

Francisco de C. Maximino

# TEORIA GERAL DO DIREITO

Norberto Bobbio

Tradução  
DENISE AGOSTINETTI

Revisão da tradução  
SILVANA COBUCCI LEITE

*Obra publicada com a contribuição do  
Ministério das Relações Exteriores da Itália.*

martins fontes  
seio martins

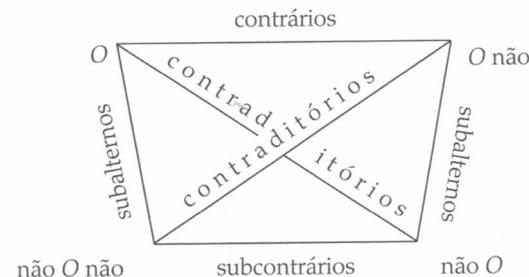
nâmico, de que falamos na seção anterior, é algo maior: de fato, se admitirmos o princípio de compatibilidade, para considerar a pertinência de uma norma ao sistema, não bastará mais mostrar sua derivação de uma das fontes autorizadas, mas será necessário também mostrar que ela não é incompatível com outras normas. Nesse sentido, nem todas as normas produzidas pelas fontes autorizadas seriam normas válidas, mas apenas aquelas que fossem compatíveis com as outras. Trata-se de ver, de resto, se esse princípio que exclui a incompatibilidade existe e qual é a sua função.

### 15. As antinomias

A situação de normas incompatíveis entre si é uma tradicional dificuldade com que se depararam os juristas de todas as épocas, e que teve uma denominação característica própria: *antinomia*. A tese de que o ordenamento jurídico constitui um sistema no terceiro sentido ilustrado também pode ser expressa dizendo que o *direito não tolera antinomias*. Na nossa tradição romanística, o problema das antinomias já foi colocado com a máxima clareza nas duas célebres Constituições de Justiniano que abrem o *Digesto*: nelas Justiniano afirma imperiosamente que no *Digesto* não existem 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 lucum, 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 que no direito romano, considerado por longos séculos o direito por excelência, não existissem antinomias foi cânone constante para os intérpretes, ao menos enquanto o direito romano foi direito vigente. Um dos objetivos da interpretação jurídica era também o de eliminar as antinomias, caso surgisse alguma,

recorrendo aos mais diversos meios hermenêuticos. Nessa obra de resolução das antinomias foram elaboradas algumas regras técnicas que veremos a seguir.

Mas antes cabe responder à pergunta: quando duas normas se dizem incompatíveis? Em que consiste uma antinomia jurídica? Para esclarecer esse ponto nos reportamos ao que foi dito no curso anterior sobre as relações intercorrentes entre as quatro figuras de qualificação normativa: o *comandado*, o *proibido*, a *permissão positiva* e a *permissão negativa*. Reproduzimos, por comodidade, o quadrilátero ilustrativo dessas relações, já representado à p. 180 da Primeira Parte, "Teoria da norma jurídica":



Esse quadrilátero representa seis relações, vale dizer:

1. O – O não: relação entre obrigatório e proibido;
2. O – não O: relação entre obrigatório e permissão negativa;
3. O não – não O não: relação entre proibição e permissão positiva;
4. O – não O não: relação entre obrigatório e permissão positiva;
5. O não – não O: relação entre proibido e permissão negativa;
6. não O não – não O não: relação entre permissão positiva e permissão negativa.

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

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

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

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 também dois contraditórios, e vale para eles a regra anterior:

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

4. *O* e *não O não* são dois subalternos, entre os quais existe uma relação de implicação, no sentido de que da verdade do primeiro (ou subalternante) se deduz a verdade do segundo, e não vice-versa, e da falsidade do segundo (ou subalter-nado) se deduz a falsidade do primeiro, e não vice-versa. (Se

uma ação é obrigatória, necessariamente é também permitida, mas isso não significa que uma ação permitida seja também obrigatória.) Graficamente, distinguindo a relação que vai de *O* a *não O não* (ou relação de superimplicação) daquela que vai de *não O não* a *O* (ou relação de subimplicação):

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

5. *O não* e *não O* também são subalternos, e valem as considerações do item 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 observamos atentamente as representações gráficas, percebemos que nos primeiros três casos nunca se tem a situação em que se encontrem lado a lado dois V (o que significa que em nenhum dos três primeiros casos as duas proposições podem ser ambas verdadeiras); ao contrário, nos três últimos casos os dois V podem ser encontrados um ao lado do outro (o que significa que nesses três casos as duas proposições podem ser ambas verdadeiras). Reiteramos, portanto, que, se definimos como normas incompatíveis aquelas que não podem ser ambas verdadeiras, verificam-se relações de incompatibilidade normativa nestes três casos:

1. entre uma norma que *comanda* fazer alguma coisa e uma norma que *proíbe* fazê-lo (*contrariedade*);

2. entre uma norma que *comanda* fazer e uma que *permite* não fazer (*contraditoriedade*);

3. entre uma norma que *proíbe* fazer e uma que *permite* fazer (*contraditoriedade*).

Vamos ilustrar esses três casos com três exemplos<sup>6</sup>:

*Primeiro caso*: o art. 27 da Constituição italiana, no qual se lê: "A responsabilidade penal é pessoal", está em contraste com o art. 57, alínea 2, do Código Penal italiano, que atribui ao diretor do jornal uma responsabilidade pelos crimes cometidos por meio da imprensa por seus colaboradores, caso se interprete esse artigo como caracterizador de uma responsabilidade objetiva (mas pode-se interpretar também de outros modos em que deixe de haver a antinomia). Trata-se de dois artigos destinados aos órgãos judiciários, sendo que o primeiro pode ser formulado do seguinte modo: "Os juízes *não devem* condenar quem não seja pessoalmente responsável"; o segundo de modo oposto: "Os juízes *devem* condenar qualquer pessoa (no caso específico, o diretor do jornal), ainda que não seja pessoalmente responsável." Tendo em vista que uma norma obriga e a outra proíbe o mesmo comportamento, trata-se de duas normas incompatíveis por contrariedade.

*Segundo caso*: o art. 18, Texto Único, das Leis sobre a Segurança Pública, diz: "Aqueles que promoverem uma reunião em local público ou aberto ao público devem comunicar a respeito, com no mínimo três dias de antecedência, ao comandante de polícia"; o art. 17, alínea 2, da Constituição, diz: "Para as reuniões, mesmo que em lugar aberto ao público, não se requer aviso antecipado." Nesse caso, o contraste é claro: o art. 18, Texto Único, obriga a fazer o que o art. 17 da Constituição permite não fazer. Trata-se de duas normas incompatíveis, pois são contraditórias.

