

Relativização dos critérios clássicos de solução de antinomia pela aplicação da teoria dos princípios

Iuri de Castro Gomes

Advogado da CAIXA na Bahia

Especialista em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito – Instituto Excelência (Juspodivm)

Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia – UFBA

RESUMO

O presente estudo busca aferir se os critérios clássicos de solução de antinomia, quais sejam, especialidade, cronologia e hierarquia, sofrem o influxo da teoria dos princípios, permitindo, assim, que outros princípios/ponderações determinem qual norma antinômica deve prevalecer. Trata-se de trabalho teórico que se debruça sobre a antinomia e seus critérios clássicos de solução, a teoria dos princípios e sua relação com os conceitos lógico-jurídicos e jurídico-positivos, o positivismo e o pós-positivismo. A tese é que especialidade, cronologia e hierarquia são conceitos jurídico-positivos e, devido a tal circunstância, estão afetos a considerações axiológicas e ponderações, de tal sorte que é possível a inserção de uma cláusula de exceção nos critérios clássicos de solução de antinomia.

Palavras-chave: Antinomia. Critérios clássicos. Relativização. Teoria dos princípios.

ABSTRACT

This study aims to assess whether the classic solution of the antinomy criteria, including specialty, chronology and hierarchy, suffer the influx of the principles of the theory, thus allowing other principles/considerations determine which antinomian standard shall prevail. This is theoretical work, which focuses on the antinomy and its classic criteria of solution, theory principles and their relationship with the logical-legal and legal-positive concepts, positivism and post-positivism. The thesis is that specialty chronology and hierarchy are positive legal concepts and because of that fact are the affections axiological considerations and weightings in such a way that it is possible to insert a clause except the classical criteria of solution of the antinomy.

Keywords: Antinomy. Classical criteria. Relativization. Theory principles.

Introdução

A análise da antinomia e dos respectivos métodos de solução remonta à Antiguidade. Por isso mesmo, há uma espécie de consenso doutrinário no sentido de que existem apenas três critérios a solver a contradição entre regras: o hierárquico, o cronológico e o de especialidade.

Isso não significa, porém, que o tema esteja esgotado. A intenção deste ensaio é justamente trazer uma visão diferente a algo que muitos operadores do direito aceitam como verdadeiro dogma.

O percurso proposto é o seguinte. Primeiro será analisada a antinomia e seus critérios de solução na forma clássica, identificando-se os principais problemas dessa concepção. Depois, o marco teórico do trabalho, a teoria dos princípios, será destrinchado. Para haver rigor metodológico, a teoria dos direitos fundamentais desenvolvida por Robert Alexy constituirá a base do raciocínio, havendo referência a Humberto Ávila apenas naquilo em que ambos os autores convergirem.

Isso feito, demonstrar-se-á que especialidade, cronologia e hierarquia são conceitos jurídico-positivos e, devido a tal circunstância, estão afetos a considerações axiológicas e ponderações, de tal sorte que, a depender da antinomia a que se esteja defronte, é possível incluir, por meio do sopesamento, uma cláusula de exceção nos critérios clássicos. A fim de comprovar a tese, um exemplo corriqueiro, mas pouco percebido, de relativização dos critérios clássicos de solução de antinomia será exibido.

Destarte, a ideia fulcral é que, por serem conceitos jurídico-positivos, os critérios da especialidade, cronologia e hierarquia sofrem os influxos da teoria dos princípios, permitindo, assim, que outros princípios/ponderações determinem qual norma antinômica deve prevalecer.

Com tal tese, concilia-se ordem e segurança, promovidas pela previsão antecipada de critérios de solução de antinomia, com a justiça, já que eventuais iniquidades causadas pela incidência dos critérios clássicos podem ser sanadas pela aplicação da teoria dos princípios, identificando-se por meio de sopesamentos a norma prevalecente.

1 Antinomia na concepção clássica

Para os clássicos, é pressuposto do ordenamento jurídico a existência de duas ou mais regras. Contudo, é essa inevitável pluralidade normativa que ocasiona os principais problemas do próprio ordenamento, quais sejam: a unidade, a sistematicidade e a completude (BOBBIO, 1995, p. 34-35).

As indagações sobre a unidade e a completude, conquanto de alta relevância, não serão tratadas neste ensaio. Aqui interessa apenas a questão da sistematicidade do ordenamento jurídico do ponto de vista clássico.

Em um sentido mais técnico e preciso, diz-se que um ordenamento é um sistema porque nele são travadas relações internormativas de compatibilidade, de tal sorte que há uma exigência de coerência entre as regras que o integram (BOBBIO, 1995, p. 80).

Chama-se a situação patológica de incompatibilidade entre regras de um ordenamento de antinomia jurídica. É de frisar-se que, por não vislumbrarem normatividade e/ou eficácia jurídica nos princípios gerais do direito, bem como nos princípios constantes no ordenamento, os clássicos só entendem por antinomia a contradição entre regras. Logo, norma é sinônimo de regra; e a antinomia, por conseguinte, dá-se entre regras.

Mas no que bem consiste essa incompatibilidade? É o que se verá a seguir.

1.1 Definição de antinomia

Segundo Diniz (1998, p. 19), “antinomia é a presença de duas normas conflitantes, sem que se possa saber qual delas deverá ser aplicada ao caso singular”. O problema de tal conceito é sua demasiada amplitude, pois não se define efetivamente quando há conflito/antinomia.

