

Conflito entre normas em Kelsen, Bobbio e

Tércio

Seminário - Turma de 2000

1. Teoria Pura do Direito - Hans Kelsen

• Conflito entre normas de diferentes escalões

a) A decisão judicial ilegal

O ordenamento jurídico é um sistema normativo caracterizado pela hierarquia entre normas (sistema dinâmico), na qual normas superiores delegam competência a determinadas autoridades para a edição de normas inferiores que, deste modo, adquirem validade e se incluem no sistema. É desta premissa que surge a questão: qual a consequência jurídica da existência de normas que não correspondem, quanto ao seu conteúdo ou processo de formação, às normas superiores que lhe deram origem?

Para respondê-la, é necessário, primeiramente, que se evidencie determinadas incongruências em expressões como “decisões jurisdicionais *ilegais*” ou “leis *inconstitucionais*”. Estes vocábulos exprimem a existência de um Direito “antijurídico”, que deve ser eliminado através da revogação de normas contraditórias. Ora, se determinada norma surge como objetivamente válida, ela certamente corresponde à norma superior que lhe deu origem, sendo este um princípio essencial para a garantia da unidade de todo o sistema normativo. Portanto, uma “norma contrária às normas” é uma contradição de termos, mesmo que o conteúdo ou o processo de formação da norma subalterna não se identifique com aquele determinado pela norma superior. Para que uma norma seja anulável, ela deve ser válida, ou seja, deve ter existência dentro de determinado ordenamento. E para que isto aconteça, ela deve necessariamente estar em conformidade com o Direito.

Verificada a existência jurídica de normas inferiores que não

correspondem com suas respectivas normas superiores quanto ao seu conteúdo ou processo de formação (normas “antijurídicas”), surge a necessidade de saber quem terá competência para detectá-las. Cabe ao ordenamento delegar competência não às pessoas, mas a um *órgão* para este fim, pois, ao contrário, uma norma jurídica nunca vincularia, simultaneamente, todas as partes. E uma das primeiras alternativas do ordenamento é atribuir competência aos tribunais para que eles verifiquem a “antijuricidade” das normas.

O tribunal de primeira instância, ao tomar uma decisão judicial, pode fazê-lo contra ou conforme a lei geral. Ambas as decisões serão válidas e questionáveis pelas partes. Esta validade, entretanto, poderá ser retirada através da decisão de um tribunal hierarquicamente superior (tribunal de segunda instância), cuja decisão, mais uma vez, poderá ser contra ou conforme a lei geral que lhe deu origem. A verificação, entretanto, não pode ser infinitamente realizada pelos tribunais, devendo cessar em determinado órgão a fim de garantir maior estabilidade jurídica. É por isso que a decisão do tribunal superior tem força de caso julgado, ou seja, as partes não mais poderão questionar sua “juricidade”.

O mais interessante é que mesmo neste último grau de verificação, a norma individual pode ou não obedecer à norma geral que lhe deu origem. Assim, enquanto os tribunais inferiores colocam sentenças de validade provisória, já que podem ser questionáveis pelas partes e verificadas por um tribunal superior, os tribunais gerais colocam sentenças definitivas, pois constituem a instância máxima de verificação de contrariedade entre normas, cujas decisões nenhuma parte poderá questionar.

“O fundamento objetivo da sua anulabilidade não é (...) a sua ilegalidade, isto é, o fato de não corresponder à norma geral que deve aplicar (...), mas a possibilidade pela ordem jurídica prevista de estabelecer com vigência definitiva a outra alternativa, não realizada pela decisão atacada.” Hans Kelsen

É importante ressaltar que ambas as decisões judiciais são atacáveis pelas partes, já que estas são motivadas segundo seus próprios interesses. No entanto, elas prevêm que o tribunal de última instância pode decidir contra ou conforme a lei geral, e nada poderão fazer caso não corresponda aos seus desejos.

Concluindo, pode-se dizer que a previsibilidade de determinação das normas jurídicas individuais é bastante limitada, pois quer os tribunais inferiores,

quer os superiores, têm competência para agir contra ou conforme a lei geral. A única diferença será que, no primeiro caso e com exceção do tribunal superior, a sentença poderá ser anulada por um processo especial.

b) A lei “inconstitucional”

Da mesma forma que não se pode falar de uma “norma ilegal” ou “contrária ao Direito”, também uma lei válida “contrária à Constituição” é uma contradição de termos: se uma lei é válida, ela corresponde à Constituição, mesmo que apresente forma ou conteúdo diverso daquele pela última determinado.

