

**INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO DIREITO
EM FACE DAS ANTINOMIAS NORMATIVAS,
AXIOLÓGICAS E PRINCIPIOLÓGICAS**

Juarez Freitas

**Tese apresentada ao
Curso de Pós-graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina
como requisito à obtenção do título de
Doutor em Direito**

Orientador: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

Florianópolis

1994

DA SESSÃO DE DEFESA

A tese "INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO DIREITO EM FACE DAS ANTINOMIAS NORMATIVAS, AXIOLÓGICAS E PRINCIPIOLÓGICAS",

elaborada por Juarez Freitas

e aprovada pela unanimidade dos membros da Banca Examinadora,
foi julgada adequada para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Florianópolis, 10 de março de 1994.

BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

CPGD/UFSC

Prof. Dr. José Joaquim Calmon de Passos

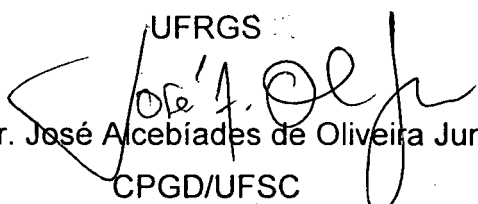
UFBA

Prof. Dr. Eros Roberto Grau

USP

Prof. Dr. Sérgio Almeida de Figueiredo

UFRGS



Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior

CPGD/UFSC



Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

Coordenador do Curso de Pós-graduação em Direito/UFSC e Orientador

Dedico esta tese aos pesquisadores sérios e empenhados na superação da antinomia entre o mundo acadêmico e o mundo da vida.

Agradeço, na esperança de corresponder, especialmente na pessoa de meu orientador, a todos que, ao longo de minha trajetória, atuaram à semelhança de bons semeadores.

RESUMO

Esta tese visa a mostrar que a interpretação sistemática, pensada e redefinida em novas bases, é sempre capaz de superar as antinomias de princípios, normas e valores, bem como pretende desvendar a função unificadora e sistematizante do princípio da hierarquização axiológica. A par e além disso, busca reformular o conceito de sistema jurídico com o intuito de fazê-lo consentâneo com a síntese proposta entre pensamento sistemático e tópica, especialmente no mister - a cada passo mais urgente e relevante - de proceder uma hermenêutica jurídica conscientemente articulada e imantada pelos princípios fundamentais constitutivos do Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

The present thesis aims at showing that the systematic interpretation, thought of and redefined in new bases, is always capable of overcoming the antinomies of principles, rules and values, and it also intends to disclose the unifying and systematizing function of the principle of axiological hierarchy. Besides, it aims at reformulating the concept of juridical system, with the purpose of making it suit the proposed synthesis between systematic and topic thoughts, mainly in the task - for each step more and more urgent and relevant - of coming to a juridical hermeneutics consciously articulated and imbued of the fundamental constitutive principles of the democratic State of Right.

RESUME

Cette thèse a pour objectif démontrer que l'interprétation systématique, pensée et redéfinie sur de bases nouvelles, est toujours capable de dépasser les antinomies de principes, règlements et valeurs, et elle vise aussi dévoiler la fonction unificatrice et systématisante du principe de hiérarchisation axiologique. En outre, elle cherche à reformuler le concept de système juridique, dans le but de le mettre en accord avec la synthèse proposée entre la pensée systématique et topique, surtout dans la tâche - de plus en plus urgente et importante - de procéder à une herméneutique juridique consciemment articulée et impregnée des principes fondamentaux constituant l'Etat Démocratique de Droit.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
Capítulo I	
O CONCEITO DE SISTEMA JURÍDICO	14
Capítulo II	
A INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA.....	48
Capítulo III	
CONCEITO, CLASSIFICAÇÃO E OS CRITÉRIOS PARA RESOLVER ANTINOMIAS JURÍDICAS	59
Capítulo IV	
CONFIGURAÇÕES HIPOTÉTICAS DE ANTINOMIAS JURÍDICAS	80
Capítulo V	
O CONCEITO E A NATUREZA JURÍDICA DO PRINCÍPIO DA HIERARQUIZAÇÃO AXIOLÓGICA	92
Capítulo VI	
O PRINCÍPIO DA HIERARQUIZAÇÃO AXIOLÓGICA E SUA RELAÇÃO COM A TEMÁTICA DA JUSTIÇA ASSOCIADA À DAS ANTINOMIAS NORMATIVAS, AXIOLÓGICAS E PRINCIPIOLÓGICAS	110

Capítulo VII	
OUTROS PRINCÍPIOS CONDICIONADOS AO PRINCÍPIO DA HIERARQUIZAÇÃO AXIOLÓGICA	126
Capítulo VIII	
CONSTITUIÇÃO MÚTUA DO PENSAMENTO SISTEMÁTICO E DA TÓPICA NO ENFRENTAMENTO DAS ANTINOMIAS JURÍDICAS	143
Capítulo IX	
ILUSTRAÇÃO JURISPRUDENCIAL EM EXAME	167
Capítulo X	
ILUSTRAÇÃO DOUTRINÁRIA DA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA EM FACE DAS ANTINOMIAS JURÍDICAS NO DIREITO ADMINISTRATIVO	189
CONCLUSÃO	203
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	227

INTRODUÇÃO

Esta tese tem como objeto o estudo da interpretação sistemática em face das antinomias jurídicas, entendidas estas como principiológicas, normativas e axiológicas.

Busca-se repensar o conceito de sistema jurídico, vendo-o como uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.

Tal reconceituação de sistema tem o objetivo de facilitar a descrição da exegese que se haverá de fazer diante das antinomias, bem como especialmente, ao final, prescrever o manejo adequado da interpretação sistemática, vista também em alargadas e novas dimensões.

De início, haverá de ser exposto, então, um novo conceito operacional de sistema jurídico, que clarifique a função hermenêutica, para, em seguida, cuidar-se da reformulação dos conceitos de interpretação sistemática e de antinomias jurídicas. Ato contínuo, serão examinados os critérios para

solvê-las, aprofundando-se a compreensão do princípio de hierarquização-axiológica, no seu condão de preponderar sobre todos os princípios no enfrentamento das incompatibilidades.

Outrossim, configurações hipotéticas serão articuladas, almejando-se descrever o modo constantemente hierarquizador de solver antinomias e, em ilustrativa colação casuística, tentar-se-á oferecer o conforto da empiria aos conceitos aqui esposados.

Pretende-se, na seqüência da monografia já defendida sobre a matéria, fixar, em bases seguras, uma abordagem que nos permita rever o tratamento teórico destinado ao palpitante tema das antinomias. Para tanto, será realizada clara distinção entre princípios e normas, a par, igualmente, da demonstração de afinidade para com a idéia de que tais princípios, enquanto constitutivos de um ordenamento, são, sempre e sempre, a expressão de uma determinada opção entre valores materiais e princípios valorativos, que condicionam esta ou aquela construção do sistema jurídico na sua objetividade.

Haverá de ser efetuada, ainda, a clarificação conceitual do que sejam normas e valores, diferenciando-se estas e aquelas dos princípios e, para além disso, em face da aludida reformulação do conceito de sistema, cogitar-se-á acerca da possibilidade epistemológica de síntese hermenêutica entre as visões da tópica jurídica e a dos defensores do pensamento sistemático, aparente e só aparentemente em contradição. Com efeito, numa adequada perspectiva, o dilema se esvairá de sentido e resultará firme o reconhecimento de que não só deve existir, mas que ocorre, de fato, uma interpenetração e complementação mútua dos pensamentos sistemático e tópico, afastada, pois, uma alternativa rígida entre ambos, bem como entre metodologia estrutural ou funcional, ao se lidar com o Direito enquanto sistema aberto de princípios.

Assim, na linha teleológica proposta, para vencer as antinomias (sempre solúveis juridicamente), mesmo entre normas do mesmo escalão formal e coevas, o critério hierárquico-axiológico, nos termos dos preliminares conceitos de sistema jurídico e de interpretação sistemática, deverá exsurgir como rigorosamente apto para oferecer, em todos os casos, uma solução adequada, desde que, no bojo do sistema, tenha ocorrido a positivação de princípios de mínima razoabilidade, ou seja, desde que o Direito possa cumprir funções sistemáticas, somente viáveis quando o ordenamento jurídico é visto, respeitado e interpretado como sistema da liberdade.

De outra parte, além do princípio da hierarquização axiológica, subprincípios haverão de ser estudados, eis que, não obstante tácitos e condicionados ao metacritério valorativo, são decisivos, já para se lidar com temas gerais de hermenêutica, já especialmente para dirimir antinomias jurídicas, sobretudo em questões relativas à exegese constitucional. É bem de ver que a temática dos subprincípios hermenêuticos deverá servir para corroboração da idéia de fundo desta tese, qual seja, a de que a lógica jurídica, justamente por ser, mesmo quando sistemática, também uma técnica de pensar a partir dos problemas, nunca poderá ser considerada como axiomática ou meramente formal. A hierarquização tópico-sistemática, enquanto atividade eminentemente teleológica ou finalística, será vista sempre como possuidora da virtualidade substancial e construtiva de superação antinômica entre as normas de um modo geral e os objetivos, expressos ou implícitos, previstos nestas mesmas normas, algo que mais densamente haverá de se evidenciar no tratamento a ser dado à fecunda problemática da vinculabilidade de normas hierarquizadas como contrárias ao sistema.

Pretende-se, ademais, evidenciar que o pensamento tópico-sistemático, que realiza a hierarquização axiológica, em que pese aceitar e necessitar a complementaridade da concretude aporética, apresenta notáveis

e peculiares exigências, as quais o fazem ir para além da tópica.

É de se salientar, com idêntica ênfase, que o modelo proposto por esta tese, no escopo de dar conta da interpenetração entre o sistemático e o tópico, vem a ser o da dialética ou da tensão entre abertura e unidade que expunge antinomias, modelo este que pressupõe o positivado e o conteúdo principiológico vistos como mutuamente constitutivos.

Um semelhante horizonte teórico haverá de nortear e presidir a subsunção principiológica do Direito como sistema, sem que se afirme que o nexó jurídico seja apenas aquele positivado, eis que a lógica formal ou sistêmica e a material ou tópica imbricam-se de tal maneira que a adequada compreensão da operacionalidade mesma da interpretação sistemática induz assumir-se uma dimensão hermenêutica que se afasta, quase de um todo, das antigas e recorrentes pesquisas de modo dedutivo-axiomático. Mais: quer-se evidenciar que toda a interpretação normativa que renunciar á condição de aberta e sistemática, redundará em simulacro de exegese, manifestamente sem conexão com a realidade de um Direito que se deve entender, sempre, "transdogmaticamente", significando esta postura como um ir além do dogmatismo, rumo aos princípios, cada vez mais altos e determináveis pelo aplicador, cuja formação axiológica se faz decisiva, em todos os aspectos, designadamente ao lidar com as antinomias.

Ao se assumir tal prisma de mútua constituição dos pensamentos sistemático e tópico, buscar-se-á sublinhar como imperativo um enfoque unitário, vale dizer, capaz de pôr termo á dicotomia que separa a hermenêutica filosófica e a crítica das ideologias. Todo o labor, por conseguinte, estará endereçado a advogar a conveniência de enaltecer o processo de formação consciente do intérprete e do aplicador para cumprir esta suma tarefa que consiste, em face de antinomias jurídicas, alcançar o melhor desempenho da interpretação sistemática,

em todos os ramos jurídicos, com o objetivo de fazer promissora e efetiva a meta de um Direito que se apresente , essencial e simultaneamente, como aberto e dotado de coerência. Em outras palavras, um Direito verdadeiramente visto, ensinado e aplicado como sistema teleológico e axiológico de princípios consentâneos com os valores supremos do Estado Democrático de Direito.

Capítulo Primeiro:

O CONCEITO DE SISTEMA JURÍDICO

Desde o princípio, é necessário firmar um conceito de sistema jurídico, à base do qual se torne possível bem iluminar a temática central da tese. De plano, também, quadra advertir que não se adota uma noção de sistema, segundo a qual as normas jurídicas guardariam entre si relação apenas de forma, destituída de conteúdo. Parece ser esta uma quimera teórica, preambularmente refutável, pois impossível estabelecer uma completa disparidade entre ser e dever-ser, enquanto ponto de partida da autocompreensão metodológica do fenômeno jurídico, que não se deixa espartilhar em tais lindes (1).

É de se sublinhar, outrossim, em preliminar, que não se concebe o sistema a partir da vetusta distinção entre ordenamentos jurídicos e morais, quanto à dinamicidade (2). De efeito, inviável se afigura o critério de subsunção automática ou o dogma da automática vinculatividade das normas jurídicas, como se operassem, por assim dizer, de modo silogístico formal ou baseado na autoridade de quem as estatuiu, quando se observa, na vivência diuturna, sobretudo no campo decisório, uma freqüente distinção entre a normativista vontade do legislador e aquela que se define como "*voluntas legis*", na interação contínua e permanente com o seu contemporâneo intérprete. Assiste inteira razão, neste ponto, a KARL LARENZ, em trecho que assume apropriado tom crítico (3) :

"Muitos juristas continuam a identificar a idéia de sistema conceptual - abstrato. Ainda hoje poucos juristas, mesmo aqueles que são defensores de uma 'jurisprudência de valoração', são capazes de libertar-se do fascínio exercido pelo sistema conceptual-abstrato".

De outra parte, forçoso é se conceber a imprescindibilidade inafastável de coerência lógica mínima do ordenamento jurídico, de tal maneira a dele se procurar ter, sem abstrações excessivas, uma visão conceitual harmônica no que tange a princípios, normas e valores, no intuito de fazê-los ora complementares, ora relativos, ora mútua e parcialmente excludentes, mas sempre pondo-os em consonância, não apenas com as mutações históricas, senão que também com os imperativos de coerência e de unidade, que demandam ver resolvidas as contradições insitas ao sistema jurídico.

Assim, afastada, por irrealista, uma visão estritamente normativista, até porque Direito é também e principalmente decisão (4), resulta, em via de consequência, prejudicada, para os efeitos desta tese, aquela concepção consoante a qual se deveria pensar o sistema de modo dedutivo, isto é, sob o enfoque de que todas as normas jurídicas seriam deriváveis unicamente de postulados gerais.

Até este passo, adotam-se, sem reparos, as críticas de NORBERTO BOBBIO, a uma semelhante aceção (5). Com pertinência, também a propósito, PONTES DE MIRANDA (6) alertava para os perigos da dedução, porquanto, embora brilhantes na aparência, vários aforismos, preceitos e textos jurídicos levariam a deduções lógicas frisantemente imorais, donde se infere que nada seria mais falacioso do que pretender exegese ou compreensão tipicamente dedutiva, no lidar com normas, princípios e valores jurídicos. Descritivamente refletindo, em matéria de conhecimento jurídico, não se pode pressupor um mundo acabado fora do pensamento, nem se deve pretender constituir um conceito de sistema a

partir de definições alheias ao mundo dos valores materiais e, portanto, históricos.

Ora, sabido que o núcleo do sistema jurídico é constituído de valores e de princípios que transcendem o âmbito da lógica estrita (7), daí segue que a adequação ao sistema é atividade marcada e predominantemente teleológica (8), inclusive quando se trata de diagnosticar e afastar incompatibilidades entre as normas, já que, se é certo que a lei posterior, como regra geral, revoga a anterior, quando seja com ela incompatível, não é menos certo que, regra das regras, tal incompatibilidade, como se verá, por envolver aplicação da lei, igualmente exige ser enfrentada à luz dos fins a que as normas presumidamente em colisão se destinam, além de haver necessidade imperiosa de levar em conta as exigências prioritárias dos princípios fundamentais.

De outro lado, não é de se esposar, inteiramente e sem reservas, a concepção da escola histórica, visão meramente indutivista, segundo a qual, classificatoriamente, partir-se-ia do sistema, desde a norma menos complexa até elaborar conceito amplo e generalíssimo (9). Nesta mesma tendência, incluem-se os representantes da chamada teoria objetivista da interpretação (10).

Sem dúvida, semelhante aceção tem o mérito de realçar o papel da experiência e dos fins objetivos na apreensão do fenômeno jurídico. Todavia, peca por não ter suficientemente claro que o raciocínio jurídico - aquele que há de superar, no caso concreto, as antinomias - apresenta fases múltiplas, sejam indutivas, sejam dedutivas, todas as quais comparecendo nas decisões judiciais, de modo quase concomitante, como se a sentença principiasse por ser indutiva e, ao fim e ao cabo, terminasse sendo dedutiva.

Tendo presentes estas prévias ressalvas, impõe-se - antes de oferecer um conceito de sistema jurídico, em harmonia com a racionalidade intersubjetiva (11) e brotando do exercício conseqüente da mesma - que se consigne, uma vez mais, que a noção procurada deverá contrastar com todas

aquelas que não se mostrem aptas a cumprir o precípua papel de, na lúcida dicção de CLAUS-WILHELM CANARIS, traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica (12).

Sempre neste paradigma, é mister alcançar conceituação que se mostre, a um só tempo, rigorosa e aberta, porquanto, diversamente do que sustentava a escola da exegese (13), o sistema jurídico não é fechado. E não o é, inclusive, porque a validade do Direito enquanto sistema, ou seja, sua qualidade de ser obrigatório, não se explica, de maneira suficiente, pela mera referência a parâmetros formais. Em outras palavras, a validade formal de um sistema jurídico dado, ou a sua conformidade com as regras de reconhecimento, funda-se, em última instância, sobre valores (14). A materialidade é que determina a forma, prévia ou supervenientemente. E não é dotado de estreitos e definitivos contornos, porque o dogma da completude não resiste sequer à constatação de que as contradições e as lacunas acompanham as normas, à feição de sombras irremovíveis.

Ora, assente que o sistema jurídico não apresenta fronteiras rígidas, convém sublinhar que, na senda rumo a uma tal conclusão, vários autores propiciaram notáveis contribuições. HANS KELSEN teve o mérito de admitir que as normas jurídicas são molduras e que o intérprete é quem delimita o conteúdo das mesmas. Mais ainda, embora situando fora da ciência jurídica a decisão tomada por considerações políticas (15), com irretorquível acerto, destacou a relativa indeterminação, intencional ou não, do ato de aplicação do Direito, dado que percebeu que até uma ordem rigorosamente minuciosa e detalhada, no campo das prescrições, invariavelmente precisa manter remanescente um número plural de determinações ao intérprete ou aplicador (16). De outra parte, para acentuar a existência de "n" possibilidades interpretativas e aplicativas, deixadas de modo inconsciente ou voluntariamente oferecidas pelo sistema jurídico, foi ao exagerado ponto de asseverar que a interpretação feita

pelo órgão aplicador seria sempre autêntica (17), concebida a interpretação jurídica como via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar.

THEODOR VIEHWEG (18) é outro nome que não deve ser omitido, em face de seu esforço para evidenciar que a determinação do sistema jurídico nunca é completa. E o fez, resgatando, não sem grandes incompreensões, a tópica aristotélica, desvendando em muito a natureza peculiar do Direito e mostrando que a jurisprudência deve ser vista como permanente discussão de problemas.

A sua vez, para seguir nesta menção panorâmica e simplesmente exemplificativa de aportes decisivos, JOSEF ESSER (19) tem que ser recordado por suas contribuições ao estudo dos princípios gerais do Direito, em especial sobre o tópico "*aequum et bonum*", sustentando não ser este um princípio jurídico moralizante de natureza própria, mas uma necessária perspectiva de justiça social dentro do mesmo sistema. De extrema valia, por igual, a sua percepção da importância dos princípios constitucionais positivos e materiais para a criação jurisprudencial (20). Notável também resultou a sua classificação e definição de princípios, bem como sua análise sobre antinomias de princípios interpretativos, variabilidade dos mesmos e o papel de monta que possuem na construção do Direito codificado e no "*judge-made law*" (21).

WALTER WILBURG (22), ao referir o conceito de mobilidade do sistema, é outra menção obrigatória. KARL ENGISCH (23), outrossim, deve ser lembrado, notadamente por sua explanação sobre os conceitos jurídicos indeterminados, em que pese a discussão sobre se a indeterminação residiria apenas nos termos jurídicos, não nos conceitos, permaneça em aberto.

EMIL LASK (24), por sua sistematização dinâmica dos valores e por seu empenho em dar a feição peculiar ao valor jurídico, é outro registro,

mesmo que breve, que se impõe, quando mais não seja pela decisiva influência jusfilosófica exercida sobre renomados juristas em nosso meio.

Pois bem, como se disse, longe de ser exaustiva e apenas com o escopo de servir como um atestado de abertura do conceito de sistema jurídico, tal nominata, pena de gravíssima lacuna, precisa, ao menos, incluir o já mencionado, no início deste capítulo, KARL LARENZ, por ter salientado a relevância dos tipos jurídico-estruturais na formação do sistema, enquanto série de tipos (25), assim como por ter sublinhado a função dos princípios jurídicos, vistos como critérios teleológico-objetivos da interpretação e em conexão com o desenvolvimento judicial (26).

Ademais, bem caracterizou um semelhante sistema como dotado de alguma ordem hierárquica interna e como ensejador de um possível jogo concertado de múltiplos e até contrastantes princípios de igual peso, assumindo graus hierarquizáveis no plano da concretização (27).

Ensinando que a missão do sistema jurídico é tornar visível a conexão de sentido inerente ao Direito como um todo coerente (28), KARL LARENZ depreendeu, com percuciência, do que ele próprio vinha enunciando, que este é um sistema aberto, no sentido de que são viáveis, não apenas mudanças no jogo concertado dos princípios, mas também em face da sempre potencialmente possível (re)descoberta de outros princípios, que se sucedem, não raro de modo diacrônico, no evolver histórico de permanentes transformações (29).

Nesta acepção, o sistema jurídico resta inacabado e inacabável, donde infere, com exatidão, que a (30):

"plena concordância valorativa de todas as normas e resoluções não pode realizar-se já, pelo fato de que as regras legais surgiram em diferentes graus de evolução histórica, e uma valoração distinta num setor parcelar do ordenamento jurídico não pode ter de imediato repercussão noutra setor parcelar".

Com efeito, depara-se, na prática, como se ilustrará em Capítulo específico, a manutenção de contradições valorativas, ao menos provisoriamente, até dirimente legislativo ou solução judicial integrativa, que faça transitar uma determinada dissolução antinômica, pacificando o sistema, sem dele, no entanto, afastar, plenamente, a hipótese de reinstauração, noutras circunstâncias, da aporia superada.

Neste passo, sobretudo com o fim do império da razão típica do século XIX - razão monológica - (31) e com o advento de novos paradigmas, mais e mais é oportuno e conveniente vermos o Direito como sistema que tem de ser pensado como caracteristicamente aberto e, pois, como potencialmente contraditório, tanto normativa quanto axiologicamente, sem prejuízo de dar cabo de sua meta de ordenação "desde dentro", vez que tal função, para além de diferenças filosóficas, é traço comum nos conceitos de sistema, a par daquela outra, qual seja, a de conferir adequação valorativa.

A propósito, como bem acentua CLAUS-WILHELM CANARIS, discípulo e continuador de KARL LARENZ, a totalidade de conceitos de sistema, que não se mostram, de algum modo, capazes de exprimir adequação valorativa e a dar unidade interna à ordem jurídica, tem-se revelado, virtualmente, sem utilidade (32).

Destarte, resulta superada, numa perspectiva evolutiva do sistema, uma série de conceitos, a começar pelo chamado "sistema externo".

Diz acertadamente CLAUS-WILHELM CANARIS (33):

"A este propósito não releva, em primeiro lugar, o chamado sistema externo no sentido da conhecida terminologia de HECK que, no essencial, se reporta aos conceitos de ordem da lei; pois esta não visa, ou não visa em primeira linha, descobrir a unidade de sentido interior ao Direito, antes se destinando, na sua estrutura, a um agrupamento da matéria e à sua apresentação tão clara e abrangente quanto possível".

É nítido que uma tal noção, por conseguinte, ao se fazer exógena, cai num alheamento das necessidades constantes de coadunação do conceito de sistema jurídico com as idéias de adequação valorativa e de unidade não antinômica, no seio de uma ordem considerada.

Ademais, a dicotomia "interno" e "externo" supõe um fechamento impossível de se admitir, eis que a ordenação dos conceitos e das categorias jurídicas não pode acontecer, apenas, desde o exterior, como se o conjunto de disposições fosse, em si mesmo, uma massa assistemática e caótica de prescrições. Em outras palavras, entende-se que a abertura supõe a preexistência latente de soluções admissíveis. Certamente, não é da abertura patrocinada pelas cláusulas gerais, por exemplo, de que se está cogitando, mas na abertura epistemológica, derivada da própria indeterminação, intencional ou não, dos comandos jurídicos.

Por idêntico motivo, revela-se imprópria a noção, como já se advertiu preliminarmente, de sistema de "puros" conceitos formais, não obstante o reconhecimento de sua estimada contribuição para uma elaboração mais rigorosa do Direito. Esta visão, porém, não obedece ao pressuposto de que o alcance da unidade valorativa há de ser, em todos os casos e em todas

as configurações hipotéticas, como veremos adiante, revestido do caráter empírico e concreto.

Acerta, então, CLAUS-WILHELM CANARIS, ao asseverar a propósito de tais conceitos formalistas (34):

"Trata-se, neles, de categorias puramente formais, que subjazem a qualquer ordem jurídica imaginável, ao passo que a unidade valorativa é sempre de conteúdo material e só pode realizar-se numa ordem jurídica historicamente determinada; sobre isso, porém, os sistemas de puros conceitos fundamentais, pela sua própria perspectivação, não querem nem podem dizer nada".

De outra parte, tampouco se deve abonar a noção sistêmica da jurisprudência dos conceitos, porquanto os valores transcendem ao âmbito da lógica formal, exprimindo-se sempre teleologicamente, de modo, pois, flagrantemente diverso do que pretendia esta respeitável corrente (35).