6. Extraí esses exemplos e outras ideias apresentadas neste capítulo do livro de G. CAVAZZI, *Delle antinomie*, Turim, 1959.

*Terceiro caso*: o art. 502 do Código Penal italiano considera a greve um crime; o art. 40 da Constituição diz que: "O direito de greve é exercido no âmbito das leis que o regulam". O que a primeira norma proíbe, a segunda norma considera lícito, ou seja, permite fazer (embora dentro de certos limites). Essas duas normas também são incompatíveis por *contraditoriedade*.

## 16. Vários tipos de antinomias

Definimos a antinomia como aquela situação em que são criadas duas normas, sendo que 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 haver 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 ordenamentos diferentes surge quando esses ordenamentos não são independentes entre si, mas há entre eles alguma relação que pode ser de coordenação ou de subordinação. Veremos melhor a natureza desse problema no último capítulo, dedicado precisamente às relações entre ordenamentos. Por ora basta mencionar a tradicional discussão em torno da compatibilidade das normas de um ordenamento positivo com aquelas do direito natural. Um verdadeiro problema de antinomias entre direito positivo e direito natural (ou seja, 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 só as antinomias no interior do ordenamento positivo, mas também aquelas subsistentes entre ordenamento positivo e ordenamento natural. Até agora falamos do ordenamento jurídico como sistema. Mas nada impede que o sistema resulte da

ligação de vários ordenamentos num ordenamento mais geral. A própria passagem da norma inferior para a norma superior, que constatamos no interior de um ordenamento específico, pode ocorrer de ordenamento inferior a ordenamento superior até um ordenamento supremo que abranja todos (ao direito natural costuma ser atribuída 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, material*. Não constituem antinomia duas normas que não coincidam em relação à:

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 cinematográfica" 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 esses esclarecimentos, podemos redefinir a antinomia jurídica como aquela situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e com o mesmo âmbito de validade. As antinomias, assim definidas, podem ser divididas por sua vez em três diferentes tipos, segundo a maior ou menor extensão do contraste entre as duas normas.

1. Se duas normas incompatíveis têm *igual* âmbito de validade, a antinomia pode ser denominada *total-total*, seguindo a terminologia de Ross, que chamou a atenção para

essa distinção<sup>7</sup>: 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 cinematográfica" e "É permitido aos adultos fumar, das cinco às sete, na sala cinematográfica". Dos exemplos mencionados anteriormente, é um caso de antinomia total-total o contraste entre a proibição de fumar e a permissão de fumar.

2. Se duas normas incompatíveis têm âmbito de validade *em parte igual e em parte diferente*, a antinomia subsiste somente para aquela parte que elas têm em comum, e pode denominar-se *parcial-parcial*: cada uma das normas tem um campo de aplicação que está em conflito com a outra e um campo de aplicação em que o conflito não existe.

Exemplo: "É proibido aos adultos fumar cachimbo e charuto, das cinco às sete, na sala cinematográfica" e "É permitido aos adultos fumar charuto e cigarros, das cinco às sete, na sala cinematográfica".

3. Se de duas normas incompatíveis, uma tem um âmbito de validade igual ao da outra, porém mais restrito, ou, em outras palavras, o seu âmbito de validade é em parte igual, mas também em parte diferente em relação ao da outra, a antinomia é total por parte da primeira norma em relação à segunda, e somente parcial por parte da segunda em relação à primeira, e pode denominar-se *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 que não entra em conflito com a primeira.

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

7. ROSS, *op. cit.*, pp. 128-9.

Ao lado do significado aqui ilustrado de antinomia como situação produzida a partir do encontro de duas normas incompatíveis, fala-se, na linguagem jurídica, de antinomias também com referência a outras situações. Vamos nos limitar aqui a arrolar outros significados de antinomia, mas tendo em mente que o problema clássico das antinomias jurídicas é aquele ilustrado até aqui. Sendo assim, para distingui-las vamos chamá-las de *antinomias impróprias*<sup>8</sup>. Fala-se de antinomia no direito com referência ao fato de que um ordenamento jurídico pode ser inspirado em valores contrapostos (com ideologias opostas): consideram-se, por exemplo, o valor da liberdade e aquele da segurança como valores antinômicos, no sentido de que a garantia da liberdade geralmente se dá em prejuízo da segurança, e a garantia da segurança tende a restringir a liberdade; por conseguinte, diz-se que um ordenamento que se inspire em ambos os valores repousa em 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 que o ordenamento esteja repleto de antinomias de princípio. Uma outra acepção de antinomia é a chamada *antinomia de valoração*, que se verifica caso uma norma puna 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, pois as duas normas, aquela que pune o delito mais grave com pena menor e aquela que pune o delito menos grave com pena maior, são perfeitamente compatíveis. Nesse caso não se deve falar de antinomia, mas de injustiça. O que antinomia e injustiça têm em comum é que ambas dão lugar a uma situação que requer uma correção: mas a razão pela qual se corrige a antinomia é diferente daquela pela qual se corrige a injustiça. A antinomia produz *incerteza*;

8. Extraí esse rol do extenso tratado de K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 1956, pp. 158 ss.

a injustiça produz *desigualdade* e, portanto, a correção obedece, nos dois casos, a dois valores diversos: no primeiro, ao valor da ordem; no segundo, ao valor da igualdade. Uma terceira acepção de antinomia refere-se às chamadas *antinomias teleológicas*, que têm lugar quando existe um contraste entre a norma que prescreve o meio para alcançar o fim e aquela que prescreve o fim, de maneira que se aplique a norma que prevê o meio não sou capaz de alcançar o fim, e vice-versa. Nesse caso o contraste nasce na maioria das vezes da insuficiência do meio: mas, então, mais que de antinomia, trata-se de *lacuna* (e falaremos amplamente das lacunas no capítulo IV).

