

Lição 11

CONFLITOS ENTRE NORMAS JURÍDICAS

SUMÁRIO: 1. O princípio da não contradição no direito – 2. Antinomias aparentes – 3. Critérios de solução de antinomias reais: 3.1 Critério da superioridade (ou hierárquico): 3.1.1 Conteúdo; 3.1.2 Direito internacional; 3.2 Critério da posterioridade (ou cronológico): 3.2.1 Conteúdo; 3.2.2 O problema da reprimenda; 3.3 Critério da especialidade – 4. Conflitos entre critérios – 5. Inaplicabilidade dos critérios e proporcionalidade – 6. Superação dos critérios de solução de antinomias pelo “diálogo das fontes”?

1. O princípio da não contradição no direito

Um princípio fundamental da lógica clássica é a *não contradição*: uma coisa não pode existir e inexistir ao mesmo tempo e uma afirmação não pode ser verdadeira e falsa.¹ Se alguém afirmar que a água da banheira está gelada e quente, isso será considerado, dependendo da situação, como brincadeira, desconhecimento do significado das palavras (no caso de um estrangeiro) ou indício de problema mental.

Traduzindo o princípio da não contradição na linguagem da lógica, temos uma *alternativa*: “Se é verdade que a água da banheira é quente, então é necessariamente falso que seja gelada” (e vice-versa). Devemos escolher! Aplica-se esse princípio ao direito? Já sabemos que as normas jurídicas não podem ser qualificadas como verdadeiras ou falsas, mas somente como válidas ou inválidas (Lição 6, 2.2). Poderíamos, então, pensar que o princípio da não contradição, aplicável em todas as afirmações do ser, não encontra aplicação nas normas do dever ser. Com efeito, nada impede o legislador emitir duas ordens contraditórias para a mesma pessoa e o mesmo caso. Ambas serão formalmente válidas.

Isso é correto em princípio. Na prática, porém, a situação é bem diferente, já que o legislador procura regulamentar a vida social e não quer fazer brincadeiras e jogos de palavras. Por isso não encontraremos lei cujo art. 1.º preveja,

1. Os três princípios fundamentais da lógica clássica são: a *identidade* (A é A); o terceiro excluído ou a *bivalência* (A é ou não é; não há outra possibilidade); a *não contradição* (A não pode ser e não ser ao mesmo tempo).

por exemplo, que o voto é obrigatório, uma vez que o art. 2.º da mesma lei estabelece que o voto é facultativo. Tal contradição pode, no máximo, ser um erro de redação, que deve ser imediatamente corrigido.

A contradição entre normas jurídicas apresenta-se principalmente em duas situações. Primeiro, quando o legislador cria uma norma contrária à lei anterior e, por desconhecê-la, não prevê explicitamente sua revogação. Se alguém invocar a velha norma, as autoridades competentes devem resolver o conflito.

Segundo, quando uma autoridade estatal toma uma decisão que contraria normas jurídicas de força superior. Exemplos: uma lei tributária desrespeita normas constitucionais; um decreto do Presidente da República entra em contradição com uma lei. Em tais casos não temos um erro, mas a expressão da vontade de desrespeitar as normas superiores.

Os teóricos do direito reconhecem a existência de contradições entre normas jurídicas. O termo que designa tais contradições é *antinomia*.² Definimos como antinomia a existência de duas ou mais normas jurídicas que apresentam três características:

- fazem parte do mesmo ordenamento jurídico;
- são válidas e aplicáveis ao mesmo tempo e no mesmo caso;
- revelam-se incompatíveis entre si porque “uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento” (Bobbio, 1991, p. 86).

Como dissemos, as normas jurídicas podem conter contradições, já que pertencem ao mundo imaginário do dever ser. Mas, no mundo real do comportamento humano, a contradição leva a consequências sociais indesejáveis. Gera insegurança jurídica e mina a confiança na capacidade do ordenamento jurídico de regulamentar a vida social. Se a mesma pessoa deve e não deve pagar uma dívida, o direito falha em sua principal promessa: organizar o convívio pacífico, definindo os direitos e as obrigações de cada um. Nesse sentido, o ordenamento jurídico é um sistema fechado que, apesar das antinomias, sempre permite chegar a uma decisão clara e definitiva.

Em outras palavras, a antinomia jurídica impõe escolher o dispositivo (ou a combinação de partes de dispositivos) a ser aplicado. Para tanto, devemos possuir critérios de resolução das antinomias. Esses critérios são, muitas vezes, indicados por normas de competência normativa (Lição 6, 3.2.8) e sistematizados pela doutrina.

2. Termo de origem grega que significa existência de normas contraditórias (*anti* = contra, *nomos* = lei).

Ponto de partida constitui a tese de que o legislador é *racional*, não podendo ter emitido ordens contraditórias. Todos sabem que a realidade é bem diferente. No entanto, os operadores do direito fundamentam seu trabalho na *ficção* de que as normas jurídicas não podem ser contraditórias entre si (Lição 8, 3.2). Isto significa que deve prevalecer uma das normas contraditórias ou uma combinação harmônica entre elas.

