

A PONDERAÇÃO DE VALORES NA SOLUÇÃO DE ANTINOMIAS NO SISTEMA JURÍDICO.

Weighting Values in Solution Antinomies in the Legal System

Milena Zampieri Sellmann

Doutora, Mestre e especialista em Direito pela PUC-SP.

Professora nos cursos de graduação e pós-graduação (especialização e mestrado) do Unisal

Lorena. Professora do Damásio Educacional e da Faculdade de Direito Damásio de Jesus.

Advogada.

RESUMO

O Direito positivo constitui-se num *sistema* e como tal deve existir uma relação de compatibilidade entre os seus elementos, ou seja, entre suas normas. Fundando-se na teoria de de que o ordenamento jurídico é escalonado, mas harmonizado por uma norma hipotética fundamental é mister reconhecer que o sistema não admite normas incompatíveis entre si. Diante da existência haverá uma antinomia a qual deve ser afastada dentro de um ordenamento jurídico calcado na norma fundamental, que dá validade a todo o sistema. Embora seja reconhecido o Princípio da Unidade da Constituição, no sentido de que todas as normas constitucionais têm mesma hierarquia normativa, há uma hierarquia axiológica entre as normas constitucionais. Considerando que o sistema jurídico é aberto, o conflito entre princípios ou entre princípios e regras é inevitável. Não sendo possível a solução do conflito pelo método normas de solução de antinomias (critérios da hierarquia, da especialidade ou temporal), restará a solução pela via do postulado da ponderação entre os valores envolvidos.

ABSTRACT:

The positive law constitutes a system and as such must be a compatible relationship between its elements, ie between their standards. Founded on the theory that the legal system is scaled, but harmonized by a fundamental hypothetical norm is necessary to recognize that the system does not allow incompatible standards with each other. Before that there will be an antinomy which must be removed within a legal system underpinned by the fundamental law, which gives validity to the whole system. While it recognized the principle of the Constitution Unit, in the sense that all constitutional requirements have the same normative hierarchy, there is an axiological hierarchy of constitutional norms. Whereas the legal system is open, the conflict between principles or between principles and rules is inevitable. It is not possible to resolve

the conflict by the method antinomies solution standards (hierarchy of criteria, specialty or temporal), will remain the solution through the weighting postulated between the amounts involved

PALAVRAS-CHAVE: Ponderação de valores. Antinomias. Sistema Jurídico.

KEYWORDS: Weighting Values. Antinomies. Legal System

Introdução

O Direito positivo constitui-se num *sistema* e como tal deve existir uma relação de compatibilidade entre os seus elementos, ou seja, entre suas normas. Fundando-se na teoria de Hans Kelsen de que o ordenamento jurídico é escalonado, mas harmonizado por uma norma hipotética fundamental é mister reconhecer que o sistema não admite normas incompatíveis entre si.

No presente trabalho será feita uma abordagem do ordenamento como sistema, fundado na norma hipotética fundamental, que conforma o sistema em um todo harmônico.

Partindo-se da premissa de harmonia do sistema não se olvide que a existência de antinomia, tida como conflito de normas, tem que ser rechaçada do sistema. Para tanto, apresenta-se o conceito e as espécies de antinomias, bem assim o critério tradicional para solução das mesmas.

Todavia, se demonstrará que muitas vezes os critérios tradicionais de solução de antinomia são insuficientes para afastar o conflito de normas. Desta feita, sugerir-se-á a resolução do problema a partir da análise da carga axiológica das normas jurídicas, ou seja, a partir da ponderação dos valores carreados pelas mesmas.

1. Unidade e unicidade do Direito – *Princípio da unidade sistemática*

O Direito é uma ciência social una. Todavia, existem divisões em ramos e sub-ramos do direito para fins meramente didáticos. Assim, num primeiro momento, fundado no direito romano, o Direito era dividido em dois grandes ramos: público e privado. No primeiro ramo, os seguintes sub-ramos: constitucional, administrativo, tributário, penal, processual, financeiro, urbanístico etc. No ramo de direito privado os sub-ramos clássicos: civil e comercial/empresarial.

É de se frisar, mais uma vez, que se trata de uma divisão meramente didática e acadêmica, vez que o Direito enquanto ciência social é uno.¹

Diante disso, deve ficar pontuado que o Direito positivo constitui-se em um *sistema* e como tal deve existir uma relação de compatibilidade entre os seus elementos, ou seja, entre suas normas.

Segundo Lourival Vilanova, “o conceito formal de todo (no sentido husserliano) corresponde ao sistema. Sistema implica ordem, isto é, uma ordenação das partes constituintes, relações entre as partes ou elementos”.² Já Maria Helena Diniz define sistema como “reunião de objetos e seus atributos (que constituem seu repertório), relacionados entre si, conforme certas regras (estrutura do sistema), que variam de concepção a concepção”.³

Por sua vez, Norberto Bobbio, após apresentar outras duas concepções para *sistema*, acaba por esclarecer que

um ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele *normas incompatíveis*. Aqui, ‘sistema’ equivale à validade do princípio que exclui a *incompatibilidade* das normas. (...) Num sistema jurídico, a admissão do princípio que exclui a incompatibilidade em por consequência, em caso de incompatibilidade de duas normas, não mais a queda de todo o sistema, mas somente de uma das duas normas ou no máximo das duas.⁴

Por outro lado, ensina Maria Helena Diniz que “o direito não é um sistema jurídico, mas uma realidade que pode ser estudada de modo sistemático pela ciência do direito”. Ainda esclarece que direito não se limita à norma, mas seria “uma ordenação heterônoma das relações sociais, baseada numa integração normativa de fatos e valores”.⁵

Sobre este tema se debruçou com propriedade Norberto Bobbio⁶, que baseado na teoria do escalonamento das normas de Hans Kelsen, aceita a tese de que o ordenamento jurídico é uno porque todas as suas normas, independente da fonte, encontram fundamento de validade em uma única norma, qual seja, a norma fundamental, considerada como “termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico”⁷, ainda que existam numerosas fontes do direito neste ordenamento.

¹ Neste sentido, Paulo de Barros CARVALHO, **Teoria da norma tributária**, p. 72-74.

² **Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**, p. 162.

³ **Conflito de normas**, p. 8.

⁴ **Teoria do ordenamento jurídico** p. 80.

⁵ *Op.cit.*, p. 8-9.

⁶ **Teoria do ordenamento jurídico**, p.48-49

⁷ Conforme esclarece Norberto BOBBIO, *op.cit.*, p. 58-59, a norma fundamental não é expressa, mas pressuposta para fundamentar o ordenamento. É a norma fundamental que atribui ao poder constituinte originário a faculdade de produzir normas jurídicas e formar um sistema, na qualidade de poder supremo, último do ordenamento jurídico.

Lourival Vilanova⁸ também dispõe neste sentido ao afirmar que a unidade do sistema jurídico é formal e que está baseada no fundamento de validade. Neste diapasão, amparado em Kelsen, afirma que o sistema é um conjunto de proposições normativas e que uma proposição normativa tem sua origem em outra proposição normativa. Ademais, ainda afirma que há homogeneidade a todas as regras de Direito positivo em razão de sua normatividade e, via de consequência, da norma fundamental.

Assim é que Hans Kelsen limita esta cadeia hierárquica ao dispor sobre a norma hipotética fundamental (*grund norm*), ou seja, a Constituição em sentido lógico-jurídico. Trata-se, portanto, esta norma hipotética fundamental de uma ficção para se limitar o sistema, pois se não fosse a Constituição a norma hipotética fundamental, outra norma haveria de ser considerada como tal, pois, caso contrário, o sistema não se fecharia.