### 17. Critérios para a solução das antinomias

Dada a tendência de todo ordenamento jurídico a se constituir em sistema, a presença de antinomias em sentido próprio é um defeito que o intérprete tende a eliminar. Tendo em vista que "antinomia" significa encontro de duas proposições incompatíveis, que não podem ser ambas verdadeiras, e, com referência a um sistema normativo, encontro de duas normas que não podem ser ambas aplicadas, a eliminação do inconveniente só poderá consistir na eliminação de uma das duas normas (em caso de normas contrárias, também na eliminação de ambas). Mas qual das duas normas deve ser eliminada? Aqui está o problema mais grave das antinomias. O que dissemos na seção 3 referia-se às regras para estabelecer quando estamos diante de uma antinomia. Mas uma coisa é descobrir a antinomia; outra é resolvê-la. As regras até agora consideradas nos servem para saber que duas normas são incompatíveis, mas não nos dizem nada sobre qual das duas deve ser conservada e qual deve ser eliminada. É preciso passar da *determinação* das antinomias à *solução* das antinomias.

No curso da sua secular obra de interpretação das leis, a jurisprudência elaborou algumas regras para a solução das

antinomias, que são comumente aceitas. De resto, é preciso acrescentar de imediato que essas regras não servem para resolver todos os casos possíveis de antinomia. Disso resulta a necessidade de introduzir uma nova distinção no mesmo âmbito das antinomias próprias, ou seja, 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 em que não se pode aplicar nenhuma das regras excogitadas 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*; as insolúveis, de *reais*. Diremos, portanto, que as antinomias reais são aquelas em que o intérprete é abandonado a si mesmo ou pela ausência de um critério ou por conflito entre os critérios dados: a elas dedicaremos as duas próximas seções.

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, também chamado de *lex posterior*, é aquele com base no qual, de duas normas incompatíveis, prevalece aquela sucessiva: *lex posterior derogat priori*. Esse critério dispensa maiores comentários. É regra geral no direito que a vontade sucessiva ab-rogue a anterior, que de dois atos de vontade da mesma pessoa, seja válido o que se realizou por último no tempo. Imagine-se a lei como expressão da vontade do legislador. Não haveria dificuldade em justificar a regra. A regra contrária criaria obstáculo ao progresso jurídico, à adaptação gradual do direito às exigências sociais. Vamos imaginar, por absurdo que seja, as consequências que derivariam da regra que prescrevesse a limitação à

norma anterior. Além disso, presume-se que o legislador não queira fazer algo inútil e sem objetivo: se devesse prevalecer a norma anterior, a lei sucessiva seria um ato inútil e sem objetivo. No ordenamento positivo italiano o princípio da *lex posterior* é claramente enunciado pelo art. 15 das Disposições preliminares, em que, entre as causas de ab-rogação, enumera-se também aquela derivada da emanação de uma lei *incompatível* com uma lei anterior. Textualmente: "As leis só podem ser ab-rogadas [...] *por incompatibilidade entre as novas disposições e as anteriores*"\*.

O critério hierárquico, também chamado de *lex superior*, é aquele com base no qual, de duas normas incompatíveis, prevalece aquela hierarquicamente superior: *lex superior derogat inferiori*. Não é difícil compreender a razão desse critério após termos visto, no capítulo anterior, que as normas de um ordenamento são postas em planos diferentes, ou seja, são dispostas em ordem hierárquica. Uma das consequências da hierarquia normativa é justamente esta: as normas superiores podem ab-rogar as inferiores; as normas inferiores não podem ab-rogar as superiores. A inferioridade de uma norma em relação a uma outra consiste na menor força do seu poder normativo; essa menor força manifesta-se justamente na incapacidade de estabelecer uma regulamentação que esteja em contraste com a regulamentação de uma norma hierarquicamente superior. No ordenamento italiano o princípio da hierarquia entre normas é expresso em várias formas. A superioridade das normas constitucionais sobre as normas ordinárias é sancionada pelo art. 134 da Constituição; a superioridade das leis ordinárias sobre os regulamentos, pelo art. 4º das Disposições preliminares ("Os regulamentos não podem conter normas contrárias às disposições das leis"); a superioridade das leis ordinárias sobre

\* O princípio da *lex posterior* está presente na Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, no art. 2º, § 1º, segundo o qual: "A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior". Cabe ressaltar que o critério cronológico é o único contemplado na LICC. [N. da T.]

as sentenças do juiz, pelo art. 360 do Código de Processo Civil, que estabelece os motivos de impugnação de uma sentença, dentre eles a “violação ou falsa aplicação de normas de direito”; por fim, a superioridade das leis ordinárias sobre os atos da autonomia privada, pelo art. 1.343 do Código Civil, que considera como causa ilícita de um contrato o fato de ser contrário “a normas imperativas”.

Um problema mais complexo surge para as relações 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 o terceiro lugar na enumeração das fontes (ou seja, vem depois das leis e dos regulamentos). Do art. 8º resulta que os usos “nas matérias reguladas pelas leis e pelos regulamentos [...] têm eficácia só enquanto são por eles referidos”. Do fato de que o costume seja hierarquicamente inferior à lei deriva que entre duas normas incompatíveis, sendo uma delas consuetudinária, prevalece aquela legislativa. Com expressão mais corrente diz-se que o costume vale *secundum* e *praeter legem*, mas não vale *contra legem*. Em outras palavras, nos ordenamentos em que o costume é inferior à lei, não vale o costume ab-rogatório; a lei não pode ser ab-rogada por um costume contrário. Mas esse princípio não vale em todos os ordenamentos. Existem ordenamentos mais primitivos, menos concentrados, em que leis e costumes são fontes de grau semelhante. O que acontece em caso de conflito entre lei e costume? Evidentemente, não se pode aplicar o critério hierárquico. Aplicar-se-á, então, o critério cronológico, com a consequência de que a lei posterior ab-roga o costume anterior e vice-versa. Um ordenamento em que o costume tem maior força do que nos ordenamentos estatais modernos é, por exemplo, o direito canônico. O cânone 27 apresenta três casos: 1) um costume contrário ao direito divino e natural: *não prevalece*; 2) um costume contrário ao direito humano eclesiástico: *prevalece*, contanto que seja *rationabilis* e tenha tido uma duração de quarenta anos; 3) um costume contrário a uma lei humana eclesiástica que exclua a validade de qualquer cos-

tume futuro: *prevalece*, contanto que tenha tido uma duração de pelo menos cem anos ou seja imemorável. Como se vê, no direito canônico, o costume ab-rogatório, embora dentro de certos limites, é admitido. Como dizíamos, o caso da relação entre lei e costume é mais complexo porque não pode receber uma resposta geral: alguns ordenamentos consideram o costume inferior à lei, e então, em caso de antinomia, aplica-se o critério da *lex superior*; outros ordenamentos consideram lei e costume no mesmo plano, e então é preciso aplicar outros critérios. Em geral, a prevalência da lei é 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, já que era considerada como *lex specialis*.