De outra banda, com base nos modais deonticos, Bobbio (1995, p. 86) define antinomia como a “situação na qual são colocadas em existência duas normas, das quais uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento”. Nesse caso, delimitam-se as hipóteses em que há conflito, embora aquém das reais possibilidades.

Por isso que é a partir da estrutura clássica da regra jurídica – “dada uma situação hipotética X, deve ser Y” – que melhor se compreende a essência da antinomia. A rigor, haverá antinomia quando normas com a mesma hipótese de incidência possuírem comandos inconciliáveis. Dessa feita, tem-se uma antinomia jurídica quando uma norma dispõe que “dado o substrato fático A, deve ser B”, enquanto outra preceitua que “dado o mesmo substrato fático A, deve ser C”, e ambos os comandos são excludentes entre si.

Tal relação de exclusão significa que, na antinomia, o destinatário das normas, para obedecer a uma, deve violar a outra, e vice-versa (FERRAZ JR., 2003, p. 210). Não fosse assim, ter-se-ia tão somente um acúmulo de comandos em relação a uma determinada

hipótese de incidência. São nesse sentido as lições de Kelsen (1998, p. 143), embora sem fazer referência expressa à estrutura da norma jurídica:

Um tal conflito de normas surge quando uma norma determina uma certa conduta como devida e outra norma determina também como devida uma outra conduta, inconciliável com aquela. Assim sucede, por exemplo, quando uma das normas determina que o adultério deve ser punido e a outra que o adultério não deve ser punido; ou quando uma das normas determina que o furto deve ser punido com a morte e a outra determina que o furto deve ser punido com a prisão (e, portanto, não é com a morte que deve ser punido).

Logo, está-se diante de uma antinomia quando, em relação a um caso específico, existem no ordenamento jurídico duas regras incompatíveis, quer dizer, impassíveis de conformação, seja porque impõem duas obrigações em sentido oposto, seja porque uma proíbe o que a outra permite/obriga, ou ainda seja porque uma obriga e a outra permite e não é possível conformar-se a uma sem violar a outra (PERELMAN, 1998, p. 54).

Compreendido o problema, é preciso passar para sua solução. Portanto, após visto em que consiste a antinomia do ponto de vista clássico, serão analisados os critérios tradicionais de solução do conflito normativo.

1.2 Critérios clássicos para solução de antinomia

Como a antinomia é uma situação indesejada, para a manutenção do caráter sistemático do ordenamento jurídico, impõe-se a eliminação de uma das normas contrastantes. Sobre isso não há qualquer dúvida. O que tem causado espécie, e sido objeto de estudo desde o Direito Romano, é a questão atinente a qual das normas deve ser mantida em detrimento daquela que será afastada.

Segundo Engisch (1988, p. 313-314), “a jurisprudência, com o decorrer dos séculos, elaborou a este propósito uma série de regras que servem para harmonizar as normas e, portanto, para evitar os conflitos entre elas”. São os exaustivamente conhecidos critérios da hierarquia, especialidade e cronologia.

1.2.1 Hierarquia

Lex superior derogat legi inferior. Quer dizer, a norma de nível hierárquico superior revoga a norma de nível inferior. Dito critério baseia-se na estrutura escalonada do ordenamento jurí-

dico elaborada por Kelsen e tem por fundamento o fato de as normas de nível inferior possuírem, em tese, um poder normativo menor que as normas hierarquicamente superiores (BOBBIO, 1995, p. 93).

Significa que, como a Constituição é a legítima representação da soberania popular, quanto mais distante o patamar normativo dessa vontade soberana, menor sua eficácia jurídica. Exatamente em função disso é que as normas superiores preponderam sobre as inferiores.

No ordenamento jurídico pátrio não há qualquer dúvida acerca desse escalonamento e, por conseguinte, da existência do critério da hierarquia, na medida em que a supremacia e a rigidez da Constituição Federal de 1988 revelam pelo menos dois níveis de normas: as constitucionais e as infraconstitucionais. Deveras, o controle de constitucionalidade praticado pelo Judiciário, sobretudo pelo Supremo Tribunal Federal, seja concreto ou abstrato, comprova a supremacia constitucional.

Há ainda a previsão de um terceiro degrau de normatividade no ordenamento pátrio. Com efeito, a competência do presidente da República, nos termos do artigo 84, IV, da Constituição, para expedir decretos regulamentando a fiel execução das leis revela a existência, pelo menos, de um terceiro patamar normativo.

1.2.2 Especialidade

Lex specialis derogat generali. Ou seja, a norma especial revoga a geral. Tal critério tem por fundamento a igualdade material, pois visa tratar situações desiguais na medida de suas desigualdades.

A razão de ser desse critério é simples. Entende-se que a norma especial deve prevalecer porque nela o legislador dá um tratamento diferenciado a fatos mais especificados, regulando a matéria atento às idiosincrasias, dando a cada um o que é seu, conforme a noção de justiça de Ulpiano.

Em consagração ao critério da especialidade, o artigo 2º, § 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro reza que “a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”. Daí se conclui também, como se verá a seguir, que no confronto entre os critérios da cronologia e especialidade prevalece o último.