A esse respeito ensina Norberto Bobbio que

a norma fundamental não é expressa, mas nós a pressupomos para fundar o sistema normativo. Para fundar o sistema normativo é necessária uma norma última, além da qual seria inútil ir. (...) Se não postulássemos uma norma fundamental, não acharíamos o *ubi consistam*, ou seja, o ponto de apoio do sistema. E essa norma última não pode ser senão aquela de onde deriva o poder primeiro.⁹

Logo, não é uma norma posta por um poder, mas uma norma suposta pelo jurista, ou seja, é uma hipótese.¹⁰

Sobre a teoria de Hans Kelsen, esclarece Lourival Vilanova que “Se o jurista especializado toma a *Constituição positiva* como essa fonte, uma *Teoria da Ciência-do-Direito* revela a necessidade de uma *Constituição em sentido lógico-jurídico*, ou seja, o pressuposto gnoseológico da norma fundamental”.¹¹

Nesta seara, a norma fundamental é o termo unificador das normas que compõem o ordenamento. Assim, nas precisas palavras de Lourival Vilanova, “não somente a *unidade* do sistema, mas a *unicidade* do ponto de partida caracterizam o sistema do Direito positivo”.¹²

⁸ **Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**, p.154-157.

⁹ **Teoria do ordenamento jurídico.**, p. 59.

¹⁰ Sobre esta lição de Hans Kelsen esclarece Lourival VILANOVA, *op.cit.*, p. 164-165, que “a norma fundamental, como condição de possibilidade do conhecimento dogmático do Direito (sua *função gnoseológica*) é, sintaticamente, proposição situada *fora* do sistema de Direito positivo. Quando Kelsen diz, repetidamente, que não é norma posta (estatuída por uma autoridade ou pelo costume), mas *pressuposta*, podemos traduzir isso em termos de Lógica moderna: *a norma fundamental é uma proposição de metalinguagem*; não está ao lado das outras proposições do Direito positivo, não proveio de nenhuma fonte técnica; carece de conteúdo concreto e, *relativamente à matéria das normas positivas*, é forma condicionante delas (forma cognoscente, hipótese epistemológica). O sistema da ciência jurídica tem na norma fundamental a condição de conhecimento do objeto (o Direito Positivo)”.

¹¹ **Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**, p. 155.

¹² *Op.cit.*, p. 155.

Podemos até mesmo reconhecer uma redundância na afirmativa de que há unicidade do sistema. Ora, se se trata de um *sistema*, por certo que ele deverá ser único, originado e fundado em um ponto comum, que, no caso do Direito, é a norma hipotética fundamental.

De suma relevância considerar que o sistema do Direito é fechado pela norma hipotética fundamental, na medida em que o sistema jurídico é aberto e integrado a subsistemas sociais, tais como os sistemas econômicos, por exemplo, utilizando-se, por conseguinte, desses subsistemas para criar suas referências.

Neste sentido é a lição de Lourival Vilanova:

Acrescentamos: o sistema jurídico é *sistema aberto*, em intercâmbio com os *subsistemas sociais* (econômicos, políticos, éticos), sacando seu conteúdo-de-referência desses subsistemas que entram no sistema-Direito através dos esquemas hipotéticos, os *descritores* de fatos típicos, e dos esquemas consequenciais, onde se dá a *função prescritora* da norma de Direito.¹³

Acaba o autor por concluir que:

A *unidade* de cada sistema jurídico positivo e a *unicidade* do sistema global são *formas-de-síntese categoriais*, modos de relacionamento cognoscitivo dos dados-da-experiência. Em outros termos, que cada sistema positivo seja *uno* e que se possa logicamente pensar num *único* sistema, abrangente dos demais, procede da função teórica do sujeito cognoscente.¹⁴

Sem embargo, esclarece Maria Helena Diniz que “na tridimensionalidade jurídica de Miguel Reale, encontramos a noção de que o sistema jurídico se compõe de um subsistema de normas, de um subsistema de fatos e de um subsistema de valores”.¹⁵

Por seu turno, esclarece Miguel Reale que:

o direito é, por certo, um só para todos os que o estudam, havendo necessidade de que os diversos especialistas se mantenham em permanente contato, suprimindo e completando as respectivas indagações, mas isto não quer dizer que, sem sentido próprio, se possa falar numa única Ciência do Direito.¹⁶

Mais adiante esclarece que:

As diferentes ciências, destinadas à pesquisa do direito, não se distinguem umas das outras por se distribuírem entre si *fato*, *valor* e *norma*, como se fossem fatias de algo divisível, mas sim pelo sentido dialético das respectivas investigações, pois ora se pode ter em vista prevalecentemente o momento *normativo*, ora o momento *fático*, ora o *axiológico*, mas sempre em função dos outros dois (tridimensionalidade funcional do saber jurídico).¹⁷

¹³ **Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**, p. 168.

¹⁴ *Op.cit.*, p. 169.

¹⁵ **Conflito de normas**. p. 11.

¹⁶ **Teoria tridimensional do direito**, p. 56.

¹⁷ *Op.cit.*, p. 61.

Dentro da teoria tridimensional desenvolvida por Miguel Reale, o elemento *valor* é de suma importância para a colocação do tema que será discutido neste trabalho, razão pela qual esta questão será retomada mais adiante.

2. Princípio da unidade da Constituição

Considerando o sistema do Direito Positivo e o sistema da Ciência do Direito e, ainda, o fato de que o ordenamento jurídico é sistema, ele o é pelo fato de não se admitir a coexistência de normas incompatíveis, e, a isso somado o fato de existir como pressuposto de fechamento do sistema a norma hipotética fundamental, como bem desenvolvida por Hans Kelsen, verifica-se, que não se tolera a existência de antinomias¹⁸ dentro dum sistema e, caso surjam incompatibilidades, elas devem ser solucionadas pelo intérprete e aplicador da norma.

A norma fundamental possui três finalidades, conforme esclarece Robert ALEXY¹⁹, fundado nas lições de Kelsen. Interessa aqui a finalidade de promover a instituição da unidade, posto que a norma fundamental, que é fundamento de validade de todo um sistema normativo, de um ordenamento. Se o fundamento é o mesmo, não se admite que haja conflito das normas postas neste ordenamento.

Quando há conflito entre bens jurídicos tutelados, deverá haver uma ponderação entre os valores conferidos a estes bens jurídicos e a verificação de qual bem jurídico se sobrepõe, mas sem deixar de considerar todos como bens jurídicos passíveis de tutela.

Partindo da concepção de sistema jurídico, afirma-se aqui que a Constituição é o fundamento de validade deste sistema, servindo de elo de ligação para as demais normas. Esta idéia é desenvolvida por Hans KELSEN, que vislumbra a ordem jurídica de forma escalonada, encontrando a norma inferior fundamento de validade na norma superior de forma sucessiva, até se chegar à norma fundamental, que é hipotética e serve de fundamento de validade para o sistema. Neste sentido a construção da teoria do escalonamento das normas:

Como, dado o caráter dinâmico do Direito, uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada

¹⁸ Segundo lição de Norberto BOBBIO, **Teoria do ordenamento jurídico**, p. 81, “a situação de normas incompatíveis entre si é uma dificuldade tradicional frente à qual se encontraram os juristas de todos os tempos, e teve uma denominação própria características: *antinomia*”. Maria Helena Helena DINIZ, **Conflito de normas**, p. 19, define antinomia como “a presença de duas normas conflitantes, sem que se possa saber qual delas deverá ser aplicada ao caso singular”.