Destarte, vez que a decisão jurídica transcende a esfera da lógica formal, subsuntiva, verifica-se que esta não abarca o fenômeno jurídico, ao menos em toda a sua complexidade e extensão. Por outro lado, reitera-se a idéia de que a dialeticidade é sinal inerente do sistema jurídico e, sem dúvida, na elaboração dos silogismos de cunho dialético, a eleição das premissas é que ocupa o lugar de destaque, ao invés da conclusão, sob um prisma lógico-formal. Assim, só para figurar uma hipótese, é a eleição da premissa de que um tal princípio se constitui em cláusula pétrea que deverá, automaticamente, conduzir à decretação da inconstitucionalidade da lei que o violou. A escolha, sem dúvida, sendo noutro sentido, conduziria automaticamente à conclusão oposta. Eis a dialeticidade presente, no mundo jurídico, justamente no momento-chave da

escolha desta ou daquela assertiva como sendo a premissa maior. O resto sobrevém ou deve sobrevir, por mero acréscimo, sem maiores derivações lógicas.

Outra vez, é de recordar CLAUS-WILHELM CANARIS, quando assinalou, com propriedade (36):

"Tudo conduz, pois, ao mesmo resultado: a descoberta e a afinação das premissas constitui a tarefa jurídica decisiva, enquanto, pelo contrário, a formulação de conclusões lógico-formais é de significado muito menor; nelas nunca poderia ser incluído o 'terceiro grau' da argumentação jurídica, isto é, a obtenção do Direito com o auxílio de princípios jurídicos gerais, da natureza das coisas, etc., onde o que se disse vale, naturalmente, em medida ainda maior".

De outro lado, a noção de "sistema axiomático-dedutivo" fica identicamente rejeitada, por se descartar uma formação plena de axiomas no sistema jurídico, pois tomamos como assente a premissa de que as contradições axiológicas existem e a de que a incompletude é um fato incontroverso. Assim, a axiomatização do sistema, embora desafio estimulante, jamais poderá ser absoluta, por infirmar a natureza mesma do fenômeno jurídico. Num certo sentido, sem exagero na afirmação, resta contestável a possibilidade de axiomas, na seara jurídica.

Observa, a este propósito, o autor eleito para ser um dos fios condutores principais na exposição do conceito de sistema jurídico (37):

"A confecção de um sistema axiomático-dedutivo não é, assim, possível e contradiz a essência do Direito. Semelhante tentativa decorre (...) da utopia de que, dentro de determinada ordem jurídica, todas as decisões de valor necessárias se deixam formular

definitivamente - decorre, portanto, de um pré-julgamento tipicamente positivista, que hoje pode considerar-se como definitivamente rejeitado”.

Outrossim, é de se afastar a concepção do sistema somente como conexão de problemas, apesar de se reconhecer a benéfica influência no sentido de dar elasticidade à visão da hermenêutica jurídica e, por extensão, do conceito de sistema. Consoante tal corrente, o objeto da ciência jurídica seria tão-somente o de formar o sistema de problemas da legislação possível, com suas respectivas conexões. É bem de ver que o Direito não se pode conceituar como um conjunto de problemas, mas, antes e primordialmente, de prescrições e de soluções, razão pela qual esta posição se nos afigura, em si mesma, contraditória, porquanto o sentido de unidade não pode resultar dos problemas, enquanto tais, sob pena de se sucumbir a um irracionalismo que, a todo custo, deve ser, metodologicamente, evitado (38).

Também resulta vago, senão infrutífero aos objetivos traçados para este trabalho, o modo de conceber o sistema enquanto conjunto de "decisões de conflitos", tal como agasalhado pela assim chamada jurisprudência dos interesses. Falta para esta concepção uma teleológica vinculação à unidade e à coerência de sentido do Direito. A despeito disso, é de se enaltecer o alto significado efetivo que tal conceito teve ao referir o caráter teleológico do sistema jurídico. É de endossar, porém, a crítica de CLAUS-WILHELM CANARIS, a propósito desta aceção (39):

"Um 'sistema de decisões de conflitos' não diz praticamente nada sobre a unidade de sentido do Direito, ainda quando HECK também acentue a necessidade de destacar as concordâncias e as diferenças de decisões de conflitos".

Em face dos conceitos aduzidos, percebe-se a necessidade funcional, sobretudo para bem lidar com as antinomias, de introduzir outro conceito de sistema jurídico. Neste desiderato, é de se ter presente, em termos concretos, que uma das metas mais relevantes do conceito de sistema, tal qual será proposto, consiste em solver incompatibilidades no plano axiológico. Vai daí que um conceito próximo do pretendido, embora não seja ainda o esposado nesta tese, é justamente o formulado por CLAUS-WILHELM CANARIS, quando define o sistema jurídico como sendo (40):

"uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito, na qual o elemento de adequação valorativa se dirige mais à característica de ordem teleológica e o da ordem interna à característica dos princípios gerais".

Semelhante formulação, que vê o sistema como ordem axiológica ou teleológica, a partir das idéias de adequação valorativa e de unidade, atribuindo aos princípios um sentido que somente se dá numa combinação complementar ou de restrição recíproca, já possui as seguintes principais vantagens:

(a) salienta, no trato de temas como antinomias, a função do sistema como sendo a de traduzir coerência valorativa, impedindo uma abordagem meramente formal;

(b) evita a crença exacerbada na completude fechada e auto-suficiente do sistema, permitindo pensar a completude e a coerência como processos abertos;

(c) resguarda o papel da interpretação sistemática, pois tal

abertura não contradita (antes pelo contrário) a exigência de ordem e de unidade interna;

(d) realça o papel decisivo da interpretação bem ponderada, em virtude do manejo concertado de princípios no bojo do sistema jurídico, tomado e concebido em sua dinamicidade.

Entretanto, ainda não se nos apresenta como inteiramente satisfatório, mormente tendo em vista o tema das antinomias jurídicas. Destarte, avançando a reflexão, é de se ir além do conceito de sistema como ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais, certo como é que a natureza hermenêutica jurídica recomenda, não só complementação, mas autoconstituição entre o tópico e o sistemático, sobre ser necessário inserir, no próprio conceito, aquela que parece ser, cada vez mais nitidamente, a fonte mesma da unidade interior do Direito, ou seja, a sua hierarquização de cunho principiológico e axiológico.

Em tal desiderato, nesta tese, entende-se mais apropriado que se conceitue o sistema jurídico como **uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.**

Imperioso é que resulte claro que, no ponto, está-se de acordo com RONALD DWORKIN (41), quando este fazia distinção entre princípios e normas. Igualmente, considera-se como sendo de se apoiar a idéia de JOSEF ESSER (42), para quem os princípios constitutivos de um ordenamento são a expressão de uma determinada opção entre valores materiais e os princípios valorativos de cada matéria, tais como a proteção do devedor, que acabam

condicionando esta ou aquela construção de sistema, sendo de notar que a questão de um princípio apresentar efetividade ou não, apenas se poderá resolver à vista da determinação de sua função efetiva na prática, função esta que - convém acrescentar - será condicionada inteiramente pela aplicação do princípio da hierarquização axiológica, o qual adiante será definido em Capítulo próprio.

Por princípio ou objetivo fundamental, entende-se o critério ou a diretriz basilar de um sistema jurídico, que se traduz numa disposição hierarquicamente superior, do ponto de vista axiológico, em relação às normas e aos próprios valores, sendo linhas mestras de acordo com as quais se deverá guiar o intérprete quando se defrontar com antinomias jurídicas, no sentido a ser expresso também em Capítulo específico.

Tais princípios, como os demais, podem estar, valendo-se, em parte, da classificação de JERZY WRÓBLEWSKI (43), expressa ou implicitamente positivados. Nesta última categoria, encontra-se o princípio da hierarquização axiológica, sem cuja descoberta torna-se impossível explicar a aplicação usual do Direito.

Impõe-se, ainda, neste passo, a clarificação conceitual do que sejam normas e valores, diferenciando-se estes e aquelas dos princípios. Esclareça-se que não se opera tal distinção apenas pela objetividade (44) e presencialidade normativa do princípio, independentemente de regulamentação, mas de uma diferença substancial de grau hierárquico, vez que a própria Constituição cuida de estabelecer princípios fundamentais, avultando entre os quais o da dignidade da pessoa humana e o da inviolabilidade do direito à igualdade e à vida.

Devem as normas, entendidas como preceitos menos amplos e axiologicamente inferiores, harmonizar-se com tais princípios conformadores. Quanto aos valores "*stricto sensu*", em que pese o preâmbulo constitucional pátrio mencionar expressamente "valores supremos", considerar-

se-ão quase com o mesmo sentido de princípios, com a única diferença de que os últimos, conquanto sejam encarnações de valores, têm a forma mais elevada de diretrizes, que falta àqueles, ao menos em grau ou intensidade.

Note-se, também, que, ao se inserir no conceito de sistema jurídico o elemento "**hierarquia**" e ao se fazer expressa referência aos princípios e objetivos fundamentais da Lei Maior, quer-se facilitar, desde logo, a decifração do meio mais adequado para lidar com o aporético tema das antinomias jurídicas.

Deste modo, é de se grifar que, à base do conceito de sistema, sustentado nesta tese, crê-se na possibilidade de melhor compreender:

(a) a exigência teleológica e operacional do princípio hierárquico da supremacia da Constituição (45);

(b) a necessidade, sob o ângulo da coerência, de respeitar a presunção "*juris tantum*" de constitucionalidade das normas, bem como de realizar a interpretação conforme a Constituição (46) justamente para assegurar a aludida hierarquização, mais do que lógica, teleológica, observando-se que o diferenciador do sistema jurídico é o caráter principiológico-valorativo de sua estrutura;

(c) a existência de princípios e objetivos, em face dos quais - em caso de incompatibilidades internas - devem as normas infraconstitucionais guardar a função instrumental, tendo em vista a realização finalística da Constituição (47);

(d) o Direito como sistema aberto, embora com fundamentos fixos, o que permite reconhecer, mais enfaticamente, o fenômeno histórico da posituação de direitos tidos como fundamentais;

(e) a possibilidade, embora com limites, de obtenção do Direito, de modo mais coerente com os princípios fundamentais, os quais não configuram meros conselhos vagos (48), sendo dotados de eficácia, em todos os casos;

(f) a completabilidade que não se confunde com a completude do sistema jurídico, vez que se sublinha a dimensão tópica dos princípios gerais;

(g) a adequação valorativa e a preservação da unidade como tarefa máxima do intérprete, especialmente ao lidar com as antinomias;

(h) a existência de uma melhor interpretação, num momento dado, dentre as "n" possibilidades interpretativas, devendo haver, em face de contradições ou incompatibilidades das respectivas escolhas de premissas, o primado do respeito à hierarquia mais ética do que formal, que mais resguarde a universalização do próprio sistema.

A par disso e ao mesmo tempo, no conceito de sistema, assim posto, **vislumbra-se a possibilidade epistemológica de uma síntese hermenêutica entre as visões da tópica jurídica e a dos defensores do pensamento sistemático, aparente e só aparentemente em contradição.** Aliás, como sensatamente reconhece o próprio CLAUS-WILHELM CANARIS (49), deve haver uma interpenetração e complementação mútua dos pensamentos sistemático e tópico, afastada uma alternativa rígida entre ambos. Aqui se dá um passo adiante e se afirma a natureza tópico-sistemática dos princípios que constituem a ordem axiológica jurídica. A propósito, em Capítulo específico, reiterar-se-á, não só o "*telos*", mas a realidade viva de tal interpenetração, dando ensejo à compreensão tópico-sistemática da própria hermenêutica.

Com mais razão, é de se observar esta nova perspectiva

integradora dos pensamentos tópico e sistemático quando do enfrentamento do tema das antinomias, pressupondo-se, à luz do conceito de sistema jurídico delineado nesta tese, uma outra síntese, intimamente associada, que se deve dar entre a metodologia estrutural e funcional (50), ao se lidar com o Direito.

Recapitulando, ter-se-á bem presente, ao longo da investigação, esta idéia-força vital que considera **o sistema jurídico como sendo uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Lei Maior.**

NOTAS

(1) Vide Norberto Bobbio in Teoria do ordenamento jurídico. Trad. De Claudio Cicco e Maria Santos. São Paulo, Polis; Brasília, Editora da Universidade de Brasília, 1989, p.72. Endossa-se a crítica que o jurista italiano faz a este conceito de sistema jurídico.

(2) Idem: ob.cit., p.72.

(3) Vide Karl Larenz in Metodologia da ciência do Direito. Trad. de José Lamego. Lisboa, Fundação Calouste-Gulbenkian, 1989, p. 533-534. Nesta obra, o autor, ao focar a "Jurisprudenz" como ciência do Direito pretende mostrar a possibilidade e os modos específicos do pensamento jurídico, enquanto orientado a valores. Por ciência do Direito, concebe "ciência dogmática" do Direito, inclusive a apreciação judicial de casos, refletindo, metodologicamente, sobre sua própria atividade e buscando determinar a sua especialidade. Bem entendido, Larenz começa, não por acaso, com Savigny, pois considera sua teoria como a primeira após o ocaso do Direito Natural (moderno), a sustentar que a ciência do Direito tem de ser, "a um só tempo, integralmente histórica e filosófica" (p.9) ou sistemática no sentido classificatório e não dedutivo do termo. Savigny é-nos mostrado na sua evolução do legalismo positivista até a idéia de que fonte originária do Direito não seria mais a lei, mas a comum convicção jurídica do povo. Com efeito, para Savigny, as regras só poderiam ser compreendidas pela "intuição do instituto jurídico" (p.13), embora não mostre como se efetua o trânsito para a forma abstrata da regra jurídica, daí residindo a causa da reduzida eficácia prática de sua metodologia. Este capítulo é uma utilíssima introdução ao pensamento de Savigny e à compreensão do seu método histórico e sistemático de interpretação das regras jurídicas, como, em especial, da idéia de sistema "científico" que serviria de base involuntária à jurisprudência dos conceitos.

Larenz trata da jurisprudência dos conceitos do século XIX, principiando pela "genealogia dos conceitos" de Puchta, que conclamou a "ciência jurídica do seu tempo a tomar o caminho de um sistema lógico no estilo de conceitos" (p.21), construído segundo regras da lógica formal. Puchta é, assim, um representante da interpretação como processo lógico-dedutivo, "preparando terreno ao formalismo jurídico" (p.26). A seguir, expõe o método histórico-natural de Ihering, da chamada primeira fase, antes de romper com a jurisprudência dos conceitos. A ciência sistemática do Direito seria a química jurídica que procuraria corpos simples e sublimaria conceitos. Nesta toada, expõe o positivismo legal racionalista de Windscheid (para quem a interpretação deveria determinar o sentido que o legislador ligou às palavras por ele utilizadas), a teoria objetivista da interpretação (tal como exposta nos anos de 1885 e 1886 por Binding, Wach e Kohler), a qual vê a racionalidade da lei já não apenas em seu sentido formal, mas também material, vistos os princípios jurídicos, agora como sentido próximo do aqui esposado, vale dizer, como máximas ordenadoras, não apenas sínteses conceituais abstratas.

Outrossim, expõe o positivismo e seus efeitos metodológicos. De Bierling, apresenta a teoria psicológica do Direito, com o seu conceito de norma, enquanto "expressão de um querer que espera que outrem lhe dê execução" (p.48). A seguir, mostra a passagem de Ihering a uma jurisprudência pragmática, quando se efetuou o deslocamento de eixo do problema do legislador - como pessoa - para a sociedade como grandeza determinante e, por assim dizer, como verdadeiro ator, embora ainda crente no monopólio estatal em matéria de criação do Direito. O certo é que Ihering representou o "ponto de partida" (p.56) para a "jurisprudência dos interesses" de Heck, Stoll, Muller-Erzbach, entre tantos outros. Segundo Heck, o único mister da ciência dogmática do Direito seria "facilitar a missão do Juiz, de sorte a que a investigação tanto da lei como das relações da vida prepare a decisão objetivamente adequada" (p.57). O objetivo final da atividade do julgador seria a satisfação das necessidades e apetências da vida. Por apetências, Heck designa interesses, sendo que a jurisprudência dos interesses tentará não perder de vista tal meta última em toda operação, isto é, em toda a formação dos conceitos (p.58). O interesse é tanto objeto como critério de valoração, como ainda fator causal. Até hoje, à jurisprudência dos interesses corresponde um sucesso invulgar, embora em redução (p.68). Larenz relata, também, a passagem ao voluntarismo do Movimento do Direito Livre de Ehrlich, Kantorowicz, Fuchs, Isay. Os adeptos da Escola reclamavam, com exagero, o reconhecimento de que toda decisão judicial é uma atividade criadora, dirigida pelo conhecimento.

Examina, ainda, a viragem para a sociologia do Direito e, depois, a teoria pura do Direito de Kelsen (p.81), chamando a atenção para o ponto a partir do qual empreende Kelsen a fundamentação da autonomia metodológica da ciência do Direito, isto é, a distinção entre juízos de ser e de dever-ser, querendo

libertar a ciência jurídica de tudo o que lhe fosse estranho. A deficiência de dialeticidade de Kelsen é apontada com acuidade por Larenz (p.87). Com inteira razão, chama a atenção para a teoria da interpretação jurídica de Kelsen (p.92), a qual é só parcialmente uma derivação de seu pensamento positivista acerca de ciência (p.95).

Narra, igualmente em linhas gerais, o abandono do positivismo na filosofia do Direito da primeira metade do Século XX, inicialmente mostrando a Teoria da Ciência do Direito de Stammler, traçando posteriormente o perfil de neokantismo sudocidental e da teoria dos valores (p.105), com Rickert, Lask, Radbruch e Sauer, para os quais a interpretação da norma jurídica teria de orientar-se pela idéia de Direito como princípio regulador, fiéis a Kant, neste ponto.

Expõe também o idealismo objetivo de Binder, que concebia a idéia de Direito como um postulado ético e como princípio fundamental constitutivo - sentido a priori - do Direito positivo ou histórico. Esta "idéia de Direito" aproximava-se do conceito geral concreto hegeliano, o que induziu Binder a substituir o termo idéia pelo termo conceito. Binder ataca a opinião "de que a atividade do Juiz na aplicação do Direito se esgota numa subsunção mecânica" (p.125). O ter-se atribuído esta natureza à subsunção seria falta de consciência de que a lógica formal não é o único método, havendo também uma lógica teleológica (p.125). Assim, segundo Binder, a relação entre prática judicial e norma judicial teria de ser passada - diz Larenz - como dialética (p.126), na mesma linha de Schönfeld, para quem a investigação do Direito é necessariamente tão livre quanto vinculada, o que significa que a tensão entre o geral e o particular, no caso concreto, é impossível de suprimir. Também expõe a teoria fenomenológica do Direito, a crítica de Welzel, começando, no capítulo quinto, por examinar a discussão metodológica mais recente, a saber, a evolução da jurisprudência dos interesses para a jurisprudência de valoração (que, em parte, é defendida nesta tese), lembrando que a passagem para uma "jurisprudência de valoração" só cobra seu pleno sentido quando connexionada na maior parte dos autores com o reconhecimento de valores ou critérios de valoração "supralegais" ou pré-positivos, subjacentes às normas legais e para cuja interpretação e complementação seria legítimo lançar mão, pelo menos, sob determinadas condições. Esser e Kriele dão mostras - reconhece Larenz - de ter compreendido tal exigência. Depois, examina a delicada e sutil problemática dos critérios de valorações supralegais, sem, contudo, enfrentar a questão-objeto desta tese, ou seja, as chamadas antinomias de segundo grau, de um modo satisfatório. O texto, sem dúvida, cresce ao tematizar a busca da solução justa do caso concreto, especialmente ao estudar Esser, para quem, acertadamente, toda interpretação requer intervenção espiritual ativa, sendo que o resultado é sempre algo de novo, em face do texto legal. Estuda, por igual,

Viehweg e a tópica, assim como a questão do sistema, notadamente em Engisch, Coing e Pawloski. E não se furta de recuperar, no que diz com o tema da metodologia, a discussão jusfilosófica relativa à justiça, especialmente dialogando e expondo o rico pensamento de Perelmann, com o seu conceito de auditório universal e sua distinção imprecisa entre "politicamente justo" e "filosoficamente justo".

Na Parte II, Larenz ocupa-se de uma caracterização geral da jurisprudência, dos modos de manifestação do Direito, da linguagem dos enunciados normativos, da jurisprudência como ciência "compreensiva" (em Gadamer), do pensamento orientado a valores no âmbito da aplicação do Direito e no da dogmática jurídica; sendo oportuno destacar o exame que procede das teses de Luhmann sobre a dogmática jurídica. Mostra, ademais, o erro de Kirchmann, ao condenar as regulações legais na sua "pura" positividade e, acertadamente, sustenta a metodologia como auto-reflexão hermenêutica da jurisprudência.

A propósito, no Capítulo II desta parte, Larenz discorre sobre a doutrina da proposição jurídica, e recorda o tema das proposições jurídicas incompletas aclaratórias, relativas e remissivas. Trabalha, outrossim, a temática da confluência de várias proposições jurídicas de regulações (p.317) e é extremamente elucidativo, ao evidenciar o esquema lógico da aplicação da lei, assim como o caráter meramente limitado da subsunção; assim como a derivação de consequência jurídica por intermédio da conclusão (p.330).

No Capítulo seguinte, trata Larenz da conformação e apreciação jurídica da situação de fato, enquanto acontecimento e como enunciado, bem assim da seleção das proposições jurídicas, das apreciações requeridas e da irreduzível margem de livre apreciação por parte do juiz. Escreve, de modo breve, sobre a interpretação dos negócios jurídicos, comprovação dos fatos no processo e reelabora a distinção entre "questões de fato" e "questões de direito".

No Capítulo IV, sem dúvida o que guarda mais implicações com o objeto desta tese, Larenz versa sobre a interpretação das leis. Em primeiro plano, aborda a função da interpretação normativa, sendo que seu escopo - sustenta - só poderia ser o sentido normativo do que é agora juridicamente determinante, quer dizer, o sentido normativo da lei, sendo antes o resultado de um processo de pensamento em que todos os momentos estão englobados, vale dizer, tanto os "subjetivos" como os "objetivos" não de estar presentes e nunca chegariam ao seu termo. Depois, expõe, um a um, os principais critérios de interpretação (o sentido literal, o contextual, a análise da intenção reguladora, fins e idéias normativas do legislador histórico, os critérios teleológico-objetivos, o preceito da interpretação conforme a Constituição e, o que avulta em importância, a inter-relação dos critérios interpretativos). A seguir, Larenz considera a interpretação de fatores conformadores, a aspiração a uma resolução justa no caso, a alteração da situação normativa e

problemas especiais de interpretação, inclusive do Direito consuetudinário. Sobre a interpretação da Constituição, propõe que cada juiz constitucional se liberte, tanto quanto lhe seja possível, de sua orientação política subjetiva, de simpatias para com determinados grupos políticos, ou de antipatias para com outros, procurando, ponderadamente, uma resolução despreconceituosa e "racional".

No Capítulo V, Larenz permanece envolvido com medulares questões hermenêuticas e disserta sobre o desenvolvimento judicial do Direito, enquanto continuação da interpretação. Enfoca o problema das lacunas, mostrando, também, como funciona a redução teleológica, quando da integração de lacunas ocultas e expõe outros casos de correção teleologicamente fundamentada do texto legal. Constata lacunas e tenta integrá-las, contestando Zitelmann. Menciona a solução da colisão de princípios - que aqui se examinará com detenção - e normas mediante a ponderação de bens e reconhece, meritoriamente, o desenvolvimento do Direito para além do plano legal e em superação da lei, de acordo com as necessidades do mundo jurídico, conquanto lembre os necessários e lógicos limites deste desenvolvimento.

É no Capítulo VI que Larenz expôs o seu conceito de sistema jurídico - tema deste Capítulo da tese - a partir do reconhecimento da tendência do pensamento abstrato para o esvaziamento do sentido. Assim, Larenz, após pensar a distinção de Hegel entre concreto e abstrato, verifica ou constata relevância do "tipo" na ciência do Direito e dos tipos jurídico-estruturais para a formação de sistemas (série de tipos). O sistema seria sempre um sistema aberto, leciona Larenz, com acerto, no sentido de que são possíveis, tanto mutações na espécie de jogo concertado de princípios, do seu alcance e limitação recíproca, como também a descoberta de novos princípios. Destarte, a sentença seria, de certo modo, inacabada e inacabável, porque aberta, com a ressalva de que nem a argumentação lógico-formal e conceitual, nem a argumentação "tópica" conduzem à descoberta, por si só, do sistema jurídico nas suas peculiaridades caracterizadoras e distintivas. Por isso, impõe-se, à esteira do pensamento de Larenz, cogitar da descoberta e da concretização dos princípios jurídicos, bem como da formação de tipos e de conceitos determinados pela função, numa modalidade de pensamento, a um só tempo, orientado a valores tópicos e dialeticamente apto a ser sistemático. É o que se pretende, ao formular o conceito de sistema, nesta tese.

(4) Diz bem Eros Grau que o Direito, como produto cultural, é mesmo e, antes de tudo, prudência, sendo que o desafio jurídico não está, pois, "na ausência de respostas, mas na existência de soluções diversas para uma mesma questão" in Direito, conceitos e normas jurídicas. São Paulo, RT, 1988, p.24.

(5) Vide Norberto Bobbio in ob.cit., p.72.

(6) Segundo Pontes de Miranda, "não se há de exigir que o sistema jurídico seja sistema lógico em que tudo resulte como consequência necessária e que a lógica possa sempre levar à formulação de regras jurídicas por mera dedução, nem retire ao juiz e até ao jurista a revelação de regras jurídicas, uma vez que não firmam ao sistema jurídico" in Sistema de ciência positivado direito. Rio de Janeiro, Editor Borsoi, Tomo II, 1972, p.248.

(7) Vide Valentin Petev, Quelle méthode?. Revue de la Recherche Juridique. 1990, p. 757-767.