1.2.3 Cronologia

Lex posterior derogat priori. Em outras palavras, a norma posterior derroga a norma anterior. Trata-se da noção jurídica básica

de que a vontade posterior revoga a precedente. Especificamente em relação à atividade legiferante, Kelsen (1998, p. 144) explica:

Como o órgão legislativo - v. g. o monarca ou o parlamento - é normalmente competente para a produção de normas modificáveis e, portanto, derogáveis, o princípio *lex posterior derogat priori* pode ser considerado como incluído, co-envolvido, na atribuição da competência.

Aliás, quando se pensa na criação de normas, percebe-se facilmente que, por uma questão de progresso jurídico e adaptação do Direito às exigências sociais, a norma mais recente é a que deve prevalecer (BOBBIO, 1995, p. 93).

No direito positivo pátrio, o supracitado critério de resolução de antinomias está consagrado no artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o qual dispõe que “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”.

Afora isso, ao garantir o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada como direitos fundamentais, a Constituição também acaba por consagrar o critério da cronologia. Ora, se a intenção é impedir a retroatividade da lei nova, é porque a norma mais recente deve prevalecer em face da mais antiga, pelo menos a partir de quando se inicia sua vigência.

1.3 Conflito entre critérios: antinomia de segundo grau

Nem sempre a aplicação isolada dos critérios da especialidade, hierarquia e cronologia tem o condão de resolver as antinomias jurídicas. É que, em determinados casos, os próprios critérios entram em conflito, já que mais de um pode ser aplicado. Cuida-se da chamada antinomia de segundo grau. Para resolver esse tipo especial de conflito normativo, desenvolveu-se uma ordem de preferência entre os critérios da especialidade, cronologia e hierarquia.

Assim, na antinomia entre uma norma anterior superior e uma norma posterior inferior, prevalece a anterior superior, uma vez que o critério hierárquico prefere ao cronológico. Isso porque, se o critério cronológico prevalecesse sobre o hierárquico, a norma superior deixaria de ser fundamento de validade da inferior, de tal sorte que a estrutura hierárquica do ordenamento teria fim (BOBBIO, 1995, p. 107-108).

Na contradição entre uma norma superior geral e uma inferior especial, prevalece a superior geral, porquanto o critério da hierarquia pretere o da especialidade. Apesar de haver alguma

recalcitrância, Bobbio (1995, p. 109), mesmo considerando a importância do critério da especialidade, entende que, caso fosse admitido que uma lei ordinária especial pudesse derogar normas constitucionais, os princípios fundamentais do ordenamento rapidamente se esvaziariam de conteúdo.

No conflito entre uma norma anterior especial e uma norma posterior geral, prevalece a anterior especial, pois o critério da especialidade sobrepõe-se ao da cronologia.

Da análise das situações expostas, nota-se que o único critério com prevalência absoluta, em tese, é o da hierarquia. Com efeito, se normas especiais ou posteriores prevalecessem sobre aquelas da Constituição, a própria ordem hierárquica do direito seria violada, mitigando-se, por consequência, os direitos e garantias fundamentais (BOBBIO, 1995, p. 107-109).

1.4 Fundamento dos critérios clássicos de solução de antinomia

Servem os critérios clássicos de antinomia para conferir segurança jurídica ao ordenamento jurídico. Diante de um eventual conflito entre regras, pela aplicação dos critérios e dos metacritérios, já se sabe previamente a norma a ser seguida. Mas há hipóteses em que nenhum dos metacritérios consegue resolver a antinomia. Basta pensar em duas normas antinômicas contemporâneas, do mesmo nível e ambas gerais.

Percebe-se, pois, uma falibilidade na aplicação dos critérios clássicos. Mesmo se seguida a lógica por eles proposta, chega-se a um ponto em que a aplicação dos critérios não resolve a antinomia. Já se tem aqui um indício de que a aplicação inflexível da especialidade, da cronologia e da hierarquia leva a impasses absolutos e à injustiça.

A bem da verdade, a forma clássica de resolver o conflito normativo deixa em segundo plano as considerações acerca da justiça, porquanto não se questiona qual a norma melhor ou a mais justa. Conquanto se resolva o problema, não há uma preocupação com a correção da resposta. Também com esse pensar, Bobbio (1995, p. 93) afirma:

O que antinomia e injustiça têm em comum é que ambas dão lugar a uma situação que pede uma correção: mas a razão pela qual se corrige a antinomia é diferente daquela pela qual se corrige a injustiça. A antinomia produz incerteza, a injustiça produz desigualdade, e portanto a correção obedece nos casos a diferentes valores, lá ao valor ordem, aqui ao da igualdade.

Ora, se em todo ordenamento há uma tensão entre segurança jurídica e justiça, não seria diferente com a antinomia jurídica e seus critérios de solução. Há um verdadeiro paradoxo: a segurança jurídica exige a aplicação do direito positivo, mesmo quando este é injusto; e a justiça exige, em certas circunstâncias, que nos afastemos do direito positivo (ENGISCH, 1988, p. 320).

Nesse contexto, a aplicação inexorável dos critérios clássicos de solução de antinomia leva à manutenção da ordem, mas, a depender do caso concreto, pode afastar o ideal de justiça. Devido a tal fato, é preciso ter em mente que não são concebíveis verdades jurídicas absolutas, mas sempre certezas relativas e provisórias (SOARES, 2010, p. 71). Assim deve ser também com a especialidade, a hierarquia e a cronologia.