A quem deve a Constituição atribuir competência para verificar se uma norma em sentido subjetivo também apresenta sentido objetivo correspondente? Se a Constituição nada preceituar, cabe aos tribunais a competência de verificação normativa, já que estes são os órgãos responsáveis pela aplicação da lei em casos concretos. Certamente, os tribunais devem ter um mínimo de competência para averiguar se uma norma em seu sentido subjetivo também o é em sentido objetivo, ou seja, se foi publicada pelo governo em uma folha oficial de legislação, por exemplo, o Diário Oficial brasileiro.

Se o controle de “inconstitucionalidade” ficar a cargo individual dos tribunais subordinados, as leis “contrárias à Constituição” serão invalidadas apenas nos casos concretos determinados por cada tribunal, permanecendo válida dentro do ordenamento e podendo, *a posteriori*, ser aplicada. Se, contudo, a competência de verificação ficar a cargo do tribunal supremo, este poderá invalidar determinada lei não apenas em um caso concreto, mas também em todos os casos a que a lei se refira, retirando-a do sistema normativo. Ex.: no Brasil, o controle de “inconstitucionalidade” é concretizado pelo Supremo Tribunal Federal, que emite à Assembléia Legislativa uma solicitação de revogação das normas por ele consideradas como “inconstitucionais”.

A segunda alternativa é a atribuição de competência, pelo ordenamento jurídico, ao órgão responsável pela aplicação ou execução das leis para exercer o controle de “inconstitucionalidade”. Também estes órgãos devem dispor de um mínimo de competência para verificar se uma norma no seu sentido subjetivo também possui um sentido objetivo, ou seja, se aquilo que se apresenta como lei foi ao menos decidido pelo órgão legislativo determinado pela Constituição. No Brasil,

estes órgãos são o Congresso Nacional (composto pela Câmara dos deputados e pelo Senado), e a Câmara dos Vereadores.

A terceira alternativa é a atribuição de competência ao próprio órgão legislativo, com profundas conseqüências para o processo de legislação: no momento em que este órgão apresenta-se juridicamente apto a verificar a “inconstitucionalidade” das leis por ele criadas, tudo o que nele se identificar como lei subjetiva simultaneamente apresentará caráter de lei objetiva, sem possibilidade de anulação por um processo especial que não uma lei posterior criada pelo próprio legislativo. Assim, ele ficará em uma posição análoga à do tribunal de última instância, cuja decisão tem a força de caso julgado.

Observa-se que as implicações jurídicas desta situação são de grande pertinência. Naturalmente, a Constituição transfere competência ao legislador para editar uma lei contra ou conforme a Constituição, com diferença que no segundo caso ela poderá ser anulada através de um processo especial. Quando a verificação de “inconstitucionalidade” concentra-se no órgão legislativo, este “processo especial” deixa de existir, e o legislador tem o monopólio da validade de todas as leis que coloca. Portanto, quanto maior a distância entre o órgão de verificação das leis e o órgão legislativo, maior será a correspondência entre o processo e o conteúdo prescritos pela Constituição e aqueles presentes em lei.

De certa forma, a criação de leis conforme a Constituição é por ela mesma estimulada: normas com conteúdo ou processo de formação contrários àqueles por ela determinados geralmente são anuláveis por um processo especial, podendo até mesmo a “inconstitucionalidade” apresentar-se como ação delituosa, se pressuposta de sanção. Assim, legisladores ou primeiros-ministros podem ser punidos pela “inconstitucionalidade” das leis.

Tal como as normas, os órgãos supremos de controle de “inconstitucionalidade” podem ser questionados quanto a sua competência, isto é, se foram autorizados por uma norma superior válida para determinado fim. Esta questão terá que ser decidida por outro órgão de hierarquia superior, criando uma instabilidade jurídica. A fim de evitá-la, os órgãos se firmam como supremos devido à eficácia global de suas normas (decisões). Conseqüentemente, sua validade é inquestionável, e o órgão supremo do controle de “inconstitucionalidade” adquire posição análoga ao tribunal de última instância.