O terceiro critério, chamado precisamente de *lex specialis*, é aquele com base em que, de duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial (ou excepcional), prevalece a segunda: *lex specialis derogat generali*. Também nesse caso a razão do critério não é obscura: lei especial é aquela que derroga uma lei mais geral, ou seja, que subtrai a uma norma uma parte da sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diversa (contrária ou contraditória). A passagem de uma regra mais extensa (que contenha um certo *genus*) para uma regra derogatória menos extensa (que contenha uma *species* do *genus*) corresponde a uma exigência fundamental de justiça, entendida como igual tratamento das pessoas que pertencem à mesma categoria. A passagem da regra geral para a regra específica corresponde a um processo natural de diferenciação das categorias e a uma descoberta gradual, por parte do legislador, dessa diferenciação. Ocorrida ou descoberta a diferenciação, a persistência na regra geral implicaria o tratamento igual de pessoas que pertencem a categorias diversas e, portanto, uma injustiça. Nesse processo de especialização gradual, operado através das leis especiais, coloca-se em prática uma das regras fundamentais

de justiça, a do *suum cuique tribuere*. Compreende-se, então, por que a lei especial deve prevalecer sobre a lei geral: ela representa um momento ineliminável do desenvolvimento de um ordenamento. Criar obstáculo à lei especial ante a lei geral significaria refrear esse desenvolvimento. No direito italiano, esse critério de especialidade está enunciado, por exemplo, no art. 15 do Código Penal: "Quando mais leis penais ou mais disposições da mesma lei penal regulam a mesma matéria, a lei ou disposição de lei especial derroga a lei ou a disposição de lei geral, salvo disposições em contrário".

A situação antinômica, criada a partir da relação 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 ocorre a eliminação total de uma das duas normas incompatíveis, mas apenas daquela parte da lei geral que é incompatível com aquela especial. Por efeito da lei especial, a lei geral decai *parcialmente*. Quando se aplica o critério cronológico ou aquele hierárquico em geral se tem a eliminação total de uma das duas normas. Portanto, diferentemente da relação cronológica e daquela hierárquica, que não suscitam necessariamente situações antinômicas, a relação de especialidade é necessariamente antinômica. O que significa que os dois primeiros critérios se aplicam *quando* surge uma antinomia; o terceiro se aplica *porque* passa a existir uma antinomia.

### 18. Insuficiência dos critérios

O critério cronológico serve quando duas normas incompatíveis são sucessivas; o critério hierárquico serve quando duas normas incompatíveis estão em nível diferente; o critério de especialidade serve no conflito entre uma norma geral e uma norma especial. Mas há casos em que se verifica uma antinomia entre duas normas: 1) *contemporâneas*; 2) *no mesmo nível*; 3) *ambas gerais*. É claro que nesse caso os três critérios não resolvem mais. E o caso é menos infrequente do

que se possa imaginar. Corresponde à situação de duas normas gerais incompatíveis, que se acham no mesmo código. Se num código existem antinomias do tipo *total-total* e *parcial-parcial* (com exclusão do tipo total-parcial que incide no critério da especialidade), essas antinomias não são resolúveis com nenhum dos três critérios: nem com o cronológico, pois as normas de um código são emanadas ao mesmo tempo; nem com o hierárquico, pois são todas leis ordinárias; nem com o critério da especialidade, pois ele resolve somente o caso de antinomia total-parcial.

*Quid faciendum?* Existe um quarto critério que permite resolver as antinomias desse tipo? Nesse caso, por "existe" entendemos um critério "válido", ou seja, um critério que seja reconhecido como vinculante pelo intérprete ou pelo seu bom-senso ou pelo longo tempo de uso sem ser contestado. Temos de responder negativamente. O único critério, cuja menção se encontra nos antigos tratadistas (não encontrei nenhuma menção a ele nos tratados modernos, mas, de todo modo, seria preciso buscar uma confirmação numa paciente análise das decisões dos magistrados), é aquele que era extraído da forma da norma. Segundo a forma, as normas podem ser, como já vimos várias vezes, *imperativas*<sup>9</sup>, *proibitivas*, *permissivas*. O critério é sem dúvida aplicável, pois 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. Mas isso não quer dizer que seja justo e que seja constantemente seguido pelos juristas.

O critério que diz respeito à forma consistiria em estabelecer uma classificação de prevalência entre as três formas da norma jurídica, por exemplo, do seguinte modo: se de duas normas incompatíveis uma é imperativa ou proibitiva e a outra é permissiva, prevalece a permissiva. Esse critério parece razoável e corresponde a um dos cânones in-

9. Nesse caso entendo "imperativo" em sentido estrito, com exclusiva referência aos imperativos positivos.

terpretativos mais constantemente seguidos pelos juristas, aquele de dar prevalência, em caso de ambiguidade ou de incerteza na interpretação de um texto, à interpretação *favorabilis* sobre aquela *odiosa*. Em linha geral, se se entende por *lex favorabilis* aquela que concede alguma liberdade (ou faculdade, ou direito subjetivo), e por *lex odiosa* aquela que impõe uma obrigação (seguida de sanção), não resta dúvida de que uma *lex permissiva* é *favorabilis*, e uma *lex imperativa* é *odiosa*. O cânone, de resto, é muito menos evidente do que possa parecer a partir do que foi dito, pela simples razão de que a norma jurídica é bilateral, ou seja, ao mesmo tempo atribui um direito a uma pessoa e impõe uma obrigação (positiva ou negativa) a uma outra pessoa; por esse motivo a interpretação em favor de um sujeito é, ao mesmo tempo, odiosa para o sujeito em relação jurídica com o primeiro, e vice-versa. Em outras palavras, é claro que se interpreto uma norma da maneira mais favorável para o devedor, fazendo prevalecer, em caso de ambiguidade ou de conflito, a interpretação que lhe reconheça um determinado direito em vez daquela que lhe imponha uma determinada obrigação, essa minha interpretação é odiosa em relação ao credor. Disso resulta a ambiguidade do cânone apresentado. O problema real, que está diante do intérprete, não é o de fazer prevalecer a norma permissiva sobre a imperativa ou vice-versa, mas sim o de saber qual dos dois sujeitos da relação jurídica é mais justo proteger, ou seja, 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, existe, no que diz respeito à forma das normas, um outro caso: aquele em que uma das duas normas é imperativa e a outra proibitiva. Nessa hipótese, uma solução poderia ser deduzida da consideração de que, enquanto no primeiro caso, já ilustrado, se trata de um conflito entre duas *normas contraditórias*, em relação às quais *tertium non datur* (ou se aplica uma ou se aplica a outra), nesse segundo caso trata-se de um conflito entre duas *normas contrárias*, que se excluem, sim, recipro-

camente, mas não excluem uma terceira solução, no sentido, já ilustrado, 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. Sendo assim, podemos considerar suficientemente fundada a regra segundo a qual, no caso de duas normas contrárias, ou seja, entre uma norma que obriga a fazer algo e uma norma que proíbe fazê-lo, essas duas normas se elidem reciprocamente e, portanto, o comportamento, em vez de ser ou comandado ou proibido, considera-se permitido ou lícito.