Para mitigar as distorções geradas pela incidência inflexível dos critérios clássicos, este ensaio propõe uma leitura da especialidade, cronologia e hierarquia à luz da teoria dos princípios de Robert Alexy, cujo conteúdo será perscrutado no tópico a seguir.

2 Teoria dos princípios

As concepções do que seja direito dependem da relação de prevalência existente entre ordem, eficácia social e justiça. Quando há um peso absoluto para a ordem e a eficácia social, há uma definição de direito lógico-jurídica e positivista. É o que acontece com a teoria de Kelsen, para quem qualquer conteúdo pode ser direito. De outro lado, o conceito de direito preocupado apenas com a correção do conteúdo normativo torna o reconhecimento, a interpretação e a aplicação do direito vigente uma árdua tarefa, em razão do caos (ALEXY, 2007).

É nesse contexto que se insere a concepção de direito de Robert Alexy – a teoria do discurso do Estado constitucional democrático –, cujo objetivo é buscar justiça, mantendo um mínimo de ordem e eficácia social. Trata-se de uma teoria pós-positivista, já que busca uma racionalização argumentativa dos valores constantes nas normas constitucionais, sobretudo naquelas relativas a direitos fundamentais.

Este ensaio, todavia, por uma questão de delimitação de objeto, restringir-se-á à parte da obra de Alexy (2012) em que há a distinção entre regras e princípios, a relação de tais normas entre si, bem como a conexão do modelo de princípios com valores. Em complementação às ideias de Alexy, ensinamentos de Ávila (2013) sobre a teoria dos princípios também serão utilizados naquilo em que não haja divergência entre os autores.

Pois bem. No seu ideal de direito, Alexy categoriza a norma jurídica, enquanto expressão do dever-ser, em regras e princi-

os. Segundo a dicotomia, princípios são mandamentos de otimização, pois ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, podendo, em função disso, ser satisfeitos em variados graus (ALEXY, 2012, p. 90).

Nessa senda, os princípios não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*, porque da incidência de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso (ALEXY, 2012, p. 103-104). A bem da verdade, princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas, de tal sorte que não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas (ALEXY, 2012, p. 103-104).

É por serem mandamentos de otimização que os princípios implicam a máxima da proporcionalidade. A submáxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as submáximas de necessidade e de adequação decorrem na natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas (ALEXY, 2012, p. 116-120).

Regras, de seu turno, são determinações de âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível, de modo que são sempre satisfeitas ou insatisfeitas, na medida em que nelas há uma descrição precisa do que se exige, possuindo, portanto, uma determinação de extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas (ALEXY, 2012, p. 91).

Por certo, a distinção entre regras e princípio fica clarividente quando se analisa o comportamento das duas espécies de normas em caso de conflito: as regras entram em conflito na dimensão da validade, enquanto os princípios colidem na dimensão peso.

Explica-se. Em um conflito de regras, ou se insere uma cláusula de exceção para eliminar o conflito, ou se declara inválida uma das normas contraditórias, já que não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios possam coexistir (ALEXY, 2012, p. 92). Nesses casos, a solução para antinomia dá-se pelo uso dos critérios clássicos de solução de antinomias já estudados (ALEXY, 2012, p. 93).

Quanto às cláusulas de exceção, são elas incluídas em um processo de valoração de argumentos e contra-argumentos, isto é, de ponderação, em que o sopesamento feito pelo legislador é superpujado pela existência de razões contrárias que superem axiologicamente a razão que sustenta a própria regra (ÁVILA, 2013, p. 60). Nesse processo, todas as submáximas da proporcionalidade entram em cena para avaliar se a regra promove o princípio que a

inspira; se haveria meio distinto do previsto na regra que promovesse com igual intensidade o princípio perseguido, mas que interviesse menos nos princípios em tensão; e se as razões contrárias superam as razões que sustentam a regra. Aí estão, respectivamente, as submáximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Não se olvide que as regras são resultados de imprecisas generalizações feitas pelo legislador, de modo que alguns casos deixam de ser mencionados na hipótese de incidência e outros são mal incluídos (ÁVILA, 2013, p. 62). Portanto, a ponderação figura como instrumento de releitura da regra.

De outro giro, se dois princípios colidem, embora um deles tenha de ceder, isso não significa que o princípio será declarado inválido ou afastado. Com efeito, isoladamente considerados, os princípios conduzem a uma contradição, na medida em que um restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro, mas, nas circunstâncias do caso concreto, há o estabelecimento de uma relação de precedência (ALEXY, 2012, p. 93-94).

A propósito, as condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência. É a chamada lei de colisão dos princípios, por meio da qual se reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização, ante a inexistência de relação absoluta de precedência e a sua referência a ações e situações não quantificáveis (ALEXY, 2012, p. 94-99).

Isso posto, fica mais fácil compreender a relação existente entre regras e princípios no ordenamento jurídico. Deveras, regra é uma razão para um juízo concreto de dever ser e, portanto, uma razão definitiva. Princípios são, ao contrário, razões *prima facie*. O caminho que vai do princípio à regra, ou seja, do direito *prima facie* até o direito definitivo, passa pela definição de uma relação de precedência, o que, segundo a lei de colisão, é a definição de uma regra (ALEXY, 2012, p. 106-108).