¹⁹ **Conceito de validade do direito**, p. 127-128.

por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela.

A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior.

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.²⁰

A partir deste pressuposto, é inadmissível que em um sistema existam normas conflitantes. Todavia, apesar de ser inadmissível, não é impossível que tal ocorra e, neste caso, o próprio sistema tem que apresentar métodos para afastar o embate entre normas e apresentação a pacificação.

É da idéia de sistema que se extrai o Princípio da unidade da Constituição que, segundo Luís Roberto Barroso, pode ser definido como “uma especificação da interpretação sistemática, e impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas”.²¹

Em remate, o autor acaba por concluir sobre o Princípio da unidade da Constituição, sendo oportuna a transcrição que serve de premissa para a ponderação, *verbis*:

A grande premissa sobre a qual se alicerça o raciocínio desenvolvido é a de que inexistente hierarquia normativa entre as normas constitucionais, sem qualquer distinção entre normas materiais ou formais ou entre normas-princípio e normas-regra. Isso porque, em direito, hierarquia traduz a idéia de que uma norma colhe seu

²⁰ **Teoria pura do direito**, p. 246-247. No mesmo sentido Norberto BOBBIO, **Teoria do ordenamento jurídico**, p. 48-49 e 58-65, que, resumiu bem esta idéia, *op.cit.*, p. 62: “Então diremos que a norma fundamental é o critério supremo que permite estabelecer se uma norma pertence a um ordenamento; em outras palavras, é o *fundamento de validade de todas as normas do sistema*. Portanto, não só a exigência de *unidade* do ordenamento, mas também a exigência de fundamentar a validade do ordenamento nos induzem a postular a norma fundamental, a qual é, simultaneamente, o fundamento de validade e o princípio unificador das normas de um ordenamento”.

²¹ **Interpretação e aplicação da Constituição**, p. 196.

fundamento de validade em outra, que lhe é superior. Não é isso que se passa entre normas promulgadas originariamente com a Constituição.

Não obstante isso, é inegável o destaque de algumas normas, que por expressa eleição do constituinte, que pela lógica do sistema. No direito constitucional positivo brasileiro, foram expressamente prestigiadas as normas que cuidam das matérias integrantes no núcleo imodificável da Constituição, que reúne as chamadas *cláusulas pétreas*.

(...) Porque assim é, deve-se reconhecer a existência, no Texto Constitucional, de uma hierarquia *axiológica*, resultado da ordenação dos valores constitucionais, a ser utilizada sempre que se constatarem tensões que envolvam duas regras entre si, uma regra e um princípio ou dois princípios.²²

Como decorrência deste princípio não se admite, ademais, hierarquizar as normas constitucionais e também deixar de aplicar, por si só, normas válidas e vigentes, aplicáveis de igual modo a uma mesma situação, mas com resultados diferentes.

3. Antinomia

Antinomia é uma contradição existente dentro de uma camada de linguagem, onde há duas proposições contraditórias admitidas como verdadeiras ou válidas, a depender da camada de linguagem a qual se faz referência.

No direito positivo, a antinomia é a existência de duas normas jurídicas onde o conseqüente seja contraditório, ou seja, em outras linhas, no conseqüente há modais deônticos contraditórios. Tem como requisito a condição de que as duas normas pertençam ao mesmo ordenamento e que tenham o mesmo âmbito de validade.²³

A antinomia pode acontecer no âmbito da validade, situação esta admitida por Norberto BOBBIO²⁴, mas também nos campos da vigência e da eficácia normativa.

A antinomia não pressupõe a retirada de uma das normas do sistema. Por sua vez, é impossível evitá-la, posto apresentar-se no plano das idéias, dependendo da construção livre do agente autorizado, mediante procedimento adequado.

A antinomia é um conflito no plano sintático, ou seja, um conflito lógico. A eliminação das antinomias é necessária para que o sistema mantenha sua consistência e que

²² **Interpretação e aplicação da Constituição**, p. 203. No mesmo sentido José Joaquim Gomes CANOTILHO, **Direito constitucional e teoria da Constituição**, p. 1183, ao esclarece que “O **princípio da unidade hierárquico-normativa** significa que todas as normas contidas numa constituição formal têm igual dignidade (não há normas só formais, nem hierarquia de supra-infra-ordenação dentro da lei constitucional”.

²³ Segundo Norberto BOBBIO, **Teoria do ordenamento jurídico**, p. 87, as normas possuem quatro âmbitos de validade: temporal, espacial, pessoal e material.

²⁴ *Op. cit.*, *passim*.

nenhum dos três princípios lógicos sejam violados, quais sejam: princípio da identidade, da não contradição e do terceiro excluído.

Noutro aspecto, não se admite antinomias dentro do sistema, pois este é permeado pela unidade, ante a existência de uma norma fundamental que o valida como um todo.

Haverá antinomia quando duas normas incompatíveis têm igual âmbito de validade (total-total), âmbito de validade parte igual e parte diferente (parcial-parcial) ou quando uma norma tem âmbito de validade igual ao de outra norma, mas com alcance mais restrito (total-parcial), conforme Alf Ross.²⁵

Norberto Bobbio ainda fala das antinomias de princípios, que não seriam antinomias jurídicas propriamente ditas, mas podendo dar lugar a normas incompatíveis; antinomias de avaliação, na hipótese de uma norma punir delito menor com pena mais grave do que a de um delito maior, que seria melhor denominado de injustiça; e ainda a antinomia teleológica, que ocorre quando existe uma norma que prescreve meio para alcançar o fim e outra norma que prescreve o fim, mais especificamente caracterizada como lacuna.²⁶

Ainda é possível outras classificações de antinomias, conforme esclarece Maria Helena DINIZ.²⁷

Quanto ao critério de solução, a antinomia pode ser real ou aparente, conforme existam ou não normas integrantes do ordenamento para a solução.

Quanto ao conteúdo, a antinomia pode ser própria, quando se dá por razão formal, ou imprópria, quando decorre do conteúdo das normas, consideradas acima por Norberto Bobbio.

Quanto ao âmbito, a antinomia pode ser de direito interno, quando ocorre dentro do mesmo ramo do direito; de direito internacional, quando surge entre normas de direito internacional público; e de direito interno-internacional, quando surge entre norma de direito interno com norma de direito internacional. Pode ainda se classificada quanto à extensão da contradição, ou ainda quanto ao âmbito de validade, conforme Alf Ross.

3.1. Antinomias aparentes e antinomias reais

²⁵ **Sobre el derecho y la justicia**, p. 124-125. No mesmo sentido, Norberto BOBBIO, *Op.cit.*, p. 88-89.

²⁶ **Teoria do ordenamento jurídico.**, p.89-91.

²⁷ **Conflito de normas**, p. 25-31.

Importante firmar esta distinção, na medida em que considera-se uma antinomia como aparente ou solúvel quando existe uma regra para solucionar o conflito entre as normas em conflito. Neste caso, não há se falar propriamente em antinomia, pois existe uma solução, muitas vezes legal, para espancar o conflito.

Ao contrário, a antinomia real é aquela que não apresenta solução, quer porque não há um critério para a solução do conflito de normas, quer porque em determinada situação admite-se a aplicação, ao mesmo tempo, de duas ou mais regras em conflito. A antinomia real é também denominada insolúvel.

Como forma de solução de antinomias normativas no plano da aplicação surge a possibilidade de uma ineficácia técnico sintática positiva de uma das normas enquanto não se pode realizar a revogação ou a invalidação de uma dada norma no sistema.