Concluindo, o ordenamento jurídico proporciona, em seu âmago, condições para o surgimento de normas que não correspondem, quanto ao seu conteúdo ou processo de formação, às respectivas normas superiores. Contudo, pelo próprio fato das referidas normas coexistirem dentro de um sistema dinâmico, elas preservam a unidade do todo normativo.

Teoria do Ordenamento Jurídico - Norberto Bobbio

Capítulo 3 - A coerência do ordenamento jurídico.

1- O ordenamento jurídico como sistema.

Sistema: “totalidade ordenada” ; um conjunto de entes entre os quais se verifica certa ordem.

Segundo Bobbio, pode-se identificar um sistema em um ordenamento jurídico quando suas normas apresentam um relacionamento de coerência entre si.

Kelsen distingue entre os ordenamentos normativos dois tipos de sistema:

sistema estático: as normas estão relacionadas entre si no que se refere ao seu conteúdo.

sistema dinâmico: as normas se derivam umas das outras através da delegação de poder.

Para Kelsen os ordenamentos jurídicos são sistemas estáticos.

Crítica de Bobbio: de acordo com esse sistema tornaria-se, então, possível a existência de duas normas contraditórias legítimas no ordenamento, bastando que ambas tivessem sido postas por uma autoridade competente. Torna-se necessário, portanto, o exame de seus conteúdos, apelando-se para o sistema estático.

2- Três significados de sistema.

No uso histórico da filosofia do Direito e jurisprudência Bobbio identifica três tipos de sistema:

A) “sistema dedutivo”: “dado ordenamento é um sistema enquanto todas as normas jurídicas daquele ordenamento são deriváveis de alguns princípios gerais.” Tal concepção refere-se ao Direito natural , nesta a Ciência do Direito é vista como fruto da razão, não seria fundada na experiência e fatos, teria como função dar razão aos fatos e regulá-los por antecipação, o que confere o caráter dedutivo ao sistema.

B) sistema como : “ordenamento da matéria, realizado através do processo indutivo, isto é, partindo do conteúdo das simples normas com a finalidade de construir conceitos sempre mais gerais, e classificações ou divisões da matéria inteira.” Conceito desenvolvido por Savigny empregado no sentido das ciências empíricas ou naturais, tendo como procedimento típico de sistematização a classificação.

C) sistema como: “a validade do princípio que exclui a incompatibilidade das normas.” De acordo com esta concepção , a considerada mais plausível por Bobbio, o que confere o caráter de sistema ao ordenamento jurídico é o relacionamento de compatibilidade entre as normas. Assim, o ordenamento jurídico deve conter mecanismos que evitem a incompatibilidade.

3- As antinomias.

-antinomia: “situação de normas incompatíveis entre si. ”

-regras técnicas para se identificar as antinomias:

1) duas proposições são **incompatíveis** quando **não podem ser ambas verdadeiras**.

Caso 1

obrigatório	proibido
V	F
F	V ou F

Caso 2

obrigatório	permitido negativo
V	F
F	V

Caso 3

proibido	permitido positivo
V	F
F	V

Caso 4

obrigatório	permitido positivo
V	V
F	V ou F

Caso 5

permitido positivo	obrigatório
V	V ou F
F	F

Caso 6

permitido positivo	permitido negativo
F	V
V	V ou F

Analisando-se os quadros verifica-se relações de incompatibilidade normativa em três casos:

A) entre uma norma que **ordena** fazer algo e uma norma **proíbe** fazê-lo.(caso 1)

B) entre uma norma que **ordena** fazer e uma que **permite** não fazer.
(caso2)

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

4 – Vários tipos de antinomias.

· Condições para a caracterização de antinomias:

1- as duas normas devem pertencer ao mesmo ordenamento.

2- as duas normas devem ter o mesmo âmbito de validade.

âmbitos de validade: temporal, espacial, pessoal e material.

· Os tipos de antinomias jurídicas:

A) total-total: se as duas normas incompatíveis têm **igual** âmbito de validade.

B)parcial-parcial: se as duas normas incompatíveis têm âmbito de validade **em parte igual e em parte diferente**.

C)total-parcial: se, de duas normas incompatíveis, uma tem um âmbito de validade **igual ao da outra, porém mais restrito**.