A pergunta é: *qual norma vale no caso concreto, devendo ser utilizada como premissa maior na construção do silogismo jurídico?* Diante de um caso, o operador jurídico identifica as normas jurídicas que, *prima facie* (à primeira vista), podem ser aplicadas e, em seguida, decide qual e como será aplicada.

2. Antinomias aparentes

Muitos conflitos entre normas são somente *aparentes*, podendo ser resolvidos com o bom senso do aplicador. Temos uma antinomia aparente quando as normas conflitantes aplicam-se em âmbitos diferentes. Neste caso, as normas não apresentam a primeira, ou a segunda, característica da definição da antinomia que indicamos acima.

Isso ocorre, em primeiro lugar, quando as normas pertencem a ordenamentos jurídicos diferentes.

Exemplo: o Código Penal brasileiro pune a violação de correspondência com pena de detenção de até seis meses (art. 151). O Código Penal português prevê para o mesmo delito pena de até um ano (art. 194). Essas normas não são contraditórias, pois fazem parte de ordenamentos diferentes. Basta saber qual dos dois incide no caso concreto para resolver facilmente o problema da pena cabível. Aqui se aplicam os critérios de delimitação da validade das normas no espaço (Lição 10, 2).

Em segundo lugar, a antinomia aparente verifica-se quando normas que pertencem ao mesmo ordenamento jurídico valem para pessoas ou situações diferentes.

Exemplos: entre duas leis municipais que estabelecem diferentes alíquotas de imposto predial não há antinomia porque se aplicam em espaços diferentes. É suficiente saber em que município situa-se o imóvel para decidir qual norma é aplicável.

Se o regulamento de uma biblioteca permite o empréstimo de livros aos alunos por uma semana e aos professores por quinze dias não há contradição. Basta saber se o usuário é professor ou aluno para aplicar a norma correspondente, uma vez que cada uma possui destinatários diferentes.

Esses exemplos referem-se a normas que estabelecem claramente seu âmbito de validade. Se isso não for claro, devem ser aplicados os critérios de resolução de conflito entre normas que analisaremos no item 3.

Haverá também antinomia aparente se uma das normas em conflito tiver algum vício que impeça sua aplicação. Isso ocorre se uma das normas for inconstitucional ou ilegal, porque foi editada por autoridade incompetente, ou em desrespeito ao processo legislativo, ou porque contraria o conteúdo de normas superiores. Semelhante é a situação na qual se constata que uma das normas em conflito não entrou ainda em vigor ou foi revogada. Aqui temos uma aparência de antinomia que se revela sem fundamento após o exame cauteloso do material normativo.

Por fim, o aplicador deve tentar *harmonizar* as normas conflitantes antes de afirmar a existência de antinomia real. Quando há, por exemplo, suspeita de inconstitucionalidade de uma lei (antinomia entre Constituição e lei), o aplicador deve tentar “salvar” a lei, interpretando-a de maneira conforme à Constituição (Tavares, 2006, p. 250-254, e 2006-a, p. 133-150). Em outros casos, o aplicador pode evitar a antinomia fazendo interpretação restritiva de um dos dispositivos para evitar o conflito com o outro.³

3. Critérios de solução de antinomias reais

Temos uma antinomia real quando o aplicador constata que os legisladores manifestaram duas vontades contraditórias a respeito do mesmo assunto. Para resolver as antinomias reais, a teoria do direito elaborou uma série de critérios que apresentamos a seguir.

3.1 Critério da superioridade (ou hierárquico)

3.1.1 Conteúdo

As normas jurídicas constituem um sistema porque são hierarquizadas, existindo entre elas relações de superioridade e subordinação. Como diz um conhecido brocardo: *lex superior derogat legi inferiori* (a norma superior revoga a inferior). Esse critério permite resolver muitas antinomias.

Para aplicar o critério da superioridade precisamos conhecer a hierarquia de normas em determinado ordenamento jurídico. Dita hierarquia reflete as relações *genéticas* no âmbito do ordenamento jurídico. A criação de uma norma é

3. Parte da doutrina dá uma definição ampla das antinomias aparentes. Considera como tais todas as antinomias que podem ser resolvidas com a aplicação dos critérios que apresentaremos em seguida e denomina de “reais” só as antinomias insolúveis (Bobbio, 1991, p. 92; Engisch, 1988, p. 314; Diniz, 2004, p. 71-72). Essa visão nos parece equivocada. Primeiro, porque não há antinomias insolúveis no direito. O juiz sempre deve e pode decidir algo. Segundo, porque a presença de duas normas incompatíveis entre si é uma antinomia real causada por um conflito de vontades legislativas.

autorizada pelas superiores, devendo estar em conformidade com estas (Kelsen, 2000, p. 215-238).