(8) Idem: Une conception socio-axiologique du droit. Revue Française de la Théorie Juridique, 1989, p.69-72.

(9) Vide Norberto Bobbio, ob.cit., p.78-79.

(10) Vide Karl Larenz, ob.cit., p.36.

(11) A propósito de uma visão ampliada da lógica jurídica e da categoria de racionalidade intersubjetiva, aplicada ao Direito, vide o autor desta tese in A substancial inconstitucionalidade da lei injusta. Petrópolis, Vozes - EDIPUCRS, 1989, p.29-34.

(12) Vide Claus-Wilhelm Canaris in Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Trad. de Menezes Cordeiro. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p.23. Nesta obra, o eminente sucessor na cátedra de Karl Larenz principia por examinar a função da idéia de sistema na Ciência do Direito, buscando clarificar o conceito geral ou filosófico de sistema e a tarefa particular que ele pode desempenhar (p.9). Sustenta existirem duas características que emergiram em todas as definições, quais sejam, a da ordenação e a da unidade. Quanto à ordenação, pretende-se expressar um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, fundado na realidade (p.12), enquanto no concernente à unidade, permite reconduzir particularidades desconexas a "uns quantos princípios fundamentais" (p.13), devendo ser feita distinção, pois, entre dois prismas de sistema: o "científico" e o "objetivo" (p.13), sendo que a formação jurídica do sistema só seria possível quando o seu objeto, o Direito, aparente tal "sistema objetivo", na expressão eisleriana (p.13). Depois, Canaris se indaga sobre o que se passa com a ordenação interior e com a unidade de sentido do Direito, sustentando que, sob a ótica metodológica, adequação e unidade pressupõem-se mutuamente, para asseverar que adequação e unidade são emanações e postulados da própria idéia do Direito, vez que "a exigência de

ordem resulta diretamente do reconhecimento do postulado da justiça, de tratar o igual de modo igual e o diferente de modo diferente, de acordo com a medida da sua diferença" (p.15). Também a unidade não é apenas um postulado lógico-jurídico (p.20), mas uma emanção do princípio da igualdade e da tendência positiva generalizadora da justiça, "que exige a superação dos numerosos aspectos possivelmente relevantes no caso concreto, a favor de poucos princípios, abstratos e gerais" (p.20). A idéia do sistema jurídico encontra fundamento, segundo Canaris, no princípio da justiça e das suas concretizações no princípio da igualdade e na tendência para a generalização (p.22). Quis, neste primeiro parágrafo, apurar um fenômeno jurídico, que fizesse as vezes de "ponto de contacto com um sistema da linguagem filosófica" (p.23), acentuando que o papel do conceito de sistema é o de traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica (p.23).

No parágrafo segundo, propõe que sejam afastados todos os conceitos que não cumpram este papel (p.26). Aponta, de início, as limitações do chamado sistema externo, na terminologia de Heck, por não ser uma ordenação internamente conectada (p.26) e deixa clara a necessidade de se superar esta dicotomia com o sistema interno. Também considera impróprios os sistemas de "puros" conceitos fundamentais como em Stammler, Kelsen ou Nawiaski (p.27), que buscam categorias puramente formais em toda ordem jurídica imaginável, enquanto, no acertado entender de Canaris, a unidade valorativa é sempre de tipo material e historicamente determinada (p.27), como também se sustenta nesta tese. Igualmente é criticado o conceito de sistema lógico-formal (p.29), dominante na denominada "jurisprudência dos conceitos", a partir de um conceito de ciência, elaborado segundo os ideais positivistas ultrapassados, neste aspecto (p.30), vez que "a unidade interna de sentido do Direito, que opera para o erguer em sistema, não corresponde a uma derivação da idéia de justiça de tipo lógico, mas antes de tipo valorativo ou axiológico" (p.30). Em termos claros, os valores escapam da lógica formal, embora não de outras modalidades destas, segundo se cogita nesta tese. Mesmo Canaris reconhece que há necessidade de uma certa adequação lógico-formal, pena de não ser possível bem tratar os temas das antinomias, somente que, com razão, sustenta que tal não implica a unidade especificamente jurídica de um ordenamento (p.31), dado o seu caráter axiológico e teleológico. Dito de outro modo, até para que se possa aspirar cientificidade, é claro que deve haver a busca de adequação racional dos raciocínios jurídicos, porém "os pensamentos jurídicos verdadeiramente decisivos ocorrem fora do âmbito da lógica formal" (p.32), de tal sorte que a lógica somente assume o sentido de moldura, sendo que a "hermenêutica como doutrina do entendimento correto e os critérios para a objetivação dos valores desempenham, aliás, em vez dele, o papel decisivo dentro do pensamento jurídico" (p.33). É por tal motivo que, na subsunção,

somente a obtenção das premissas é decisiva; "a conclusão final surge, por assim dizer, de modo automático", (p.33) metodologicamente falando. O erro, se houver, repousa na escolha das premissas (p.34). De outra parte, Canaris também refuta o sistema axiomático-dedutivo no sentido da logística, contrariando a opinião de Klug (p.39), até por ser inviável a plenitude e a ausência de contradições (p.40), sobretudo entre valores e princípios, que não se deixam evitar sem exceções, segundo Canaris, neste aspecto em desalinho com o que se propõe, nesta tese (p.40), em que pese estar-se de acordo com sua crítica ao dogma da completude. Não por acaso, tem o legislador utilizado "cláusulas gerais" a exigir adequada valoração. Em tais cláusulas, mais evidentemente, "a concretização da valoração e a formação das proposições jurídicas só podem operar perante o caso concreto ou em face de grupos de casos considerados como típicos; semelhantes normas são, assim, de antemão, de dogmatização inviável" (p.44). Canaris vai ao ponto de também considerar inviável uma completude teleológica, que aqui denominamos de completabilidade, numa diferença capital com o que se sustenta, nesta tese, como possível.

De outra parte, como que do lado oposto (p.45), irrompe o conceito de sistema como "conexão de problemas", na formulação de Max Salomon (p.45), que prefere reduzir como objeto da Ciência do Direito tão-só a formação do sistema "dos problemas da legislação possível" (p.46). Tem razão Canaris quando diz que o Direito "não é um somatório de problemas, mas antes um somatório de solução de problemas" (p.46). Ademais, um sistema deste tipo seria uma contradição em si (p.47), por lhe faltar unidade e conexão interna. Aparentada com esta, existe a concepção de Fritz Von Hippel, enquanto busca da "conexão imanente de problemas" (p.50), que serviu de base às meditações de Viehweg, sem oferecer "um projeto próprio de sistema" (p.53), no sentido de cumprir a tarefa de que trata este parágrafo.

Outra concepção tida por Canaris como inadequada é a do sistema como relações da vida e a sua ordem imanente (p.53-54). Sustenta, acertadamente, que elas são o objeto do Direito. Assim, embora influenciem o sistema, não se deve identificar esta ordem "com a conexão das normas jurídicas, pois haveria aí um sociologismo alheio ao valor do Direito" (p.55).

Por último, refuta o conceito de Heck e da jurisprudência dos interesses de sistema de decisões de conflitos, a partir da distinção já mencionada entre o sistema "interno" e o "externo" (p.55). Tudo visto, Canaris é um referencial importante para que se chegasse à elaboração do conceito aqui advogado de sistema jurídico.

(13) Hoje, como bem assinala René David, nos diversos países da família romano-germânica, sabe-se que "os códigos apenas representam, para

os juristas, um ponto de partida, não um resultado". in Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Trad. De Herminio Carvalho. São Paulo, Martins Fontes, 1986, p.110-111.

(14) Vide Claus-Wilhelm Canaris in ob.cit., p.22.

(15) Vide Hans Kelsen in Teoria pura do direito. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo, Livraria Martins Fontes, 1985, p.362. Kelsen revela, de plano, que sua pretensão é a de apresentar uma ciência jurídica, não uma política do Direito, almejando excluir tudo o que não pertencesse ao seu objeto. Este é o princípio metodológico kelseniano, qual seja, o que consiste em descrever o objeto (as normas jurídicas), apreendendo-as "juridicamente", por assim dizer, numa descrição alheia ao mundo dos valores, tidos como inexoravelmente irracionais.

Em outras palavras, acredita que o conhecimento de quem se ocupa do Direito encontraria já, em seu específico material, uma auto-explicação jurídica que tomaria a dianteira sobre as outras explicações desta fenomenologia. Tal conhecimento cingir-se-ia às normas possuidoras do caráter de atos jurídicos, dotadas de sanção negativa, sendo esta a característica-mor das mesmas, concebido o Direito como uma ordem normativa da conduta humana, distinta da "Natur" e da ciência da natureza, esta última operando com o seu princípio de causalidade.

Neste passo, sustenta Kelsen que não seria do ser fático de um ato de vontade, porém apenas de uma norma de dever-ser (Söllen) que defluiria a validade da norma de acordo com a qual o outro se deve conduzir em harmonia com o sentido do ato de vontade. Distingue, ainda, vigência (que pertenceria à ordem do dever-ser) de eficácia da norma (fato de ser efetivamente aplicada), sem necessária correspondência cronológica. Considera, com efeito, que a conduta humana disciplinada por um ordenamento normativo, ou seria uma ação (determinada por este mesmo ordenamento), ou a sua omissão. Logo, uma norma não seria, neste viés estruturalista, verdadeira ou falsa, nem justa ou injusta, senão que apenas válida ou inválida. Os atos através dos quais as normas jurídicas seriam produzidas, neste caso, mostrar-se-iam destituídos de relevância, sob a ótica do conhecimento jurídico, à medida em que determinados por outras normas jurídicas.

A norma fundamental, constitutiva do fundamento de validade destas normas, não seria estatuída mediante um ato de vontade, porém pressuposta "juridicamente", visto o Direito como ordem coativa de sanções imanentes e como consequência dos pressupostos nele e por ele estabelecidos. É bem de ver o quanto Kelsen, metodologicamente, revela estar desinteressado

com a questão das funções do Estado, sobretudo as promocionais, forte na convicção de que a norma fundamental representaria a base de uma ordem de coerção eficaz, independentemente de seu conteúdo de justiça.

De outra parte, ao tratar da relação entre "Recht und Moral", Kelsen define o Direito como norma social, diferente da norma moral, por ser esta última de ordem positiva, mas sem caráter coercitivo. Entende, por conseguinte, que uma distinção entre Direito e Moral não poderia residir naquilo que as duas ordens sociais prescrevem ou proíbem, mas, simplesmente, no modo como o fazem. Assim, o Direito, como norma social (objeto da específica e descritiva ciência jurídica), seria ordem normativa a ligar à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, ao passo que a Moral não estabeleceria sanções deste tipo, sequer levando em linha de conta o emprego de força física. A marcante exigência estruturalista de seu método, ao impingir a separação entre Direito e Moral, sublinhou que o Direito não seria necessariamente moral, caindo num relativismo extremado. Aliás, embora admita valor caracterizado como jurídico, a mesma postura metodológica o faz rejeitar a tese de que o Direito poderia representar um "mínimo ético".

Ao versar sobre "Recht und Wissenschaft", diferencia proposições jurídicas, ou seja, juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica advém certa conseqüência, das normas jurídicas, as quais seriam mandamentos, permissões e atribuições de poder e de competência, emanados por órgãos jurídicos. Não seriam, pois, enunciados. Neste diapasão, diferencia a função do conhecimento jurídico (conhecer "de fora" o Direito e descrevê-lo, sem produzi-lo, a não ser num sentido gnoseológico kantiano). É dizer, a consciência jurídica, enquanto tal, não prescreveria nada e os princípios lógicos poderiam incidir só indiretamente sobre as normas jurídicas.

Destarte, embora reconhecendo a ambivalência de "Sollen" - tema que será o objeto nuclear de nossa análise posterior -, diferencia, rigidamente, o princípio da imputação (conexão entre o ilícito e a conseqüência do ilícito, apresentando a sua fórmula geral "quando A é, B deve ser"), em relação ao princípio da causalidade, não obstante a analogia. Este último princípio seria traduzido pela fórmula "se A é, B será", com ilimitadas séries causais. O dever-ser assumiria, pois, na proposição jurídica, um caráter meramente descritivo.

Distingue, outrossim, ciências sociais causais (tais como, supostamente, a Psicologia) das normativas (tais como, não menos supostamente, o Direito), afirmando o caráter hipotético das normas jurídicas, conquanto ressaltando as normas individuais. A propósito, ao tratar do problema da liberdade, entende que haveria um ponto terminal na imputação, a implicar o homem como personalidade jurídica livre, mas seria, justamente, a determinabilidade causal da vontade que possibilitaria a própria imputação. Assim, ao defender sua concepção

estruturalista do Direito, como sistema de normas, querendo ver o dever-ser na proposição jurídica enquanto mero significado de uma conexão específica, demonstra uma tendência não-ideológica em sua teoria, longe de elaborá-la, no entanto, como uma crítica das ideologias, tal e qual se cogita, oportunamente, realizar na filosofia contemporânea.

Sob o prisma de uma suposta estática jurídica ("Rechtsstatik"), Kelsen investiga as sanções como atos de coerção que seriam estatuídos contra uma ação ou omissão determinada pela ordem jurídica. Evidencia a crença de ter superado o dualismo de Direito no sentido objetivo e subjetivo, sustentando o conceito de pessoa como personificação de um complexo de normas jurídicas, reduzindo o dever e o direito subjetivo (em sentido técnico) à norma jurídica que, tão-somente, ligaria uma sanção à determinada conduta de um indivíduo, bem como ao tornar a execução de uma sanção dependente de uma ação judicial a tal fim dirigida, vale dizer, reconduzindo o Direito, em sentido subjetivo, ao Direito objetivo, numa proposta claramente restritiva do papel do cientista jurídico, assumida uma perspectiva organicista e objetivista, segundo a qual este deveria ser o mais descritivo, colimando sobrepassar livre de todo preconceito de valor ético-político.

A seguir, enfrentando o tema da dinâmica jurídica ("Rechtsdynamic") aponta o fundamento de validade de uma ordem normativa, designando-a de norma fundamental (die Grundnorm), a qual seria a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes à mesma ordem normativa, constituindo a unidade de uma pluralidade, tendo, como já aludimos, o caráter de pressuposta, isto é, não querida ou resultante de ato volitivo, ademais do condão de oferecer unidade lógica à ordem jurídica. Salieta, bem a propósito, aliás, que a eficácia seria estabelecida, na norma fundamental, como pressuposto da validade, algo que o levou a considerar que uma lei "inconstitucional" seria uma "*contradictio in adjecto*", assim como a asseverar que o princípio da legitimidade estaria como que limitado pelo princípio da efetividade, já pondo à lume as enormes autolimitações impostas pelo uso de sua metodologia estrutural.

Abordando o relacionamento conceitual entre Direito e Estado, propõe a superação metodológico-crítica do dualismo Estado-Direito, reputando-o manipulação impiedosa de uma das mais eficientes ideologias da legitimação. Coerente no seu desiderato estruturalista, apresenta o Estado como o próprio Direito, personificação que seria desta mesma ordem coercitiva. Compara este processo com o panteísmo e discorda das tentativas de legitimação do Estado de Direito, considerando-as infrutíferas, vez que, na sua ótica, todo Estado seria um Estado de Direito, apenas por constituir uma ordem jurídica, independentemente de qualquer juízo axiológico da parte do cientista jurídico.

A propósito do Estado e do Direito Internacional, sustenta ser impossível decidir, cientificamente, por uma das concepções monistas neste

campo, ou seja, a ciência jurídica somente poderia verificar que um ou outro dos sistemas de referência teria que ser aceito, à proporção em que se pretendesse definir a relação entre o Direito Internacional e o Direito estatal, não obstante reconhecer ideológico o próprio conceito de soberania.

No derradeiro momento desta obra e, certamente, dos mais instigantes, ao focar a temática da interpretação jurídica, Kelsen preconiza uma interpretação científica como pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas. Diversamente da interpretação feita pelos órgãos jurídicos, não seria criação jurídica. Rejeita, de forma assaz apressada, o fundamento da chamada jurisprudência dos conceitos, dado que, a seu juízo, a interpretação jurídico-científica não poderia fazer outra coisa senão desvendar as possíveis significações de uma norma jurídica, não podendo tomar qualquer posição entre as possibilidades, por si mesmas, liberadas. De outra parte, uma norma não admitiria uma só interpretação correta. Eis, neste ponto, uma de suas mais influentes contribuições e, paradoxalmente, uma das mais sérias deficiências desta metodologia, especialmente quando o intérprete ou o jurista se defrontam com a inescapável necessidade empírica de hierarquizar decisões judiciais.

Kelsen, ao diferenciar normas jurídicas e proposições jurídicas, propondo uma ciência jurídica normativa, embora não prescritiva, apresenta-nos uma metodologia estrutural, pois quer descrever o "jurídico", especificamente como tal, depurado das influências irracionais das ideologias e procurando explicar o Direito segundo um paradigma clássico de ciência, na busca de suas leis próprias, relações necessárias, análogas às da natureza, em que pesem as especificidades respectivas. Não é gratuita, contudo, a afirmação da analogia entre o princípio da imputação e o princípio da causalidade. Com efeito, Kelsen trabalha com o princípio pensamental da imputação, querendo compatibilizá-lo, de uma certa maneira, com o da causalidade. Também não é por acaso que pretende aplicar, indiretamente, princípios lógicos (como o de não - contradição) às normas jurídicas, considerando que poderiam ser aplicados às proposições, em que o dever-ser teria mera função de cópula de enunciados, em relação aos quais, sempre segundo a sua concepção datada de ciência, poderiam aquelas ser tidas como verdadeiras ou falsas.

De outra parte, tal estruturalismo especificamente jurídico é revelado, também, ao considerar o homem livre como ponto principal da imputação, justamente em função de se lhe poder imputar algo. Em outras palavras, busca mostrar que a liberdade não seria incompatível com a causalidade, em face da qual o homem estaria submetido na ordem da natureza.

Ademais, Kelsen é estruturalista, outrossim, ao não resolver o problema dos limites, vale dizer, do ponto final ou inicial da ordem jurídica,

introduzindo (para tangenciar a dificuldade) a noção de norma fundamental, regra estruturante (autofundamentada), segundo a qual seriam criadas as normas jurídicas e da qual derivaria o princípio mesmo desta criação, assumindo caráter eminentemente formal.

Ainda como traço de seu estruturalismo, ao longo desta obra, como nas posteriores, vê-se a sua procura quase obsessiva de captar a estrutura subjacente ao Direito, que não pudesse ser confundida com o seu variável conteúdo. Neste ângulo, a estrutura seria o conteúdo mesmo apreendido como organização lógica, é dizer, concebida como se fosse propriedade do mundo do dever-ser. Em outros termos, Kelsen parte da premissa de que o estruturalismo seria jurídico, senão mesmo essencial à ciência jurídica, por acreditar que o observador poderia ser independente do fenômeno jurídico, "neutro" em relação a este, nele procurando descrever nexos e relações formais e necessárias, nunca prescritivamente consideradas.

Como corolário lógico desta proposta de fazer ciência jurídica, identificou Estado e Direito, tanto quanto pretendeu manter a sua teoria livre de todos os elementos estranhos, contaminadores do seu método específico de articular uma ciência, cujo início, por assim dizer, seria o conhecimento objetivo do Direito, não o de sua formação. Neste paradigma superado, Kelsen queria descrever o Direito tal qual seria, sustentando (em nítida retomada do dualismo) que à política competiriam os juízos de valor, atinentes ao como o Direito deveria ser. Neste afã de colocar a ciência jurídica, provavelmente com as melhores intenções, no mesmo patamar de objetividade das demais ciências de sua época, viu-se forçado a operar com um princípio próprio da norma social e jurídica (o princípio da imputação), alijando o cientista do Direito do mundo dos valores, vez que estes não permitiriam qualquer controle "racional", sempre no sentido "moderno" do termo, sem a atual acepção intersubjetiva e dialógica de racionalidade, a qual, felizmente, já consegue se afirmar, com alguma objetividade, diante do mundo dos valores jurídicos, sabendo-os como necessariamente integrantes do sistema jurídico e, pois, do seu estudo.

O estruturalista Kelsen tentou descrever, no ordenamento que seria o Direito, uma estrutura (Struktur) peculiar, que permitisse explicar as partes num prisma totalmente orgânico, almejando descrevê-lo, em si e por si, como autônomo em relação à sua teleologia. Com efeito, através de sua teoria dinâmica, deliberadamente, não quis dar um enfoque que incluísse dimensão também funcionalista, descurando de considerar os fins pretendidos pelo ordenamento jurídico.

Cumprе ressaltar, ainda, que este mesmo estruturalismo jurídico o fez dar imensa importância aos grandes aparatos na formação do Estado, bem como o conduziu à redução do Estado a um ordenamento jurídico, permitindo

manifestar-se, com nitidez, o equívoco de sua idéia de que a estrutura característica do Direito residira no modo pelo qual as normas se uniriam umas às outras, graças à norma fundamental e - o que parece mais grave - conduziu-o a admitir como traço nuclear da ordem jurídica a centralização das atividades de produção e aplicação do Direito, que pressuporia a unicidade do sistema, somente possível através de uma noção exclusiva ou predominantemente repressiva do Estado, congruente com a majoritária noção do "telos" estatal, em fins do século passado.

Outra séria limitação de sua metodologia está em que seu "jurista científico" não construiria Direito, somente produzindo-o gnoseologicamente, em sentido Kantiano, ao passo que, como hoje parece consensual, em parte por uma espécie de ressurreição da tópica aristotélica, o jurista interpreta e recria o Direito, conquanto deva fazê-lo, sistematicamente, consoante uma concepção dialógica de ciência, sem jamais subtraí-la de seu mister de rigor, através da análise da linguagem.

Deste modo, em que pese o caráter invulgar de sua contribuição, que o faz autor de meditação obrigatória, é seguro que, ao almejar a especificidade do Direito, enquanto fenômeno social, mostrou-se insuficiente diante do desafio de pensar e, sobretudo, de repensar a normatividade jurídica, em face das múltiplas e inovadoras funções - não necessariamente repressivas - do Estado. Eis que, portanto, a tarefa de uma metodologia jurídica está a exigir a superação (ou a subsunção, ao menos parcial) dos estruturalismos, absorvendo-se tudo o que neles houver de capaz de suscitar o enriquecimento de uma perspectiva dinâmica e vivificadora, que não oponha, mas complemente, a "ciência" e a "jurisprudência", o "ser" e o "dever-ser" e, em última instância, o "funcional" e o "estrutural", compreendendo e vivenciando o Direito, simultaneamente, enquanto sistemático e aberto. Nesta tese, utilizou-se também o original Reine Rechtslehre. Wien, Franz Deuticke, 1976, mas as notas seguirão a tradução.

(16) Idem: ob.cit., p.364.

(17) Idem: ob.cit., p.368.

(18) Vide Theodor Viehweg in Topik und Jurisprudenz. München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1963.

(19) Vide Josef Esser in Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado. Trad. de Eduardo Valentí. Barcelona, Bosch, 1961, p.83.

(20) Idem: ob.cit., p.310-339.

(21) Idem: ob.cit., p.183-278.

(22) Diz, com razão, Claus-Wilhelm Canaris in ob.cit., p.148: "Com esta limitação pode-se, no entanto, dizer que a idéia de um sistema móvel, tal como foi desenvolvida por Wilburg, constitui um enriquecimento decisivo do instrumentário quer legislativo, quer metodológico, devendo, por isso, incluir-se sem dúvida entre as 'descobertas' jurídicas significativas".

(23) A respeito da indeterminação dos conceitos, vide Karl Engisch in Introdução ao pensamento jurídico. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, p.188. Para uma visão crítica, vide Eros Grau, ob.cit., p.72.

(24) Observa Tércio Ferraz Jr., com pertinência, in Conceito de sistema no direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask. São Paulo, RT; Ed. da USP, 1976, p.174: "Alinhando-se na tradição jurídica de seu tempo, mas procurando uma visão sintética e superadora, Lask acabou por descobrir no fenômeno jurídico uma complexidade peculiar. Pela sua teoria do 'valer-para', constata ele a mencionada correlação entre 'formas' válidas e o 'substrato material amorfo', ainda que considerando irreduzível a heterogeneidade entre ambos".

(25) Vide Karl Larenz, ob.cit., p.561-577.

(26) Idem: ob.cit., p.577.

(27) Idem: ob.cit., p.592.

(28) Idem: ob.cit., p.593.

(29) Idem: ob.cit., p.592.

(30) Idem: ob.cit., p.594.

(31) A propósito, vide Jürgen Habermas in Hermeneutik und Dialektik. Tübingen. J. C. B. Mohr, 1970.

(32) Vide Claus-Wilhelm Canaris in ob.cit., p.25.

(33) Idem: ob.cit., p.26.

(34) Idem: ob.cit., p.27.

(35) Idem: ob.cit., p.31.

(36) Idem: ob.cit., p.38.

(37) Idem: ob.cit., p.44-45.

(38) Idem: ob.cit., p.47.

(39) Idem: ob.cit., p.63.

(40) Idem: ob.cit., p.77-78.

(41) A propósito, vide Ronald Dworkin in The Philosophy of law. Oxford, Oxford University Press, 1986, p.44. Ademais, inspirado em Dworkin, Eros Grau in A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica. São Paulo, Editora RT, 1990, p.110-111: "É que os princípios possuem uma dimensão que não é própria das regras jurídicas: a dimensão do peso e da importância. Assim, quando se entrecruzam vários princípios, quem há de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles". Registre-se forte semelhança entre o conceito de norma, tal qual formulado neste Capítulo, com aquele de regra, assim como esposado por Eros Grau.

(42) Na lição de Josef Esser in ob.cit., p.210-212, os princípios construtivos do ordenamento são já a expressão de uma determinada opção entre valores materiais e os princípios valorativos, que condicionam esta construção.