Nesse sentido, é possível afirmar que sempre que um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, então esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto. Em outras palavras: o resultado do sopesamento de princípios é uma regra (ALEXY, 2012, p. 106-108).

É preciso atentar ainda para o fato de Alexy (2012, p. 144-153) equiparar o modelo de princípios ao de valores. Para o aludido autor, o modelo de princípios e o modelo de valores mostram-se, na sua essência, estruturalmente iguais, exceto pelo fato de o pri-

meio situar-se no âmbito deontológico – daquilo que deve ser – e o segundo no âmbito axiológico, o âmbito do bom. Tanto axiologicamente quanto deontologicamente, buscam-se critérios para otimização, seja no que é bom, seja no que deve ser. No final das contas, ao sopesar-se princípios está-se, por via oblíqua, ponderando valores.

3 Aplicação da teoria dos princípios aos critérios clássicos de solução de antinomia

Delineados os contornos gerais da teoria dos princípios, cumpre agora, como prometido, aplicar tal concepção de direito aos critérios clássicos de solução de antinomia. Há, contudo, um pressuposto básico para que a teoria dos princípios possa operar diante da especialidade, da hierarquia e da cronologia: serem ditos critérios jurídico-positivos, e não lógico-jurídicos.

Conceito é uma forma de pensamento com a qual se apreende um sentido de determinado dado conteudístico (ÁVILA, 2010, p. 176). Destarte, é um elemento essencial ao direito, porquanto possibilita a compreensão dos objetos jurídicos cognoscíveis.

Na ciência jurídica, os conceitos podem ser lógico-jurídicos ou jurídico-positivos. O emprego mais famoso dessa classificação foi realizado por Hans Kelsen. O jurista austríaco tratava a constituição em dois planos. Em um estava a norma hipotética, fundamento transcendental de validade de todo o sistema; no outro, a constituição positiva, a prevista no ordenamento jurídico. O primeiro plano é o lógico-jurídico; o segundo é o jurídico-positivo (SILVA NETO, 2006, p. 28-29).

Na doutrina pátria, Borges (1999, p. 94-95), abordando o tema do lançamento tributário, é quem melhor apresenta o caráter dicotômico dos conceitos. Para ele, jurídico-positivos são conceitos que somente podem ser apreendidos *a posteriori*, empiricamente, após o conhecimento de um determinado direito positivo, aplicáveis, portanto, a um âmbito de validade restrito ao espaço e ao tempo.

Reputar um conceito como jurídico-positivo, nessa senda, significa ser ele resultado da análise do direito positivo, ou seja, do conjunto de regras e princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis em um determinado Estado (GARRIDO, 2006, p. 130).

Quanto aos conceitos lógico-jurídicos, pelo brilhantismo, basta a transcrição das palavras de Borges (1999, p. 94-95) para entender seu significado:

Contrapõem-se os conceitos lógico-jurídicos. São estes obtidos *a priori*, com validade constante e permanente,

sem vinculação, portanto, com as variações do Direito Positivo. [...]

Os conceitos lógico-jurídicos constituem pressupostos fundamentais para a ciência jurídica. Entre esses pressupostos essenciais estão as noções de direito subjetivo, dever jurídico, objeto, relação jurídica etc. Correspondem, pois, à estrutura essencial de toda norma jurídica. Conseqüentemente, não são exclusivos de determinado ordenamento jurídico, mas comum a todos. Não são dados os conceitos lógico-jurídicos empiricamente, porque são alheios a toda experiência. São necessários a toda realidade positiva, efetivamente existente, historicamente localizada ou apenas possível, precisamente porque funcionam como condicionantes de todo pensamento jurídico.

Dedutíveis a partir de uma lógica pura e formal fundada na razão/pensamento, independem tais conceitos da experiência, nada informando sobre o conteúdo concreto da norma jurídica, o que justamente os torna universais e absolutos (GARRIDO, 2006, p. 131-136).

Não se trata, porém, de classificação inútil. A utilização de uma ou outra espécie de conceito denota o perfilhamento de correntes hermenêuticas e jusfilosóficas bem distintas: os conceitos lógico-jurídicos estão jungidos ao positivismo, enquanto os jurídico-positivos estão atrelados ao pós-positivismo.

Em breve síntese¹, na linha de intelecção de Dimoulis (2006, p. 276), positivismo jurídico em sentido estrito é a teoria do direito segundo a qual a validade e a interpretação das normas jurídicas do direito posto independem de valores morais/políticos. Para o aludido paradigma, o objeto de estudo do direito não compreenderia a avaliação moral, não interessando os valores consagrados pelo direito positivo, mas tão somente sua forma (DIMOULIS, 2006, p. 100-101). Isso porque o conteúdo do direito é infinitamente variado, dada sua capacidade de regular qualquer conduta humana, de modo que não interessaria o que ele estabelece, e sim como atua (BOBBIO, 1995, p. 145).

Dessa forma, se de um lado o positivismo jurídico olvida o problema da justiça, de outro prioriza as preocupações com os valores da ordem e segurança, subordinando o exame da legitimidade do direito à especial observância dos critérios de validez formal que presidem a produção das normas jurídicas (SOARES, 2010, p. 52).