Isso significa que uma norma é válida quando satisfaz dois requisitos. Primeiro, seu emissor deve estar autorizado por normas superiores para editar essa espécie de norma. Segundo, não pode contrariar as normas dos escalões superiores da pirâmide normativa. Em caso de conflito entre o conteúdo de duas normas prevalece a hierarquicamente superior, que possui maior força formal: lei ordinária contrária à Constituição é inconstitucional; decreto que desrespeita disposição legislativa é ilegal etc.

Nos Estados federais funcionam em paralelo dois sistemas de hierarquia normativa:

1. Hierarquia de normas no âmbito de cada entidade federativa. Essa hierarquia é fixada no texto normativo maior da respectiva entidade (Constituição Federal, Constituição Estadual, Lei Orgânica do Distrito Federal e dos Municípios). Temos, assim, no Brasil, a hierarquia das normas federais, a hierarquia das normas estaduais e a hierarquia das normas municipais.

No direito federal brasileiro a pirâmide das normas resulta da interpretação sistemática de várias normas da Constituição e compõe-se dos seguintes escalões:

- Constituição;
- emenda à Constituição ou tratado internacional a ela equiparado (art. 5.º, § 3.º, da Constituição);
- tratado internacional sobre direitos humanos;⁴
- lei complementar;
- lei ordinária e delegada, medida provisória, demais tratados internacionais;
- decreto;
- portaria, instrução e demais regulamentos administrativos.⁵

2. Hierarquia das normas das diferentes entidades federativas. Aqui as normas oriundas das várias entidades são comparadas e hierarquizadas no intuito de resolver eventuais conflitos. As bases do sistema são estabelecidas na Constituição Federal, que é o texto normativo supremo da Federação. Em regra geral,

4. O Supremo Tribunal Federal considera superiores às leis nacionais os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, abandonando sua anterior posição (Lição 11, 3.1.2).
5. Entre os regulamentos administrativos existe uma hierarquia interna, que depende da posição de cada autoridade na hierarquia administrativa.

o direito federal prevalece sobre o estadual e este último sobre o municipal. Encontramos, no entanto, exceções previstas na própria Constituição Federal, que, em alguns casos, prevê que a entidade superior não pode desrespeitar a autonomia das inferiores.

Exemplos: a União não pode alegar a superioridade de seu direito e cobrar impostos que a Constituição Federal determina como municipais ou estaduais (arts. 155 e 156). Uma lei federal não pode fixar as regras de organização dos Municípios, que, por previsão constitucional, possuem a competência exclusiva para votar a sua Lei Orgânica (art. 29, *caput*).

O critério da superioridade encontra sua justificação na finalidade do ordenamento jurídico. A vontade política que impõe e mantém a Constituição como norma suprema estabelece regras de competência e de conteúdo. O legislador comum e as demais autoridades do Estado são seus mandatários. Quando decidem de forma contrária ao mandato que lhes deu o texto supremo contradizem a suprema vontade no mundo jurídico e suas normas não devem ser aplicadas.

3.1.2 Direito internacional

O princípio da superioridade encontra seu maior desafio jurídico e político quando é chamado para resolver conflitos entre normas de direito nacional e internacional. Desde o início do século XX, o direito internacional público sofreu muitas transformações, devido ao fortalecimento e a proliferação dos organismos internacionais em um mundo sempre mais interligado pela facilitação das comunicações e pelos interesses econômicos de expansão do comércio e da especulação financeira.

No âmbito da doutrina jurídica, o problema das relações entre o direito internacional e os direitos nacionais recebeu duas respostas diferentes, dadas pelas correntes do monismo e do dualismo.

O *monismo* considera que existe uma única pirâmide de normas jurídicas. Uma subcorrente do monismo sustenta a superioridade do direito nacional em face das normas internacionais; a outra subcorrente monista admite a primazia do direito internacional.

O *dualismo* considera, por sua parte, que entre ambos os ordenamentos não existem relações hierárquicas. Cada um é independente, sobretudo porque o fundamento de sua validade é diferente. Assim, como não há hierarquia entre dois direitos nacionais e os conflitos resolvem-se por meio de acordos políticos e – infelizmente – de guerras, não há hierarquia entre o direito internacional e o direito nacional. As relações entre ambos é problema de política internacional e não de interpretação jurídica.

Essas doutrinas são estudadas com profundidade pelo direito internacional público. Aqui interessa indicar que os ordenamentos nacionais estabelecem

quase sempre a prevalência da Constituição nacional em relação às normas de direito internacional. Alguns países reconhecem a prevalência das regras de direito internacional em relação às leis ordinárias e as demais normas infraconstitucionais. Isso ocorre, por exemplo, na Alemanha (art. 25 da Lei Fundamental) e na França (art. 55 da Constituição).