Mas temos de reconhecer que essas regras deduzidas da forma da norma não têm o caráter vinculante daquelas deduzidas dos três critérios examinados na seção anterior. Isso significa, em outras palavras, que no caso de um conflito em que não se possa aplicar nenhum dos três critérios, a solução é confiada à liberdade do intérprete: poderemos quase falar de um verdadeiro poder discricionário do intérprete, ao qual é confiada a resolução do conflito segundo a oportunidade, valendo-se de todas as técnicas hermenêuticas que são usadas há tempos e consolidadas tradicionalmente pelos juristas, e não se limitando a aplicar uma regra única. Portanto, afirmamos mais genericamente que, no caso de conflito entre duas normas, para o qual não sirva nem o critério cronológico, nem aquele hierárquico, e nem aquele da especialidade, o intérprete, seja ele o juiz ou o jurista, tem diante de si três possibilidades:

1. eliminar uma delas;
2. eliminar as duas;
3. conservar as duas.

No primeiro caso, a operação realizada pelo juiz ou pelo jurista chama-se *interpretação ab-rogante*. Mas, na verdade, trata-se de ab-rogação em sentido impróprio, pois, se a interpretação é realizada pelo jurista, este não tem poder normativo e, portanto, não tem nem sequer poder ab-rogatório (o ju-

rista sugere soluções aos juízes e, eventualmente, também ao legislador); se a interpretação é realizada pelo juiz, este em geral (nos ordenamentos estatais modernos) tem o poder de deixar de aplicar a norma que considere incompatível ao caso concreto, mas não de expeli-la do sistema (ou seja, de ab-rogá-la); tanto é verdade que o juiz sucessivo, ao ter de julgar o mesmo caso, poderia dar ao conflito de normas solução oposta, e aplicar justamente aquela norma que o juiz anterior havia eliminado. Não é muito fácil encontrar exemplos de interpretação ab-rogante. No Código Civil italiano, um exemplo de normas que foram consideradas *manifestamente* em contraste entre si é aquele dos arts. 1.813 e 1.822. O art. 1.813 define o mútuo como um contrato real: "O mútuo é o contrato segundo o qual uma parte *entrega* a outra uma determinada quantia em dinheiro etc."; o art. 1.822 disciplina a promessa de mútuo: "Quem prometeu dar em mútuo pode recusar o cumprimento da sua obrigação etc.". Mas o que significa a admissão do valor vinculante da promessa de mútuo senão a admissão, com outro nome, do mútuo como contrato consensual? O mútuo, portanto, é um contrato real, como diz claramente o primeiro artigo, ou um contrato consensual, como deixa entender, ainda que não o diga explicitamente, o segundo artigo? O intérprete que respondesse afirmativamente à segunda pergunta acabaria por considerar inexistente a primeira norma, ou seja, realizaria uma ab-rogação interpretativa.

O segundo caso – eliminação de ambas as normas em conflito – pode verificar-se, como vimos, apenas no caso em que a oposição entre as duas normas seja não de contraditoriedade, mas de contrariedade. Poderíamos ver um exemplo desse caso, ainda que de maneira um pouco forçada, na dúvida que a interpretação do art. 602 do Código Civil italiano pode gerar, respectivamente à colocação da data no testamento hológrafo antes ou depois da assinatura. Do primeiro parágrafo, "o testamento hológrafo deve ser escrito por inteiro, *datado* e assinado de próprio punho pelo testa-

dor", poderíamos deduzir que a data deve ser aposta antes da assinatura. Do segundo parágrafo, ao contrário, "a assinatura deve ser aposta ao final das disposições", poderíamos extrair a ilação de que a data, não sendo uma disposição, deve ser colocada após a assinatura. Na dúvida entre a obrigação e a proibição de colocar a data antes da assinatura, o intérprete poderia ser induzido a considerar reciprocamente excludentes as duas normas contrárias, e a considerar que seja lícito apor a data tanto antes quanto depois da assinatura. Também nesse caso é possível falar de interpretação ab-rogante, ainda que, como no caso anterior, de modo impróprio. Mas, diferentemente do caso de duas disposições contraditórias, em que uma elimina a outra e uma das duas não pode deixar de existir, aqui, em se tratando de duas disposições contrárias, *eliminam-se reciprocamente, e nenhuma delas permanece*. Trata-se, como se pode ver, de uma *dupla ab-rogação*, enquanto no primeiro caso tem-se uma *ab-rogação simples*.

A terceira solução – conservar ambas as normas incompatíveis – é talvez aquela a que o intérprete recorre com mais frequência. Mas como é possível conservar duas normas incompatíveis, se por definição duas normas incompatíveis não podem coexistir? É possível com uma condição: demonstrar que não são incompatíveis, que a incompatibilidade é só aparente, que a suposta incompatibilidade deriva de uma interpretação unilateral, incompleta ou errônea de uma das duas normas ou de ambas. A tendência usual do intérprete não é a eliminação das normas incompatíveis, mas a *eliminação da incompatibilidade*. Às vezes, para obter o objetivo, introduz alguma modificação leve ou parcial no texto, e nesse caso tem-se aquela forma de interpretação que se chama *corretiva*. Em geral, 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. É evidente que, na medida em que a correção introduzida modifica o texto original da norma, a interpre-