Para que o direito opere, é necessário que o intérprete autêntico crie o seu repertório de normas e sua definição denotativa de sistema jurídico ausente de contradições e crie soluções de preferibilidade de aplicação, que são extremamente vinculadas aos valores, sendo mediatamente auxiliadas pelas formas positivadas para a solução de antinomias, mas com a ressalva de que se deve resolver este problema sob pena de se ferir a universalidade da jurisdição, no especial na impossibilidade de se furtar a dar uma solução a um problema apresentado ao judiciário.

3.2. Critérios para solução das antinomias

Partindo-se da premissa de unidade do ordenamento, fundado na norma fundamental e da tendência de cada ordenamento jurídico se constituir em sistema, as antinomias são inaceitáveis e devem ser solucionadas. Para isso, existem critérios previstos pela ordem jurídica para a solução destes conflitos.

Três são os critérios básicos para solução das antinomias: hierárquico, cronológico e especialidade.

Pelo critério hierárquico, havendo conflito entre duas normas incompatíveis, a norma hierarquicamente superior prevalece sobre a inferior. Esta é uma regra possível a partir do pressuposto de que o ordenamento jurídico se organiza pelo escalonamento de normas, que são, portanto, colocadas em planos diferentes, em ordem hierárquica.

Vale aqui apenas ressaltar que, para Hans KELSEN²⁸, não haveria se falar em antinomia entre normas que estão em escalões diferentes, na medida em que a norma inferior só pode ser válida se estiver de acordo com a norma superior, ou seja, a norma inferior encontra fundamento de validade na norma superior. Caso contrário, a norma inferior sequer tem validade. Ora, se não tem validade, não há se falar em conflito entre normas de níveis hierárquicos diferentes. No mesmo sentido, Alf ROSS.²⁹

Sob outro ângulo, a resolução de antinomias por meio do critério hierárquico não possui correlação com o sistema jurídico, já que o que deve ser tratado é se a regra de competência estabeleceu a possibilidade de regulação da conduta por aquele dado instrumento. Se naquele nível hierárquico não havia competência para disciplinar determinada conduta, não há se falar em validade da norma, em virtude da incompetência, o que não possibilitaria antinomia, portanto.

Isto significa que não se resolve a antinomia observando a norma superior e a norma inferior, observa-se se há ou não competência para regular aquela matéria, ou, ainda, se a regulação daquela matéria está compatível com a definição dada para o conceito fundante, ou seja, a definição inicial é dada por uma norma que passa a ser o referencial para tal definição.

Em outras palavras, exemplificando com o direito tributário, quando admite-se, em algumas situações a hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, ainda que se trate de lei complementar em matéria tributária, por exemplo, definindo norma geral relacionada ao fato gerador, será inferior hierarquicamente de forma material ao Código Civil, que é lei ordinária, já que os conceitos e suas definições, utilizados pelo direito tributário não podem ser distintos, somente ocorrendo no caso da elisão fiscal, que é um critério adicional para aferição da validade para o direito tributário de uma regra cível.

Inobstante isso, enquanto uma norma não é declarada sem validade, a mesma continua válida e deve ser aplicada, ou seja, possui eficácia. Diante disso, para que haja declaração de invalidade de uma norma inferior, que, *a priori*, está em conflito com uma norma superior, antes de mais nada, é necessário que a mesma tenha validade e eficácia como condição para ação que vai afastar a incidência da norma inferior.

²⁸ Teoria pura do direito, p. 232.

²⁹ Sobre el derecho y la justicia, p. 127.

Enquanto permanece a situação de validade e eficácia, em tese, da norma inferior, a mesma estará em conflito com a norma superior, ou seja, haverá antinomia, e caberá ao Poder Judiciário a declaração de invalidade da primeira. Quando o Poder Judiciário assim se pronuncia, pela invalidade na norma inferior, ele está lançando mão do critério hierárquico para assim o fazer. Tratou-se de uma antinomia aparente de fácil solução.

Com relação ao segundo critério, o temporal ou cronológico, este está positivado na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, em seu artigo 2º:

Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1o 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.

§ 2o A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

§ 3o Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

Tal critério está expresso pelo brocardo *Lex posterior derogat legi priori*. Este critério de solução das antinomias aparentes tem lugar quando as normas em conflito estão no mesmo nível hierárquico e foram postas pelo mesmo órgão ou poder competente. Neste caso, a norma mais nova prevalece sobre a mais antiga.

Para que este critério tenha lugar é mister, portanto, que tenham mesmo nível hierárquico e tratem da mesma matéria, mas tenham sido postas em momentos diferentes, com intenção legislativa de que a mais nova venha para afastar total ou parcialmente a norma anterior. Quando o afastamento for total, trata-se de ab-rogação. Quando o afastamento é parcial, trata-se de derrogação.

Por fim, o critério da especialidade tem lugar quando insuficientes os dois critérios anteriores, ou seja, porque as normas em aparente conflito têm mesmo nível hierárquico, tratam da mesma matéria, mas de forma diferente, não se excluindo. Neste caso, não são suficientes nem o critério hierárquico, nem o critério cronológico. Resta assim, a solução do

conflito pelo critério da especialidade, em que a norma especial prevalece sobre a norma geral. Este critério está expresso no brocardo *Lex specialis derogat generali*.

Há se falar em norma especial quando a mesma anula uma norma geral ou quando submete a uma regulamentação diferente parte da matéria regulada pela norma geral.

Com relação ao critério da especialidade, vale aqui observar a relação feita por Norberto BOBBIO como decorrência do princípio da isonomia:

Verificada ou descoberta a diferenciação, a persistência na regra geral importaria no tratamento igual de pessoas que pertencem a categorias diferentes, e, portanto, numa injustiça. Nesse processo de gradual especialização, operado através de lei especiais, encontramos uma das regras fundamentais da justiça, que é a do *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu).³⁰ Logo, este critério encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio pelo art. 5º, da CF.

3.2.1. Solução de antinomia pelo critério ‘forma da norma’

Diante das antinomias solúveis é possível, na maior parte das vezes, a solução pelos critérios expostos acima, no item 3.2. Todavia, quando estes três critérios forem insuficientes, ainda há se considerar outra maneira de solução de antinomias, qual seja, considerando a forma da norma.

Quanto à forma, a norma pode ser classificada em imperativa, proibitiva e permissiva. Este modo de solução tem cabimento quando o conflito acontece entre normas de formas diferentes e os critérios anteriores (hierárquico, cronológico e especialidade) são insuficientes. Neste caso, tomando por base as lições de Norberto BOBBIO, seria possível estabelecer uma graduação de prevalência entre as três formas de normas.

Para o mencionado autor, as normas permissivas prevalecem sobre as proibitivas e imperativas, partindo-se da ideia de interpretação mais favorável prevalece sobre a mais prejudicial. Por sua vez, havendo conflito entre normas proibitivas e imperativas, uma anula a outra, sendo certo que um comportamento então proibido ou ordenado se torna permitido ou lícito.³¹

Para BOBBIO a solução do conflito será confiada à liberdade do intérprete, que poderá eliminar uma das normas, as duas ou conservar as duas, dependendo a situação

³⁰ Teoria do ordenamento jurídico, p. 96.

³¹ Teoria do ordenamento jurídico., p. 98-100.

concreta. Vale aqui esclarecer que na hipótese de conservar as duas normas, deverá o intérprete demonstrar que as duas normas não são incompatíveis ou, que esta incompatibilidade é puramente aparente.

3.2.2. Antinomias de segundo grau

As antinomias de segundo grau ocorrem quando existe não um conflito entre normas, mas, diante deste, um conflito entre os critérios para solução do conflito aparente de normas.