No Brasil, por muito tempo foi considerado que as regras de direito internacional posicionam-se no nível hierárquico da lei ordinária. Por serem incorporadas no direito interno mediante decisão do Congresso Nacional (art. 49, I, da Constituição Federal), possuem a força jurídica de leis ordinárias e uma lei ordinária mais nova pode ab-rogar ou derrogar norma internacional anterior (posição monista com prevalência do direito nacional). O Supremo Tribunal Federal adotou por muito tempo esse entendimento, que nos parece correto (Sabadell e Dimoulis, 2003). Essa posição encontrou a oposição de parte da doutrina e, recentemente, o Supremo Tribunal Federal decidiu que os tratados internacionais que garantem direitos humanos são superiores às leis ordinárias brasileiras (tese da *supralegalidade* dos tratados internacionais).⁶

Além disso, segundo o art. 5.º, § 3.º, da Constituição Federal, os tratados sobre direitos humanos adquirem força de emenda constitucional se forem aprovados com o procedimento previsto no art. 60 da Constituição Federal (aprovação em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, com o voto positivo de três quintos dos membros de cada Casa).

3.2 Critério da posterioridade (ou cronológico)

3.2.1 Conteúdo

Quando as normas conflitantes possuem a mesma força jurídica (encontram-se no mesmo “escalão” da hierarquia), mas foram promulgadas em tempos diferentes, prevalece a norma mais nova. Nesse caso, utiliza-se o brocardo *lex posterior derogat legi priori* (a norma posterior revoga a anterior).⁷

A sua justificativa é óbvia. O fato de o legislador ter introduzido posteriormente um regulamento diferente sobre a mesma questão significa que este quis revogar o anterior. Da mesma forma que o garçom traz ao freguês a bebida que acabou de pedir e não aquela que tinha pedido na semana passada, seria con-

6. Cf., por exemplo, Recurso Extraordinário 349.703, relator Ministro Carlos Britto, julgamento em 03.12.2008 (<<http://www.stf.jus.br>>).

7. Encontramos a regra formulada em grego antigo pelo jurista Modestino no Digesto de Justiniano, 1.4.4. Fonte: <<http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Corpus/d-01.htm>>.

trário à lógica considerar que a lei anterior continua valendo mesmo após uma nova manifestação de vontade do legislador sobre a mesma matéria.

Exemplo: uma lei tributária aumenta a alíquota do imposto sobre veículos. Mesmo se o texto da lei não indicar que a lei anterior perde sua validade, isso deve acontecer por estarmos diante da manifestação de vontade mais recente da mesma autoridade estatal.

Para resolver tais conflitos devemos conhecer qual é a norma mais nova, isto é, qual foi criada posteriormente. Tratando-se de normas escritas, consideramos que é decisivo o momento de sua *publicação* oficial, que indica a conclusão do processo de elaboração e torna definitiva a manifestação da vontade das autoridades competentes.

Sabemos que, desde 1998, no Brasil a revogação da lei anterior deve ser expressa (Lição 10, 1.2). Isso acabará inutilizando o critério da posterioridade. Com efeito, se a lei posterior não revogar expressamente a anterior, presume-se que essa última continua vigorando, apesar de contrariar a norma mais recente.

Em caso de conflito entre dois costumes, a constatação do mais novo é muito mais difícil. Dada, porém, a pouca relevância jurídica do costume (Lição 9, 2.2.1), o tema carece de interesse prático.

3.2.2 O problema da repristinação

Um problema particular cria-se quando uma norma revoga outra que, por sua vez, tinha sido editada para substituir norma anterior. Se a norma mais recente limitar-se a revogar a anterior sem estabelecer um novo regulamento, voltaria a ser válida a norma inicial? Eis a questão da *repristinação* ou do *efeito repristinatório* (do verbo *repristinar* que significa restaurar, fazer valer de novo).

Exemplo fictício: lei de 1990 estabelece um salário-família para quem possuir no mínimo dois filhos; lei de 2000 a revoga, prevendo que o salário-família é concedido aos trabalhadores de baixa renda, independentemente do número dos filhos. Se uma lei de 2010 ab-rogar a lei de 2000 sem prever nada sobre o salário-família, será de novo aplicável a lei de 1990?

Os casos de repristinação são muito raros, pois os dispositivos legais têm quase sempre duas partes: a negativa (revogação de normas anteriores) e a positiva (nova regulamentação). A repristinação pode ser cogitada somente se a norma revogar a anterior sem estabelecer nada novo, algo muito raro.

O ordenamento jurídico brasileiro admite a repristinação se for expressamente prevista pela lei revogadora: “Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência” (art. 2.º, § 3.º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro). No exemplo dado, a lei de 2010 não prevê o retorno à lei de 1990. Por essa razão, não é possível a repristinação da lei originária. Em outras palavras, no direito brasileiro só é aceita a repristinação expressamente prevista na lei (repristinação explícita). Se não houver repristinação, cria-se uma lacuna jurídica. Esta deverá ser preenchida por meio dos métodos já estudados (Lição 8, 6) e, preferencialmente, pela aplicação analógica de outras normas.

Há uma situação em que, apesar da referida norma da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro ocorrer a repristinação tácita, restaurando-se a norma originária sem previsão legal. Isso ocorre quando o Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade de certas normas. Pode essa declaração “ressuscitar” a regulamentação anterior que tinha sido revogada pela norma ora declarada inconstitucional?