(43) Para Jerzy Wróblewski in Principes du Droit. Dictionaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit, Paris, LGDJ, 1988, p.317, haveria múltiplos tipos de princípios. Acolhe-se, de sua classificação, para os efeitos desta tese, o "principe positif du droit positif, à savoir soit une disposition légale, soit une norme construite à partir des éléments contenus dans les dispositions" e "principes implicites du droit: c'est une règle traitée comme prémisses ou conséquence des dispositions légales ou des normes". Fiel ao enfoque assumido, não se adota, de sua tipologia, as expressões "principes extrasystème du droit", tampouco "principe-non du droit" ou "principe-construction du droit".

(44) No adequado entender de José Joaquim Gomes Canotilho in Direito Constitucional. Coimbra, Almedina, 1992, p.173, apesar de uma distinção diversa daqui adotada no que concerne a normas, regras e princípios, estes se

beneficiam de uma natureza normogênica, situando-se na base ou se constituindo na ratio fundamentante das regras jurídicas, que os dispensa de consagração expressa em preceitos particulares. Acrescente-se, na linha desta exposição, que é forçoso reconhecer-lhes diferença material ou substancial de grau para justificar tal força dos princípios. Tem razão, também, Geraldo Ataliba in República e Constituição. São Paulo, RT, 1985, p.6, quando anota, com acuidade, que, mesmo no plano constitucional, há uma ordem que faz com que as regras tenham sua interpretação e eficácia condicionadas pelos princípios, os quais se harmonizam em função da hierarquia entre eles estabelecida.

(45) Justamente em função do princípio da supremacia da Constituição, é que se justifica todo e qualquer modo de controle de constitucionalidade.

(46) Concebe-se a interpretação conforme a Constituição, neste ponto, no mesmo sentido de Karl Larenz in ob.cit., p.435.

(47) Aqui se faz referência à interpretação teleológica, no mesmo sentido de Karl Larenz, ob.cit., p.401.

(48) Todos os princípios são dotados de eficácia, limitada que seja.

(49) Vide Claus-Wilhelm Canaris in ob.cit., p.269-277.

(50) Nesta tese, ambas as metodologias serão utilizadas como complementares e não excludentes, como, aliás, vem sustentando o seu autor, em artigos como Funcionalismo e estruturalismo: diálogo com o pensamento jurídico de Norberto Bobbio. Revista da AJURIS, Porto Alegre, v. 53, 1991, p.34-49. Ali se diz, por exemplo (p.45-46): "Ao apontar a segunda dificuldade da análise funcional (função em que nível), Bobbio está certo ao criticar àqueles que, por exemplo, põem no mesmo plano funções do Direito, como a segurança e a resolução dos conflitos de interesse ou a organização do poder político, pois há necessidade de estabelecer uma concatenação hierárquica entre as funções, para não se confundir o problema da função do Direito numa determinada situação, com o problema de dizer qual deve ser esta mesma função. No entanto, outra vez, tal risco não é supra-sumido, como se a lógica da análise funcional, enquanto lógica da relação meio-fim, pudesse deixar de ter o seu necessário e inescapável poder prescritivo, aliás reconhecido, em outros textos, pelo próprio Bobbio. Em outras palavras, ao não se ter posição clara sobre níveis de função, poder-se-ia incorrer nos erros de Hart, ao tentar explicar as estruturas a partir das funções, deixando de surpreender o fenômeno jurídico em sua totalidade dinâmica".

Capítulo Segundo:

A INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA

Uma vez estabelecido este conceito-guia de sistema jurídico, é de se fixar o conceito de interpretação sistemática, igualmente pretendendo fazê-lo apto a dar conta do que RONALD DWORKIN (51) analisa, à vista da sofisticação das práticas jurídicas, atendendo às valiosíssimas lições trazidas pela abordagem funcional do Direito (NIKLAS LUHMANN (52), entre outros). Tem-se bem claro, neste contexto, que vêm mudando, sobretudo na dita sociedade pós-industrial, as funções mesmas do Direito e, por conseguinte, os modos de realizar a hermenêutica jurídica.

A esse propósito, é imperativo compreender a própria tarefa da exegese, sob o prisma de que o sistema é mesmo uma ordem axiológica ou teleológica, composta de normas, de princípios e de valores. Mais ainda, a interpretação jurídica tem que tomar em consideração a abertura do sistema, entendida esta, nos termos de CLAUS-WILHELM CANARIS, como incompletude do conhecimento dito científico e, concomitantemente, enquanto modificabilidade da própria ordem jurídica. Uma e outra modalidade de abertura são características do sistema jurídico, como se disse, e nada autoriza crer que, em razão desta natureza, possa ser inviabilizada a formação do sistema, senão que, longe de contradizê-lo, é justamente ela que torna possível a sua determinação a partir da realidade (53).

Tal abertura, em outros termos, pode ser traduzida, também, como possibilidade de modificações do sistema jurídico objetivado, não apenas em função de alterações legislativas, mas através da concretização aplicacional. De outro lado, esta característica de abertura deve ser completada com a de mobilidade do sistema ou, dito melhor, de partes do sistema. Por mobilidade, há de se entender a impossível configuração de prescrições totalizantes, de modo rígido, além de posição de igualdade básica ou potencial no peso dos princípios (54).

A cada passo, mais e mais, lançam-se ao passado as posturas antiteleológicas daqueles que presumiam irrelevante o relacionamento da exegese às funções sociais do Direito, já pela dinamicidade, já pela profusão das mesmas. Tal mudança se acentua quando se percebe o desenvolvimento de uma função promocional do Direito (independente de sanções negativas), a qual nos força a rever, por exemplo, o próprio conceito de norma jurídica, imbricado, é claro, com um conceito mais amplo e promissor de sistema. Neste particular, é de se acolher a descrição de normas dotadas de sanções, por assim dizer, positivas, mais promocionais do que restritivas, como que a evidenciar que se precisa mesmo efetuar um alargamento do conceito de interpretação jurídico-sistemática.

Uma vez assentes estes pressupostos, é o momento de assinalar que todas as frações do sistema jurídico estão em conexão com a inteireza de seu espírito, daí resultando que **qualquer exegese comete, direta ou indiretamente, uma aplicação de princípios gerais, é dizer, da totalidade do sistema.**

Retido este aspecto, registre-se, outrossim, que cada preceito deve ser visto como parte do todo, eis que é do exame em conjunto que pode resultar melhor resolvido qualquer caso em apreço, desde que se busque descobrir qual é, na respectiva situação, o interesse mais fundamental (55). Com efeito, diz bem CLAUS-WILHELM CANARIS (56):

“só a ordenação sistemática permite entender a norma questionada não apenas como fenômeno isolado, mas como parte de um todo. (...) Inversamente, o sistema sofre, através da ordenação de uma nova previsão, em certas circunstâncias, um enriquecimento ou uma modificação interiores (..) Existe, portanto, um processo dialético de esclarecimento duplo”.

Inegável, pois, o valor para a hermenêutica jurídica da chamada ordenação sistemática, a qual decididamente não pode ser confundida com um mero elemento ou método interpretativo, porque somente uma exegese que realize tal ordenação é capaz de estabelecer o alcance teleológico dos dispositivos, realizando o mister de harmonizar os comandos, de sorte a resguardar e a manter a unidade axiológica .

Em outras palavras, não se pode considerar a interpretação sistemática, como o fez o clássico CARLOS MAXIMILIANO (57), apenas como um elemento, dentre outros, da interpretação jurídica. Aliás, o próprio autor citado leciona, com inteira pertinência (58):

“Os que não adaptam o sentido do texto ao fim atual, além de afastarem o Direito de sua missão de amparar os interesses patrimoniais e o bem-estar psíquico do indivíduo consociado, reverterem ao quarto século antes de Cristo, quando Teodósio II promulgou a sua célebre Constituição”.

Entende-se, pois, que a consideração de todos os fatores não deve retirar a primazia do fator teleológico como caracteristicamente determinante da interpretação em geral. Outra vez, é de trazer à colação CARLOS MAXIMILIANO que bem intuiu o fenômeno (59):

“Não existe, portanto, preceito absoluto. Ao contrário, mais do que as regras precisas influem as circunstâncias ambientes e o fator teleológico”.

Por outro lado, a realização desta adequação teleológica, fundada em apreciações de valor, está intimamente associada à noção de que, respeitadas as variações conforme o ramo de direito, todo processo hermenêutico é sistemático e sistematizante, vez que busca, mais ou menos conscientemente, realizar a dúplice função mencionada de dar ordem interna, de uma parte, assim como de realizar a referida adequação, que se busca mesmo na fase inicial de formação da livre convicção do julgador.

Ora, em tal perspectiva, é bem de ver que o ato hermenêutico significa, concreta e complexamente, bem mais do que comparação de dispositivos entre si ou de um sobrevôo dos casos específicos para os princípios dirigentes, como, em desacerto de passo, pretendia CARLOS MAXIMILIANO (60).

Na linha do que se asseverou, já não é pouco reconhecer que cada preceito se articula como um todo, mas é insuficiente fazê-lo sem o simultâneo reconhecimento de que, **ainda quando se esteja cuidando, em aparência, de uma norma isolada, esta só poderá ser compreendida na inter-relação com as demais.**

Não por acaso, KARL LARENZ, ao discorrer sobre a missão da interpretação, aborda, em primeiríssimo lugar, o escopo da exegese como sendo o sentido normativo do que é agora juridicamente determinante (61), quer dizer, o sentido como sendo antes o resultado de um processo de pensamento em que todos os momentos estão englobados, tanto os “subjetivos” como os “objetivos”.

Ambos não de estar presentes e nunca chegariam ao seu termo.

Depois, se se analisar, um a um, os principais critérios de interpretação (o sentido literal, o contextual, a análise da intenção reguladora, fins e idéias normativas do legislador histórico, os critérios ditos teleológico-objetivos, o preceito da interpretação conforme a Constituição e, o que avulta em importância para esta tese, a inter-relação dos critérios interpretativos (62)), ter-se-á que admitir a força sistematizante em cada um deles, razão primacial para que, na prática, o consórcio de critérios é o que mais se constata.

Com acerto e perspicácia, observa KARL LARENZ (63):

“O peso em cada caso dos diferentes critérios depende, não em último lugar, do caso concreto. (...) Podem surgir resultados contraditórios, sobretudo quando, devido ao decurso do tempo, a uma mudança da situação normativa ou dos princípios jurídicos outrora determinantes deixa de aparecer como plausível a interpretação originária, orientada ao fim do legislador histórico ou às idéias normativas dos autores da lei”.

Está evidente que, sempre almejando evitar contradições de valoração, há de se resolver os problemas das antinomias de modo metodologicamente sistemático. Entretanto, o que importa pôr em realce é que, embora nem sempre seja explicitada, faz-se a escolha por um dos critérios hermenêuticos, por assim dizer, com carga de preferência tópica. Ora, fazê-lo significa a utilização, ao menos implícita, dos demais, daí o acerto em se notar e sublinhar a constituição mútua dos vários critérios, hierarquizados topicamente.

Diversamente, também neste ponto, de CLAUS-WILHELM CANARIS (64), não se restringe a visão da interpretação sistemática como meio auxiliar metodológico, tendo em vista os motivos pelos quais se sentiu necessidade de alargar o conceito de sistema jurídico.

Para esta tese, a interpretação sistemática é, em todas as hipóteses, ainda quando não explicitamente, teleológica ou hierarquizadora, usada esta expressão em harmonia com o conceito de sistema jurídico, antes formulado. Assim, não somente a interpretação extensiva ou aplicação analógica, senão que toda e qualquer interpretação jurídica deve ser descrita, funcionalmente, como sistemática e, em razão disso, hierarquizadora. Aliás, a chamada interpretação literal é, apenas, uma das fases (a primeira, cronologicamente) de toda interpretação jurídico-sistemática, sendo que a mais complexa modalidade desta última se dá na chamada interpretação conforme a Constituição ("die Verfassungskonforme Auslegung"), expressão máxima da procura de unidade da ordem jurídica, como parcialmente já o entrevia NORBERT ACHTERBERG (65).

A este propósito, posicionava-se este eminente administrativista alemão no sentido de que, em seus pontos fundamentais, toca-se, por assim dizer, a interpretação conforme a Constituição com a interpretação sistemática, vez que ambos os métodos têm em vista a manutenção da ausência de contradição no interior do sistema. Com efeito, apenas fazia distinção, com a qual não se comunga: a interpretação sistemática diria respeito à hierarquia legal das normas de igual nível, enquanto a interpretação conforme a Constituição diria respeito às relações verticais entre as normas infra ou intraconstitucionais. Não se aceita, nesta tese, a aludida distinção, embora se louve a intuição do autor citado, por mostrar, ao menos, a intersecção entre as modalidades de interpretação (66).

Destarte, assumindo uma ótica ampliativa e alargada, **a interpretação sistemática deve ser definida como uma operação que consiste em pretender atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da adequação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos.**

Frise-se, ademais, que a ampliação do conceito de interpretação

sistemática, ora promovida, é proporcional àquela praticada quanto ao conceito de sistema jurídico. Em outras palavras, interpretação sistemática, em tal visada, mais compatível com as presentes funções multifacetadas do Direito contemporâneo, **é a que se realiza em consonância com a rede hierarquizada, máxime na Constituição, de princípios, normas e de valores compreendidos dinamicamente e em conjunto.**

De outro lado, um conceito assim alargado permite que a posição crítica e a posição hermenêutica sejam vistas antes como complementares do que como antitéticas, como já se advogou noutra trabalho (67).

A presente formulação oferece as mesmas vantagens daquela proposta conceitual de sistema jurídico, além das que seguem:

(a) orienta a interpretação, assim concebida (68), no intuito de vencer antinomias, inclusive as de valoração, para o plano principiológico;

(b) evidencia que há uma hierarquia dentre os princípios, daí impor-se uma interpretação conforme a Constituição, subordinando-se sempre a matéria examinada aos princípios superiores da igualdade, da justiça, dentre outros;

(c) aviva a noção de que os valores fundamentais, especialmente os elevados à condição de supremos por força normativa da Constituição, têm de servir como critério de permanente avaliação, estando à base da aplicação judicial, fundamentando-a (69);

(d) permite uma aplicação mais elástica do Direito, seja por adaptar-se à modificação dos próprios valores, seja por contribuir para eliminar as chamadas "quebras sistemáticas", geradoras das chamadas nulidades de

normas contrárias ao sistema (70).

Alicerçando-se esta abordagem neste outro conceito-guia, isto é, vendo-se a interpretação sistemática como uma operação que consiste em atribuir determinada e preferencial significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, **hierarquizando-os num todo aberto**, convém passar, de imediato, à avaliação das antinomias jurídicas, principiando por conceituá-las.

NOTAS

(51) Vide Ronald Dworkin in ob.cit., p. 38-65.

(52) Vide a contribuição de Niklas Luhmann in Sociologia do direito II. Rio de Janeiro, Ed. Tempo Brasileiro, 1985. Para Luhmann, as mais importantes conclusões de sua análise das funções das estruturas normativas se referem à relação entre estrutura e tempo. Notadamente sobre o sistema, vide do mesmo autor **Sistema giuridico e dogmatica giuridica**. Bologna, Il Mulino, 1978.

(53) Vide Claus-Wilhelm Canaris in ob.cit., p. 109.

(54) Idem: ob.cit., p.127. Explica: "A 'mobilidade' do sistema é, muitas vezes, confundida com a sua 'abertura'. Esta utilização lingüística seria em si inteiramente possível (...) mas não se recomenda; o termo foi fixado por Wilburg com outro sentido (...)".

(55) Segundo Martin Kriele, os elementos mais importantes na obtenção da resolução são a avaliação das conseqüências previsíveis, assim como a sua imparcial ponderação sob o prisma do interesse mais fundamental, conforme Karl Larenz in ob.cit., p.440.

(56) Vide Claus-Wilhelm Canaris in ob.cit., p.156.

(57) Vide Carlos Maximiliano in Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro, Forense, 1984, p.156.

(58) Idem: ob.cit., p.155.

(59) Idem: ob.cit., p.203.

(60) Idem: ob.cit., p.129.

(61) Vide Karl Larenz in ob.cit., p.380-418.

(62) Idem: ob.cit., p.414.

(63) Idem: ob.cit., p.417-418.

(64) Vide Claus-Wilhelm Canaris in ob.cit., p.157.

(65) Vide Norbert Achterberg in Allgemeines Verwaltungs-rechts. Heidelberg, CF. Müller Juristischer Verlag, 1982.

(66) Idem: ob.cit., p.247.

(67) Vide Juarez Freitas in A substancial inconstitucionalidade da lei injusta. Petrópolis. Vozes - EDIPUCRS, 1989, p.48. Ali se diz: "Para a hermenêutica jurídica, do estudo comparativo entre GADAMER e HABERMAS, devem resultar assimiladas as idéias de que a compreensão deve ser entendida sempre como aplicação e pré-compreensão, como vimos em GADAMER; a seu turno, a crítica das ideologias revela-nos o que há de espúrio no tradicional, além de salientar, convenientemente, a dialética que há entre teoria e práxis, ainda desprezada, ou melhor, não bem compreendida pelos positivistas legais".

(68) Idem: ob.cit., p.55. Nesta obra, o autor da tese esclarece o conceito de hermenêutica, ao dizer: "Conclusivamente, entendemos que, não obstante as contribuições da hermenêutica como ciência da compreensão lingüística (SCHLEIERMACHER), como disciplina central de todas as Geisteswissenschaften (DILTHEY), como metodologia filológica (WOLF), como recuperação do sentido (RICOEUR), é inegável que a perspectiva mais rica é aquela oriunda de Wahrheit und Methode de Gadamer, combinada e ampliada pela crítica das ideologias de HABERMAS".

(69) Idem: ob.cit., p.70.

(70) Vide Claus-Wilhelm Canaris in ob.cit., p.234-235. Assinala: "Ainda quando uma formação plena do sistema permaneça inalcançável, essa discrepância entre o ideal de um sistema e a sua realização não implica nada de decisivo contra o significado do sistema para a Ciência do Direito. Pelo contrário, resultou (...) um aspecto no qual a formação do sistema é de relevância prática: através da possibilidade de nulidade de normas contrárias ao sistema".

Capítulo Terceiro:

CONCEITO, CLASSIFICAÇÃO E OS CRITÉRIOS PARA RESOLVER ANTINOMIAS JURÍDICAS

Uma das mais inquietantes aporias, no mundo jurídico, que se acentuou com a crescente positivação normativa, concerne às antinomias intoleradas, em regra, pelos sistemas jurídicos, desde mesmo antes de JUSTINIANO (71), que expressamente consagrou o termo no Digesto.

Como se vê, ao longo da história, a circunstância de nos defrontarmos com a permanência de prescrições incompatíveis fere a noção mesma de sistema jurídico, visto, neste aspecto, em sentido de ordenamento unitário e coerente, porquanto, embora não seja lógico-axiomático-dedutivo, em termos estritos, necessita afugentar tais incompatibilidades, ou, pelo menos, as más incompatibilidades, na busca dinâmica de se fundar com a mínima racionalidade intersubjetiva e de se fazer respeitar em sua harmonia interna.

Antes de se oferecer o conceito de antinomias, com o qual se trabalhará nesta tese, impõe-se percorrer a contribuição conceitual de alguns autores, a principiar por HANS KELSEN. Este, ao tratar dos conflitos de normas, sustenta que (72):

“Existe um conflito entre duas normas, se o que uma fixa como devido e, portanto, o cumprimento ou aplicação de uma norma envolve, necessariamente ou possivelmente, a violação da outra”.

Assim concebido, o conflito poderia ser bilateral (quando a aplicação de cada uma das normas implicasse violação mútua) ou unilateral (quando somente o cumprimento ou aplicação de uma das duas acarretasse violação). Ademais, ainda segundo HANS KELSEN, o conflito poderia ser total ou parcial. Este, quando os conteúdos dos comandos normativos conflitam apenas em parte, ao passo que aquele se daria quando uma norma impõe o que a outra, totalmente, proíbe (73).

Evidencia o precitado autor que um tal conflito (necessário ou apenas possível) pressupõe que ambos os enunciados sejam verdadeiros, assim como a validade de ambas as normas em litígio. Sustenta, também, que um conflito de normas não seria nenhuma contradição lógica, já que pode ser solucionado, por exemplo, através de derrogação, expediente meramente normativo, sem juízos de veracidade ou falsidade, isto é, sem que se faça necessária a aplicação de um princípio de relação entre juízos (74).

Saliente-se que, sob tal ótica ou perspectiva conceitual, remanescem alguns traços positivos e outros francamente insatisfatórios para os objetivos aqui almejados. Em grandes traços, na sua multiplicidade, ei-los:

(a) é verdade que os conflitos se dão entre normas, sem que, no entanto, deva-se limitar a abordagem a este tipo de incompatibilidade, porque é preciso compreender as antinomias, por igual e destacadamente, no plano axiológico e dos princípios;

(b) é certo que, pela própria natureza das normas (como dos valores e dos princípios) está-se diante de um enunciado de dever-ser, logo a incompatibilidade e mesmo a contradição, em assumindo caráter teleológico, tem que ser resolvida através de exegese hierarquizadora ou de resposta legislativa de cunho revogatório ou derogatório;

(c) é pertinente a classificação em conflitos entre normas como sendo parcial ou total, ou ainda como sendo unilateral ou bilateral, mas não parece dar conta satisfatória do conflito bilateral de normas e princípios, como se verá nas configurações hipotéticas. Acentue-se, porém, que a afirmação de conflitos normativos, necessários ou possíveis, guarda semelhança com o que se chamará de antinomias, possíveis ou instauradas. Neste ponto específico, é visível a confluência com o conceito kelseniano.

Ato contínuo, deve-se passar, ainda que de modo sucinto, a examinar o que CLAUS-WILHELM CANARIS denomina de “quebras no sistema” (75), enquanto contradições de valores e de princípios, considerando que a colisão envolvendo estes últimos seria, no seu entender, apenas, uma forma particular de contradições valorativas.

De início, antes de oferecer o seu conceito de antinomias, adequada e prudentemente cuida de circunscrevê-lo, distinguindo estas contradições das meras diferenças valorativas, além de apartá-las dos limites imanentes de um princípio. Expressa-se, a propósito, nestes termos precisos (76):

“Assim, por exemplo, seria incorreto falar de uma ‘contradição’ entre o princípio da autonomia privada e a regra do respeito pelos bons costumes (...). Pois como qualquer liberdade, a verdadeira liberdade inclui uma ligação ética e não é arbítrio”.

De outra parte, esforça-se por contrastar as aludidas contradições (designadamente principiológicas e axiológicas) da mera combinação de princípios (77). E, mais ainda, postula a diferença sutil e relevante entre contradição e oposição, entendendo que (78):

“pertence à essência dos princípios gerais do Direito que eles entrem, com frequência, em conflito entre si, sempre que, tomados em cada um, apontem soluções opostas”.

Para CLAUS-WILHELM CANARIS, contra a opinião de KARL ENGISCH (79), não se deveria considerar este compromisso entre diferentes princípios gerais do sistema jurídico como uma contradição, senão que como oposição.

Argumenta, em linhas gerais (80), que uma contradição é sempre um desacordo interno que não deveria existir e, portanto, a ser eliminado, enquanto as oposições não deveriam ser suprimidas, já por constituírem a própria essência da ordem enquanto relativizações recíprocas, que mantêm os princípios entre si razoavelmente ajustados, até porque semelhante ajuste deve comportar, ao invés de uma supressão, uma via intermédia através da qual a sua oponibilidade se supere num compromisso, no sentido mais amplo (81).

Nestes moldes, a oposição resultaria superada e, simultaneamente, mantida no sistema. Diversamente, a contradição reclamaria, em todos os casos, a supressão completa. Por contradição de princípios ou o que denomina de verdadeiras contradições, reserva o significado de (82):

“contradições de valores que perturbam a adequação interior e a unidade da ordem jurídica e sua harmonia e que, por isso, devem basicamente ser evitadas ou eliminadas”.

Se se identificar antinomia, tão-somente com as contradições, assim delimitadas conceitualmente, verificar-se-á, outra vez, o delineamento de traços assimiláveis e de outros que não recebem acolhida. Senão, vejamos:

(a) acerta CLAUS-WILHELM CANARIS, por enfatizar que a tônica das contradições jurídicas indesejáveis reside, justamente, no plano dos valores e dos princípios, sem cuidar, neste passo, apenas dos conflitos normativos;

(b) oferece um conceito de antinomias, que se coaduna com o seu de sistema jurídico, elaborando, porém, distinção entre contradição e oposição, nem sempre perfeita. É que há oposições que são, também, contradições de valores, ao menos enquanto uma interpretação sistemática, recorrendo a um princípio superior, - não necessariamente intermediário - resolva o que, mais tarde, poder-se-ia chamar de uma antinomia aparente ou apenas possível;

(c) salienta a necessidade de que se evitem ou suprimam estas incompatibilidades, porque perturbam a função do sistema, enquanto adequação interior e instrumento de unidade indispensável aos seus misteres superiores de adequação valorativa.

Tudo visto, é de se consignar que, noutra viés, NORBERTO BOBBIO trabalha com um conceito de sistema enquanto equivalência à validade do princípio que exclui a incompatibilidade de suas partes simples (83), caracterizando tal noção como intolerância às antinomias.

Para esclarecer como concebe as antinomias jurídicas, recorre às figuras de qualificação normativa - o obrigatório, o proibido, o permitido positivo e o permitido negativo (84), para, em seguida, definir como normas incompatíveis aquelas que não puderem ser ambas verdadeiras, elencando os casos de incompatibilidades (85):

*“1) entre uma norma que ordena fazer algo e uma norma que proíbe fazê-lo (contrariedade);
2) entre uma norma que ordena fazer e uma que permite não fazer (contraditoriedade);
3) entre uma norma que proíbe fazer e uma que permite fazer (contraditoriedade)”.*

Após ilustrar estes casos, aduz o eminente jurista italiano que, para ser configurada uma antinomia jurídica, são também presumidas duas imprescindíveis condições, quais sejam: ambas as normas devem pertencer ao mesmo sistema e as duas normas - em colisão - devem ter o mesmo âmbito de validade (86).