Assim, diante de uma antinomia solúvel, havendo conflito entre os critérios hierárquico e cronológico, deve prevalecer o critério hierárquico. Se assim não fosse, a ordem hierárquica nas normas de nada valeria dentro do sistema escalonado idealizado por Hans Kelsen.

Quando o conflito acontecer entre os critérios da especialidade e o cronológico, ou seja, entre uma norma anterior-especial e uma norma posterior-geral, deve prevalecer o critério da especialidade. Inclusive esta regra, expressa pelo brocardo *Lex posterior generalis non derogat priori speciali*, encontra-se positivada no ordenamento jurídico pátrio à luz do § 2º, do art. 2º, da Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro, que dispõe que “A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.”

Finalmente, havendo conflito entre os critérios hierárquico e da especialidade, ou seja, uma norma superior-geral em conflito com uma norma inferior-especial, segundo BOBBIO³², não há uma regra segura, estando a depender do intérprete, diante de cada caso.

Neste caso em específico, num primeiro momento, deveria prevalecer, sem dúvida, o critério hierárquico, até pela forma escalonada do nosso sistema, mas, como adverte o autor supra, “na prática, a exigência de adaptar os princípios gerais de uma Constituição às sempre novas situações leva frequentemente a fazer triunfar a lei especial, mesmo que ordinária, sobre a constitucional”.³³

Um exemplo claro de prevalência da norma especial sobre a norma hierarquicamente superior acontece no caso de ação rescisória, prevista no art. 485, CPC, em confronto com o

³² Teoria do ordenamento jurídico, p. 109.

³³ *Op.cit.*, p. 109.

direito individual à segurança da coisa julgada, esculpido na Magna Carta, como bem lembrado por Maria Helena DINIZ.³⁴

3.3. Antinomia real e a incompletude do sistema

Como já definido em linhas anteriores, a antinomia real é aquela onde existe real insuficiência de critérios para a solução do conflito de normas.

Quando ocorre mencionada situação, o caso concreto não pode ficar sem solução. Por outro lado, não há como espancar a existência real de um conflito de normas. Diante disso, no caso concreto, deverá ser aplicada uma solução corretivo-equitativa.³⁵ Muito embora seja possível dar uma solução ao caso concreto, esta solução não alcança a antinomia, que persistirá.

Para Eros Roberto GRAU³⁶ não haverá, no caso de antinomia imprópria, o instituto da antinomia propriamente dito, na medida em que, segundo ele, a antinomia impõe a extirpação do sistema de uma das normas em conflito. Quando a solução se dá sem a exclusão de uma das normas não se fala em antinomia.

Esta situação pode ocorrer no campo dos direitos fundamentais, que possuem o mesmo nível hierárquico, mesma época de criação e não se distinguem em especial e geral. Neste caso, insuficiente os critérios regulares para solução de antinomias que, só se aplicam com eficiência, diante de antinomia aparente, o que não é o caso aqui.

A colisão de direitos fundamentais, segundo esclarece Daniel Sarmento, é decorrente da característica de ser nossa Constituição do tipo compromissória, ou seja, elaborada como “síntese dialética de concepções e ideais políticos diversificados (...), abrigando normas derivadas de matizes ideológicas antagônicas, que, ao incidir sobre casos concretos, podem indicar soluções diametralmente opostas”.³⁷

Diante disso, por expressar valores múltiplos, pode gerar colisão quando é necessária a comparação entre direitos fundamentais que incidam sobre um caso.

³⁴ **Conflito de normas**, p. 50-51.

³⁵ Maria Helena DINIZ, **Conflito de normas**, p.55-56.

³⁶ **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**, p. 194-195.

³⁷ Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: Ricardo Lobo TORRES, **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 36-37.

Todavia, muito embora a Constituição de 1988 albergue valores muitas vezes antagônicos, vige em nosso ordenamento o Princípio da Unidade da Constituição, que empresta a todas as normas constitucionais idêntica hierarquia normativa, sem embargo da possibilidade de se traçar uma hierarquia de valores das normas constitucionais, como ademais já reconhecido.

É neste cenário que os direitos fundamentais podem entrar em colisão quando vários deles se aplicam a determinada situação. Diante disso e do fato do ordenamento jurídico pátrio se constituir num sistema é que vários métodos são propostos como forma de solucionar estes conflitos entre os direitos fundamentais.

Deve ser apenas frisado que, muitas vezes, existe apenas aparente conflito, que se resolve facilmente pela delimitação dos “limites imanentes” do direito fundamental, que seriam “a fronteira externa dos direitos fundamentais”.

A determinação destes limites imanentes se dá através da análise com outros direitos e valores do mesmo nível. A identificação dos limites imanentes, portanto, se faz em momento anterior à resolução do conflito, uma vez em que esta medida é capaz de afastar a incidência do conflito.³⁸

Contudo, restando insuficiente apenas a solução pela determinação dos limites imanentes, dentro da variedade de direitos fundamentais expressos na Carta Magna, no campo de sua aplicação, ou, antes mesmo, no campo da interpretação, haverá certamente colisão entre eles.

Robert Alexy³⁹ classifica a colisão de direitos fundamentais em sentido amplo e em sentido estrito. A colisão de direitos fundamentais em sentido amplo pode ser expressa como a colisão de qualquer norma, regra ou princípio, que tenha por objeto bens coletivos de um lado e direitos fundamentais de outro. Ao contrário, a colisão de direitos fundamentais em sentido estrito se dará entre direitos fundamentais iguais de diferentes titulares ou de direitos fundamentais diferentes de titulares diferentes.

A colisão dos direitos fundamentais não pode permanecer dentro de um sistema unitário como o nosso. Vários critérios são propostos para a solução dos conflitos.

³⁸ Neste sentido a lição de Daniel SARMENTO, Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: Ricardo Lobo TORRES, **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 38-39.

³⁹ Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático, **Revista de direito administrativo**, n. 217, p. 68-72.

Como já fora aduzido em momento anterior, antinomia significa oposição entre normas contraditórias, emanadas de autoridades competentes, e que regulam o mesmo fato. Os critérios comuns de solução de antinomias são o cronológico (*lex posterior derogat legi priori*), especialidade (*lex specialis derogat legi generali*) e hierárquico (*lex superior derogat legi inferiori*).

Estes critérios, contudo, são insuficientes na solução de colisão de direitos fundamentais.

Isto porque, considerando que os direitos fundamentais são normas constitucionais, *a priori* foram criados pelo poder constituinte originário, razão pela qual não seria possível considerar o critério cronológico. O mesmo se diga em relação ao critério hierárquico e da especialidade, na medida em que as normas constitucionais não têm distinção de grau de hierarquia a ponto de se conferir primazia absoluta, bem assim não podem ser classificadas em normas gerais e especiais.

Assim, acreditamos que a melhor forma de se solucionar a colisão entre direitos fundamentais é através da ponderação de valores.

4. Valor

Para Miguel Reale, fundado em sua Teoria Tridimensional do Direito, existe uma “correlação funcional entre *fundamento*, *eficácia* e *vigência*, cujo significado só é possível numa teoria integral da validade do direito”⁴⁰, ou seja, o elemento *valor* é de suma importância na análise que se faz sobre fundamento, eficácia e vigência de uma norma.