A resposta é positiva. Se não fosse assim, a lei inconstitucional – e por isso inválida – poderia anular uma lei que vigorava em plena conformidade com a Constituição (Barroso, 1999, p. 90-95; Francisco, 2007).

Exemplo fictício: lei de 2009 concede aos genitores solteiros auxílio mensal para a educação dos filhos menores de 16 anos. Lei de 2010 derroga a lei de 2009 e prevê um auxílio do mesmo valor só para as mães solteiras. Se a lei de 2010 for declarada inconstitucional por violar o princípio da igualdade entre homens e mulheres e se for repristinada a lei de 2009, o resultado seria extremamente injusto, causando prejuízo tanto para as mães como para os pais solteiros. A lei de 2009 volta a vigorar por meio de repristinação tácita.

3.3 Critério da especialidade

Em casos de antinomia entre normas do mesmo escalão da pirâmide jurídica, prevalece a norma específica, isto é, aquela que regulamenta de forma particular determinados casos. Aqui se aplica o brocardo *lex specialis derogat legi generali*: a norma específica revoga a geral.

Exemplo: em caso de desapropriação a Constituição Federal impõe o pagamento de indenização justa, prévia e em dinheiro (art. 5.º, XXIV). Tratando-se, porém, de imóvel rural desapropriado para fins de reforma agrária, outra norma constitucional dispõe especificamente que a indenização justa e prévia não será paga em dinheiro, mas em títulos da dívida agrária resgatáveis no prazo de até 20 anos a partir do segundo ano de sua emissão (art. 184, *caput*). No caso de imóveis rurais, prevalece a norma específica, não podendo o proprietário exigir a indenização em dinheiro que constitui a regra nas desapropriações.

O princípio da especialidade também possui justificação lógica. Sendo o legislador racional, devemos entender que quando trata de forma específica um assunto prevalece sua vontade concreta e não a regra geral. Caso contrário, teria se contentado em estabelecer a regra geral!

4. Conflitos entre critérios

Analisados separadamente, os referidos critérios permitem resolver conflitos, indicando qual norma e como deve ser aplicada. Assim sendo, os critérios permitem salvaguardar a coerência e a certeza do ordenamento jurídico, não deixando os operadores do direito e a população desamparados diante de incoerências ou de conflitos entre as normas válidas.

A situação complica-se quando o emprego desses critérios leva a resultados diferentes. Nesse caso temos um conflito de segundo grau (Sgarbi, 2007, p. 662). Qual deverá prevalecer? Valem as seguintes regras:

- *Prevalência absoluta do critério da superioridade*. Pelas razões já indicadas, em caso de conflito entre os referidos critérios prevalece sempre o hierárquico. A norma superior impõe-se às inferiores, mesmo quando forem mais novas ou específicas. Seria um claro desrespeito à vontade do constituinte admitir que o legislador comum pudesse abolir partes da Constituição, emitindo normas mais recentes ou específicas. O sistema de controle de constitucionalidade objetiva impedir que uma norma infraconstitucional mais recente ou específica possa introduzir alterações na ordem constitucional.⁸

- *Relações entre os critérios da especialidade e da posterioridade*. Temos conflito entre esses dois critérios quando o mesmo caso for regulamentado por uma norma anterior e especial e uma outra, posterior e mais geral.⁹ Aqui se revela muito mais difícil a resolução da antinomia.

Exemplo:¹⁰ a Lei 1 prevê que para o crime de tráfico de drogas a pena de prisão será integralmente cumprida sem nenhum benefício para o condenado. A Lei 2 (posterior) prevê que todas as penas de prisão inferiores a quatro anos serão substituídas por penas alternativas, como a prestação de serviço à comunidade. Se alguém for condenado a três anos de prisão por tráfico de drogas, é aplicável a Lei 1, que se refere à punição de um delito em específico, ou a Lei 2 que institui uma regra mais geral, mas não prevê explicitamente a revogação da Lei 1?

A maior parte da doutrina sustenta que deve prevalecer a norma especial, mesmo sendo anterior: *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali* (ou

8. Mais frequente é a *coexistência* de normas superiores genéricas e de normas inferiores especificadoras. Exemplo: a lei concretiza um direito fundamental previsto na Constituição. Nesse caso, o aplicador deve dar preferência à norma inferior e específica. Isso explica por que os tribunais aplicam os artigos do Código Penal que tipificam o homicídio e não a norma constitucional, que garante o “direito à vida” (art. 5.º, *caput*). Antes de optar pela aplicação da norma inferior especificadora, o operador jurídico deve examinar sua concordância com a superior, impedindo que a norma inferior restrinja indevidamente a superior. Isso mostra que a prevalência da norma superior é absoluta, mesmo quando a inferior a concretiza. Parte da doutrina considera possível aplicar a norma inferior que contraria as superiores, invocando a “adaptabilidade” do direito (Ferraz Jr., 2001, p. 207; Diniz, 2004, p. 80-81; Mascaro, 2007, p. 177). Essa sugestão ignora a hierarquização das normas jurídicas, que constitui fundamento do Estado de direito.
9. Não há problema se a norma posterior for também mais específica. Nesse caso, tanto o critério da especialidade como o critério da posterioridade dão preferência à norma posterior e especial.
10. O exemplo apresenta de forma simplificada o problema da execução da pena nos crimes hediondos que criou grandes controvérsias na jurisprudência e na doutrina. Cf. as referências em Franco, 2001, p. 1.202-1.208.