¹ *Não se quer aqui esgotar os caracteres e peculiaridades do positivismo e do pós-positivismo. Para os fins deste ensaio, é suficiente a diferença mais relevante entre as correntes, qual seja, o distanciamento entre direito e moral no positivismo e sua ulterior reaproximação com o paradigma pós-positivista.*

Deveras, procedeu a corrente positivista, influenciada pela concepção puramente experimental das ciências naturais, a um verdadeiro recorte metodológico, a fim de reduzir o objeto jurídico à fração possível de ser analisada com neutralidade: o aspecto lógico.

Com isso, depreende-se que os conceitos lógico-jurídicos são obtidos justamente por meio do positivismo metodológico, método de estudo do direito baseado na neutralidade, que emprega critérios avaliativos para descrever o sistema jurídico (DIMOULIS, 2006, p. 100). Aliás, é lícito afirmar que os conceitos lógico-jurídicos representam o maior refinamento do positivismo, pois, de tão neutros, explicam estruturas lógico-formais presentes em todos os ordenamentos jurídicos.

Acontece que, por serem neutros, formais e sem correlação com o conteúdo da norma, não servem os conceitos lógico-jurídicos à aplicação do direito. Como bem lembra Larenz (1997, p. 315), embora a observância das regras lógicas seja uma condição fundamental de todo pensamento, uma doutrina que se satisfizesse com a explanação das relações lógicas contribuiria para a solução dos problemas jurídicos tanto como nada.

Com base em sua teoria da argumentação, Perelman (1998, p. 5) chega à mesma conclusão, aduzindo que, apesar de a análise das diferentes aplicações das leis e das regras lógicas universais nos diversos campos dos saberes jurídicos ser bastante interessante, é vão tentar estudar uma lógica jurídica no sentido próprio do termo, pois ela não existe.

Já o pós-positivismo consiste em um modelo de interpretação e aplicação do direito que envolve o recurso permanente a instâncias intersubjetivas de valoração, cujos dois pilares básicos são o estabelecimento de uma interconexão entre direito, moral e política e o desenvolvimento de uma crítica contundente à concepção formalista e axiologicamente neutra do positivismo jurídico (SOARES, 2010, p. 72 e 112). Nessa senda, é o magistério de Barroso (2006, p. 27-28):

O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais. [...] O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregna-

ra o Direito. [...] Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade. O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito.

Isso significa que o paradigma pós-positivista reaproxima o direito da moral. O conteúdo do direito, ou seja, os valores sociais petrificados nas normas jurídicas, passa a ser o ponto fulcral do problema jurídico. Busca-se um ideal de justiça, mas o ordenamento jurídico é mantido como o ponto de partida para a resolução das controvérsias, afinal é nele que estão consagrados os valores relevantes de determinada comunidade.

Assume o modelo pós-positivista que o legislador, ao estatuir uma norma, seja uma regra ou um princípio, guia-se por considerações de justiça e oportunidade determinadas, em última instância, por valorações, as quais devem ser desvendadas pelo intérprete para lhe precisar o alcance, uma vez que a teoria e a aplicação do direito compreendem um pensamento orientado a valores (LARENZ, 1997, p. 298-299).

Ao contrário do que ocorre na lógica formal propugnada pelo positivismo, na qual se busca tornar a conclusão uma decorrência causal de premissas preestabelecidas, no pós-positivismo os resultados interpretativos não derivam de demonstrações científicas, mas de deliberações e controvérsias que dizem respeito aos meios de persuadir e de convencer pelo discurso, de criticar as teses do adversário, de defender e justificar as suas próprias, valendo-se de argumentos mais ou menos fortes (PERELMAN, 1998, p. 2 e 243).

Por serem retirados do conteúdo da norma jurídica, isto é, do valor nela impregnado, os conceitos jurídico-positivos, diferentemente dos lógico-jurídicos, prestam-se à resolução dos casos concretos, e não à construção de meros teoremas lógico-formais. Servem, pois, à imediata aplicação do direito, pelo que se aproximam da teoria pós-positivista.

A propósito, se no positivismo há um recorte metodológico, no pós-positivismo há um alargamento do objeto de estudo. Apropriando-se de elementos da teoria tridimensional do direito proposta por Reale (2002), é possível asseverar que o objeto do direito, com o pós-positivismo, passou a ser o fato, o valor e a norma.

Dito isso, a questão que se põe é a seguinte. Se lógico-jurídicos, os critérios da especialidade, hierarquia e cronologia aplicam-se de forma absoluta; afinal, a lógica é neutra, não comportando relativizações. Por outro lado, caso tais critérios sejam jurídico-positivos,

tivos, sofrem eles o influxo de considerações axiológicas, o que permite ponderações e mitigações.

Firmadas essas premissas, conclui-se que, não obstante a antinomia seja um conceito lógico-jurídico, porquanto passível de existência em qualquer ordenamento jurídico, os critérios clássicos de solução são jurídico-positivos.

Como visto em ponto anterior, a ideia de ordenamento jurídico, ou seja, de pluralidade normativa, conduz inevitavelmente à questão da sistematicidade e, por conseguinte, do conflito normativo. Destarte, a antinomia pode ser entendida como um conceito universal, absoluto e neutro. Trata-se de um problema insito aos ordenamentos jurídicos.