Quanto à primeira das condições, reconhece que nada impede que o sistema resulte da relação de um ordenamento com outro mais geral, sem cogitar de uma hierarquização de vários planos no mesmo sistema (87).

No que concerne à segunda das condições, é claro ao explicitar que não constituem antinomias jurídicas normas descoincidentes, no que tange à validade temporal, espacial, pessoal e material (88).

Com tais esclarecimentos, acresce que é mister, a juízo seu, não confundir as antinomias, tais quais as define, com as antinomias de avaliação (na verdade, injustiças), que se dariam no caso em que uma norma pune um delito menor, por exemplo, com pena mais pesada do que a infligida a quem cometeu um delito mais grave (89).

Também descarta, reputando-as impróprias, as antinomias que se dão por contraposição de valores, tais como o da justiça e o da ordem, ou da liberdade e da segurança. Em outros termos, entende NORBERTO BOBBIO que estas antinomias de princípios não seriam antinomias jurídicas propriamente ditas, embora pudessem render ensejo a normas incompatíveis. (90)

Assim pensando, define a antinomia jurídica como (91):

“aquela situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade”.

Esta conceituação apresenta afinidades e severas diferenças, no contraste com o prisma adotado por esta tese. Com efeito:

(a) acerta NORBERTO BOBBIO ao destacar que as relações de incompatibilidade compreendem as de contrariedade;

(b) revela-se correto, outrossim, na descrição das relações de implicação de incompatibilidade, valendo-se, com oportunidade e conveniência, das figuras de qualificação normativa;

(c) mostra-se preciso, ao explicitar a condição necessária à ocorrência de antinomias, como sendo a pertença ao mesmo ordenamento e ao mesmo âmbito de validade temporal, espacial, pessoal e material;

(d) restringe, equivocadamente, o seu conceito, numa postura que talvez explique as suas dificuldades de conciliação das metodologias estrutural e funcional, expungindo do mesmo, por impróprias, as mais importantes antinomias, quais sejam, as que envolvem princípios e valores, ou seja, as antinomias propriamente teleológicas, cumprindo notar que, em certa medida, todas o são, vez que as prescrições jurídicas jamais se revestem de conteúdo apenas lógico-formal, senão que de uma material tendência a fins, em relação aos quais deve ser procedida a interpretação e aplicação do Direito positivado;

(e) o significado de antinomias jurídicas, nos limitados e adstritos

termos postos pelo eminente jusfilósofo italiano, não revela o motivo pelo qual o sistema não as tolera, motivo este que se encontra, antes de mais, na desarmonia axiológica e principiológica que proporcionam, pondo em risco a funcionalidade do sistema, por esvaziá-lo de seus cometimentos mais relevantes, quais sejam, ordem interior e adequação teleológica. Na realidade, as antinomias existem, sim, nas hipóteses descritas por NORBERTO BOBBIO, mas - aqui exsurge nítida e importante diferença de abordagem - somente porque aí sucedem contradições simultâneas de valores ou de princípios.

Feitas estas análises e especificações, é de se acrescentar que as antinomias jurídicas, em sentido amplo, reclamam ser pensadas, concomitantemente, como contradições lógicas e axiológicas ou principiológicas.

Com efeito, o sistema jurídico, tal qual já se o definiu, está a exigir, ao lado ou diversamente dos significados expostos, uma noção mais rica e complexa do que aquela que o vê como simples aparato destinado à exclusão de incompatibilidades formais entre as normas.

Destarte, para os efeitos desta tese, definem-se as antinomias jurídicas como sendo incompatibilidades possíveis ou instauradas, entre normas, valores ou princípios jurídicos, pertencentes, validamente, ao mesmo sistema jurídico, tendo de ser vencidas para a preservação da unidade interna e coerência do sistema e para que se alcance a efetividade de sua teleologia constitucional.

Sem dúvida, o mal maior trazido pelas antinomias ao sistema jurídico radica na insegurança das relações jurídicas quanto à racionalidade estrutural do sistema, razão maior pela qual se cuida de estabelecer critérios, tácitos ou não, para dar solução às antinomias jurídicas.

Alargando, pois, a classificação de ALF ROSS (92), a antinomia

total-total é a que se dá quando a incompatibilidade ocorre entre normas, princípios e valores, que, ao menos potencialmente, estão situados no mesmo plano. Decerto, tal conflito sucede só aparentemente e num primeiro momento de análise, porquanto sempre haverá uma predominância, como se verá adiante ao se proceder a análise das configurações hipotéticas. Pode ser total-parcial, quando uma das normas ou um dos valores ou um dos princípios, embora aparentemente no mesmo plano de validade, apresenta menor alcance, bem como parcial-parcial, quando o plano de validade é só parcialmente igual.

Oferecida esta classificação estritamente instrumental, é de se sublinhar que todas estas antinomias devem ser desfeitas, almejando-se a **hierarquização, segundo critérios múltiplos e inter-relacionados** (93), de tal sorte que uma norma ceda diante de outra ou de um princípio ou de um valor, conforme o caso.

Em tal medida, somente e enquanto não se proceder à hierarquização, é que as normas, os princípios e os valores poderão situar-se em posição de aberto conflito, o qual carecerá de solução, admitida a possibilidade de convertê-lo em "aparente", especialmente quando se tratar de conflito entre os critérios mesmos para solvê-lo.

Por outro lado, é de se recordar que a hermenêutica jurídica tem-se valido (como se observa na doutrina e na jurisprudência - e será ilustrado em momento próprio), empiricamente, com ímpar exuberância, de metacritérios ou metaregras, que postulam a universalidade, conquanto sempre dotadas de carga axiológica, visando a escoimar do ordenamento as antinomias, tais quais se as definiu.

Tais critérios ou metacritérios, desde há muito conhecidos, incorporaram-se ao inconsciente do intérprete maduro, fazendo as vezes, não raro, de

uma segunda natureza. Convém arrolá-los, a começar pelo critério da “lex posterior”, qual seja, o que estabelece que a norma posterior, em rumo de conflito, há de preponderar sobre a anterior, consoante o assim chamado princípio cronológico, que pressupõe uma moderna idéia de progresso.

É forçoso dizer que HANS KELSEN inverteu a fórmula, em alguns casos, do aludido princípio, entendendo preferível enunciá-lo como “*lex prior derogat posteriori*”, porquanto os princípios de derrogação (94):

“se não expressamente fixados, ou presumidos como implícitos, permanecem insolúveis os conflitos de norma, que a Ciência do Direito é tampouco competente - acaso pela interpretação - para solucionar existentes conflitos de normas (...)”

Contra esta asserção, dir-se-á, tão-só, que milita numa região estreita de operadores lógicos duros e formais (não deônticos), não obstante inequívoco o seu mérito de pôr em destaque que este princípio é eminentemente problemático (95), como aliás são todos os princípios jurídicos, mesmo os mais elevados e formalmente nobres que vedam a permanência de contradições no sistema, com o escopo de que este exista como tal.

Assim sucede pela congênita e inata constituição de “dever-ser” original em todas as prescrições de tipo jurídico, apesar de a eles se aplicarem, por analogia, os princípios de não-contradição, ao menos no que diz respeito aos seus enunciados, proibindo-se predicar e não predicar ao mesmo tempo e sob o mesmo aspecto, lembrando-se que o enunciado sobre validade não se refere propriamente à existência, mas se o princípio ou a norma valem, representa o sentido teleológico de um ato de vontade.

Por conseguinte, é oportuna a problematização do princípio "*lex posterior derogat legi priori*", até porque, como o confirma a experiência judicial, é razoável supor um conflito entre normas gerais, em que ambas as normas resultem sem validade ou em que cada uma seja de manutenção igualmente razoável e ambas tenham validade (96).

O que é discutível e, mais à frente, será contestado, é que, em hipóteses que tais, o órgão aplicador do Direito apenas poderia decidir-se, num ato subjetivo de vontade, pela aplicação de uma ou de outra das normas jurídicas gerais, permanecendo o conflito, vez que se pensa ser ele dissipável, freqüentes vezes, pela conciliação de opostos, através do recurso a um princípio harmonizador ou superador da antinomia, sem que se coloque em risco a estabilidade do sistema.

Ainda a propósito do princípio cronológico, urge tecer considerações outras envolvendo especificamente os conflitos de leis no tempo, já que evidente a conexão temática. No chamado direito transitório ou intertemporal, a questão nuclear consiste em determinar, à vista da pluralidade de normas, princípios e valores que disputam, por assim dizer, uma certa relação jurídica, qual pode ser a regra tida como a incidente, parcial ou totalmente, no caso "*sub judice*".

Na solução de tais conflitos, uma longa tradição histórica aponta o princípio da irretroatividade, de cunho eminentemente político, que busca dar segurança às relações jurídicas, antes por um fundamento de preservação de interesse público do que pela simples manutenção de privilégios individuais.

É claro que tal princípio, assim como todos os outros, não goza de absolutidade, porquanto embora normalmente não se admita a retroação, necessárias e impositivas se fazem as exceções, como nos casos da lei penal mais

benigna ou de leis abolitivas de instituições arbitrárias ou de leis marcadamente interpretativas, ainda que, a rigor, estas últimas não retroajam, pois aquelas situações jurídicas constituídas antes da lei não podem ser atingidas ou modificadas pela ação da lei interpretativa.

Em razão de tal princípio, houve até quem sustentasse que a regra da não-retroatividade poderia ser assimilada à regra do respeito aos direitos adquiridos, vistos como dotados de intangibilidade (97), sob uma ótica subjetivista, elaborando uma distinção entre o direito adquirido, as meras expectativas de direito e as faculdades jurídicas abstratas, de tal sorte que não se estaria diante de retroação quando a lei alcançasse somente estas e aquelas.

É de se registrar que inúmeras críticas foram empreendidas contra tais posições subjetivistas (98), de molde que enfoques mais objetivistas foram ganhando espaço, sustentando a retroatividade como se caracterizando somente à medida em que a lei nova atingisse situações jurídicas concretas (99).

Dentro do que parece ser a doutrina objetivista mais elaborada, que distingue efeito imediato e efeito retroativo das leis, figura, com pronunciado destaque, a que trabalha com a noção de situação jurídica, na lição de PAUL ROUBIER, nestes termos (100):

“Toutes les lois sont faites, en effet, pour déterminer un certain nombre de situations juridiques passées, présentes ou futures que se résume leur action dans les temps”.

Vencendo a antinomia normativa, as situações jurídicas em curso seriam atingíveis pela lei, sem efeito retroativo, quando, no caso, houvesse tão-somente o efeito imediato da norma. Deste modo, a regra geral seria a de que a lei que governa os efeitos de uma situação jurídica não deveria retroagir, vale

dizer, alcançar os efeitos de uma situação já produzida sob uma situação anterior, de tal maneira que os efeitos a se produzirem forçosamente seriam regulados, descartada a retroatividade, pela lei que os produziu.

Seja entendendo o princípio da irretroatividade, associado ao princípio cronológico, à luz da noção da doutrina chamada clássica do direito adquirido (101), seja concebido à luz de concepções mais rigorosas como a de PAUL ROUBIER, culmina-se na mesma conclusão de que a lei nova não prevalece quando importe ofensa ao princípio da proteção dos direitos adquiridos.

O que há, neste caso paradigmático, são princípios paralelos, exigindo a sistemática combinação e hierarquização para se decidir se a lei anterior deve ou não sobreviver validamente, prolongando a sua existência, inclusive, se necessário, valendo-se, neste mister, dos princípios fundamentais, admitidas as exceções ao princípio da irretroatividade, embora, na prática, aconteça mais propriamente uma relativização, em lugar de uma infirmação de regra. É por isso, aliás, que se admite, com razão, que os direitos adquiridos não devem ser tocados pela nova lei, até por disposição expressa e constitucional, sem contradizer o que se vem afirmando.

Por conseguinte, ao disciplinar o problema dos conflitos das leis no tempo, adotam-se, ou princípios gerais e abstratos ou o princípio "*rationae materiae*", com mais ou menos ênfase objetivista, mas sempre convém distinguir efeitos retroativos e efeitos imediatos como meio de conciliação de princípios. Neste quadro, a lei nova, pelo princípio cronológico, precisa preponderar, todavia não devendo retroagir, salvo em algumas exceções, quando princípio superior o determinar, tal como se consubstancia no assente e pacífico princípio de que a lei penal posterior poderá retroagir desde que beneficie o réu.

Dispensável é examinar-se, aqui, os atos jurídicos perfeitos assim

como a coisa julgada, enquanto decisão de que não caiba mais recursos (sem adentrar na polêmica de saber se somente a coisa julgada dita absoluta é que estaria protegida contra a lei nova), já que consensualmente emergem, de forma nítida, como sendo outras tantas relativizações ao aludido princípio da irretroatividade.

Cumpre aduzir uma breve conclusão sobre conflito de leis no tempo. Entende-se, nesta tese, como conselho de política legislativa, acertada a manutenção constitucional do princípio da irretroatividade, para se evitar a insegurança e a instabilidade das relações. Todavia, enquanto princípio em si, fica claro, até pelo contraste com os demais, que, hermeneuticamente, merece reservas e temperamentos, para que se coíbam exageros e excessos cometidos em nome dos direitos adquiridos, os quais não podem prevalecer contra a Constituição, em face da necessária subordinação do princípio cronológico ao hierárquico.

Posto isto, além dos mencionados princípios cronológico e do seu associado, por assim dizer, princípio da irretroatividade, a doutrina aponta, também, o critério da "lex superior", qual seja, o que manda preponderar, em caso de colisão, a norma hierarquicamente superior, segundo o velho brocardo "*lex superior derogat inferior*", que permite solucionar conflitos entre normas e princípios de diferentes escalões, sendo certo que a antinomia se instaura mesmo quando o comando inferior, em face da hierarquia das fontes, venha haurir o seu fundamento de validade no comando mais alto.

Outrossim, é de mencionar o critério da "*lex specialis*", ou da especialidade, qual seja, aquele que manda fazer preponderar a lei especial sobre a lei geral, de acordo com a máxima "*lex specialis derogat generali*", por exigência da equidade presumida na especialização. Evidentemente, tal presunção é relativa e problemático também há de ser considerado este critério de remoção de incompatibilidades.

Os critérios mencionados, dentre outros (102), conhecidos de todo intérprete, atormentado que tenha sido pela persistência de uma antinomia que desponte como uma oposição não conciliada ou como uma má contradição, solvem (particularmente, o critério ou metaregra da hierarquia) tanto as contradições normativas quanto as envolvendo princípios ou valores.

Diferentemente, pois, do sustentado por NORBERTO BOBBIO (103), **estes critérios inegavelmente jurídicos, embora transcendam à esfera jurídica, na perspectiva de uma adequada interpretação sistemática são suficientes para resolver todas as contradições jurídicas, mesmo aquelas que se dão entre normas contemporâneas e do mesmo escalão formal.**

A propósito e neste diapasão, deve-se, por oportuno, lembrar, como premissa associada, que por interpretação sistemática entende-se, na ótica desta tese, **uma operação que consiste em atribuir, hierarquicamente, significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir de uma adequação teleológica dos múltiplos comandos, tendo em vista solucionar casos concretos de conflito de interesses.**

Na linha teleológica proposta, para vencer as antinomias (sempre solúveis juridicamente), que existem ou podem ocorrer entre normas do mesmo escalão formal e coevas, o critério hierárquico-axiológico, nos termos dos preliminares conceitos de sistema jurídico e de interpretação sistemática, é tipicamente capaz de oferecer, em todos os casos, uma solução adequada, desde que, no bojo do sistema, tenha havido a positivação de princípios de mínima razoabilidade.

Deste modo, manifestamente não se espousa a classificação de NORBERTO BOBBIO (104), que estabelece uma discriminação entre antinomias solúveis e insolúveis. Justamente pelos mesmos motivos resultantes da natureza

do enfoque, não haveria sentido em se propor, para desfazer estes nós górdios, recorrer a diferenças de formas entre os mandamentos normativos, ora imperativos, ora proibitivos, ora permissivos, como se as normas permissivas fossem necessariamente mais propícias, devendo, só por isso, preponderar. Ora, nem sempre é assim, até como o evidencia a experiência jurisprudencial, a qual será objeto de exame em Capítulo próprio. Assim, o melhor caminho, em tais e em todas as hipóteses, está na metaregra da hierarquização - mais axiológica do que formal - das normas ou disposições principiológicas antinômicas, ainda quando estejamos diante de conflitos entre os próprios critérios encarregados de desfazê-los.

A propósito de tais conflitos ou antinomias de segundo grau, é de se cuidar, agora, em grandes traços, de saber se existe mesmo um critério constante e universal para a resolução destas mais complexas incompatibilidades. Propõe, desafiadoramente, NORBERTO BOBBIO (105):

“Coloquemos o caso em que duas normas se encontrem numa relação tal que sejam aplicáveis dois critérios, mas que a aplicação de um critério dê uma solução oposta à aplicação do outro”.

Aqui se pode verificar o quão valioso é se ter uma noção mais larga de sistema, configurando-o como totalidade de princípios, normas e valores, hierarquizáveis entre si, sem cujo posicionamento hierárquico inviabiliza-se a boa resolução, notadamente, da problemática envolvendo a colisão de normas do mesmo patamar formal.

Observe-se, também, que o princípio hierárquico deve preponderar sobre a regra da especialidade, sob pena de se perder a idéia-força de que há princípios no topo do ordenamento jurídico, em torno dos quais as normas de vários escalões devem ser harmonicamente subordinadas.

A solução, pois, mesmo para as assim chamadas antinomias de segundo grau, isto é, aquelas que se processam entre os próprios critérios usuais (cronológico, hierárquico e de especialidade), há de sempre fazer preponderar o critério hierárquico-axiológico, admitindo-se, **sem vacilações, uma mais ampla visão de hierarquia, a ponto de escalonar princípios, normas e valores no seio da própria Constituição (106).**

Certo está que nem sempre as antinomias, no Direito, aparentam constituir um mal, não se lhes negando a produtividade, da qual nos diz THOMAS KESSELRING (107), somente indesejáveis à medida em que ameacem pôr em colapso o sistema, enquanto ordem unitária e coerente, que veda a autocontradição de seus comandos, da mesma sorte que a injustiça, a exemplo da incoerência, quando se alastra e faz coisa julgada, mina a legitimidade, entendida como razoabilidade do sistema.

A coerência, urge gizarr, embora não seja, em si mesma, condição de validade, o é de pertinência sistemática, mais atinente à teleologia do que à efetividade do Direito posto (108). Entretanto, não se devem confundir as antinomias, más e nocivas, que precisam, pois, ser dissolvidas, com aquelas oposições e eventuais controvérsias. São estas que, afinal, põem a jurisprudência em marcha de permanente adaptação evolutiva das normas, dos princípios e dos valores, sempre no encaicho presumido de mais certeza e de segurança das relações jurídicas, assim como de justiça material, valores estes que se complementam e que, na prática, jamais deveriam ser vistos como, em si mesmos, antinômicos.

Assim, ao se analisar o tema dos critérios, é de se guardar que **quando houver conflito aberto e insanável entre uma lei superior geral e uma norma especial inferior, deve vencer o critério hierárquico-axiológico.**

Esta prevalência se afirma, mesmo que, numa análise primeira, prepondere a norma especial inferior, já que, em derradeira instância, a hierarquização formal cede à substancial. Em nome desta última - a hierarquização axiológica - é que se pode cogitar de uma norma especial inferior capaz de revogar uma lei superior geral, invocando a preponderância do próprio critério hierárquico-axiológico como sendo o critério dos critérios, no lidar-se com as mais complexas antinomias jurídicas.

À vista do exposto, convém reprisar que por antinomias jurídicas entendem-se as incompatibilidades possíveis ou instauradas, entre normas, valores ou princípios jurídicos, pertencentes, validamente, ao mesmo sistema jurídico, tendo de ser vencidas para a preservação da unidade interna e coerência do sistema e para que se alcance a efetividade de sua teleologia constitucional.

NOTAS

(71) A menção é feita por Norberto Bobbio in *ob.cit.*, p.81.

(72) Vide Hans Kelsen in Teoria Geral das Normas. Trad. de J. F. Duarte. Porto Alegre, Fabris, 1986, p.157.

(73) *Idem*: *ob.cit.*, p.157.

(74) *Idem*: *ob.cit.*, p.159.

(75) Vide Claus-Wilhelm Canaris in *ob.cit.*, p.200.

(76) *Idem*: *ob.cit.*, p.202.

(77) *Idem*: *ob.cit.*, p.204.

(78) *Idem*: *ob.cit.*, p.205.

(79) *Idem*: *ob.cit.*, p. 205.

(80) *Idem*: *ob.cit.*, p.205-206.

(81) *Idem*: *ob.cit.*, p.206.

(82) *Idem*: *ob.cit.*, p.206.

(83) Vide Norberto Bobbio in *ob.cit.*, p. 80.

(84) Idem: ob.cit., p.82.

(85) Idem: ob.cit., p.85.

(86) Idem: ob.cit., p.87.

(87) Idem: ob.cit., p.87.

(88) Idem: ob.cit., p.88.

(89) Idem: ob.cit., p.90.

(90) Idem: ob.cit., p.90.

(91) Idem: ob.cit., p.88.

(92) Idem: ob.cit., p.88-89.

(93) "Ao intérprete há de, certamente, exigir-se que tenha em conta os diferentes critérios de interpretação e que fundamente as razões por que considera aqui algum como determinante", leciona Karl Larenz in ob.cit., p.418.

(94) Vide Hans Kelsen in ob.cit., p.163.

(95) Idem: ob.cit., p.162.

(96) Idem: ob.cit., p.268.

(97) Vide Paul Roubier in Le Droit Transitoire (Conflits des lois dans le temps). Paris, Dalloz et Sirey, 1960, p.109.

(98) Idem: ob.cit., p.171.

(99) Idem: ob.cit., p.386.

(100) Idem: ob.cit., p.181.

(101) Idem: ob.cit., p.112.

(102) Para lidar com disposições contraditórias, segundo Carlos Maximiliano in ob.cit., p.135, deve inspirar-se o intérprete em alguns preceitos, como, por exemplo: "Apure o intérprete se é possível considerar um texto como afirmador de princípio, regra geral; o outro, como dispositivo de exceção; o que estritamente não cabe neste, deixa-se para o domínio daquele."

(103) Ao meditar sobre o conflito entre o critério hierárquico e o de especialidade, Norberto Bobbio chega à conclusão de que não existe uma "regra geral consolidada" in ob.cit., p.109, assertiva de que dissente esta tese.

(104) Idem: ob.cit., p.105.

(105) Idem: ob.cit., p.106.

(106) Tal hierarquização, porém, como se verá na oitava das configurações hipotéticas, não significa que inexistam normas constitucionais inconstitucionais.

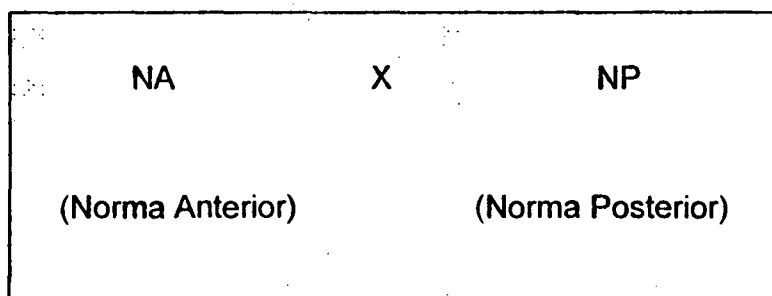
(107) Vide Thomas Kesselring in Die Produktivität der Antinomie. Frankfurt. Suhrkamp Verlag, 1984, especialmente nas suas percucientes e minuciosas interpretações de textos hegelianos, p.250-277.

(108) Neste aspecto, há concordância com Norberto Bobbio in ob.cit., p.113, para quem a coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a justiça do ordenamento. De outra parte, registre-se, a coerência é exigência daquela adequação axiológica e de unidade anterior, de que se cogitou no Capítulo primeiro.

Capítulo Quarto:

CONFIGURAÇÕES HIPOTÉTICAS DE ANTINOMIAS JURÍDICAS

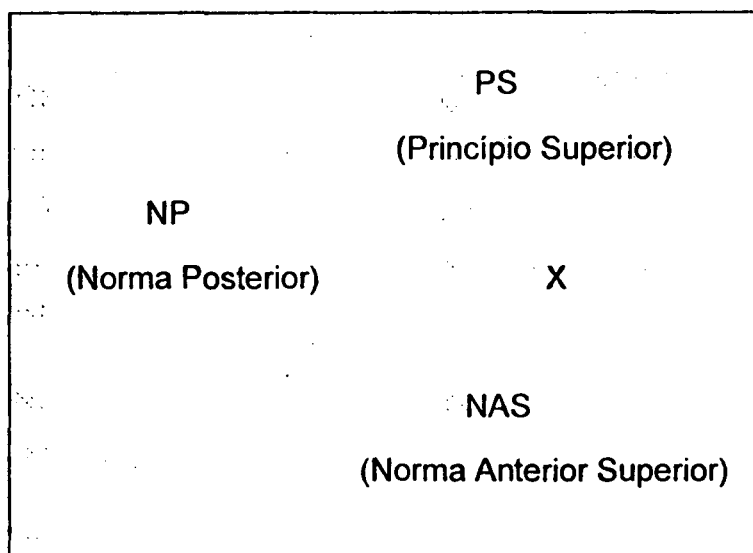
Cuidaremos de estabelecer, neste Capítulo, as principais configurações antinômicas, almejando uma visão clara e sistemática da matéria. Com tal escopo, numa primeira hipótese antinômica, pode-se configurar o usual conflito entre:



Pois bem, de um modo geral e como regra, os sistemas jurídicos (109) (110), expressa ou implicitamente, dizem que deve preponderar NP, numa espécie de auto-referência que permite resolver esta basilar antinomia. Entretanto, como será visto na segunda hipótese, se NP colidir com PS (Princípio Superior) ou NAS (Norma Anterior Superior), a incompatibilidade deverá ser resolvida a favor de NAS, ultrapassado o critério cronológico, em prol do PS, ainda que, por igual, anterior.