tação corretiva é também ab-rogante, embora se limite à parte da norma corrigida. Mais que contrapor a interpretação corretiva àquela ab-rogante, deveríamos 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 ambas as normas). Para dar um exemplo dessa forma de interpretação, reportamo-nos ao caso já ilustrado de antinomia entre o art. 57 do Código Penal italiano sobre a responsabilidade (objetiva) do diretor do jornal e o art. 27 da Constituição, que exclui toda forma de responsabilidade que não seja pessoal. Existem ao menos duas interpretações do art. 57 que eliminam a antinomia, 1) o diretor do jornal é *obrigado* a impedir os crimes dos seus colaboradores (com base no art. 40, alínea 2, do Código Penal, segundo o qual “não impedir um evento que se tem a obrigação jurídica de impedir equivale a causá-lo”); se se presume essa obrigação, a sua condenação não resulta da circunstância objetiva da sua função de diretor, mas da inobservância de uma obrigação, e, portanto, da valoração de uma responsabilidade subjetiva; 2) o diretor do jornal é *obrigado* a exercer vigilância sobre a atividade dos seus colaboradores, ou seja, em última instância, é obrigado a controlar todos os artigos publicados no jornal que dirige; presumindo essa obrigação, a condenação pode ser justificada através do reconhecimento de uma *culpa in vigilando*, ou seja, mais uma vez, de uma responsabilidade subjetiva. Mas é claro que essas duas interpretações são possíveis apenas se se introduz uma ligeira modificação no texto do art. 57 do Código Penal, segundo o qual o diretor responde “somente por isso” pelo crime cometido. É claro que *somente por isso* significa “somente pelo fato de ser diretor do jornal” e, portanto, independentemente de culpa. Sendo assim, é preciso suprimir os dizeres *somente por isso*, se se quer tornar esse artigo compatível com a precisa disposição da Constituição. A conciliação acontece por meio de uma *correção*.

Dissemos que essa terceira via é a mais seguida pelos intérpretes. O jurista e o juiz tendem, o máximo possível, à *conservação das normas dadas*. É sem dúvida uma regra tradicional da interpretação jurídica que o sistema deve ser mantido com a mínima perturbação, ou, em outras palavras, que a exigência do sistema não deve causar prejuízo ao princípio da autoridade, segundo o qual as normas passam a existir somente pelo fato de ter sido postas. A esse respeito, vamos citar um exemplo eloquente. Messineo chamou o art. 2.937, alínea 1, do Código Civil italiano, de um quebra-cabeça que “submete a dura prova as meninges do intérprete”<sup>10</sup>. Esse artigo diz que não pode renunciar à prescrição quem não pode dispor validamente do *direito*. Mas de qual direito se fala? A prescrição extintiva a que se refere esse artigo suprime um *dever*, mas não faz surgir um direito. Messineo mostra que esse artigo deriva do art. 2.108 do Código Civil italiano de 1865, em que, não havendo distinção entre a disciplina da prescrição extintiva e a da prescrição aquisitiva (usucapião), o caso da renúncia ao direito referia-se não à primeira, mas à segunda; e, com relação a esta segunda, era perfeitamente apropriado falar de direito de que se possa dispor. Mas, não obstante a manifesta equivocidade da dicção, o nosso autor considera que, de todo modo, é tarefa do intérprete dar a ela um sentido e, portanto, observa que a palavra “direito” poderia ser entendida no contexto do art. 2.937 como “direito à liberação da obrigação”. E faz a esse respeito uma declaração, de extremo interesse pelo valor paradigmático que 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 (à qual, num primeiro momento, estaria inclinado), tentar todas as vias, para que a norma jurídica tenha um sentido. Existe um direito à existência, que não pode ser absolutamente negado à norma, a partir do momento em que ela veio à luz”<sup>11</sup>.

10. F. MESSINEO, “Variazioni sul concetto di ‘rinunzia alla prescrizione’”, in: *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, XI (1957), pp. 505 ss.

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

### 19. Conflito dos critérios

Dissemos, no início da seção 5, que existem antinomias insolúveis ao lado de antinomias solúveis, e que as razões pelas quais existem antinomias insolúveis são duas: ou a inaplicabilidade dos critérios, ou a aplicabilidade de dois ou mais critérios em conflito entre si. À primeira razão dedicamos a seção anterior; à segunda, dedicamos a presente.

Vimos que os critérios tradicionalmente aceitos para a solução das antinomias são três: o cronológico, o hierárquico e o critério de especialidade. Ora, pode ocorrer que duas normas incompatíveis estejam entre si numa relação em que possam ser aplicados, ao mesmo tempo, não apenas um, mas dois ou três critérios. Para citar um exemplo mais simples, uma norma constitucional e uma norma ordinária geralmente são emanadas em tempos diversos: entre essas duas normas existe, ao mesmo tempo, uma diferença hierárquica e uma diferença cronológica. Se, como muitas vezes acontece, a norma constitucional é geral, e a norma ordinária é especial, os critérios aplicáveis são no mínimo três. Essa situação complexa não suscita particular dificuldade, quando as duas normas são dispostas de modo que, seja qual for o critério que se queira aplicar, a solução não muda: por exemplo, se de duas normas incompatíveis, uma é superior e subsequente e a outra inferior e antecedente, tanto o critério hierárquico quanto aquele cronológico dão o mesmo resultado de fazer com que prevaleça a primeira. O mesmo acontece se a norma subsequente é especial em relação à anterior: aquela prevalece seja com base no critério de especialidade, seja com base no critério cronológico. Os dois critérios se somam: e, tendo em vista que bastaria apenas um para dar a prevalência a uma das duas normas, diz-se que a norma prevalente prevalece *a fortiori*.

Mas a situação nem sempre é tão simples. Suponhamos o caso em que duas normas se encontrem em relação tal que sejam aplicáveis dois critérios, mas que a aplicação de um critério dê uma solução oposta à aplicação do outro critério.