O mesmo não ocorre, porém, com os critérios de solução de antinomia. Os critérios de resolução podem ser os mais variados, devendo cada ordenamento eleger os mais apropriados. Já houve o tempo em que o critério da norma mais favorável ao cidadão era o aplicado. No entanto, os mais afamados e mais utilizados são os da hierarquia, da cronologia e da especialidade.

Registre-se que cada critério clássico de solução busca a concretização de um princípio/valor. A especialidade persegue a igualdade. A hierarquia visa ao princípio formal da soberania popular. A cronologia perscruta a adaptação do direito às exigências sociais, ou seja, busca a norma justa. Em razão disso, quando se fala em conflito entre os critérios de solução, o que se está ponderando são justamente os princípios que embasam cada um dos critérios.

Ora, se os critérios de solução de antinomia representam valores e princípios, é porque se inserem no âmbito dos conceitos jurídico-positivos. Diniz (1998, p. 33 e 52) compartilha de pensamento semelhante ao aqui exposto:

Tais critérios não são princípios lógicos, assim como o conflito normativo não é uma contradição lógica. São critérios normativos, princípios jurídico-positivos, pressupostos implicitamente pelo legislador, apesar de se aproximarem muito das presunções.

[...] os referidos critérios não são axiomas, visto que gravitam ao lado de considerações valorativas, fazendo com que a lei seja aplicada de acordo com a consciência popular e com os objetivos sociais. Portanto, excepcionalmente, o valor *justum* deve lograr entre duas normas incompatíveis.

Seguindo o mesmo raciocínio, Engisch (1988, p. 314) explica que os critérios de solução de antinomia não são uma evidência lógica, na medida em que, certas vezes, topam com dificuldades de ordem teórica, a exemplo das antinomias de segundo grau.

Todavia, no caso do ordenamento pátrio, o caráter jurídico-positivo dos critérios da especialidade, cronologia e hierarquia está estreme de dúvida. Os dois primeiros estão previstos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ao passo que o último pode ser inferido da Constituição de 1988. São verdadeiras regras com pretensão de definitividade.

A consequência de os critérios clássicos serem conceitos jurídico-positivos, ou melhor, regras positivadas, é a possibilidade de superação da especialidade, da cronologia e da hierarquia, bem como dos metacritérios, a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto. Dito de outra forma: dadas as circunstâncias fáticas e jurídicas presentes no caso concreto em antinomia, é viável incluir cláusulas de exceção em tais critérios e, a partir daí, escolher entre as normas conflitantes aquela que, embora não seja especial, posterior ou superior, represente a correta ponderação de princípios.

Na aplicação dos critérios clássicos de solução de antinomia, não raro as imprecisas generalizações feitas pelo legislador deixam de incluir casos na hipótese de incidência ou incluem mal outros fatos. A circunstância deve-se à exacerbada generalidade da hipótese de incidência dos critérios clássicos, cuja aplicação depende somente da existência de uma antinomia e da análise da posterioridade, da superioridade ou da especialidade da norma. O conteúdo das normas em conflito, todavia, é relegado, de modo que não entra em debate a apreciação da ponderação que cada regra conflitante representa. Mais um motivo para entender-se que, sendo jurídico-positivos, os critérios clássicos de solução de antinomia, não obstante sua pretensão de definitividade, são relativos.

O que se vê diuturnamente, porém, na prática do direito, é a aplicação de tais critérios como se conceitos lógico-jurídicos fossem. Os operadores aplicam-nos de forma matemática e impensada, obedecendo de forma absoluta tanto aos critérios quanto aos metacritérios. O resultado é a aplicação de normas injustas, destoantes da mais acertada ponderação dos princípios constitucionais.

Na verdade, os critérios clássicos de solução de antinomia aparentam ser conceitos lógico-jurídicos por serem máximas, isto é, verdades gerais em forma de frases concisas, sínteses breves resultantes da experiência e da tradição, cujo crédito deve-se a sua antiguidade e a sua forma lapidar, mas que não levam em conta as exceções e ignoram a evolução do direito, daí por que, por vezes, são incompletas, imprecisas e até mesmo diretamente contrárias à lei (PERELMAN, 1998, p. 119-121).

Afora isso, a aplicação dos critérios clássicos de solução de antinomia como se fossem conceitos lógico-jurídicos serve também para que magistrados esquivem-se do ônus argumentativo e do dever de proceder à valoração das questões que lhes são postas. Nesses casos, decide o julgador arbitrariamente, de acordo com o seu convencimento íntimo, e, para legitimar sua conclusão, aplica um dos critérios de solução de antinomia.

À evidência, a tese aqui perfilhada não é meramente acadêmica; pelo contrário: embora sem o necessário rigor técnico, em determinados ramos do direito já se enxerga os critérios clássicos de solução de antinomia sob o prisma da teoria dos princípios.

No direito do trabalho, há um exemplo cabal de inserção de cláusula de exceção nos critérios da especialidade, da cronologia e da hierarquia. Cuida-se da aplicação na seara justrabalhista da norma mais favorável ao trabalhador.