· Outros tipos de antinomias: chamadas impróprias, pois, não se referem obrigatoriamente a incompatibilidade de normas.

A) antinomias de princípios: valores contrapostos.

B) antinomias de avaliação: verificada no caso em que uma norma pune um delito menor com uma pena mais grave do que a infligida a um delito maior. Na verdade, estas consistem em uma injustiça e não antinomia.

C) antinomias teleológicas: oposição entre a norma que prescreve o meio para alcançar o fim e a que prescreve o fim.

5. Critérios Para a Solução das Antinomias

A ocorrência de duas normas incompatíveis dentro de um ordenamento

jurídico, dá-se o nome de antinomia. E a solução óbvia para a resolução dessa incompatibilidade é a eliminação de uma das normas. *Mas qual delas?*

A jurisprudência prevê algumas regras para a solução das antinomias; mas vale ressaltar que nem todas as antinomias são solúveis. Costuma-se denominar as antinomias solúveis de *aparentes*, e as insolúveis de *reais*.

Os critérios fundamentais para a resolução das antinomias aparentes são três:

- 1) Critério cronológico : prevalece a lei posterior.
- 2) Critério hierárquico : prevalece a lei hierarquicamente superior.
- 3) Critério da especialidade : prevalece a lei especial em detrimento da lei geral.

6. Insuficiência dos Critérios

A insuficiência ocorre quando houver duas normas conflitantes, que sejam ou contemporâneas, ou de mesmo nível hierárquico, ou quando ambas forem gerais.

Quando isso ocorre o intérprete tem três caminhos : ele pode eliminar uma das duas normas; eliminar ambas ; ou conservar ambas.

7. Conflito dos Critérios

Ocorre quando duas normas incompatíveis, mantêm entre si, uma relação em que se pode aplicar não um, mas dois ou mais critérios. O conflito surge, quando a aplicação de um critério dá solução oposta à aplicação do outro.

Essa incompatibilidade observada entre os critérios denomina-se incompatibilidade de segundo grau. Nesse caso fica impossível aplicar dois critérios, é preciso que se dê preferência a um ou outro.

- 1) No conflito entre os critérios hierárquico e cronológico, o hierárquico prevalece.
- 2) No conflito entre os critérios cronológico e de especialidade, o problema resolve-se em favor do segundo.
- 3) No conflito entre o critério hierárquico e o critério de especialidade,

cabe ao intérprete decidir, já que se trata de conflito de uma norma superior geral com uma norma inferior especial.

8. O Dever da Coerência

Neste item Bobbio conclui que a antinomia é um mal a ser eliminado, e que em cada ordenamento deve estar pressuposta a regra : *Num ordenamento não devem existir antinomias*. Esta regra, por ser sistemática, ou seja , se refere às normas de um ordenamento jurídico, dirige-se apenas àqueles que têm relação com a produção e aplicação das normas : ao legislador (produtor da norma) , e ao juiz (aplicador da norma).

Introdução ao Estudo do Direito - Tércio Sampaio Ferraz Jr.

4.3.2.2 – *Consistência do Sistema: antinomias, inexistência, nulidade, anulabilidade*

NORMA–ORIGEM: aquela que principia uma nova série de normas, não sendo derivada de nenhuma outra porque, em relação a elas, é contraditória ou incompatível.

Ao falar de *revogação por incompatibilidade*, temos que falar também da **consistência** da norma, que é um dos temas centrais da teoria do ordenamento.

CONSISTÊNCIA: não ocorrência de **antinomias** (“normas válidas que se excluem mutuamente”)

O pressuposto ideológico que a dogmática assume para o ordenamento é que ele é, basicamente um sistema *unitário* e *consistente*. A partir daí analisaremos as antinomias normativas.

4.3.2.2.1 – Antinomia Jurídica

a) *Antinomia lógico-matemática*

“Antinomia é uma autocontradição por processos aceitos de raciocínio.”
--

Atualmente vem se utilizando as antinomias muito mais no campo da lógica, embora estas tenham sido consagradas pelo seu uso jurídico.

Exemplo 1:

A - classes que se incluem a si mesmas

B - classes que não se incluem a si mesmas

B **não é** membro de si mesma e, por isso mesmo, **é** membro de si mesma

A essa conclusão se chega após uma grande dedução lógica e viola qualquer raciocínio lógico, pois B **é** e **não é**, ao mesmo tempo, membro de si mesma.