generalia specialibus non derogant).¹¹ Outra corrente doutrinária considera que o referido brocardo só cria uma *presunção interpretativa*: em geral deve prevalecer a lei especial mesmo sendo anterior, mas, dependendo das circunstâncias, poderá ocorrer o contrário.¹² Há também autores que consideram preferível deixar a decisão ao Judiciário, em vista das peculiaridades de cada caso (Sgarbi, 2007, p. 675).

Parece-nos correto considerar que, em regra geral, deve prevalecer a lei mais recente (cf. Ross, 2000, p. 160-161). Se no nosso exemplo o legislador achou correto, do ponto de vista da política criminal, conceder benefícios aos condenados a penas de curta e média duração, entendemos que deve ser considerada tacitamente revogada a norma anterior e mais rígida sobre a punição de determinado delito. A lei mais recente que está no mesmo nível hierárquico da anterior possui maior legitimidade democrática e não deve ser afastada pela anterior, mesmo sendo esta específica.

É importante ressaltar aqui três pontos:

Primeiro, deve ser examinada a finalidade da lei mais nova. Se for claro que o legislador não quis revogar um regulamento específico anterior, este deve permanecer em vigor.

Segundo, o aplicador do direito deve levar em consideração e resguardar eventuais direitos adquiridos sob a vigência do regulamento anterior.

Terceiro, devemos lembrar que desde 1998, no Brasil, a norma mais nova só revoga a anterior se isso for expressamente previsto (Lição 10, 1.2). Isso significa que, em caso de silêncio, continuará vigorando a lei anterior, independentemente de seu caráter mais genérico ou mais específico em relação à norma posterior.

11. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 5.344, de 1991, relator Min. Eduardo Ribeiro; Recurso Especial 266.741 de 2002, relator Min. Felix Fischer. Fonte: <<http://www.stj.gov.br>>. Ver entre a doutrina Bergel, 2001-a, p. 195; Mascaro, 2007, p. 177.

12. Essa é a jurisprudência da Corte constitucional italiana. Acórdão 41, de 1992. Fonte: <<http://www.giurcost.org/decisioni/1992/0041s-92.html>>. No mesmo sentido, Bobbio, 1991, p. 108; Modugno, 2000, p. 109; Castignone, 2001, p. 134-135; Diniz, 2004, p. 80; Sanchís, 2005, p. 141.

Quadro sinótico 9: Solução de conflitos entre os critérios de prevalência de normas

Tipo de norma:	Posterior	Superior
Posterior	—————	Prevalece a superior
Especial	Opinião dominante: prevalece sempre a especial Outra opinião: prevalece a especial, havendo exceções Opinião do autor: prevalece a posterior, havendo exceções	Prevalece a superior

Exemplo real de solução de conflitos de prevalência: o Código Penal Militar de 1969 configura como delito as relações sexuais em lugares sujeitos à administração militar, mesmo se os envolvidos são adultos e consentem (art. 235). A norma conflita com o Código Penal que não criminaliza tais atos. Prevalece o Código Penal Militar, porque é específico para os militares e os lugares sob administração militar. Além disso, o Código Penal foi promulgado em 1940, e o Código Penal Militar data de 1969, sendo mais novo. Por isso não há conflitos entre os princípios da especialidade e da posterioridade. Mas, ainda que o Código Penal Militar fosse anterior ao Código Penal, prevaleceriam suas disposições por ser clara a vontade do legislador de introduzir regulamentos específicos, preservando a disciplina e ordem militar.

Por outro lado, a penalização da prática de atos sexuais entre adultos que consentem plenamente, sem que haja nenhuma forma de pressão ou de publicidade que poderia causar escândalo público, viola os direitos fundamentais à liberdade, à vida privada e à intimidade (art. 5.º, *caput* e inciso X, da Constituição Federal). Por essa razão, revela-se inconstitucional. Havendo conflito, prevalecem as normas constitucionais que são hierarquicamente superiores, não se aplicando as normas específicas do Código Penal Militar.

5. Inaplicabilidade dos critérios e proporcionalidade

O que deverá ocorrer se nenhum dos três critérios de prevalência puder ser aplicado em caso de antinomia? Isso se verifica quando as normas conflitantes possuem o mesmo valor hierárquico, foram promulgadas simultaneamente e apresentam o mesmo grau de generalidade. Semelhante situação encontra-se frequentemente nos conflitos entre normas constitucionais.