É claro que nesse caso não se podem aplicar os dois critérios ao mesmo tempo. É preciso aplicar um em preferência ao outro. Qual? Eis o problema. Para citar também aqui um exemplo mais 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 ao se aplicar o primeiro, dá-se prevalência à primeira norma; ao se aplicar o segundo, dá-se prevalência à segunda. Não se podem aplicar os dois critérios ao mesmo tempo: os dois critérios são incompatíveis. Nesse caso temos uma incompatibilidade de segundo grau: não se trata mais da incompatibilidade entre normas, sobre a qual discorremos até agora, mas da incompatibilidade entre os critérios válidos para a solução da incompatibilidade entre as normas. Ao lado do conflito das normas, que dá lugar ao problema das antinomias, existe o conflito dos critérios para a solução das antinomias, que dá lugar a uma antinomia de segundo grau. Essas antinomias de segundo grau são solúveis? A resposta afirmativa depende do fato de se saber se existem regras tradicionalmente admitidas para a solução do conflito dos critérios, assim como existem regras admitidas para a solução do conflito entre normas. Trata-se, em outras palavras, de saber se existe um critério estabelecido para a solução dos conflitos entre critérios e qual seria ele. Não podemos dar uma resposta genérica; temos de examinar, um a 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 critério cronológico*: esse conflito ocorre quando uma norma anterior-superior é antinômica em relação a uma norma posterior-inferior. O conflito consiste no fato de que, se for aplicado o critério hierárquico, prevalece a primeira; se for aplicado o critério cronológico, prevalece a segunda. O problema é: qual dos dois critérios tem prevalência sobre o outro? Nesse caso

a resposta não é dúbia. O critério hierárquico prevalece sobre o critério cronológico, o que tem por efeito fazer com que se elimine a norma inferior, ainda que sucessiva. 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 prevalecesse sobre o critério hierárquico, o próprio princípio da ordem hierárquica das normas tornar-se-ia ineficaz, pois a norma superior perderia 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 postas no mesmo plano. Quando duas normas são postas em dois planos diversos, o critério natural de escolha é aquele que nasce da própria diferença de planos.

2. *Conflito entre o critério de especialidade e o critério cronológico*: esse conflito ocorre quando uma norma anterior-especial é incompatível com uma norma posterior-geral. O conflito se dá porque, ao se aplicar o critério de especialidade, dá-se prevalência à primeira norma; ao se aplicar o critério cronológico, dá-se prevalência à segunda. Também nesse caso perpetuou-se uma regra geral, que diz o seguinte: *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 elimina a lei especial anterior. O que leva a uma ulterior exceção ao princípio *lex posterior derogat priori*: esse princípio não se aplica apenas quando a *lex posterior* é inferior, mas também quando é *generalis* (e a *lex prior* é *specialis*). Essa regra, de resto, deve ser seguida com uma certa cautela, e tem um valor menos peremptório do que a regra anterior. Diríamos que a *lex specialis* é menos forte do que a *lex superior*; e que, portanto, a sua vitória sobre a *lex posterior* é mais difícil. Para fazer afirmações mais precisas nesse campo, seria preciso dispor de uma ampla casuística.

3. *Conflito entre o critério hierárquico e o critério de especialidade*. Nos dois casos anteriores vimos o conflito entre es-

ses dois critérios respectivamente com o critério cronológico; e constatamos que ambos os critérios são mais fortes do que o critério cronológico. O caso mais interessante de conflito é aquele que se verifica quando não estão mais em contraste 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 for aplicado o critério hierárquico, prevalece a primeira; se for aplicado o critério de especialidade, prevalece a segunda. Qual dos dois critérios deve ser aplicado? Uma resposta segura é impossível. Não existe uma regra geral consolidada. A solução dependerá também nesse caso, como no caso da ausência dos critérios, do intérprete, que irá aplicar 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, aquele do respeito à ordem, que exige o respeito à hierarquia e, portanto, ao critério da superioridade, e aquele da justiça, que requer a adaptação gradual do direito às necessidades sociais e, portanto o respeito ao critério da especialidade. Teoricamente, deveria prevalecer o critério hierárquico: caso se admitisse o princípio de que uma lei ordinária especial possa derogar os princípios constitucionais, que são normas generalíssimas, os princípios fundamentais de um ordenamento jurídico estariam destinados a ser rapidamente esvaziados de todo conteúdo. Mas, na prática, a exigência de adaptar os princípios gerais de uma constituição às situações sempre novas leva muitas vezes a fazer com que triunfe a lei especial, ainda que ordinária, sobre a lei constitucional, como quando a Corte Constitucional italiana decidiu que o art. 3º, alínea 3, da lei de 22 de dezembro de 1956, relativa à instituição do Ministério das Participações Estatais, que impunha às empresas com participação estatal majoritária que deixassem de fazer parte das organizações sindicais dos outros tomadores de serviço, não era incompatível com o art. 39 da Constituição, que garante a todos a liberdade sindical (e, portanto, a liberdade de participar da

associação sindical do seu agrado). Nesse caso o contraste era claramente entre uma lei superior geral e uma lei inferior especial; mas, com a exclusão da inconstitucionalidade, pronunciada pela Corte, foi dada prevalência à segunda, não à primeira.

## 20. O dever da coerência

Todo o discurso feito neste capítulo pressupõe que a incompatibilidade entre duas normas é um mal a ser eliminado, e, portanto, pressupõe uma *regra da coerência*, que poderia ser formulada da seguinte maneira: "Em um 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? Pode-se dizer que semelhante regra pertença ao ordenamento jurídico, mesmo que não expressa? Existem argumentos suficientes para considerar que em todo ordenamento está implícita a proibição das antinomias, e que cabe ao intérprete apenas torná-lo explícito? Coloco-me por último essa pergunta, porque em geral se presume que a proibição das antinomias é uma regra do sistema; mas não se aprofunda a sua natureza, nem o seu alcance, nem a sua eficácia.

Uma regra que diz respeito às normas de um ordenamento jurídico – como é o caso da proibição de antinomias – só pode ser destinada àqueles que se dedicam à produção e à aplicação das normas, sobretudo ao legislador, que é o produtor por excelência, e ao juiz, que é o aplicador por excelência. Quando destinada aos produtores de normas, a proibição soa da seguinte maneira: "Não criem normas que sejam incompatíveis com outras normas do sistema". Quando destinadas aos aplicadores, a proibição assume esta outra forma: "Caso deparem com antinomias, devem eliminá-las". Trata-se agora de ver se e em que situações existe uma ou outra dessas duas normas, ou ambas.