Nesta esteira, precitado autor vislumbra uma tripla função para o *valor*: “(k) ...*valor* atua como um dos fatores constitutivos dessa realidade (*função ôntica*) e, concomitantemente, como prisma de compreensão da realidade por ele constituída (*função gnoseológica*) e como razão determinante da conduta (*função deontológica*)”.⁴¹

Esclarece Maria Helena Diniz que “na tridimensionalidade jurídica de Miguel Reale, encontramos a noção de que o sistema jurídico se compõe de um subsistema de normas, de um subsistema de fatos e de um subsistema de valores”.⁴²

⁴⁰ **Teoria Tridimensional do Direito**, p. 62.

⁴¹ *Op.cit.*, p. 63.

⁴² **Conflito de normas**, p. 11.

Por seu turno, ensina Miguel Reale que

o direito é, por certo, um só para todos os que o estudam, havendo necessidade de que os diversos especialistas se mantenham em permanente contato, suprimindo e completando as respectivas indagações, mas isto não quer dizer que, sem sentido próprio, se possa falar numa única Ciência do Direito⁴³.

Mais adiante clareia que

As diferentes ciências, destinadas à pesquisa do direito, não se distinguem umas das outras por se distribuírem entre si *fato*, *valor* e *norma*, como se fossem fatias de algo divisível, mas sim pelo sentido dialético das respectivas investigações, pois ora se pode ter em vista prevalentemente o momento *normativo*, ora o momento *fático*, ora o *axiológico*, mas sempre em função dos outros dois (tridimensionalidade funcional do saber jurídico)⁴⁴.

Paulo de Barros CARVALHO⁴⁵, referindo-se à Tércio Sampaio Ferraz Júnior, menciona que valores são preferências por núcleos de significação, ou melhor, são centros significativos que expressam preferibilidade por certos conteúdos de expectativa.

Os valores possuem onze características, a saber:

1) Bipolaridade – onde houver valor, haverá desvalor, sempre; 2) Implicação recíproca; 3) Referibilidade ou necessidade de sentido – importa sempre numa tomada de posição; 4) Preferibilidade – apontam para algo, sempre; 5) Incomensuráveis, porque impossível medi-los; 6) Gradação hierárquica – quando se encontram em relações múltiplas apresentam tendência à gradação hierárquica, tomando como referência o mesmo sujeito axiológico; 7) Objetividade – requerem objetos para assumir a objetividade; 8) Historicidade – evoluem no tempo; 9) Inexaurabilidade – não se esgotam; 10) Atributividade e 11) Tendência a se apresentarem normativamente.

Basicamente, pode-se dizer que o valor possui marcas, características únicas, pode ser colocada como primeira a bipolaridade (1), somente existente nos objetos ideais, ou seja, há valor quando existir o desvalor, implicando-se mutuamente (2).

O valor também exige a referibilidade (3), ou seja, o valor importa uma tomada de posição perante algo, o referido, que é apontado em uma determinada direção, preferida (4).

Os valores ainda são incomensuráveis (5), sendo passíveis de gradação hierárquica (6), pois podem ser contrapostos entre si acomodando-se em ordem escalonada.

⁴³ **Teoria tridimensional do direito**, p. 56.

⁴⁴ *Op.cit.*, p. 61.

⁴⁵ **Direito Tributário, linguagem e método**, p. 175.

Ainda, os valores exigem objetividade (7), ou seja, devem possuir um objeto, que dá o timbre da historicidade (8), ou seja, os valores são construídos no decorrer do tempo, sendo inexauríveis (9), ou seja, sempre excedendo os bens a que são objetos.

Por fim, na enumeração das características dos valores resta a atributividade (10), já que um valor (positivo ou negativo) que é atribuído por um sujeito a um dado de mundo e a tendência de se apresentarem em normas (11).

Os valores não “são” normas, o modo de existir de um valor é “valer”, de forma que, os valores estão na raiz do direito, no binômio lícito e ilícito e compõem todas as normas, que construídas pelos intérpretes, carregam conteúdos preferenciais do sujeito que exerce a competência tributária, que no ato de fala, no ato de vontade faz criar o direito, incluindo seus valores, materializando, assim, o direito.

Neste sentido, não há direito positivo sem valor uma vez que o valor está na raiz do direito, em sua própria formação. Aliás, existir um “direito positivo” reconhecido e aceito já é um valor que a sociedade reconhece.

4.1. Hierarquia de valores

Não é possível falar em valores sem hierarquia pelo simples fato que os valores representam hierarquias, aproximações, de conteúdos de preferibilidades na relação entre sujeito qualificando/valorando um objeto.

Cada intérprete possui sua própria gradação hierárquica dos valores, ou ainda, os observadores e participantes do sistema possuem, cada um, sua gradação hierárquica de valores. A preferência por um não quer dizer que o outro valor deixe de existir no sistema.

Logo, a não aplicação de um valor em detrimento de outro (positivados ou não) acaba por ser a demonstração de que a forma de ação de um valor/princípio no ordenamento jurídico é idêntica ao de uma norma jurídica qualquer.

O professor Paulo de Barros Carvalho admite a existência de “sobreprincípios”, que seriam princípios empregados na realização de outros princípios, esclarecendo que esta classificação leva em conta os valores impressos na norma.⁴⁶

⁴⁶ Tributo e segurança jurídica. In: George Salomão LEITE (org.), **Dos princípios constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**, p. 358. Do mesmo autor, Sobre os princípios constitucionais tributários, **Revista de direito tributário**, n. 55, p. 150. No mesmo sentido Humberto

Por oportuno, impende salientar que a hierarquia axiológica dos princípios é admitida porque admite-se a existência de hierarquia de valores. Neste sentido a lição de Johannes Hessen:

Os valores não só se distinguem uns dos outros, como se acham ainda entre si numa determinada relação de hierarquia. São, com efeito, da essência do valor não só a característica *polaridade*, que os faz distinguir em positivos e negativos, de que já falamos, como ainda a sua distinção entre valores *mais altos* e valores *mais baixos*. A ordem axiológica possui, assim, como já vimos, uma estrutura hierárquica, Dá-nos uma escala com graduações de altura em que há números baixos e números altos a considerar.⁴⁷

Ainda sobre a carga axiológica dos princípios vale a lição de André Ramos Tavares, ao afirmar que “não há hierarquia normativa entre *princípios*. Poder-se-ia verificar uma distinção valorativa, axiológica, mas não uma hierarquização normativa, isso tendo-se em vista que todas as normas constitucionais se encontram no mesmo patamar”⁴⁸ Todavia, apesar de reconhecer que existe uma distinção axiológica entre os princípios, o autor não admite que se atribua uma superioridade em relação a um princípio por conta de algum valor que ele expresse.

Até mesmo Ronald Dworkin⁴⁹, quando cuida da distinção entre regras e princípios, afirma que os princípios são dotados de uma dimensão de peso, acaba por reconhecer uma hierarquia de valores. Tanto é assim que segundo este autor, no caso de colisão entre princípios, o princípio de maior peso, em determinado caso, prevalece, sem, contudo, que o de menor peso se torne inválido.

5. Ponderação de valores na solução de antinomias reais

ÁVILA, **Teoria da igualdade tributária**, p. 148 e 150-151, que, tomando por base o princípio da igualdade, acaba por reconhecer que entre os princípios pode existir prevalência axiológica em nível abstrato: “Em primeiro lugar – e por isso a relação com o tema ora desenvolvido –, a intensidade do suporte decorre da prevalência relativa abstrata do princípio. O suporte axiológico, advindo de um princípio constitucional abstratamente prevalente, é maior do que aquele fornecido por um princípio sem essa primazia. (...) Alguns princípios exercem, por assim dizer, uma função subordinante relativamente a outros princípios subordinados, a exemplo do que ocorre com os valores, na terminologia de Reale. Nessa direção, não havendo outros elementos a modificar a equação, se houver um conflito entre duas normas legais, uma delas suportada mais intensamente por um princípio constitucional, inclusive a igualdade, e outra menos intensamente apoiada, deve-se dar primazia à primeira em desfavor da segunda”.