Exemplo: os membros de um sindicato organizam uma passeata no centro da cidade, no horário comercial. Isto impõe fortes restrições ao trânsito, impedindo que uma parte da população locomova-se livremente. Aqui

o direito de reunião, garantido pela Constituição Federal (art. 5.º, XVI), entra em conflito com a liberdade de locomoção, também garantido pela Constituição (art. 5.º, XV). O que deverá fazer a polícia? Qual dos dois direitos deverá ser sacrificado?

Ambas as normas conflitantes são de nível constitucional, foram promulgadas no mesmo dia (05.10.1988) e não podem ser classificadas conforme o critério da especialidade, já que tratam de assuntos diferentes. Por tal razão, a antinomia não pode ser resolvida com os critérios geralmente aplicáveis.

Isso ocorre quase sempre nos conflitos entre direitos fundamentais ou entre normas constitucionais de baixa densidade normativa (“princípios”). O aplicador do direito deve resolver a antinomia analisando os interesses que entram em contradição. Em vez de afastar a aplicação de uma das normas, como acontece nas demais antinomias, deve tentar, na medida do possível, a *harmonização*. O aplicador deve otimizar todos os direitos ou princípios, sabendo que todos merecem a mesma proteção e nenhum pode ser sacrificado em prol do outro.¹³

A principal ferramenta para realizar a harmonização em casos de antinomias é a proporcionalidade, utilizada pela jurisprudência constitucional de vários países.¹⁴ Avaliando um caso de conflito entre direitos fundamentais ou princípios sob o prisma da proporcionalidade, é possível encontrar um ponto de equilíbrio. Examina-se, notadamente, se a limitação feita em um direito ou princípio para preservar um outro direito ou princípio é:

- adequada (permite alcançar a finalidade proposta) e
- necessária (não há um outro meio que permita alcançar a mesma finalidade, limitando menos o direito fundamental ou o princípio).

Exemplo: o pagamento de impostos é uma obrigação prevista na Constituição Federal. A mesma Constituição garante, porém, o direito de propriedade, uma vez que os impostos diminuem o patrimônio e, quando a alíquota for particularmente alta, pode causar o confisco do patrimônio. Se o contribuinte alegar a inconstitucionalidade da alíquota de um imposto, o tribunal deverá examinar sua adequação e, principalmente, sua necessidade, evitando uma injustificada restrição do direito de propriedade.

O exame da proporcionalidade gera problemas. As regras da adequação e da necessidade não se baseiam em critérios absolutamente certos e fixos, criando-se o risco de uma avaliação subjetiva por parte do juiz. Aqui também se faz

13. Alexy, 1994, p. 162.

14. Clérico, 2001; Barros, 2000; Steinmetz, 2001; Sarmiento, 2002, p. 27-40; Silva, 2002; Sanchís, 2005, p. 143-150; Dimoulis e Martins, 2010, p. 122-209.

necessária a detalhada *fundamentação* da decisão que resolve o conflito, para diminuir os riscos do subjetivismo e possibilitar a crítica.

Além disso, o aplicador do direito deve demonstrar a máxima cautela (“autolimitação”) durante o exame da proporcionalidade, evitando que suas posições subjetivas se sobreponham a avaliações constitucionais ou a medidas legislativas que delimitam o exercício dos direitos fundamentais e concretizam os princípios constitucionais (Martins, 2003).

Finalmente, quando há conflitos, dúvidas e controvérsias persistentes sobre a melhor forma de tratar antinomias reais no âmbito da Constituição, a solução mais condizente com a segurança jurídica e o princípio democrático é a intervenção do poder constituinte reformador. Uma emenda constitucional pode resolver de maneira autorizada e clara uma série de problemas que atormentam a prática do direito, tal como ocorre atualmente no Brasil com os problemas da reforma agrária, do salário mínimo ou do aborto.

6. Superação dos critérios de solução de antinomias pelo “diálogo das fontes”?

Alguns autores sustentam que, na atualidade, os critérios para solução de antinomias estariam superados. No conflito entre normas que regulamentam o mesmo tema, o aplicador não deveria optar por uma norma de acordo com os quatro critérios indicados. O certo seria realizar o “diálogo das fontes”, aplicando concomitantemente as normas ou optando pela norma ou combinação de normas que melhor atende as finalidades de proteção de determinados grupos de pessoas (Marques, 2005, p. 663-701; Marques, 2007).