De qualquer modo, nesta primeira configuração, uma norma pertencente ao sistema ou um princípio nele implícito hierarquizou o posterior em relação ao anterior. Por conseguinte, como resulta claro, foi o critério de hierarquização que preponderou, determinando aplicar-se o critério cronológico, nos termos expostos.

Numa segunda hipótese, deve configurar-se a antinomia que se dá quando do confronto entre:



É de se reiterar que, na hipótese aventada, prepondera ora PS, ora NAS. Logo, a antinomia resulta, como sempre, superada pelo critério de hierarquização-axiológica.

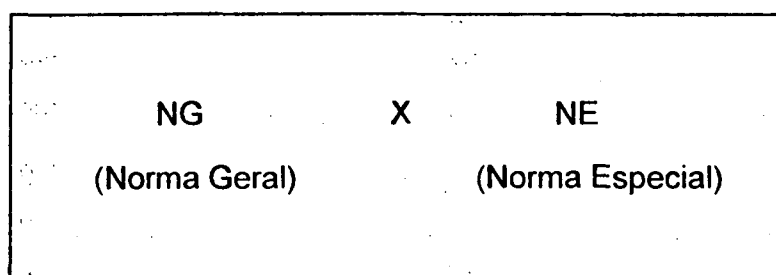
Desenvolvendo a hipótese, podemos aclarar mais esta inequívoca solução da antinomia por uma interpretação sistemática, tal e qual se a conceituou.

Tome-se, *verbi gratia*, uma NP ou lei nova que viole o PS da

irretroatividade, consoante o qual a NP não deve alcançar as situações pretéritas, definitivamente constituídas sob a égide da lei antiga. Ora, ditame inconcusso, como se viu no Capítulo precedente, embora passível de certa elasticidade hermenêutica, tal princípio tem sido posto, em regra, no corpo da Constituição. É certo que tal disposição principiológica - convém sublinhar - é, antes de tudo, um princípio de política jurídica, porém também é certo que não se admite, na sistemática moderna, a retroação, com as exceções mencionadas previamente.

Então, é de se concluir inequívoca a preponderância do PS, princípio hierarquicamente superior da irretroatividade, em relação à lei nova. Outra vez, a hierarquia se revelou, na configuração efetuada, como o critério último de solução do conflito.

Numa terceira hipótese, deve-se configurar o conflito, igualmente assaz comum, envolvendo :



Em semelhante configuração hipotética, o sistema privilegia ou hierarquiza a especialidade como superior, em linha de princípio. Portanto, prepondera NE sobre NG, no que houver de antinômico, apenas porque assim se hierarquizou.

Tal assertiva fica mais clara quando se elabora uma quarta

hipótese, na qual o conflito se opera entre:

NE	X	PS
(Norma Especial)		(Princípio Superior)

Nesta situação em que a NE, parcial ou totalmente, colide com PS, há de preponderar, de acordo com o sistema, o PS.

É o que, incontestavelmente, verificar-se-ia se uma NE afrontasse o PS da proteção ao ato jurídico perfeito, também erigido, em nosso sistema, à alçada constitucional.

Numa quinta hipótese, pode ser pensada a colisão acontecendo entre:

NAE	X	NPG
(Norma Anterior Especial)		(Norma Posterior Geral)

É de se observar que há um choque entre os critérios de especialidade e o cronológico, gerando uma antinomia de segundo grau (a qual se dá entre os próprios critérios para solvê-las).

Mais do que nunca, é o critério de hierarquização que deverá resolver esta antinomia mais complexa. O sistema tem hierarquizado, em regra, o critério de especialidade como o superior.

Deste modo, especialmente diante de uma antinomia entre os critérios aptos a resolvê-las, mais se vê a intensa função do princípio hierarquizador e, por força deste, da interpretação sistemática.

Numa sexta configuração hipotética, é de se pensar a antinomia que acontece quando há incompatibilidade entre:

NAE	X	PS
(Norma Anterior Especial)		(Princípio Superior)

Nesta situação, PS, por sua condição hierárquica, prepondera e, obliquamente, faz com que, não prevalecendo uma NAE, na prática resulte dominando uma NPG.

Logo, o que está efetivamente resolvendo a antinomia é o princípio da hierarquização, que exige ver respeitado o primado do PS.

Ademais, uma sétima hipótese tem que ser cogitada. É a resultante do conflito entre:

NS	X	NI
(Norma Superior)		(Norma Inferior)

Por tudo o que se tem dito, é claro que o sistema indisputavelmente faz preponderar a NS, sendo inadmissível logicamente pensar em superioridade que não se impusesse, em caso de incompatibilidade.

Todavia, importa ir além e construir uma oitava hipótese, desdobrada em duas situações. É a configuração das antinomias que ocorrem entre:

NS	X	PS
(Norma Superior)		(Princípio Superior)

ou

PS	X	PS
(Princípio Superior)		(Princípio Superior)

É bem de ver que, nesta oitava hipótese, pelos mesmos fundamentos, em ambas as situações, a rigor deve ser tida como indesejável completamente, conquanto não impossível logicamente esta antinomia.

Quando se a formula, não se dá à hierarquização o tratamento devido. Em outras palavras, uma interpretação sistemática tem o condão de dissolver, inteiramente, uma antinomia, nesta configuração.

Veja-se: no momento em que se formula esta colisão, percebe-se a sua inconveniência teleológica: não deve haver, ao menos em grau idêntico, colisão de superioridade com superioridade, a não ser que uma norma ou princípio esteja, no caso concreto, sendo considerado como mais elevado e fundamental. Ora, se assim estiver sendo considerado, deixará de haver, em sentido próprio, uma superioridade num dos pólos do conflito, e a questão terá o seu deslinde pela simples aplicação do princípio da hierarquização.

Desta maneira, é mister reconhecer que sempre, inclusive nesta oitava hipótese, a solução pressupõe recurso a um PS mais elevado do que aqueles em colisão. Digno de notar-se, a este propósito, que é por tal motivo que, numa interpretação sistemática bem entendida, não há prejuízo algum, cientificamente falando, em se admitir a existência (certamente lastimada) de normas constitucionais inconstitucionais, por mais intrigante que a questão possa parecer à primeira vista, tal como a expõe OTTO BACHOFF (111), em virtude de contradição interna no âmbito da Lei Fundamental, vez que só aparentemente as normas constitucionais possuem o mesmo grau idêntico (112) (113).

A possibilidade remanesce, outrossim, quando da colisão de uma norma com um princípio fundamental, mas novamente a hierarquização indicará a preponderância deste e, desde que manifesta, a inconstitucionalidade daquela.

Neste passo, convém figurar-se uma nova hipótese em que o conflito ocorra entre :

NSG	X	NIE
(Norma Superior Geral)		(Norma Inferior Especial)

Nesta situação, embora haja alguma vacilação na doutrina (114), é patente que à luz da concepção que se espousa, prevalece a NSG, em face do respeito à hierarquia, mesmo diante da especialidade, como já se viu e sublinhou na configuração da quarta hipótese.

Seguindo a mesma e coerente linha de raciocínio, também merece menção a antinomia entre:

NSG	X	PS
(Norma Superior Geral)		(Princípio Superior)
X		
NIE		
(Norma Inferior Especial)		

Na acima décima configuração hipotética, sim, poderá até prevalecer - pelo domínio constante de PS - outra vez, obliquamente, a NIE, que se mantém porque o princípio da hierarquização, bem compreendido, mandou preservar a NIE, em razão da preponderância de PS, num paradoxo que seria insolúvel se não se aceitasse que, em último termo, decide, expressa ou implicitamente, o princípio da hierarquização.

Ao examinar-se esta última configuração hipotética, vê-se amplamente desnudada a atuação do critério de hierarquização, como tendo, inequivocamente, **o peso decisivo em relação aos outros critérios usuais para vencer antinomias, inclusive quando da ocorrência simultânea de incompatibilidade**

tibilidades, como no caso.

É de se aduzir, ademais, tendo-se bem presentes as hipóteses consideradas em conjunto, que tais configurações, ainda que não exaustivas, foram levadas a efeito, nesta tese, principalmente para:

(a) corroborar as afirmações já feitas, no que concerne à necessidade de se utilizar um conceito alargado de interpretação sistemática, **que inclua o princípio da hierarquização, o qual se mostrou necessário, em todos os casos, para vencer as antinomias;**

(b) tornar ainda mais cristalino que não se está operando com o conceito de antinomia lógico-formal, embora, na oitava hipótese, poder-se-ia cogitar de certa semelhança que o caso descrito guarda com o fenômeno da autocontradição, mas como se notou, o que, efetivamente, sucedeu, foi a utilização de um recurso a determinado grau superior, vale dizer, a um princípio que pôs termo ao litígio entre princípios (115);

(c) evidenciar que tampouco se está operando com o conceito de antinomia de cunho estritamente semântico, em que pese o interesse que este ângulo de abordagem possa ter, noutro contexto, ao estudo do princípio da hierarquização;

(d) revelar que, até em razão do âmbito, nem toda a contradição ou mesmo oposição pode ser reputada como sendo uma antinomia jurídica, no sentido aqui descrito, motivo pelo qual opera-se com princípios e normas que se alojam no bojo do sistema jurídico, sempre hierarquizáveis entre si;

(e) tornar claro que a antinomia, tal e qual se a definiu, guarda relação de semelhança - não de identidade - com os conflitos pragmáticos, com a

reiteração das ressalvas de que nunca há ausência de critérios, já que **sempre prepondera o de hierarquização axiológica, mesmo no conflito entre princípios**, sendo que, longe de contestá-la, robustece esta posição o fato de que eventualmente uma lei especial possa até preponderar, à primeira vista, sobre uma norma superior, conquanto, na realidade, tenha sido dada a primazia ao comando principiológico superior da unidade ou da concordância prática, ou outro, dependendo do caso concreto;

(f) reforçar a constatação de que a classificação entre antinomias solúveis e insolúveis é falaciosa: as antinomias são "reais" quando a hierarquização as resolve pela preponderância, parcial ou total, de normas ou de princípios, e, por força de compatibilização, tornando-as, apenas num segundo momento, "aparentes", em função de um primado, em face da suposta preexistência de antinomias, de um princípio hierarquicamente superior, como seja o subprincípio hermenêutico da concordância prática, a ser definido em Capítulo próprio;

(g) concluir-se, igualmente, pela invalidade da classificação quanto a antinomias próprias ou impróprias (115), pois, ainda quando ocorra incompatibilidade quase estritamente por razões formais, mesmo assim permanentemente e sem exceção conhecida, haverá, na instauração mesma da incompatibilidade, a presença de um vestígio de materialidade, vez que, ocultamente ou não, estar-se-á atuando sob o pálio de um princípio eminentemente axiológico-jurídico, chamado a resolver, prevenindo ou remediando, a colisão incômoda ao sistema.

Deste modo, as configurações hipotéticas abrem caminho, nesta tese, para o exame mais detido do princípio da hierarquização axiológica, através de cuja descoberta e descrição possam corroborar as assertivas recém feitas, nuançando e enriquecendo a abordagem, assim como preparando-a para receber, mais adiante, a marca ilustrativa da empiria.

NOTAS

(109) No caso brasileiro, v.g., pela regra contida no art. 2º do Decreto-lei nº 4.657/42.

(110) A propósito do princípio interpretativo-jurídico da irretroatividade, vide Juarez Freitas in Leis no tempo e no espaço. Direito e Justiça. Porto Alegre, Livraria Editora Acadêmica Ltda., Vol.11, 1987, p.30-43.

(111) Vide Otto Bachoff in Normas Constitucionais Inconstitucionais? Coimbra, Atlântida Editora, Trad. de José Manuel Cardoso, 1977, p.92. Oportuna a polêmica, por reconhecer que a “discussão sobre a possibilidade da ocorrência de normas constitucionais inconstitucionais pressupõe um entendimento acerca da Constituição” (ob.cit., p.38). Recomendável, outrossim, a propósito do tema, o estudo de Gilmar Ferreira Mendes in Controle da constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo, Saraiva, 1990, p.95-105, especialmente sobre o controle do poder de reforma e cláusulas pétreas. É posição desta tese de que apenas em último caso se deveria em decretar, mas inegavelmente se deve admitir a existência ou a possibilidade de inconstitucionalidade de normas constitucionais, justamente porque existe uma hierarquia principiológica no seio da Lei Fundamental.

(112) Adota-se o conceito de Constituição de Konrad Hesse, vale dizer, vendo-se-a como ordenamento jurídico fundamental da Comunidade (ob.cit., p.16). É certo que se considera a hierarquia mais do ponto de vista substancial ou axiológico, consoante o qual sempre há hierarquização possível, em face da completabilidade potencial do sistema jurídico, tal como já se o definiu.

(113) Assim como o descreve Tércio Sampaio Ferraz Júnior in Introdução ao estudo do Direito. São Paulo, Atlas, 1989, p.195.

(114) *Idem*: ob.cit., p.195.

(115) Consoante classificação exposta por Eros Grau, ob.cit., p.115.

Capítulo Quinto:

O CONCEITO E A NATUREZA JURÍDICA DO PRINCÍPIO DA HIERARQUIZAÇÃO AXIOLÓGICA

O princípio da hierarquização axiológica é uma metaregra, um operador deôntico que ocupa o topo do sistema jurídico. Enquanto metaprincípio, aspira à universalização sem se contradizer e se formula, expressa ou implicitamente, do modo mais formal possível, distinguindo aspectos e escalonando os demais princípios, assim como normas e valores. É lei ou dever-ser que é somente predicado e que veda as contradições, embora tolere o atrito dos opostos ou contrários concretos.

Trata-se de um critério sob o qual estão subsumidos todos os demais critérios. Se se quiser dizer, faz as vezes de um imperativo principiológico que imprime unidade sistemática aos fins jurídicos. Tem razão IMMANUEL KANT ao asseverar que somente um ser racional possui a capacidade de agir segundo a representação das leis, isto é, segundo princípios, dado que somente ele tem uma vontade, que outra coisa não é senão a razão prática. Ora, ainda à luz da conceituação Kantiana, que se aproveita neste passo, a representação de um princípio objetivo, enquanto obrigante para um ato de vontade, nada mais é do que um mandamento da razão, cuja fórmula se denomina de imperativo, o qual sempre se exprime, hipotética ou categoricamente, pelo verbo dever (116).

Neste prisma, deve ser enunciado o conceito do princípio da hierarquização axiológica, nestes termos: **metacritério que ordena, diante inclusive de antinomias no plano dos critérios, a prevalência do princípio axiologicamente superior, ou da norma axiologicamente superior em relação às demais, visando-se a uma exegese que impeça a autocontradição do sistema conforme a Constituição e que resguarde a unidade sintética de seus múltiplos comandos.**

De tal maneira formulado, o princípio da hierarquização axiológica, em face da necessária ampliação da hierarquia meramente formal das leis, faz desaparecer, notadamente no que tange às antinomias de segundo grau, a dúvida quanto à solução dos conflitos entre os critérios de especialidade e cronológico. Destarte, a antinomia de segundo grau:

Critério Cronológico X Critério Hierárquico

ou

Critério de Especialidade x Critério Hierárquico

= (PS) Metacritério Hierárquico-Axiológico

Pelos mesmos motivos, o conflito de segundo grau entre:

Critério Cronológico x Critério de Especialidade

= (PS) Metacritério Hierárquico-Axiológico

O princípio da hierarquização axiológica contém em si o fundamento dos demais critérios ou princípios superiores, ou seja, com algum cuidado, poder-se-ia asseverar, guardadas várias diferenças, que funciona analogamente como o princípio supremo de todos os juízos sintéticos, somente que no campo jurídico (117). Em outras palavras, encontra correspondência com a categórica necessidade de coerência sistêmica e, portanto, com princípios tais que busquem a garantia da universalização hierarquizada das prescrições jurídicas.

A diferença é a de que, por sua natureza, este imperativo é uma conciliação de "a priori" e de "a posteriori", porquanto o fenômeno jurídico apenas se constitui historicamente, variando a qualidade e o tipo de hierarquização, mas o que importa é que esta se realize atemporalmente como necessidade mesma do fazer jurídico-sistêmico.

Tem-se, pois, consciência plena de que a compreensão deste princípio, invariavelmente, ocorrerá num determinado horizonte (118), isto é, num âmbito de visão que abrange e compreende tudo que é visível num dado momento. Mais ainda: não se nega, ao revés, que esta hierarquização resulta sempre de pressões e mudanças históricas, vez que os conteúdos normativos se desprendem das fontes originárias e o aplicador não se comporta como historiador, precisando descobrir o significado do comando, mediando-o com o presente (119).

Todavia, embora a subjetividade e, por via de extensão, a relatividade sejam traços que não se possam afastar de um todo, a interpretação sempre hierarquiza, em todos os tempos e sistemas. Portanto, é possível na própria e necessária hierarquização cogitar de um princípio teleológico comum aos Direitos de múltiplas épocas e povos.

Deve haver, outrossim, a consciência plena de que a função precípua da hierarquização se identifica com a do pensamento sistemático, vale dizer, a de traduzir e desenvolver a adequação axiológica e a unidade do Direito, diferenciando-se, em termos funcionais, claramente dos outros princípios gerais, dado que o princípio que aqui se descreve, em manifesta assimetria com aqueles descritos por CLAUS-WILHELM CANARIS, tem que valer sem exceção (120). É o próprio princípio da hierarquização que estabelece, por si e para si, que deve preponderar em caso de oposição ou colisão de princípios, assumindo, por igual, a característica de exclusão e, em si mesmo, não ostentando o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas, em que pese necessitar de subprincípios hermenêuticos, bem como de normas e valores, que são o objeto material de sua atuação.

De outra parte, a compreensão da universalidade deste princípio da hierarquização axiológica apresenta um surpreendente denominador comum com a teoria da norma geral exclusiva, a qual pode ser resumida neste dizer (121):

"Todos os comportamentos não-compreendidos na norma particular são regulados por uma norma geral exclusiva, isto é, pela regra que exclui (por isso é exclusiva) todos os comportamentos (por isso é geral) que não sejam aqueles previstos pela norma particular".

A saber, todo comportamento não regulado expressamente por

normas jurídicas estaria sob a égide de normas (não menos jurídicas) gerais e exclusivas, sempre subentendida e implícita uma norma fundamental geral e negativa. A par, portanto, das normas particulares inclusivas, haveria, em todos os sistemas, uma norma geral que excluiria qualquer restrição jurídica para os casos não particularmente regrados.

Esta engenhosa construção doutrinária teve como objetivo, ao tratar das lacunas jurídicas, superar e absorver a crítica ao dogma da completude, sem escorregar para teorias como a do espaço jurídico vazio (122), nem cair na crença cega dos que afirmavam o aludido dogma, acriticamente.

A falha desta sofisticada construção é uma manifesta imprevisão quanto ao surgimento de normas gerais inclusivas, algo que, no entanto, não a faz, só por isso, completamente errada ou não aproveitável. Diz bem NORBERTO BOBBIO (123):

"Chamamos de 'norma geral inclusiva' uma norma (...) segundo a qual, no caso de lacuna, o juiz deve recorrer às normas que regulam casos parecidos ou matérias análogas. Enquanto que a norma geral exclusiva é aquela norma que regula todos os casos não-compreendidos na norma particular, mas os regula de maneira oposta, a característica da norma geral inclusiva é a de regular os casos não compreendidos na norma particular, mas semelhantes a eles, de maneira idêntica".

A teoria passa a ser, com este relevante e imprescindível acréscimo, perfeitamente assimilável para tratar das lacunas, evidenciando que estas ocorrem não por falta de normas expressas, mas pela suposta falta de um critério para optar, ora pela norma geral inclusiva, ora pela norma geral exclusiva (124). Justamente neste ponto é que confluem os eixos de abordagem e

se vê que o tema do enfrentamento das antinomias pode servir como auxiliar poderoso para se lidar sistematicamente até mesmo com os casos de omissões da lei ou lacunas.

Ressalvando-se que não se pretende extrair todas as conseqüências de um possível tratamento comum, é de se grifar, por ora, que uma releitura da teoria da norma geral exclusiva pode ser extremamente útil à melhor compreensão do funcionamento do princípio da hierarquização axiológica.

Com efeito, um sistema (125) que disponha, na omissão da lei, deva o intérprete recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito, além de configurar uma norma geral inclusiva, realiza, expressa e positivamente, uma hierarquização.

A decisão, porém, entre situar-se ou não o caso concreto como suscetível de se enquadrar neste dispositivo, há de ser concretizada por uma hierarquização axiológica, previamente levada a termo pelo intérprete. Força é notar que inexiste, pois, falta de critério, se não que se evidencia como viável o recurso, consciente ou inconscientemente articulado, a um metacritério repleto de juridicidade e integrante do Direito, à semelhança da norma geral exclusiva, que funciona e opera como norma negativa e geral que veda todas as contradições e ordena se proceda à completabilidade, inclusive quando da antinomia entre a norma inclusiva e a exclusiva.

Dito de outro modo:

NGE	NGI
(Norma Geral Exclusiva)	x (Norma Geral Inclusiva)
= (PS) Metacritério da Hierarquização Axiológica	

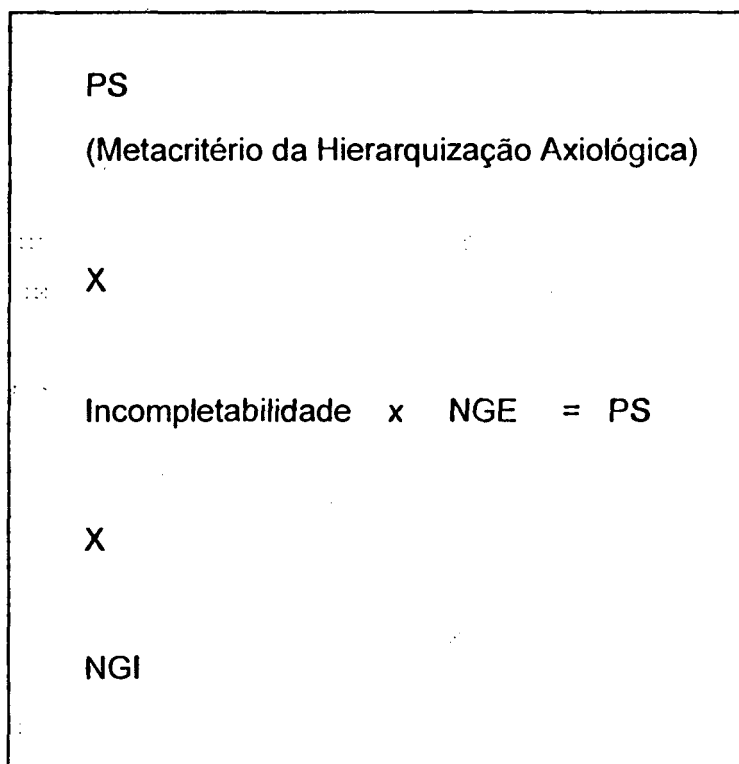
Este metacritério da hierarquização axiológica aparece, aqui, sob a feição explícita de uma norma mais geral, mais ampla e poderosa, jurídica e teleologicamente, do que a norma geral exclusiva, por ser um princípio superior, pensado de tal maneira a evitar, entre os vários níveis, uma contradição ou exigindo que o sistema seja dotado de prescrições que aspirem a uma universalização não-contraditória em si mesma.

Exsurge, com límpida clareza, como regra derivada do princípio superior da hierarquização, que não deve haver incompletabilidade sistêmica, em face das lacunas, exatamente porquanto se hierarquizou, como pressuposto ínsito, que a completabilidade é um valor a ser preservado, inclusive para a garantia de outro valor, qual seja, o da coerência de um sistema que se pretenda capaz de oferecer, para todas as ocasiões, um comando que evite a falta de critérios fundamentados de decisão, impedindo a erupção da irracionalidade arbitrária.

Outro ponto que urge seja afirmado, prudentemente, é o de que não se nega o fato de existirem lacunas, assim como, de resto, não parece haver dúvidas quanto à ocorrência de antinomias, mas se pretende vencer o dualismo dos enfoques habitualmente dados a ambos os problemas, asseverando-se que o metacritério da hierarquização axiológica, inclusiva e exclusivamente, veda a

incoerência e a incompletabilidade de modo concomitante e desde um patamar ou escalão juridicamente superior.

Em outra formulação, dir-se-á:



Daqui seguem algumas relevantíssimas contribuições para a inteligência de como bem realizar interpretação sistemática, avultando notadamente estas:

(a) o fundamental para o intérprete sistemático, ao lidar com antinomias e até mesmo com lacunas, é saber hierarquizar axiologicamente;

(b) num sistema de mínima razoabilidade sempre é possível hierarquizar adequadamente, buscando a solução para eventuais litígios em planos cada vez mais altos do ordenamento jurídico, com o intuito de afugentar, o

mais possível, nos limites da própria razoabilidade, as respostas arbitrárias, tidas como contrárias à coerência sistemática, enquanto e porque suscitam autocontradições e podem destruir o sistema;

(c) nenhum tema no Direito, tampouco nenhum ramo ou setor deve ser compreendido de maneira isolada, mas invariavelmente de modo sistemático, de sorte a, em espiral, vislumbrar-se e aplicar-se o Direito na sua unidade teleológica dinâmica, indo além da tópica individualizadora ou particularista e se desenvolvendo a capacidade de vencer as antinomias numa hierarquização generalizadora.

(d) para o jurista importa, sobretudo, compreender os fins do Direito e descobrir, na atualidade, quais devem ser os princípios animadores e gerais, hierarquizados pelo metaprincípio como superiores. De fato, a desatenção aos princípios implica ofensa não apenas a um específico e inclusivo mandamento, senão que a todo o sistema de comandos (126).