⁴⁷ **Filosofia dos valores**, p. 99.

⁴⁸ Elementos para uma teoria geral dos princípios. In George Leite SALOMÃO (org.) **Dos princípios constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**, p. 27-28.

⁴⁹ **Levando os direitos a sério**, p. 42-43.

Para Humberto Ávila, “a *ponderação de bens* consiste num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento”.⁵⁰

O autor ainda estabelece três etapas para a aplicação da ponderação: na primeira etapa devem ser identificados os elementos e argumentos objeto de ponderação; na segunda etapa efetiva-se a ponderação, fundamentando a relação estabelecida entre os elementos objeto de sopesamento; na terceira e última etapa deve ser formulada a regra resultante da ponderação, inclusive informando sobre a primazia dos elementos que foram objeto de sopesamento.⁵¹

Ponderar ou sopesar, segundo Karl Larenz⁵², “é apenas uma imagem; não se trata de grandezas quantitativamente mensuráveis, mas do resultado de valorações que – nisso reside a maior dificuldade, não só devem ser orientadas a uma pauta geral, mas também à situação concreta de cada caso”.

Aqui, cumpre frisar que discordamos em parte desta noção, que, de resto, é prática usual do Tribunal Constitucional Federal alemão no que se refere à utilização da ponderação somente diante de casos concretos em que se verifica a colisão de princípios, na medida em que acreditamos ser possível, e este é um dos pontos centrais desta tese, a ponderação abstrata.

Podem ser objeto de ponderação os bens jurídicos essenciais à promoção dos princípios; os interesses, que seriam bens jurídicos na vinculação com algum sujeito que os pretende obter; os valores, que são os aspectos axiológicos da norma e, por fim, os princípios, que são o aspecto deontológico dos valores, demonstrando um estado de coisas que deve ser promovido.

Também é possível a ponderação de regras, quando, muito embora haja subsunção, haverá discrepância com o fim almejado. Acreditamos que neste ponto, o postulado da proporcionalidade se apresentará através do postulado da ponderação, que resultará em uma regra de aplicação.

⁵⁰ **Teoria dos princípios**, p. 130-131.

⁵¹ *Ibid.*, *ibidem*, p. 132.

⁵² **Metodologia da ciência do direito**, p. 575.

A ponderação veio da evolução do critério de subsunção do fato à norma como forma de aplicação do Direito, na medida em que subsunção é insuficiente para solucionar conflito entre normas, mormente entre normas de mesmo nível hierárquico, na medida em que, como decorrência do Princípio da Unidade da Constituição não há hierarquia entre normas de mesma natureza.

Isto porque, como bem explica Luís Roberto Barroso, com a subsunção só se admite a aplicação de uma única norma e, em havendo duas normas aplicáveis, uma deveria ser excluída, o que é inadmissível se ambas são válidas, mas geram soluções diferentes.⁵³

Diante das regras, a solução para a antinomia se dá pelos métodos tradicionais de solução de antinomias (critérios hierárquico, cronológico ou de especialidade). Todavia, mesmo em se tratando de regras, diante do conflito de regras será admitida a ponderação quando não se aplicar à hipótese o método tradicional de solução da antinomia.

Neste diapasão, ainda seguindo a lição de Luís Roberto Barroso: “a ponderação consiste, portanto, em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação às quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas”.⁵⁴

Em relação a esta definição, apenas ressaltamos que os “casos difíceis”⁵⁵ a que se refere o autor se dá na aplicação de uma regra quando há subsunção, mas não há adequação à finalidade que dá suporte à norma ou quando há outras razões que superam a aplicação da regra.

Neste caso, a solução se dará através da ponderação entre a razão geradora da regra e as razões para seu não cumprimento, com base na finalidade da regra ou em princípios outros. Além dos casos difíceis a ponderação é postulado utilizado diante do conflito entre princípios.

Tomando-se outro enfoque acerca da ponderação, Luís Roberto Barroso⁵⁶ fundado no Princípio da unidade da Constituição entende que deverá o intérprete desenvolver um trabalho de otimização das normas constitucionais de modo a delimitar os bens em questão de forma que tenham uma ótima efetividade (comando de otimização, segundo Robert Alexy e

⁵³ **Interpretação e aplicação da Constituição**, p. 356-357.

⁵⁴ **Interpretação e aplicação da Constituição**, p. 358.

⁵⁵ Para Ronald DWORKIN, **Levando os direitos a sério**, p. 131, ‘caso difícil’ é aquele “em que nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção”.

⁵⁶ *Op. cit.*, p. 202.

JJ.Gomes Canotilho) e, neste contexto buscar a concordância prática entre eles, ainda que para isso seja necessário a ponderação, passando neste processo pela proporcionalidade.

Solução parecida parece ser apresentada por George Marmelstein Lima⁵⁷, que apresenta como solução à colisão de princípios a aplicação sucessiva da concordância prática entre os princípios e, em sendo insuficiente, a solução pela dimensão de peso que deve ser atribuída aos princípios, aplicando-se, em qualquer situação, a proporcionalidade, por ele entendida como um “metaprincípio”.

Segundo Daniel Sarmento, “o método da ponderação de bens está intimamente ligado ao princípio da hermenêutica constitucional da ‘concordância prática’, o qual, na dicção de Canotilho, *‘impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito ou em concorrência de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros’*”.⁵⁸ Segundo o autor, deve primeiro ser avaliada a efetiva colisão diante da interpretação.

Sobre a *concordância prática*, Humberto Ávila⁵⁹ a qualifica como um postulado inespecífico, ao lado da ponderação, mas dela se distinguindo, na medida em que através da concordância prática busca-se a realização máxima dos valores que estão em rota de colisão, para que sejam harmonizados e protegidos. Segundo o autor, a concordância prática deve direcionar a ponderação.

Robert Alexy esclarece ser a ponderação utilizada pelo Tribunal Constitucional Alemão tendo, inclusive, estabelecido uma regra constitutiva para as ponderações, que assim se expressa: “quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância de satisfação do outro”, ou seja, só se admite a não satisfação ou não afetação de um princípio em razão do grau de importância de satisfação de outro princípio. Informa que se trata da *lei da ponderação*, que tem validade para qualquer tipo de ponderação.

Deve ser frisado, por oportuno, que os pesos atribuídos aos princípios não o são de forma absoluta, mas de forma relativa. No mesmo sentido Klaus Stern *apud* Luís Roberto

⁵⁷ **A hierarquia entre princípios e a colisão de normas constitucionais**, p. 121.

⁵⁸ Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 55.

⁵⁹ **Teoria dos princípios**, p. 132-133.

Barroso⁶⁰ e Jorge Reis Novais⁶¹, que faz menção à *tiranía dos valores* que se aproximaria de regras do que da concepção de princípios.

Segundo Ana Paula de Barcellos, antes de se consagrar a ponderação como ideal,

Uma técnica concebida inicialmente como alternativa à ponderação foi a chamada *concordância prática*. Por meio dela se buscaria uma otimização dos bens em conflito sem privar qualquer deles de sua garantia jurídico-constitucional. A doutrina registra que o principal instrumento metodológico da concordância prática era (e é) a idéia de proporcionalidade, analiticamente desenvolvida em três fases (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito)⁶²

De resto, precisa é a definição de ponderação apresentada por Ana Paula de Barcellos:

Ponderação (também chamada, por influência da doutrina norte-americana, de *balancing*) será entendida neste estudo como *técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais*.⁶³

Assim, a ponderação terá lugar quando for insuficiente a solução do conflito de normas pelas técnicas tradicionais de hermenêutica, quais sejam, hierarquia, especialidade e temporalidade, bem assim quando impossível a solução por métodos de interpretação, tais quais os métodos sistemático e teleológico.