Essa teoria nos parece em parte desnecessária (a) e em parte equivocada (b).

a) *Diálogo das fontes como sinônimo da interpretação sistemática*. A sugestão de harmonizar e adaptar mutuamente as normas (Marques, 2007, p. 91, 96; Marques, 2005, p. 693-701) está correta, mas não constitui novidade. Os autores mais tradicionais da teoria da interpretação jurídica insistem na necessidade de realizar interpretação sistemática (Lição 8, 3.2), preservando e harmonizando as normas jurídicas, quando isso for possível. Nesse aspecto, o “diálogo das fontes” usa um vocabulário diferente para apresentar a tradicional ideia da interpretação sistemática.

b) *Diálogo das fontes como equívoco teórico*. O problema surge quando não é possível harmonizar as normas. Havendo incompatibilidade, uma das normas deve ceder o lugar, total ou parcialmente. Exemplo: há frequentes conflitos entre o Código de Defesa do Consumidor (CDC) de 1990 e o Código Civil (CC) de 2002. Parte da doutrina e jurisprudência segue a proposta do diálogo das fontes e sugere dois critérios: optar pelo CDC, pois ele protege de maneira mais

intensa os direitos do consumidor do que o CC; verificar qual norma melhor protege o consumidor em cada caso, devendo ser aplicada sem levar em consideração os critérios rígidos da especialidade e da posterioridade (Marques, 2005, p. 689-693).

O art. 27 do CDC prevê que a pretensão do consumidor para reparação de danos causados pelo produto ou serviço prescreve em 5 anos. Já o art. 205 do CC prevê prazo prescricional de 10 anos sem, contudo, derogar o dispositivo do CDC. Já que não podemos harmonizar, pergunta-se qual é a norma aplicável.

Pela proposta do diálogo das fontes se aplica o prazo maior do Código Civil porque melhor protege os consumidores (Marques, 2006, p. 430). Ora, a proteção do consumidor é um preceito da Constituição Federal (art. 5.º, XXXII), ao lado da livre iniciativa na economia (art. 170) e da proteção da propriedade privada (art. 5.º, XXII). A proteção do consumidor não é um valor constitucional superior aos demais (como equivocadamente se afirma, comparando o Código Civil como os espaços comuns de um prédio e o Código de Defesa do Consumidor com um apartamento de cobertura que dá privilégios especiais aos consumidores – Marques, 2007, p. 93-94). Todos os direitos proclamados na Constituição são igualmente fundamentais e todos os seus titulares merecem a mesma proteção.

No caso do prazo prescricional, aplica-se o art. 27 do CDC. Segundo o referido art. 9.º da Lei Complementar 95 de 1998, modificado pela Lei Complementar 107 de 2001, aplica-se a lei mais nova se houver revogação expressa. Se não, continua aplicável a lei anterior para os assuntos específicos que ela regulamenta. Nesse caso, o Código Civil não revogou expressamente o art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, que, por isso, permanece em vigor.

Para aprofundar o conhecimento

Bergel, 2001-a, p. 169-175; Bobbio, 1991, p. 71-114; Celotto, 2000; Diniz, 1998, p. 385-394; Engisch, 1988, p. 309-342; Ferraz Jr., 2001, p. 202-211; Justo, 2003, p. 365-392; Marques, 2007; Modugno, 2000, p. 104-112; Perelman, 1965.

Lição 12

O SUJEITO DE DIREITO E SEUS DIREITOS

SUMÁRIO: 1. Definição do sujeito de direito – 2. Categorias de sujeitos de direito: 2.1 Pessoa física; 2.2 Pessoa jurídica; 2.3 Entes despersonalizados – 3. Direito subjetivo – 4. Direitos, deveres e garantias fundamentais.

1. Definição do sujeito de direito

O direito regulamenta o nosso comportamento e nos considera como “sujeitos de direito”. “Sujeito” provém do latim *subjectus*, que indica o indivíduo ou grupo que é *submetido* ao poder de outrem, ou seja, designa uma situação de subordinação, de submissão. Nesse sentido, dizemos que alguém está sujeito a sanções.

O termo “sujeito” adquiriu na filosofia ocidental um segundo sentido, quase oposto: passou a indicar o ser humano que pode raciocinar e agir livremente, tendo a capacidade de dominar as coisas e o mundo. O sujeito transforma-se em elemento que domina os objetos. Quando a propriedade se define como relação exclusiva entre um sujeito e um objeto, o, sujeito não é o elemento submetido, mas indica aquele que exerce o poder, o domínio da coisa.

Na área jurídica, o termo “sujeito de direito” possui basicamente o segundo significado. Indica o titular de um direito, ou seja, a pessoa ou entidade que possui a capacidade de adquirir um direito ou assumir uma obrigação, impondo sua vontade e preservando seus interesses.

O primeiro sentido do termo (sujeição a um poder superior) continua presente no direito. Com efeito, só pode ser sujeito de direito quem for reconhecido como tal pelo ordenamento jurídico, por meio de normas que lhe conferem essa capacidade.

Isso significa que o termo não indica a superioridade e a independência, nem é um atributo natural do ser humano. É uma qualidade conferida única e exclusivamente pelo ordenamento jurídico, que pode reconhecer ou não a determinadas pessoas a qualidade de sujeito de direito. Basta lembrar dos escravos que, durante séculos, não eram sujeitos, mas simples objetos de direito, uma situação que perdurou até o final do século XIX, no Brasil. Por outro lado, o di-