Russell “resolve” essa antinomia partindo do princípio segundo o qual tudo o que envolve a *totalidade* de um conjunto não deve fazer parte deste.

Exemplo 2:

Uma constituição formal contém regras para a sua própria reforma, sendo que essas regras são parte da constituição. Por fazerem parte desta, as regras estão sujeitas ao mesmo procedimento de reforma que elas mesmas estabelecem. Quando uma autoridade modifica as regras, então se dá a antinomia: A autoridade é *originária*, pois tem competência dada por aquela regra para mudar qualquer norma mas, ao mesmo tempo, é *derivada*, pois deriva das normas que ela mesma criou.

Esse exemplo acaba por ferir o princípio de Russell já que a autoridade é originária, não podendo derivar de outra regra, o que significa que há uma norma básica que pode ser reformada de acordo com ela mesma. (Russell: “um enunciado que se refere a si mesmo carece de significado”)

b) Antinomia semântica

Também é uma dedução correta a partir de premissas coerentes, que acaba sendo uma contradição, mas esta é provocada por incoerências da linguagem e dos pensamentos.

Exemplo:

Um homem que diz: "*eu estou mentindo*" tem que estar mentindo para a frase ser verdadeira, mas tem que estar dizendo a verdade para estar mentindo.

A resolução do problema acima não é simples por não haver hierarquia lógica entre as palavras. Diante desta questão, alguns lógicos procuraram encontrar alguma solução para este problema, desenvolveram então um princípio baseado na teoria de Russell.

Teoria dos níveis de linguagem:

Língua-objeto - enunciado sobre objetos, está em um nível mais baixo (*isto é uma caneta*).

Meta-língua - enunciado sobre enunciados, diz algo *sobre* a linguagem (*a palavra caneta começa com a letra "c"*).

® O que vale para uma língua-objeto não pode valer ao mesmo tempo para a meta-língua, pois ficaria sem sentido.

c) Antinomia pragmática

Também chamada de **antinomia jurídica**, é aquela em que, a contradição, a conclusão paradoxal, que, nas duas outras categorias configurariam um *sem-sentido*, mas que faz parte do sistema e é de fato afirmada. Para configurar-se como pragmática, a antinomia deve preencher os seguintes requisitos:

1- Uma forte relação entre o receptor e o emissor da mensagem (superior-inferior, autoridade-sujeito...). Para configurar-se a antinomia, deve haver relação de complementaridade. Os emissores da mensagem devem estar no mesmo âmbito normativo. Ex: normas aplicadas simultaneamente no direito internacional, vindas de ordenamentos diferentes e que acabam por configurar antinomias.

2- É dada uma instrução que, para ser obedecida, precisa-se que seja desobedecida (é uma contradição tanto no sentido lógico-matemático quanto no sentido semântico). Temos antinomias sempre que duas normas têm operadores opostos e seus conteúdos sejam a negação interna um do outro. Ex: Feche a janela sempre que estiver aberta e abra a janela sempre que estiver fechada.

3- Insustentabilidade da posição do inferior, que recebe a mensagem e

não tem como cumpri-la sem descumpri-la. Ou seja, a inexistência de qualquer recurso normativo que auxilie o sujeito a decidir a questão.

Para decidir tais questões, os ordenamentos modernos se utilizam de diversos recursos como: critérios *hierárquicos*, *de especialidade* e *cronológicos*. Quando esses critérios são aplicáveis, então o sujeito tem como sair da situação insustentável, mas o problema acontece quando há *conflito entre os critérios de solução*.

a) Conflito hierárquico-cronológico – antinomias entre normas *anterior-superior* e *posterior-inferior*.

b) Conflito de especialidade e cronológico – conflito entre norma *anterior-especial* e *posterior-geral*.

c) Conflito hierárquico e de especialidade – uma norma *superior-geral* e uma *inferior-específica*.

Para os dois primeiros casos, foram criadas meta-regras; no primeiro, a posterior-inferior não derogaria a anterior-superior; e, no segundo caso, a posterior-geral não derroga a anterior-específica. Mas estas meta-regras tem aplicação restrita e são de difícil generalização. No terceiro caso, nem temos uma meta-regra. Inclusive pelo fato de que estas feririam a prática de adaptabilidade, tão necessária ao direito. Teoricamente, a opção deveria se dar pela hierarquia, mas na prática, muitas vezes é muito mais eficiente adotar-se uma lei específica, mesmo que ordinária, do que uma norma constitucional geral.