Dita forma de resolver a antinomia trabalhista não encontra previsão em regra positivada, muito embora alguns doutrinadores insistam em afirmar que ela dessume-se da parte final do artigo 7º, *caput*, da Constituição Federal: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”.

Na verdade, na seara trabalhista, haja vista a situação de vulnerabilidade que o empregado encontra-se em relação ao empregador, dá-se um peso muito maior ao princípio da proteção do trabalhador, corolário da igualdade material, do que a outros princípios.

Por isso que no direito do trabalho a antinomia é resolvida observando-se o conteúdo das normas em conflito, isto é, observando-se aquela que melhor atenda aos interesses do empregado. Com efeito, o peso do princípio da proteção ao trabalhador é tão grande que entre uma norma constitucional pouco protetiva e um regulamento patronal mais protetor prevalece o último. Alerta-se, contudo, que, da mesma forma que a regra, a exceção também não pode ser absoluta, de modo que o critério da norma mais favorável ao trabalhador pode ceder em razão da existência de princípios mais importantes no caso concreto.

O que se quer demonstrar é que a doutrina, talvez sem sequer perceber, já se utiliza da ponderação e da relativização dos critérios clássicos de solução de antinomia para resolver de forma justa os conflitos normativos. Aliás, a tão festejada teoria do diálogo das fontes, sob o pretexto de harmonizar e coordenar as normas do ordenamento jurídico, em vez de evitar a ocorrência de antinomias, na verdade, relativiza os critérios clássicos de solução de antinomia em razão de ponderações.

Com isso, resta sobressaltado o caráter jurídico-positivo dos critérios clássicos de solução de antinomia e, via de consequência, a possibilidade de relativização de tais critérios, inserindo-se cláusulas de exceções, a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas existentes, tudo para, ante a antinomia, prevalecer a norma mais condizente com a indispensável ponderação dos direitos fundamentais.

Assim se chega a um meio-termo entre segurança e justiça. Com efeito, os critérios clássicos de solução de antinomias, na condição de regras jurídico-positivas, conferem segurança e ordem ao sistema ao determinar uma solução apriorística; enquanto eventuais iniquidades causadas pela aplicação da especialidade, cronologia e hierarquia são resolvidas casuisticamente por meio de ponderações.

Conclusão

1. Do ponto de vista clássico, por não se entender princípio como norma, a antinomia só ocorre entre regras, devendo ser resolvida pelos critérios da especialidade, da cronologia e da hierarquia, cujo desiderato é conferir ordem e segurança à aplicação do direito.

2. Os critérios clássicos de solução de antinomia podem ser relativizados pela aplicação da teoria dos princípios, forma axiológica de se entender o direito, cujo desiderato é alcançar a justiça. Na teoria dos princípios, as normas jurídicas subdividem-se em princípios e regras. Princípios são mandamentos de otimização, pois ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Regras, de seu turno, são determinações de âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.

3. Para a teoria dos princípios, pode-se incluir uma cláusula de exceção em uma regra, desde que o processo de valoração de argumentos e contra-argumentos feito pelo intérprete, isto é, de ponderação, sobrepuje o sopesamento inicialmente feito pelo legislador, haja vista a existência de razões contrárias que superem axiologicamente a razão que sustenta a própria regra.

4. Os critérios da especialidade, cronologia e hierarquia são relativizáveis pela teoria dos princípios por serem conceitos jurídico-positivos, e não lógico-jurídicos. São jurídico-positivos porque representam valores e princípios e estão previstos explícita ou implicitamente pelo ordenamento pátrio.

5. Dado o caráter jurídico-positivo, é viável incluir cláusulas de exceção nos critérios da especialidade, cronologia e hierarquia e, a partir daí, escolher entre as normas conflitantes aquela que, embo-

ra não seja especial, posterior ou superior, represente a correta ponderação de princípios.

6. No direito do trabalho, há um exemplo cabal de inserção de cláusula de exceção nos critérios da especialidade, da cronologia e da hierarquia. Cuida-se da aplicação na seara justabalhista da norma mais favorável ao trabalhador, pela qual se inclui uma cláusula de exceção nos critérios clássicos de solução de antinomia para preservar princípio que tem mais peso no caso concreto, o da proteção do trabalhador, corolário da igualdade material.

7. Com a aplicação da teoria dos princípios aos critérios clássicos de solução de antinomia, chega-se a um equilíbrio entre segurança e justiça. Com efeito, os critérios clássicos de solução de antinomia, na condição de regras jurídico-positivas, conferem segurança e ordem ao sistema ao determinar uma solução apriorística; enquanto eventuais iniquidades causadas pela aplicação da especialidade, cronologia e hierarquia são resolvidas casuisticamente por meio de ponderações.

Referências

- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.
- _____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. **Teoria dos Princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)**. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 27-28.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior; trad. Maria Celeste C. J. Santos; rev. téc. Cláudio de Cicco. 6ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.
- BORGES, José Souto Maior. **Lançamento Tributário**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico**. São Paulo: Método, 2006. v. 2.
- DINIZ, Maria Helena. **Conflito de normas**. 3ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998.
- ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GARRIDO, José Antônio. *Sobre os conceitos lógico-jurídicos e os conceitos jurídico-positivos. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, Salvador, n. 13, p. 125-138, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Virginia Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. Ajustada ao Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010.