(e) a existência de uma zona indeterminada entre o regulamentado e o não-regulamentado não configura, diversamente do sustentado por NORBERTO BOBBIO (127), uma ausência de condições jurídicas para decidir, já que o princípio da hierarquização axiológica reveste-se também de cunho eminentemente jurídico;

(f) o fato de se ter um metacrITÉrio jurídico para decidir entre a norma geral inclusiva e a norma geral exclusiva, quando, em situação antinômica, não significa que o sistema seja completo, em face da pacífica constatação da ocorrência de lacunas: este tipo particular de situação antinômica converte em tons claros a perspectiva assumida de que o metacrITÉrio é basicamente formal, haurindo o seu conteúdo existencial na exigência de racionalidade (interna ao sistema) e realizando escolhas (que transcendem ao sistema);

(g) infere-se, outrossim, que há, em face da antinomia em análise, uma exuberância de soluções, em vez de deficiências do sistema; entretanto, esta variedade de opções, que está na gênese de todas as antinomias, mesmo entre as normas que visam a superar as lacunas, não significa falta de critério válido para decidir qual norma deva ser aplicada, no caso concreto (128), buscando-se topicamente o tratamento destas erupções tidas como não-sistemáticas (129).

Recapitulando e em síntese, o princípio da hierarquização axiológica desempenha um relevantíssimo papel unificador e sistematizante, enquanto indispensável metacritério que ordena - em face também de antinomias no plano dos critérios - a prevalência, no caso concreto, do princípio axiologicamente superior, ou da norma axiologicamente superior em relação às demais, visando-se a uma exegese que impeça a autocontradição do sistema e que resguarde a unidade sintética de seus múltiplos comandos. Destarte, neste diapasão, é que se pode entender em profundidade o Direito na sua dimensão principiológica, que há de ser a tônica de uma hermenêutica elevada, racional e, numa palavra, consciente.

NOTAS

(116) Conforme Immanuel Kant in Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Trad. de Paulo Quintela. São Paulo, 1984, p.123-130. Convém aduzir o conceito kantiano de Princípio objetivo que se assimila, em parte, nesta tese, sem vê-lo, contudo, em estrito formalismo. Vejamos: "Die Vorstellung eines objektiven Prinzips, sofern es für einen Willen nötingen ist, heit ein Gebot (der Vernunft) und die Formel des Gebots heit Imperativ", in Werkausgabe VII Frankfurt, Suhrkamp, 1974, p.37.

(117) Idem: ob.cit., p.125. Com efeito, o imperativo que declara a hierarquização como necessária por si, independentemente de qualquer intenção carregada de conteúdo, vale como uma espécie análoga de princípio prático apodítico, à semelhança do que se dá com o imperativo categórico, diferenciando-se, assim, dos princípios meramente problemáticos ou tópicos, tais quais os imperativos hipotéticos de destreza e até mesmo os de prudência.

(118) Conforme Hans-Georg Gadamer in Verdad y Método. Trad. de Agud Aparicio e Rafael de Agapito. Salamanca, Ediciones Sígueme, 1984, p.372.

(119) Idem: ob.cit., p.400. Gadamer afirma que a hermenêutica jurídica recorda por si mesma o autêntico procedimento das ciências do espírito, eis que quando o juiz intenta buscar a adequação da lei às necessidades do presente, tem a manifesta intenção de resolver uma questão prática, o que não quer dizer que o faça de um modo arbitrário, mas tão só que compreender e interpretar implica conhecer e reconhecer um sentido vigente, mediando a idéia jurídica da lei com o presente. Trata-se, na visão gadameriana, de evidente

mediação jurídica, distinta daquela do historiador, que possui apenas a tarefa de elucidar o significado histórico da lei.

(120) Conforme Claus-Wilhelm Canaris in ob.cit., p.25. De outra parte, na mesma obra, esclarece que quem nega a possibilidade de um sistema teleológico nega também a viabilidade de captar, racionalmente, a adequação do pensamento teleológico. Em outras palavras, o sistema nada mais é, segundo Canaris, do que captação racional da adequação de conexões de valorações jurídicas (p.70-71). É este um razoável ponto de partida (tomado de Binder), no pressuposto hipotético de que "a adequação do pensamento jurídico-axiológico ou teleológico seja demonstrável de modo racional e que, com isso, se possa abarcar num sistema correspondente, está suficientemente corroborada para poder ser utilizada como premissa científica. Ela é a condição da possibilidade de qualquer pensamento jurídico e, em especial, pressuposto de um cumprimento, racionalmente orientado e racionalmente demonstrável, do princípio da justiça (...)" (p.74-75), pensados os valores em todas as suas conseqüências até o fim.

Canaris, ao caracterizar o sistema como ordem teleológica, embora num caminho acertado para dar conta da função de adequação axiológica, não oferece plenamente satisfatória resposta à questão dos "elementos constitutivos nos quais se tornem perceptivas a unidade interna e a adequação da ordem jurídica" (p.76). Para tanto, embora sem descobrir o sistematizante e unificador princípio da hierarquização axiológica, tal qual se expôs neste Capítulo, teve o mérito de intuir a necessidade de atentar para a característica da unidade, com a imprescindível "recondução da multiplicidade do singular a alguns poucos princípios constitutivos" (p.76). Na descoberta do sistema em sua dimensão teleológica, propugna pelo avanço até aos valores fundamentais mais profundos, portanto até aos princípios gerais duma ordem jurídica (p.77). Hermeneuticamente, "trata-se, assim, de apurar, por detrás da lei e da ratio legis, a ratio juris determinante" (p.77). Neste quadro, o sistema deixa-se definir, na perspectiva de Canaris, como se viu e, em parte, criticou no primeiro Capítulo, como ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito, com vantagens perante concepções de sistema como conexão ou aglutinação de normas, conceitos, institutos ou valores (p.80), mas com insuficiências nítidas em relação ao conceito aqui esposado, que abarca, mais rica e fecundamente, normas e valores, como condição necessária para tratar de modo adequado as antinomias principiológicas, axiológicas e normativas.

Nada obstante, assiste-lhe inteira razão ao rejeitar um conceito de sistema apenas como conexão aglutinadora das normas, dado que tal conexão "não pode, por seu turno, consistir também numa norma" (p. 81). De fato, não o é, eis que resulta por força do aqui conceituado princípio da hierarquização

axiológica. De outro lado, refuta bem a idéia de um sistema de conceitos gerais do Direito, pois "este seria, por certo, pensável não apenas como um puro sistema formal de conceitos fundamentais gerais, mas também como um sistema teleologicamente preenchido de uma determinada ordem jurídica. No entanto, eles deveriam ser conceitos teleológicos ou conceitos de valor; além disso, também não se deveriam considerar, para a formação do sistema, os conceitos gerais abstratos no sentido de Hegel, pois apenas os últimos surgem capazes de recolher em si o pleno sentido constitutivo da unidade interna. Mas ainda que um sistema de conceitos jurídicos seja possível, isso não quer dizer que ele também seja adequado. (...) O sistema deve fazer claramente a adequação valorativa e a unidade interior do Direito e, para isso, os conceitos são muito impróprios. Designadamente, e mesmo quando estejam bem construídos, eles apenas mediatamente contêm as valorações, por assim dizer, fechadas, enquanto os princípios são abertos; assim a valoração é, por exemplo, essencialmente mais imediata e segura no princípio da autonomia do que no (ordenado) conceito de negócio jurídico, e que só através de considerações relativamente complicadas, é possível determinar a valoração que o conceito de direito subjetivo em si contenha.(...) Para além disso, também não se deve esquecer que, de forma alguma, os conceitos correspondentes a todos os princípios fundamentais da nossa ordem jurídica já estão elaborados e que isso, no essencial, é ainda mais difícil do que a formulação de princípios gerais de Direito. Quanto ao resto, não será necessário salientar que a formulação de conceitos não é, por isso, supérflua. Pelo contrário: ela é imprescindível para a preparação da subsunção, devendo, assim, ser ordenado um sistema de conceitos jurídicos correspondente aos princípios. Deve-se ter presente que eles são de natureza teleológica e que, por isso, em caso de dúvida, é sempre necessário o recurso à valoração neles incluída, isto é, ao princípio equivalente (...)" (p.81-84).

Os mesmos argumentos são válidos para um sistema que se quisesse fixar como de institutos jurídicos. "Também estes não tornam a valoração unificadora de modo algum imediatamente visível. Sobretudo eles não reportam, em regra, a um único valor, mas sim à ligação de várias idéias jurídicas distintas (p.84). Dito de outro modo, um sistema formado somente por institutos exprimiria a unidade "de modo fragmentário". O fato, diz Canaris, com acerto neste passo, de, "para vários institutos, os mesmos princípios serem, em parte, constitutivos (...) mostra que, na procura da unidade do Direito, se regressa, por último, sempre e de novo aos princípios gerais do Direito - uma vez que o sistema não resulta da sua mera enumeração desconexa, mas antes é constituído através da concatenação e ordenação interna e desde que contenha um componente relativamente semelhante aos institutos. A mesma objeção feita perante um sistema de institutos, também vale, aliás, em face dum de conceitos, pois também estes, na maioria,

compreendem em si aspectos valorativos" (p.85). Rejeita bem, por igual, um conceito de sistema entendido como apenas e estrita ordem de valores, embora admita a possibilidade. Percebe que a passagem do valor para o princípio "é extraordinariamente fluida; poder-se-ia dizer, quando se quisesse introduzir uma diferenciação de algum modo praticável, que o princípio está já num grau de concretização maior do que o valor: ao contrário deste, ele já compreende a bipartição, característica da proposição de Direito em previsão e consequência jurídica" (p.86).

Nesta acepção, em certa medida, coincidente com a assumida por esta tese, o princípio, "ocupa, pois, justamente, o ponto intermédio entre o valor, por um lado, e o conceito, por outro: ele excede aquele por estar já suficientemente determinado para compreender uma indicação sobre as consequências jurídicas e, com isso, para possuir uma configuração especificamente jurídica e ultrapassa este por ainda não estar suficientemente determinado para esconder a valoração".

Ainda que reconhecendo a contribuição valiosa de Canaris e, também, que, em última instância, deve a hermenêutica tratar de princípios, parece de todo conveniente não se circunscrever a atenção aos princípios gerais, dado que a hierarquização - enquanto sistematizante e unificadora do sistema - só tem sentido na relação com os próprios princípios, bem assim na escolha que se dá entre normas e entre valores. Entretanto, é inegável que estes princípios são abertos, sendo esta a razão pela qual se os considera como tópicos. Tal percepção vem robustecer a assertiva, que será defendida, mais adiante e em Capítulo específico, em divergência com Canaris, no sentido de que, mais do que complementação, os pensamentos tópico e sistemático se constituem mutuamente, daí advindo todo um leque de implicações hermenêuticas e epistemológicas.

De outra parte, convém mencionar que, ao tecer considerações acerca dos elementos que julga constitutivos unitários dos princípios - sem perceber que o verdadeiramente unificante é o princípio da hierarquização axiológica - Canaris desce à pormenorizada e rica análise do modo e da forma pela qual os princípios acatam e exercem a função sistematizadora. Examina quatro características dos princípios jurídicos gerais, sem, no entanto, explicá-las em seus porquês mais profundos, justamente por não obrar com um princípio como metaregra. Vejamos, uma a uma, tais características. A primeira delas seria a de que os princípios não valem sem exceção e - ponto importante - "podem entrar em oposição ou em contradição entre si. Esta característica não precisa de explicação; é para os juristas um fenômeno seguro o de que às decisões fundamentais da ordem jurídica, subjazem muitas exceções e de que os princípios singulares não poucas vezes levam a decisões contrárias. Pense-se apenas nas

exceções sofridas pelo princípio da liberdade de forma dos contratos obrigacionais, pelo da consensualidade da procuração, pela possibilidade de representação nos negócios jurídicos (...) Entre a mera exceção e o princípio contrário existe, naturalmente, uma passagem fluida; deve verificar-se, quanto a isso, se o valor que requer a limitação possui uma generalidade e categoria bastantes para, por seu turno, valer como princípio constitutivo do sistema".

Canaris não consegue vislumbrar e esclarecer, como se fez na Capítulo das configurações hipotéticas, que o princípio da hierarquização é que, em instância última, diz sobre se deve preponderar, por exemplo, o princípio da legalidade ou, se, por exceção, em respeito a outro princípio hierarquizado como mais importante - qual seja, o da confiança, deve-se evitar, em situações excepcionais, o injusto anulamento de um ato administrativo convalidado pelo tempo, desde que havendo boa-fé do administrado. Em outras palavras, o princípio da hierarquização axiológica não entra na primeira das características mencionadas por Canaris, qual seja, a de que os princípios não valem sem exceção, vez que é preciso excepcionar, logicamente, a própria característica, se se quiser ser coerente na sua extensão, admitindo-se, por conseguinte, um princípio que não comporta exceção, o qual só pode ser, pelos motivos que se postula, o princípio da hierarquização axiológica, que, mais e mais, revela-se a sua natureza especial ao se estudar a transcendência - em razão da abertura - do sistema jurídico. Some-se a isso o fato apriorístico de que, em linha de princípio, a hierarquização brota por exigência de nossa própria racionalidade jurídica, razão pela qual, no mister de captação racional do sentido e do alcance dos conteúdos jurídicos, sem exceção, inevitável hierarquizar.

Assim, em que pese valer, à primeira vista, a característica inicial apontada, deve ter a sua abrangência restrita aos princípios na sua generalidade, ou seja, não deve valer, como supunha Canaris, para todos os princípios, embora extensivamente aplicando-se tal característica para todas as normas e para todos os valores.

Quanto à segunda das características apontadas por Canaris acerca dos princípios, deve-se dizer, em linhas gerais, o mesmo. Assinala ele: "Os princípios não têm pretensão de exclusividade. Isto significa que uma mesma consequência jurídica, característica de um determinado princípio, também pode ser conectada com outro princípio" (p.90).

Ora, data venia, é condição mesma para a própria cientificidade jurídica, que se parta do pressuposto de que é possível uma construção rigorosa, incorporando a noção de que algum princípio deve ter a pretensão de exclusividade, ainda que não absoluta. Tal princípio somente poderá ser aquele que determina a primazia sujeita à mutabilidade histórica, mas que reúne o poder de fixar como "pétrea" ou exclusiva esta ou aquela dimensão principiológica,

normativa e valorativa.

No que toca à terceira das características, ou seja, a de que os princípios ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas, convém permitir que Canaris a esclareça melhor, em tais termos: "Junto de uma tal complementação surge a limitação recíproca. Isso já foi acima indiciado, a propósito da discussão do primeiro critério. Assim, o princípio da autodeterminação na nossa ordem jurídica só se deixa apreciar plenamente quando se incluem, na ponderação, os princípios contrapostos e limitativos e o âmbito de aplicação que lhe seja destinado, portanto, por exemplo, quando se atuem as previsões de contratar, da proteção no despedimento ou de legítima, de modo útil para a autonomia privada. Por outras palavras: o entendimento de um princípio é sempre, ao mesmo tempo, o dos seus limites. A combinação mútua dos princípios conduz, no entanto, a certas dificuldades na formação do sistema. Designadamente, surgem aspectos diferenciados consoante se descrevam os diversos lugares onde um princípio de Direito tem significado jurídico ou se elabore como atua ele num determinado local. (...) Eles atuam, pois, complementarmente um perante o outro, para utilizar um termo que é também empregado no domínio da teorização das Ciências naturais".

Aqui cabe o comentário de que o sentido próprio não é dado necessariamente numa combinação de complementação e restrição recíprocas, senão em se radicalizando esta característica, inexistiria rigorosamente o princípio em si e por si. Ora, é justamente com uma natureza assim que se surpreende, em si e por si, operando o princípio da hierarquização axiológica, que pode ordenar - e via de regra o faz - esta complementação ou restrição recíproca, assim como, em termos especulativos, pode determinar que um princípio qualquer tenha a sua validade inatacada por tal complementação.

Pois bem. A última das características imputadas aos princípios gerais, por Canaris, é a de que estes "necessitam, para a sua realização, da concretização através de subprincípios e de valorações hermenêuticas e de valorações singulares com conteúdo material próprio" (p.96). Minudência a caracterização, nestes termos: "O Direito Civil vigente conhece, como tais, apenas o princípio da culpa, o princípio do risco e - em todo o caso segundo uma opinião difundida, ainda que incorreta - o princípio da causalidade, cabendo efetuar uma escolha entre eles. Mas com isso, o processo de concretização não ficou, contudo, ainda, concluído. Feita, por exemplo, uma escolha a favor do princípio da culpa, surge, de seguida, a questão das formas de culpa; determinadas estas, mais pormenorizadamente, como dolo e negligência, cabe ainda esclarecer o que se deve entender com isso; de novo são necessários valores autônomos, por exemplo, a propósito do tratamento dos erros sobre a proibição (...) Mostra-se, assim, amplamente, que as conseqüências jurídicas quase nunca se deixam retirar, de forma imediata, da mera combinação dos diferentes princípios constitutivos do

sistema, mas antes que, nos diversos graus de concretização, surgem sempre novos pontos de vista valorativos autônomos. Em regra, não se pode reconhecer a estes a categoria de elementos constitutivos do sistema, por causa da sua estreita generalidade e do seu peso ético-jurídico normalmente fraco: eles não são constituintes da unidade de sentido do âmbito jurídico(...)" (p.97-99).

Mister é assinalar a concordância apenas com esta última característica, a única que parece aceitável sem reparos, no rol apresentado por Canaris. É que, de fato, todos os princípios, inclusive aquele que se denomina, nesta tese, de princípio de hierarquização, somente se concretizam através de subprincípios e de valorações singulares com conteúdo material. Tais subprincípios, em que pese a aludida estreiteza de generalidade, sob certo aspecto, também são constituintes da unidade de sentido do âmbito jurídico em geral, especialmente os subprincípios hermenêuticos, que merecerão um tratamento pormenorizado em Capítulo próprio.

Quanto às diferenças dos princípios gerais do Direito em face dos axiomas, Canaris, ao tratar do assunto, nada mais faz do que regressar à questão do sistema axiomático-dedutivo, já considerado como incapaz de cumprir as funções inerentes a um conceito de sistema jurídico. Seja como for, anda bem ao dizer que os axiomas exigem uma vigência sem exceções. Destarte, admitir, na formação do axioma, todas as exceções que surgissem seria uma axiomatização aparente (p.101); convindo notar que os princípios não se confundem com tais axiomas, justamente porque pode haver contradições entre si, bem como porque - a partir dos axiomas - todos os teoremas se devem "deixar deduzir, com a utilização exclusiva das leis da lógica formal e sem a intromissão de novos pontos de vista materiais, enquanto que, como foi mostrado, para a concretização dos princípios gerais do Direito, são sempre necessárias, nos diversos graus, novas valorações parciais autônomas" (p.102).

A despeito das críticas feitas às características apontadas por Canaris, é de sublinhar que pela reconhecida e inegável natureza tópica, inclusive do princípio de hierarquização, mesmo ele, por natureza, jamais se confunde com um axioma, embora possua uma função sistematizante e unificadora que apresente vários pontos de contato. É que a hierarquização somente se faz necessidade universal porque há contradições entre princípios, algo que, como se viu, contraria o postulado axiomático-dedutivo de uma total ausência de contradições.

Para melhor ainda se entender a natureza do princípio da hierarquização axiológica, convém precisar que se trata daquele princípio que oferece, numa construção rigorosa, a ratio juris para além da mera aglutinação de princípios que se mesclam com as normas, ou ainda, em grau diverso, que se impregnam dos valores, recordando, neste passo, que uma compreensão diferente desta, inclusive aquela advogada por Canaris, será sempre fragmentária, assim

desta, inclusive aquela advogada por Canaris, será sempre fragmentária, assim como o seria a de um mero sistema de conceitos ou de institutos, ou ainda de normas. Tal princípio da hierarquização, conseguintemente, de modo distinto e diverso dos demais, não ocupa o "ponto intermédio entre o valor , por um lado, e o conceito , por outro" (p.87), estando como que determinando o próprio conteúdo da valoração.

(121) Vide Norberto Bobbio in ob.cit., p.133.

(122) Idem: ob.cit., p.127.

(123) Idem: ob.cit., p.135.

(124) Idem: ob.cit., p.137.

(125) É o caso do sistema brasileiro vigente, nos termos da Lei de Introdução ao Código Civil em vigor.

(126) Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello in Curso de Direito Administrativo. São Paulo, Malheiros Editores, 1993, p.44, o princípio da supremacia do interesse público é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade, não se radicando em dispositivo específico da Constituição.

(127) Vide Norberto Bobbio, in ob.cit., p.139.

(128) Diversamente do que supunha Bobbio, ob.cit., p.139.

(129) Vide Claus-Wilhelm Canaris, ob.cit., p.241.

Capítulo Sexto:

O PRINCÍPIO DA HIERARQUIZAÇÃO AXIOLÓGICA E SUA RELAÇÃO COM A TEMÁTICA DA JUSTIÇA ASSOCIADA À DAS ANTINOMIAS NORMATIVAS, AXIOLÓGICAS E PRINCIPIOLÓGICAS.

Questão deveras importante tem a ver com a antinomia que NORBERTO BOBBIO (130) denomina de avaliação, a qual se configura quando da verificação de uma injustiça. Associada a esta aceção, que o autor citado prefere, à diferença do que aqui se sustenta, não seja considerada como uma antinomia própria, estão aquelas contradições denominadas axiológicas e teleológicas (131), que teriam lugar quando houvesse uma oposição entre a norma que prescreve o meio e a norma que prescreve o fim. Ambas, porém, à luz de prévia conceituação desta tese, configuram uma antinomia propriamente jurídica.

Como se esclareceu ao conceituar-se antinomia, depois de realçar a sua dimensão principiológica, normativa e axiológica, pode a incompatibilidade resultar de um descompasso entre o que a ordem estabelece e o que deveria estabelecer ou obter (entre o Direito posto e o Direito que seria justo e sistemático, inclusive na sua aplicação). Antinomia e injustiça, sob este prisma, são, pois, espécies aparentadas de conflitos ou inadequações, razão pela qual, neste

Capítulo, impõe-se tratar o tema da justeza ou coerência sistemática em sua relação com o problema da injustiça. Assiste, a propósito, inteira razão a CLAUS-WILHELM CANARIS, quando advertia (132):

"o sistema, como conjunto de todos os valores fundamentais constitutivos para uma ordem jurídica, comporta justamente a justiça material, tal como esta se desenvolve e representa na ordem jurídica; com razão caracterizou, por isso, COING o sistema como a tentativa de comportar o conjunto da justiça com referência a uma determinada forma de vida social num conjunto de princípios racionais (...)".

Vem a calhar, então, eleger-se uma teoria de justiça, no caso a notável construção de JOHN RAWLS (133), em face da qual se refletirá sobre a relação de princípios da justiça com o princípio da hierarquização axiológica, este último sempre naquela concepção esposada pela tese, que o vê enquanto superador de todas as antinomias, nos limites de um sistema dado.

Antes, é preciso não deixar que parem dúvidas de que a incursão em tal matéria cingir-se-á ao estritamente necessário para iluminar o tema central deste trabalho, qual seja, o da interpretação sistemática. Assim, a questão radicará em saber se a solução para as antinomias que manifestamente constituam injustiça, em função da possibilidade permanente de se recorrer ao princípio da hierarquização, logra encontrar, a exemplo das demais antinomias, resposta adequada, no seio do sistema, tal e qual se o concebe, ou se reside necessariamente fora dele. Tal resposta, já se antevê, terá de ser buscada neste contato com uma teoria da justiça e, através dela, pelo enfrentamento, mais ou menos explícito, das chamadas antinomias de avaliação.

Passa-se, com tal questão medular em mente, a lembrar que,

para JOHN RAWLS, no seu neocontratualismo, a teoria da justiça deve ser elaborada tendo como sujeito fundamental a estrutura básica da sociedade (134), de tal modo que esta (analogamente, dir-se-ia o seu sistema jurídico) só estará em ordem quando, efetivamente, regulada por um conceito público de justiça (135), o qual deveria ser visto como propiciador de um padrão e, ao mesmo tempo, como parte de um ideal social. A sua principal contribuição consistiu, precisamente, em apresentar um conceito de justiça que generaliza e leva a um patamar da mais alta abstração a teoria do contrato social. Esclarece e precisa (136):

"Rather, the guiding idea is that the principles of justice for the basic structure of society are the object of the original agreement".

A esta maneira de ver os princípios de justiça, chama de "fairness" (137), considerando que uma das principais tarefas seria, desafiadoramente, determinar quais os princípios que poderiam ser hierarquizados ou escolhidos numa suposta posição original. De outra parte, logo depois de justificar a adoção desta "original position" (138), enquanto "*status quo*" inicial garantidor de que o acordo fundamental seria uma "justice as fairness", conecta a questão da teoria da justiça com a da escolha racional, assumindo, de modo transparente, que esta posição original seria puramente hipotética (139).

Esclarece, outrossim, que, para o seu objetivo (140):

"A conception of justice cannot be deduced from self-evident premises or conditions on principles; instead, its justification is a matter of the mutual support of many considerations, of everything fitting together into one coherent view".

Nesta perspectiva e feitos vários contrastes, culmina por formular os dois princípios de justiça, nestes termos (141):

"First Principle

Each person is to have an equal right to the most extensive total system of equal basic liberties compatible with a similar system of liberty for all.