A distinção entre a antinomia *lógico-matemática*, *semântica* e *pragmática* é importante para que se entenda plenamente a **antinomia jurídica**. Com as duas primeiras somos levados a uma total impossibilidade de resolução, por isso é que, uma **antinomia jurídica**, adotada nos moldes da antinomia lógica ou semântica configuraria um *sem-sentido*. Já tratada pelo campo da *pragmática*, a **antinomia jurídica**, embora crie situações de indecisão, é viável nas relações humanas.

ANTINOMIA e CONTRADIÇÃO

Nem toda contradição é antinomia, mas toda antinomia é uma contradição.

Duas normas podem contradizer-se, mas só configurarão antinomia se preencherem os requisitos acima.

d) Antinomia jurídica

“É a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado.”

1-Antinomias reais e aparentes:

Reais: São aquelas em que a terceira condição é preenchida, ou seja, a posição do sujeito é insustentável porque inexistem critérios para a solução dos conflitos ou, existindo, esses critérios são conflituosos. Às vezes são resolvidos por costume, jurisprudência, sentença.

Aparentes: São aquelas para as quais há regras de solução expressas no ordenamento.

2-Antinomias próprias e impróprias:

Próprias: Ocorrem por razões formais.

Impróprias: Dão-se em virtude do material das normas. Dentre elas encontram-se as antinomias de princípios, de valoração e as teleológicas. Essas antinomias são chamadas impróprias porque nada e nem ninguém impede que o sujeito aja conforme as normas, mesmo que estas estejam em desacordo com os seus juízos de valores. A antinomia imprópria implica em um problema de consciência do aplicador e não propriamente em uma contradição no cumprimento de uma norma.

3-Classificação quanto ao âmbito:

Direito interno: ocorre dentro do ramo estatal e podem ser de um ramo do direito (civil, constitucional, etc.)

Direito internacional: ocorre entre normas de direito internacional

Direito interno-internacional: ocorre quando dos conflitos de normas de direito interno com outras de direito interno ou nos conflitos das normas de direito interno com as de direito internacional

® Existe uma certa indeterminação quanto à hierarquia das normas de direito internacional. Isso ocorre pelas inúmeras normas que “surgem” dos muitos e

diferentes ordenamentos (convenções internacionais, costume internacional, etc.) Por isso a noção de *antinomia* se aplica com certa dificuldade nesse ramo, principalmente levando em conta a primeira condição exposta: “forte relação complementar entre o editor da norma e quem deve aplicá-la ou obedecê-la”.

A doutrina costuma enfrentar o problema das antinomias, sobretudo no que se refere aos conflitos de normas de tratados entre si ou de bilaterais com multilaterais. As regras mais usadas são:

1- *priori in tempore potior in jus* – que dá preeminência ao primeiro tratado sobre o segundo, desde que os dois não tenham sido feitos pelas mesmas partes. A obrigação que foi assumida anteriormente tem preferência sobre a segunda.

2- *lex posterior derogat priori* – essa regra é inversa à anterior, quando confrontadas, surge um problema de conflito de critérios. A aplicação da regra cronológica deve sempre prevalecer quando as partes são as mesmas nos dois tratados.

3- *lex specialis derogat generali* – sempre é aplicável quando as partes são as mesmas.

4- *lex superior derogat inferiori* – neste caso, a superioridade não é definida pela fonte, mas pela importância da norma.

Para os conflitos de tratados coletivos as regras são as mesmas. Só costuma surgir problemas na aplicação da *lex prior*, pois os tratados que surgem de convenções muito próximas, são criados quase ao mesmo tempo. Já a *lex posterior* e a *lex specialis* são viáveis apenas em casos muito especiais pois, com o passar do tempo, é muito difícil que as partes sejam as mesmas.

Quanto aos problemas que surgem entre as normas de direito interno com normas de direito internacional, eles acontecem basicamente pelos problemas nas relações dos dois sistemas. O primeiro questionamento a ser feito é se a primeira condição está sendo cumprida: a complementaridade. Em geral, se a decisão é tomada por um juízo internacional, então a norma internacional prevalece. Quando o juízo é interno, as decisões variam.