Esclarece que as técnicas tradicionais de hermenêutica, assim como os métodos de interpretação operam na de solução de conflitos pelo método da subsunção, quando terá sido afastada a antinomia.

Assim, a ponderação só terá lugar quando as técnicas e métodos tradicionais restarem insuficientes a identificar a norma que servirá à subsunção, sendo alternativa à subsunção quando, diante de diversas premissas maiores válidas e vigentes, de mesma hierarquia, as soluções forem diversas e contraditórias.

⁶⁰ **Interpretação e aplicação da Constituição**, p. 201.

⁶¹ **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**, p. 692.

⁶² *Op cit.*, p. 83. Sobre a concordância prática ainda é oportuna a lição de Jorge Reis NOVAIS, *op.cit.*, p. 685-690, que segundo o autor se baseia na premissa de que existe idêntico peso constitucional os bens em colisão, em razão do Princípio da Unidade da Constituição e que, em razão disso, seria inútil a ponderação, devendo, portanto, realizar a otimização dos princípios em jogo, estabelecendo uma concordância prática entre eles.

⁶³ **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**, p. 23.

Ademais, quando se cuida de antinomia não se está apurando a carga axiológica ou a disputa entre opções políticas das normas jurídicas em conflito, porque são justamente estes que serão submetidos à ponderação, pois as técnicas tradicionais de solução de conflitos é insuficiente nestes casos.

Conclusão

1. O ordenamento jurídico é um sistema de normas escalonadas a partir de uma norma hipotética fundamental, vige o princípio da unidade da Constituição, que vem a conformar todo o sistema a partir desta.

2. Diante da existência de hierarquia entre as normas e sendo a norma hipotética fundamental, representada pela Constituição, a norma de maior nível hierárquico, todas as demais devem estar de acordo com seus preceitos. A partir daí não se admite que dentro do sistema existam normas incompatíveis.

3. Ao conflito de normas dá-se o nome de antinomia. A antinomia deve ser afastada dentro de um ordenamento jurídico calcado na norma fundamental, que dá validade a todo o sistema. A antinomia pode ser aparente ou solúvel, ou real ou insolúvel.

4. As antinomias aparentes ou solúveis podem ser afastadas por um dos três critérios básicos para solução das antinomias: hierárquico, cronológico e especialidade.

5. As antinomias reais ou insolúveis são aquelas que não podem ser afastadas pelos métodos tradicionais de solução dos conflitos de normas.

6. Quanto à forma, a norma pode ser classificada em imperativa, proibitiva e permissiva. Este modo de solução tem cabimento quando o conflito acontece entre normas de formas diferentes e os critérios anteriores (hierárquico, cronológico e especialidade) são insuficientes. As normas permissivas prevalecem sobre as proibitivas e imperativas, partindo-se da ideia de interpretação mais favorável prevalecendo sobre a mais prejudicial. Por sua vez, havendo conflito entre normas proibitivas e imperativas, uma anula a outra, sendo certo que um comportamento então proibido ou ordenado se torna permitido ou lícito.

7. As antinomias de segundo grau ocorrem quando existe não um conflito entre normas, mas, diante deste, um conflito entre os critérios para solução do conflito aparente de normas. Assim, diante de uma antinomia solúvel, havendo conflito entre os critérios hierárquico e cronológico, deve prevalecer o critério hierárquico. Quando o conflito acontecer entre os

critérios da especialidade e o cronológico, ou seja, entre uma norma anterior-especial e uma norma posterior-geral, deve prevalecer o critério da especialidade.

8. Valores são preferências por núcleos de significação, são centros significativos que expressam preferibilidade por certos conteúdos de expectativas.

9. Os valores não “são” normas, o modo de existir de um valor é “valer”, de forma que, os valores estão na raiz do direito, no binômio lícito e ilícito e compõem todas as normas, que construídas pelos intérpretes, carregam conteúdos preferenciais do sujeito que exerce a competência tributária, que no ato de fala, no ato de vontade que faz criar o direito, inclui seus valores, materializando o direito. Neste sentido, não há direito positivo sem valor uma vez que o valor está na raiz do direito, em sua própria formação.

10. Não é possível falar em valores sem hierarquia pelo simples fato que os valores representam hierarquias, aproximações, de conteúdos de preferibilidades na relação entre sujeito qualificando/valorando um objeto. Cada intérprete possui sua própria gradação hierárquica dos valores, ou ainda, os observadores e participantes do sistema possuem, cada um, sua gradação hierárquica de valores. A preferência por um não quer dizer que o outro valor deixe de existir no sistema.

11. Muito embora seja reconhecido e acatado o Princípio da Unidade da Constituição, em que todas as normas constitucionais têm mesma hierarquia normativa, cremos haver uma hierarquia axiológica entre as normas constitucionais. Como decorrência disso, considerando que nosso sistema jurídico é aberto, o conflito entre princípios ou entre princípios e regras é inevitável. Não sendo possível a solução do conflito pelo método normas de solução de antinomias (critérios da hierarquia, da especialidade ou temporal), só restará a solução pela via do postulado da ponderação.

12. A ponderação consiste num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento. A ponderação veio da evolução do critério de subsunção do fato à norma como forma de aplicação do Direito, na medida em que subsunção é insuficiente para solucionar conflito entre normas, mormente entre normas de mesmo nível hierárquico, na medida em que, como decorrência do Princípio da Unidade da Constituição não há hierarquia entre normas de mesma natureza.

Referências

ALCHOURRON, Carlos E., BULYGIN, Eugenio. **Análisis lógico y Derecho**. Madrid; Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

_____. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, p. 67-79, jul./set. 1999.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Teoria dos princípios**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10.ed. Brasília: Editora UnB, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, linguagem e método**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009.

_____. **Curso de direito tributário**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Tributo e segurança jurídica. In: LEITE, George Salomão. **Dos princípios constitucionais**. Considerações em torno das normas principiológicas na Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 342-366.

_____. Sobre os princípios constitucionais tributários. **Revista de direito tributário**, São Paulo, n. 55, p. 143-155, jan./mar.1991.

_____. **Teoria da norma tributária**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

CLÈVE, Clèmerson Merlin, FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. In: GRAU, Eros Roberto, CUNHA, Sérgio Sérulo da. **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 231-243.

DINIZ, Maria Helena. **Conflito de normas**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUASTINI, Riccardo. **Distinguendo. Estúdios de teoria y metateoría del derecho**. Barcelona: Gedisa Editorial, 1999.

HESSEN, Johannes. **Filosofia dos valores**. Coimbra: Almedina, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6.ed. 5.tir. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITE, George Salomão (org.). **Dos princípios constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003.

MORCHON, Gregório Robles. **Teoria del derecho** (Fundamentos de teoria comunicacional del derecho), Vol I. . Madrid: Civitas, 1998.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Lisboa: Coimbra Editora, 2003.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

ROSS, Alf. **Sobre el derecho y la justicia**. Buenos Aires, 1970.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 35-97.

TAVARES, André Ramos. Elementos para uma teoria geral dos princípios. In: LEITE, George Salomão (org.). **Dos princípios constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 21-51.

TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. 3.ed. São Paulo: Noeses, 2005.