Vamos citar três casos:

1. aquele das normas com diferente nível, ou seja, dispostas hierarquicamente. Nesse caso, geralmente, a regra da coerência existe em ambas as formas: a) a pessoa ou o órgão autorizado a emanar normas inferiores é obrigado a emanar normas que não estejam em contraste com normas superiores (imaginem-se a obrigação de quem tem um poder regulamentar ou um poder negocial de exercer esse poder nos limites estabelecidos pelas normas superiores); b) o juiz, quando estiver diante de um conflito entre uma norma superior e uma norma inferior, é obrigado a aplicar a norma superior;

2. o caso das normas de mesmo nível, sucessivas no tempo. Nesse caso não existe nenhum dever 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 norma sucessiva. Portanto, existe a regra da coerência na segunda forma, ou seja, destinada aos juizes, mas não na primeira (destinada ao legislador): a) o legislador ordinário é perfeitamente livre para emanar sucessivamente normas em contraste entre si: ou seja, está previsto, por exemplo, no art. 15 das Disposições preliminares, já mencionado, em que se admite a ab-rogação implícita, ou seja, admite-se a legitimidade de uma lei posterior em contraste com uma lei anterior; b) mas quando o contraste se verifica, o juiz é obrigado a eliminá-lo, aplicando, das duas normas, aquela posterior. Pode-se dizer também da seguinte maneira: o legislador é perfeitamente livre para se contradizer, mas a coerência é salva da mesma maneira, pois das duas normas em contraste uma decai e apenas a outra permanece válida;

3. o caso das normas de mesmo nível, contemporâneas (por exemplo, a emanação de um código, ou de um texto único, ou de uma lei que regule uma matéria inteira). Também

nesse caso não há nenhuma obrigação juridicamente qualificada, por parte do legislador, de não se contradizer, no sentido de que uma lei, que contenha disposições contraditórias, é sempre uma lei válida; sendo assim, são válidas ambas as disposições contraditórias. Em relação ao legislador, podemos falar no máximo de um dever moral de não se contradizer, em consideração ao fato de que uma lei contraditória torna mais difícil o julgamento do juiz. Quanto ao juiz que estiver diante de uma antinomia entre normas, suponhamos, de um código, ele não tem nenhum dever juridicamente qualificado de eliminar a antinomia. Simplesmente, a partir do momento em que duas normas antinômicas não podem ser ambas aplicadas ao mesmo caso, ele se verá na necessidade de aplicar uma delas e deixar de aplicar 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 ambas a subsistir no ordenamento, lado a lado, e o mesmo juiz em um caso posterior ou um outro juiz no mesmo caso (por exemplo, um juiz de segunda instância) podem aplicar, das duas normas antinômicas, aquela que anteriormente deixou de ser aplicada e vice-versa.

Resumindo, nos três casos mencionados o problema de uma suposta regra da coerência resolve-se de três modos diferentes. No primeiro caso, a regra da coerência vale em ambas as formas; no segundo, vale apenas na segunda forma; no terceiro, não vale nem na primeira, nem na segunda forma, ou seja, não existe nenhuma regra da coerência. A partir dessa elaboração, podemos extrair um lume para aclarar um problema controverso: o de saber se a compatibilidade é uma condição necessária da validade de uma norma jurídica, como dissemos no curso anterior. Nesse caso, após avaliada a situação, devemos responder de forma negativa, ao menos no que diz respeito ao terceiro caso, ou seja, ao caso de normas de mesmo nível e contemporâneas, em que, como vimos, não existe nenhuma regra de coerência.

*Duas normas incompatíveis, de mesmo nível e contemporâneas, são ambas válidas.* Não podem ser, contemporaneamente, 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, não obstante o conflito entre elas, continuam ambas a existir no sistema, e não há remédio para a sua eliminação (exceto, é claro, a ab-rogação legislativa).

Quando a coerência não é condição de validade, continua a ser condição para a *justiça* do ordenamento. É evidente que quando duas normas contraditórias são ambas válidas e podem ser aplicadas indistintamente, ora uma, ora a outra, segundo o livre juízo daqueles que são chamados a aplicá-las, são violadas duas exigências fundamentais, em que se inspiram ou tendem a se inspirar 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). Quando existem duas normas antinômicas, ambas válidas, e, portanto, ambas aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a certeza, entendida como possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exatidão as consequências jurídicas da própria conduta, nem a justiça, entendida como igual tratamento das pessoas que pertencem à mesma categoria. Há um episódio de *Os noivos* [de A. Manzoni] que ilustra muito bem as razões morais pelas quais convém que no Direito não haja antinomias. É o episódio do homicídio praticado por Frei Cristóvão (aliás, Ludovico). A rixa, seguida de um duplo homicídio, nascera porque "os dois (Ludovico e o seu adversário) caminhavam rentes ao muro; mas Ludovico (note bem) passava do lado direito; e isso, segundo um costume, dava-lhe o direito (onde se vai meter o direito!) de não se afastar do referido muro, para dar passagem a quem quer que fosse, coisa que à época se dava grande importância. O outro pretendia, ao contrário, que aquele direito competisse a ele, na qualidade de nobre, e que a Ludovico coubesse andar no meio, e isso por força de um outro costume. Isso por-

que, nessa questão, como ocorre em muitas outras, estavam em vigor dois costumes contrários, sem que se decidisse qual dos dois era o melhor; o que dava ensejo a uma guerra sempre que uma cabeça dura encontrasse outra do mesmo temperamento"<sup>12</sup>.

12. *I promessi sposi*, cap. IV, Einaudi, p. 58. O episódio é citado por C. E. BALOSSINI, *Consuetudini, usi, pratiche, regole del costume*, 1958, p. 368.

#### Capítulo IV

### *A completude do ordenamento jurídico*

SUMÁRIO: 21. O problema das lacunas. – 22. O dogma da completude. – 23. A crítica à completude. – 24. O espaço jurídico vazio. – 25. A norma geral exclusiva. – 26. As lacunas ideológicas. – 27. Vários tipos de lacunas. – 28. Heterointegração e autointegração. – 29. A analogia. – 30. Os princípios gerais do direito.

#### 21. O problema das lacunas

Examinamos nos dois capítulos anteriores duas características do ordenamento jurídico: a unidade e a coerência. Resta-nos considerar uma terceira característica, que lhe é comumente atribuída: a *completude*. Por “completude” entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular cada caso. Tendo em vista que a ausência de uma norma costuma ser chamada de “lacuna” (em um dos sentidos do termo “lacuna”), “completude” significa “ausência de lacunas”. Em outras palavras, um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular cada caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma extraída do sistema. Se preferirmos uma definição mais técnica de completude, poderemos dizer que um ordenamento é completo quando nunca se verifica o caso de que nele não se possam demonstrar a pertinência *nem* de uma determinada norma *nem* da norma contraditória. Se quisermos especificar, a incompletude consiste no fato de que o sistema não compreende *nem* a norma que proíbe um determinado comportamento *nem* a norma que o permite. De fato, se se pode demonstrar que *nem* a proibição *nem* a permissão de um determinado comportamento podem ser extraídas do sistema, assim como é posto, é preciso dizer que o sistema é incompleto, que o ordenamento jurídico tem uma lacuna.