4-Classificação quanto à extensão da contradição:

Total-total: uma das normas não pode ser aplicada sem que entre em conflito com a outra

Total-parcial: uma não pode ser aplicada de maneira alguma sem que prejudique a outra, mas a outra tem um campo de atuação maior que prejudica apenas parcialmente a primeira

Parcial-parcial: ambas podem ser aplicadas, entrando em conflito apenas parcialmente

4.3.2.2.2 – Antinomia e eficácia das normas

As antinomias repercutem no sistema tanto no campo da *validade* quanto no campo da *eficácia*: quando uma norma perde a validade, ela pode já ter produzido efeitos, que devem ser considerados. Por isso temos a questão da **nulidade**, da **inexistência** e da **anulabilidade**, que serão tratados aqui partindo de um princípio de que estes conceitos têm a ver com a eficácia num quadro geral de consistência do sistema.

Normas, para produzirem efeitos, são dotadas de eficácia técnica, mas, quando essa norma não tem validade, a eficácia deixa de existir, o que pode ocorrer em diversos momentos.

1-Nulidade:

A norma perde a eficácia desde o momento em que passaria a ter vigência. A norma entra no sistema mas, por um defeito perde a sua vigência desde a promulgação e todos os seus efeitos tornam-se nulos. Em geral a norma é revogada e retirada do sistema.

2-Inexistência:

Este conceito é bastante discutível, já que, se é inexistente, é porque nunca existiu, ele se aplica à norma que ainda não entrou no sistema. Portanto, para Kelsen, se a norma nunca existiu, então nunca foi norma. Para a dogmática, *inexistência* é uma maneira especial de *invalidade*: uma norma que foi posta, mas que tem um vício terrível e nunca é e nem nunca foi considerada como sendo válida é *inexistente*.

Kelsen: **Se nunca existiu, nunca foi válida; se nunca foi válida não há que se falar de norma**

(invalidez = inexistência de norma)

Exemplo:

Homem qualquer profere uma sentença - inexistente

Juiz não competente para sentenciar sobre a matéria - nula

3-Anulabilidade:

A anulação depende de um pedido daquele que se sente atingido por uma norma qualquer. A norma entra no sistema e, embora tenha um defeito, este não é essencial e a norma produz efeitos. Só vai perder a vigência a partir do momento em que alguém peça a sua anulação.

Exemplo:

Um menor, que celebra um contrato, pode pedir a anulação do mesmo quando atingir a maioridade. A partir do pedido dessa anulação, cessam os efeitos do ato, mas se ele não pedir a anulação o contrato continua valendo.

® Essas distinções foram criadas a partir da necessidade de se diferenciar casos mais grave e menos graves de conflito. Não houve princípio teórico, apenas *prático*. Não se consegue formalizá-los de forma rigorosa. Um dos motivos dessa dificuldade é que neles estão subentendidos conceitos de *validade* e *eficácia*. Ao criar a classificação acima, estamos enfrentando uma questão de *defeito* ou de *vício de formação* da norma.

Defeito - incapacidade do ato que a produziu de ser reconhecido como apto. Este ato pode ser:

Inexistente - sem nenhum sentido de *dever-ser* dentro do sistema - se o ato não tem nenhum sentido vinculante para o sistema, então não é uma norma válida

Nulo - com sentido, mas viciado por defeitos relacionados com exigências inarredáveis - há uma norma, mas ela é inaplicável desde o início da sua vigência

Anulável - com sentido, mas com vícios que o sistema admite como superáveis - a norma, se não houver qualquer manifestação dos atingidos por ela, é *vigente* e produz efeitos.

Distinção entre norma *inválida* e *não-vigente*:

Inválida - Não chega a ser inserida no ordenamento, por seu ato produtor não ser reconhecido por este. Seus efeitos são inexistentes.

Não-vigente - A norma é inserida no ordenamento, mas deixa de produzir efeitos a partir do momento em que é pedida sua anulabilidade, ou quando se detecta um defeito grave e ela torna-se nula.

