será feita pela autoridade eclesiástica segundo as normas do Direito canônico: o seu reconhecimento para efeitos civis será feito pelas autoridades civis". Também essa figura deve ser distinguida do reenvio próprio do Direito internacional privado, que não seria exato definir como atribuição de efeitos civis a institutos regulados por normas estrangeiras. Diferentemente do pressuposto, essa é uma figura característica do relacionamento entre o Estado italiano e a Igreja Católica. O exemplo mais importante e caracterizante é o reconhecimento do matrimônio canônico, ao qual são atribuídos, com base no artigo 54 da Concordata, os mesmos efeitos do matrimônio civil: através dessa instituição, um setor de um Direito externo é acolhido no Direito italiano como parte integrante dele, mediante um procedimento que se distingue tanto do reenvio quanto da recepção.