Conclusão:

Nesta apresentação discutiu-se o conflito entre normas de diferentes escalões, bem como seu resultado para a coerência do ordenamento jurídico. Vários juristas como Hans Kelsen, Tercio Ferraz Jr. e Norberto Bobbio abordaram o problema segundo seus preceitos, evidenciando importantes aspectos que, em seu todo, formam uma unidade dogmática de suma importância para o conhecimento e a aplicação das normas jurídicas. Cabe aqui evidenciá-los, relacionando suas divergências e sua unidade lógica.

Para Kelsen, os ordenamentos normativos são sistemas classificáveis em dois tipos: estático e dinâmico. No primeiro, as normas estão relacionadas quanto ao seu conteúdo. Já no segundo, elas mantêm entre si uma relação de hierarquia, sendo que as normas inferiores derivam das superiores através de sucessivas delegações de poder. Assim, os ordenamentos jurídicos são sistemas dinâmicos que apresentam em seu bojo a observância do aspecto formal, ou seja, da validade objetiva de suas normas. Sua validade subjetiva, (seu conteúdo, seu aspecto material) são de pouca importância para o estudo científico do Direito.

É sob este prisma que o jurista alemão analisa a estrutura do ordenamento, preocupando-se em focalizar, através de atribuições de poder dadas por normas superiores a órgãos legislativos ou judiciais, a conseqüente possibilidade de tais órgãos criarem normas inferiores válidas que contradigam, quanto a sua forma ou conteúdo, à norma superior. Conclui que a correspondência entre norma superior e inferior constitui a base do ordenamento jurídico, de tal sorte

que se determinada norma é válida dentro deste ordenamento, ela obedece à condição imposta, independentemente de seu conteúdo. Assim, não cabe à *Teoria Pura do Direito* a análise de contradições normativas materiais, muito menos o estudo de regras para solucioná-las. As únicas regras consideradas aqui são aquelas previstas pelo ordenamento para a resolução destas contradições. E, se existem no sistema normativo, não são meras regras, mas sim normas jurídicas que devem ser obedecidas. O principal objetivo de Kelsen não é proporcionar maior facilidade quanto à aplicação do Direito. É, ao contrário, promover seu estudo puramente científico.

Já os juristas Tercio e Bobbio preocupam-se em definir as chamadas **antinomias**: *“Podemos definir, portanto, antinomia jurídica como a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado.”* Tercio Ferraz Jr. Pretendem, deste modo, classificar os diversos tipos de antinomias e relacioná-las, estabelecendo regras usuais ou lógicas para solucionar o conflito material de normas contraditórias. Ou seja, estão engajados em garantir maior praticidade no que diz respeito à aplicação jurídica, recorrendo não a aspectos do Direito formal, mas a aspectos classificatórios, lógicos, ou até mesmo costumeiros.

Bobbio, em sua obra *Teoria do Ordenamento Jurídico*, afirma que a necessidade de aplicar uma ou outra norma (ou mesmo nenhuma delas) é uma necessidade de fato (do *ser*), e não de direito (do *dever-ser*). Tanto é verdade que ambas as normas continuam a existir no ordenamento até que se revogue uma delas (ou ambas). Assim, a compatibilidade não é condição necessária para a validade de uma norma jurídica. É, ao contrário, condição para sua eficácia, pois não se poderá aplicar ambas as normas em um único caso concreto. Isto gera uma imprevisibilidade do Direito. E, neste ponto, há uma certa semelhança entre os juristas espanhol e alemão: *“Por aí se mostra, em todo caso, que a possibilidade de predeterminar as normas individuais que hão de ser produzidas pelos tribunais através de normas gerais criadas por vias legislativa ou consuetudinária é consideravelmente limitada.”* Hans Kelsen.

Portanto, enquanto Kelsen primordia o aspecto formal do sistema normativo (sistema dinâmico), Bobbio e Tercio concentram sua análise para seu

aspecto material (sistema estático), muitas vezes utilizando elementos formais para resolver as antinomias e, deste modo, preservando a consistência material do ordenamento jurídico.

Bibliografia

- Teoria Pura do Direito – Hans Kelsen (Editora Martins Fontes, 6ª edição, 1998)
- Introdução ao Estudo do Direito – Tércio Sampaio Ferraz Jr. (Editora Atlas, 2ª edição, 1994)
- Teoria do Ordenamento Jurídico – Norberto Bobbio (Editora UnB, 10ª edição, 1999).