Second Principle

Social and economic inequalities are to be arranged so that they are both:

- (a) to the greatest benefit of the least advantaged, consistent with the just savings principle, and*
- (b) attached to offices and positions open to all under conditions of fair equality of opportunity".*

Como se percebe no esquema formulado, o segundo princípio seria aplicável à distribuição de rendas e de bens, ao passo que o primeiro requereria que determinadas regras definidoras das liberdades básicas fossem aplicáveis a todos igualmente, querendo expressar uma "tendency to equality" (142) e, mais importante para esta tese, realça que uma vez se tendo uma completa concepção deste e do primeiro princípio superior de justiça, poderíamos simplesmente esquecer a concepção da posição original e aplicá-los, devidamente hierarquizados (143). Reconhece, é claro, as diversas dificuldades de sua noção do véu da ignorância, considerando-a, porém, acertadamente, implícita na ética Kantiana (144). Presume, ainda, a atitude racional das partes na posição original, adotando um conceito de racionalidade que é, em grandes linhas, o mesmo desta tese, valê dizer, considerando uma pessoa racional quando esta tiver um conjunto coerente de preferências entre as opções que lhe são abertas, embora com pressupostos especiais (145).

Expõe alguns fundamentos para os dois princípios da justiça, entendendo que ambos, reconhecidos publicamente, dão maior chance de efetividade à cooperação social e ao auto-respeito e, para ilustrar o conteúdo de tais princípios, descreve uma estrutura básica que os satisfaça, como sendo as instituições da democracia constitucional (146).

Assume, por outro lado, que, na elaboração de uma Constituição justa, os dois princípios definiriam um "independent standard" do resultado almejado (147), sobre reconhecer uma indeterminação da teoria da justiça, neste ponto, sem julgá-la, porém, como um defeito, eis que sua teoria pretende, somente, definir melhor o alcance do conceito de justiça, além de destacar os mais graves erros que a sociedade deve evitar, em tal matéria.

Expõe, ainda, o seu conceito de liberdade como representada pelo completo sistema de liberdades de cidadania igual, enquanto o valor da liberdade para pessoas e grupos é proporcional à capacidade dos meios de apresentar seus fins dentro do sistema já definido de metas. A respeito da relação entre justiça política e Constituição, deixa claro que (148):

"First, the constitution is to be a just procedure satisfying the requirements of equal liberty; and second, it is to be framed so that all the feasible arrangements, it is the one more likely than any other result in a just and effective system of legislation".

Deste modo, prescreve que o sistema precisa agir para subscrever "the equal rights of participation" (149), observando que os efeitos das injustiças - enquanto antinomias entre o Direito posto e o Direito tal qual deveria ser, segundo tais parâmetros - são graves e duradouros no sistema político. Elucida, também, o sentido da prioridade da liberdade, fazendo notar

que à base de sua concepção formal de justiça, a regular a imparcial administração das regras públicas, transforma-se em Estado de Direito quando aplicada ao sistema legal (150). Mais ainda: depois de discutir com o intuicionismo e outras correntes, inclui a regra da prioridade da justiça sobre a eficiência e do bem-estar, afirmando a sua concepção geral nestes precisos termos (151):

"All social primary goods - liberty and opportunity, income and wealth, and the bases of self-respect - are to be distributed equally unless an unequal distribution of any or all of these goods is to be advantage of the least favored".

Escolhida tal concepção, JOHN RAWLS afirma inexistir antinomia entre liberdade e razão ou entre objetividade e autonomia (152), reputando essencial que a prioridade da liberdade seja firmemente mantida e que as partes sejam levadas a adotar uma hierarquização ("serial ordering") (153) dos dois princípios, ai se desenhando a sua idéia de que, numa sociedade bem estruturada, a distribuição de meios se faz de acordo com a justiça processual pura.

Finalmente, para os objetivos desta tese, é de recordar a sua proposição de que se veja o nosso lugar na sociedade humana sob todos os pontos de vista temporais, alcançando um certo tipo de pensar e de sentir que pessoas racionais podem adotar dentro do mundo. Em assim agindo, todas as perspectivas individuais endereçam-se aos "regulative principles", os quais podem ser afirmados por todos (154).

Feito tal breve exame da contribuição de JOHN RAWLS, sem querer elaborar uma paralela teoria da justiça, como a feita por OTFRIED HÖFFE (155), por exemplo, mas, até para enfrentar a questão suscitada por CLAUS-WILHELM CANARIS ao cogitar da relação entre justeza sistemática e justiça

material (156), é o momento de responder afirmativamente à questão sobre a ocorrência de antinomias teleológicas em confrontos de normas com princípios hierarquizados ou escolhidos como superiores, tais como, exemplificativamente, os dois propostos acerca da justiça.

Além disso, impõe-se dizer e sublinhar que é o sistema jurídico que dará a resposta a tal incômoda situação, hierarquizando este ou aquele princípio, esta ou aquela regra de prioridade. Em outras palavras, é bem de ver que entre os Princípios Superiores (PS-1 e PS-2) de JOHN RAWLS, a rigor somente se resolve a antinomia porque há uma hierarquização patrocinada pelas duas regras de prioridade e, também, porque tais regras nada mais são do que, no seu esquema filosófico, o uso empírico ou o exercício do princípio da hierarquização axiológica. Assim, no mundo jurídico, como se viu na oitava configuração hipotética:

PS-1 + " The Priority of Liberty "

X = (PS) Metacritério de Hierarquização Axiológica

PS-2 + "The Priority of Justice over Efficiency and Welfare"

Está certo, pois, que, mesmo que não se queira aderir ao dualismo kantiano de JOHN RAWLS, até por suas equivocadas críticas às teorias teleológicas, pode-se considerar - e foi para tal propósito que se trouxe à colação - que, em Estados Democráticos de Direito, expressa ou implicitamente, princípios de

de justiça estão sempre positivados juridicamente, independentemente de escolha, numa suposta e hipotética posição original. Também faz sentido meditar sobre a conexão da teoria da justiça com a escolha racional. Com efeito, no que tange ao sistema jurídico, a hierarquização, desde que feita com um mínimo de racionalidade, é condição mesma para a sobrevivência sistêmica.

Ademais, é de endossar a sua meta de, corretamente, proceder a hierarquização de molde a avaliar os sistemas constitucionais e jurídicos, atemporalmente, sendo rico de significado, neste diapasão, ter ele percebido a inexistência de antinomia (ao menos de antinomia insolúvel, preferir-se-ia dizer) entre liberdade e exigências racionais da objetividade, porque a hierarquização dos princípios se constrói como liberdade e como obediência aos requisitos da racionalidade.

Por outro lado, é inegável a afinidade específica da construção desta tese - mais voltada à análise do Direito posto - com o seu ponto de vista de que a priorização da liberdade (de hierarquizar desta ou daquela maneira) força as partes a adotar uma hierarquização dos princípios, bem como a aspirar ao encontro de determinados princípios reguladores.

Nesta tese, analogamente, tem-se afirmado, de modo reiterado e constante, a necessidade, por força do respeito aos requisitos da racionalidade, de se considerar que a livre hierarquização axiológica dos princípios é, em todos os tempos, uma atitude necessária ao aplicador para vencer antinomias, inclusive aquelas impropriamente denominadas de avaliação. De fato, à luz do conceito esposado, todas as antinomias o são, de algum modo, dado que o conteúdo antinômico é material e, portanto, dotado de carga axiológica, especialmente no campo mais alto dos princípios.

Assim, é bem de ver alguns contatos ou nexos de vizinhança entre

a posição desta tese e a teoria da justiça de JOHN RAWLS, no pressuposto de que se procurem, em abordagens tão aparentemente distintas, as semelhanças e as identidades, que não são poucas, eis que numa antinomia que se traduza por uma incompatibilidade entre o Direito posto e o Direito tal qual deveria ser, tendo em vista, por exemplo, a sua concepção geral, somente tornar-se-á solúvel pela adoção de um metacritério (de cunho também jurídico, como se vem afirmando) que decida por priorizar este Direito ou, alternadamente, buscar soluções fora dele, mas imperioso observar - descoberta e sem véu - a atuação de uma metaregra que definirá, "desde dentro", esta ou aquela prioridade, sem jamais perder a condição de princípio imanente ao próprio sistema. Merece, no entanto, por arguta e perspicaz, ser transcrita a lição de CLAUS-WILHELM CANARIS (157):

"a solução adequada ao sistema é, na dúvida, vinculativa, de lege lata e é fundamentalmente de reconhecer como justa, no domínio de uma determinada ordem positiva; pontos de vista de justiça material contrários ao sistema só podem aspirar à primazia perante argumentos do sistema quando existem as especiais pressuposições nas quais é admissível uma complementação do Direito legislado com base em critérios extra-jurídico-positivos."

Com tal assertiva, percebem-se limites imanentes ao sistema, embora também se note que nele existe a possibilidade de um aperfeiçoamento, em face de sua abertura teleológica ditada pela primazia prática do critério da hierarquização axiológica.

Deste modo, reiterando inexistir pretensão de formar uma teoria da justiça paralela que refoge à tese, resulta decisivo, para a melhor compreensão do princípio jurídico da hierarquização axiológica, entender que:

(a) uma adequada hierarquização axiológica é aquela capaz de vencer antinomias entre princípios e regras de prioridade, sempre pressuposta, como integrante dos sistemas jurídicos, uma concepção proporcionalmente adequada de justiça, material ou formal;

(b) a aplicação do princípio da hierarquização axiológica, em face do conflito entre regras de prioridade, imanentes ou externas ao sistema, tem que ser capaz de juridicamente vencer - sem cair numa heterointegração (158) - aquele conflito eventualmente existente entre o Direito posto ou vigente e o Direito tal como deveria ser, mormente num Estado Democrático de Direito, no qual está presumivelmente embutida uma concepção racional de justiça, que faça tender a soluções equitativas, hierarquizada a justiça, nesta medida, como valor supremo do sistema.

Aliás, o princípio superior da "justiça", em que pese a indeterminação, inclusive quando aparece sob a forma genérica de "justiça social", não pode ser ignorado, vez que central e garantidor da própria racionalidade interna do sistema jurídico. Como bem predica JOSÉ AFONSO DA SILVA (159), todos os princípios insertos numa Constituição rígida adquirem dimensão jurídica, mesmo os de carácter mais acentuadamente programático. Vale dizer, não devem ser deixados de lado, numa interpretação sistemática, porque, no sistema, não há espaço para franjas brumosas da retórica, em face até de uma presunção de racionalidade do legislador. Deflui disto que não se deve tergiversar: as normas constitucionais atinentes à justiça, como bem salienta CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (160), não são meras exortações ou conselhos, de simples valor teórico, sendo obrigatórios todos os comandos jurídicos;

(c) uma concepção do princípio da hierarquização axiológica difere daquela concepção de justiça de JOHN RAWLS, justamente por ser esta última mais empiricamente condicionada, mas o cotejo é extremamente útil para

se enfatizar que não se consideram as impropriamente denominadas antinomias de avaliação como despidas de soluções jurídicas, como sustentava NORBERTO BOBBIO (161).

Assim, a gravidade do conflito entre dois valores fundamentais, o respeito à ordem (exigência de racionalidade) e à justiça (o respeito à liberdade, em sentido de JOHN RAWLS) tem uma resposta que, seguramente, é jurídica, qualquer que seja ela. A injustiça, enquanto colisão de ato ou norma com as regras de prioridade, erigidas por um sistema democrático, põe em risco a estrutura mestra do sistema, sendo como é uma antinomia cobrando soluções, enquanto tal. Implícito, pois, entre os princípios fundamentais, o princípio da hierarquização axiológica bem se revela como o critério que ordena diante, inclusive, de antinomias entre critérios ou regras de prioridade atinentes à justiça, a prevalência do princípio axiologicamente superior, ou da norma hierarquicamente superior às demais normas, visando a uma exegese conforme a Constituição, presumidamente democrática. Identifica-se, esta aceção, com o princípio do predomínio hierárquico-vertical, pressuposto do sistema, no topo do qual a Lei Maior se encontra legislativamente manifestada e incluindo, destacadamente, o princípio da justiça com a nota adicional de ser este caracteristicamente valorativo.

Feitas estas imprescindíveis clarificações, é de se recordar, outrossim, que os princípios são mais do que normas jurídicas, porquanto determinam, de modo integral, a substância do ato pelo qual devem ser executados e respeitados (162).

O sistema jurídico - mais claramente agora se vê - é mesmo um complexo de princípios positivos, sejam expressos ou tácitos, cujo conteúdo, sobretudo no caso dos princípios fundamentais, entre os quais o da "justiça", transcende àquele que se confere às normas, embora dialeticamente sejam imanentes ao sistema.

Desta posição, extrai-se uma utilíssima consequência para o enfrentamento das antinomias, qual seja, a de que os princípios, como um todo, integram o Direito positivo. Aliás, veja-se que mesmo eminentes autores como EROS GRAU (163), embora neguem a transcendência aos princípios gerais e os diferenciem dos princípios jurídicos positivados, ao fim e ao cabo, chegam à mesma conclusão de que os aludidos princípios também integram o Direito positivo.

Destarte, havendo antinomia, sempre se recorre, expressa ou tacitamente, mediante interpretação sistemática, a uma aplicação hierarquizada de princípios. Não que inexistam antinomias entre princípios e regras ou normas e valores. Existem, sim, contudo, bem anota EROS GRAU (164):

"quando, em conflito dois princípios um prevalece sobre o outro, as regras que dão concreção ao que foi desprezado são afastadas".

Ora, esta é a constatação de que a antinomia existiu, mas, pela hierarquização foi resolvida. Portanto, exemplificativamente, o princípio constitucional eventualmente expresso também sob o modo de norma ordinária, que veda a privação da liberdade ou de bens sem o devido processo legal, preponderará sobre o critério cronológico, como preponderaria sobre o critério de especialidade. De igual sorte, os princípios que asseguram o contraditório, a ampla defesa ou que estabelecem a igualdade entre homens e mulheres, são outros tantos que, certamente, preponderam, em caso de antinomia, sobre os critérios cronológico e de especialidade, porque claramente priorizados no topo do sistema jurídico.

Generalizando e resumindo este ponto: uma interpretação sistemática realiza sempre uma hierarquização axiológica, de sorte a fazer

preponderar, inclusiva e exclusivamente, ora a norma superior, ora, em caso de antinomia pendente, o princípio superior, recorrendo-se, em todas as hipóteses, expressa ou ocultamente, ao princípio da hierarquização, inclusive ao lidar com princípios e regras de prioridade, tendo em vista as exigências do caso concreto.

NOTAS:

(130) Vide Norberto Bobbio in ob.cit., p.90.

(131) Idem: ob.cit., p.91.

(132) Claus-Wilhelm Canaris in ob.cit., p.190.

(133) in A Theory of Justice. Cambridge. Harvard University Press. 1981.

(134) Idem: ob.cit., p.7.

(135) Idem: ob.cit., p.10.

(136) Idem: ob.cit., p.11.

(137) Idem: ob.cit., p.11.

(138) Idem: ob.cit., p.17.

(139) Idem: ob.cit., p.21.

(140) Idem: ob.cit., p.21.

(141) Idem: ob.cit., p.303.

(142) Idem: ob.cit., p.100.

- (143) Idem: ob.cit., p.116.
- (144) Idem: ob.cit., p.140.
- (145) Idem: ob.cit., p.143.
- (146) Idem: ob.cit., p.195.
- (147) Idem: ob.cit., p.198.
- (148) Idem: ob.cit., p.221.
- (149) Idem: ob.cit., p.224.
- (150) Idem: ob.cit., p.249.
- (151) Idem: ob.cit., p.249.
- (152) Idem: ob.cit., p.516.
- (153) Idem: ob.cit., p.545.
- (154) Idem: ob.cit., p.587.
- (155) Vide Ottfried Höffe in Justiça Política. Trad. de Ernildo Stein. Petrópolis, Vozes, 1991.
- (156) Vide Claus-Wilhelm Canaris in ob.cit., p.190.
- (157) Idem: ob.cit., p.198.
- (158) Entendendo-se heterointegração no sentido de integrado por valores e meios extrajurídicos.
- (159) Vide José Afonso da Silva in Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo, RT, 1986, p.73.
- (160) in Eficácia das normas jurídicas sobre justiça social. São Paulo, RDP 57-58, 1981, p.254.

(161) Vide Norberto Bobbio in ob.cit., p.109.

(162) Tal distinção será reforçada na análise da ilustração jurisprudencial em Capítulo próprio.

(163) Vide Eros Grau in ob.cit., p.63.

(164) Idem: ob.cit., p.63.

Capítulo Sétimo:

OUTROS PRINCÍPIOS CONDICIONADOS AO PRINCÍPIO DA HIERARQUIZAÇÃO AXIOLÓGICA

A par do princípio de hierarquização axiológica e no desiderato de permitir que se opere a sua concretização, outros princípios e subprincípios há que, não obstante tácitos e condicionados ao metacritério valorativo, são decisivos, seja para se lidar com temas gerais de hermenêutica, seja muito especialmente para enfrentar as antinomias jurídicas, lembrando que a interpretação sistemática, nos moldes em que se a propõe, culmina por ser, ainda que reflexamente, uma exegese da totalidade.

Neste ponto e, em primeiro plano, a tese elege dar enfoque preferencial à perspectiva de KONRAD HESSE (1903-1975), que tem o mérito de superar até mesmo a teoria objetiva da interpretação, mostrando que, apenas de modo relativo, a meta colimada pela hermenêutica pode consistir no descobrimento de uma vontade, objetiva ou subjetiva, além de compreender que os distintos métodos de interpretação, tomados isoladamente, oferecem orientação insuficiente e assaz incompleta.

Destaca, ainda, em que pese não alargar o conceito de interpretação sistemática - como aqui se fez - que sempre se termina por ter que decidir qual dos métodos se deve seguir em cada caso, ou a qual dos mesmos se deve dar

preferência, apontando os limites daquelas tradicionais regras hermenêuticas, que enxergavam na interpretação sistemática tão-só um método de conexão formal, peculiarmente distinto dos métodos de interpretação gramatical, teleológica ou histórica (166).

Em outras palavras, tais métodos, quando estreitamente considerados, não esclarecem o modo pelo qual o Judiciário constrói suas sentenças, ora realizando uma interpretação que considera o texto de uma norma como limite final (167); ora, ao revés, tomando uma decisão em que o texto é redimensionado pela análise teleológica; ora valorizando prioritariamente a etiologia histórica de uma lei; ora abstraindo inteiramente a origem do dispositivo em exame.

Tendo bem presente esta evidência e querendo sobrepujar a ótica tradicional, embora tomando a interpretação constitucional num sentido demasiado estrito, acerta KONRAD HESSE ao referir a concretização ("Konkretisierung"), como nota caracterizadora e nuclear da hermenêutica, admitindo, neste sentido, o seu caráter aberto. Para operar tal concretização, influenciado por HANS-GEORG GADAMER (168), considera pressupostas a compreensão do conteúdo normativo, assim como a pré-compreensão do intérprete, vinculada aos problemas concretos, razão pela qual sustenta, acertadamente, inexistir um método autônomo de interpretação, dado que o processo de concretização é determinado pelo objeto da própria exegese, no caso a Constituição ou o sistema jurídico no seu todo.

Ademais, conquanto acentue a polaridade entre abertura e precisão, admite, outra vez escudado pelo conhecimento empírico, a tópica orientada e limitada pela norma como a via pela qual, através da "inventio", os pontos de vista jurídicos, entre os quais os princípios, as normas e os valores, são submetidos ao universo de argumentações quando se trata de aplicar o Direito

ao caso concreto.

Assim, adotando a perspectiva tópica, porém sem clarificar devidamente as relativizações que só o pensamento sistemático consegue, KONRAD HESSE (169) desvela determinados princípios de interpretação constitucional, aos quais atribui a missão precípua de orientar o processo de relação, coordenação e valoração dos pontos de vista ou considerações que devem levar à solução do problema, ou, em suma, para dizê-lo na rede conceitual desta tese, a tarefa de orientar a interpretação sistemática.

Sem desvendar o princípio da hierarquização axiológica, menciona, no entanto, em primeiro lugar, um princípio ao qual este se encontra intimamente associado e que também se reveste da condição hermenêutica de juridicamente essencial. Trata-se do princípio da unidade da Constituição. É certo que se deveria alargá-lo e dizer princípio sine qua non do sistema jurídico, por definição, já que esta é - a unidade interior - uma característica funcional imprescindível para que o sistema se faça possível. Ao comentar tal princípio, observa, com propriedade, que a relação e a interdependência existente entre os distintos elementos da Constituição forçam a não se contemplar apenas a norma, esta ou aquela, isoladamente, senão o conjunto no qual se encontra situada. De outro lado, todas as normas precisam ser interpretadas de maneira a escoimar contradições, procurando-se a solução em consonância com as decisões básicas da Constituição, entendida esta como ordem jurídica fundamental da Comunidade e evitando sua limitação unilateral a aspectos parciais (170).

Este princípio de unidade tem capital importância no tratamento a ser dado às antinomias, eis que dotada de força jurídica a vedação que dele se infere às contradições e às incongruências no seio do sistema, ainda que não se neguem às tensões inequívocas uma adequada interpretação sistemática.

Ademais, encontram-se outros princípios ou subprincípios inegavelmente associados ao princípio maior da hierarquização, entre os quais o princípio da concordância prática, que também se considera, nesta tese, como insito ao sistema jurídico e, por conseguinte, com força vinculativa. Explica-o bem KONRAD HESSE, dizendo que os bens jurídicos constitucionalmente protegidos devem ser coordenados de tal sorte que, na solução do problema (da antinomia, por exemplo), todos conservem sua entidade. Acrescenta que onde se produzirem as antinomias, devem estas ser superadas mediante uma ponderação de bens ou de valores, realizada a exegese de acordo com o princípio da proporcionalidade (171), o qual significa uma coordenação proporcional de bens, que faz as vezes de um critério orientador contido no próprio sistema, similarmente ao que sucede com a concepção de justiça, como já se mostrou no Capítulo precedente.

Além destes, outro princípio (na verdade, mais propriamente, por sua derivação, um subprincípio hermenêutico) digno de nota é o da valoração da relevância dos pontos de vista elaborados ou o critério da eficácia integradora. Na sua correta dicção, tal princípio reclama sejam preferidos os pontos de vista que mantenham a unidade e, portanto, a ausência de antinomias, inclusive como exigência da busca, em sede de concretização, da maior racionalidade possível (172).

Por fim, cumpre albergar somente mais um princípio dentre os por ele enunciados. Refira-se o princípio da força normativa da Constituição, utilíssimo à compreensão da eficácia mesma dos princípios como um todo, à medida em que são hierarquizados como devendo, de modo efetivo, preponderar no caso concreto. Descreve-o KONRAD HESSE, salientando que uma vez pretenda a Constituição ver-se atualizada e que mudem as variáveis históricas que possam influenciar esta atualização, forçoso é dar-se preferência, na solução das antinomias jurídicas, aos pontos de vista que auxiliem à Constituição

a se dotar da máxima carga eficaz (173).

Deste estudo descritivo de outros princípios sistemático-constitucionais no enfrentamento das antinomias jurídicas, é de se observar sobretudo que:

(a) existe paralelo entre a concretização, tal como a concebe KONRAD HESSE e o que se denomina, nesta tese, de hierarquização, com a vantagem de, a partir do conceito aqui esposado, mais claramente evidenciar-se como se dá a escolha dentre os múltiplos métodos, através do uso empírico da hierarquização axiológica;

(b) para operar tal hierarquização e para torná-la justificada no seu agir, é da maior importância a manutenção permanente da polaridade entre abertura e precisão;

(c) os princípios ou subprincípios hermenêuticos da unidade, da concordância prática, da proporcionalidade, da valoração da relevância dos pontos de vista elaborados, da eficácia integradora e o da força normativa da Constituição, sobre serem inegavelmente jurídicos, ainda que de modo implícito, merecem uma visão destacada, mas se encontram imbricados entre si e exigem, na aplicação, a recorrência ao princípio da hierarquização axiológica, enquanto metaprincípio unificador.

Em um segundo momento desta abordagem de princípios ou subprincípios associados e condicionados ao princípio da hierarquização axiológica, na perspectiva da interpretação sistemática, digna de comentário e de assimilação parcial é, também, a contribuição de JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, em que pese adotar classificação ligeiramente distinta quanto a normas, regras e princípios. Nada obstante, é de se aceitar o rol das diferenças

qualitativas introduzidas entre normas e princípios, sendo que estes, aliás, devem mesmo ser vistos, na seara da interpretação sistemática, como dotados de uma função "normogenética" (174).

Ademais, é de se acolher parte significativa de sua tipologia de princípios, assim como de seu catálogo tópico de princípios hermenêuticos. Quanto à tipologia de princípios, observa-se coincidência de seu conceito com o já esposado, nesta tese, com relação aos princípios fundamentais. Considera-os, acertadamente, como sendo (175):

"os princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional".

Releva destacar, igualmente, o seu reconhecimento de que tais princípios pertencem à ordem jurídica positiva, constituindo um importante fundamento para a aplicação do Direito. Estabelece, no entanto, uma discriminação, nesta mesma tipologia, que não se adota, entre os princípios políticos constitucionalmente conformadores e constitucionais impositivos, porque parecem subsumidos no seu anterior e superior conceito de princípios fundamentais, conquanto se acolha, por esclarecedora, a sua conceituação de princípios-garantia (176), que visam a instituir direta e imediatamente uma garantia dos cidadãos, assumindo a virtual forma de norma jurídica, como no caso do "nullum crimem sine lege", embora se mantenham com a largueza de princípios, figurando como desdobramentos de diretrizes mais elevadas.

De sua tipologia de regras, absorve-se a sua classificação em normas constitucionais organizatórias e normas constitucionais materiais, no topo hierárquico, do mesmo modo como as define (177), a par das regras jurídico-

organizatórias (178) e das regras juridico-materiais (179), cumprindo assinalar, ainda, o seu acerto ao procurar descobrir a articulação de tais regras e dos princípios, vendo a Constituição - o mesmo se devendo pensar em relação ao sistema como um todo - enquanto formada de regras e princípios de diferente grau de concretização (180). (Lembre-se que, nesta tese, para evitar confusões com o normativismo, optou-se por identificar norma e regra jurídica, como já se esclareceu em Capítulo anterior).

Em plano mais alto, portanto, hierarquizam-se princípios estruturantes, como, por exemplo, o princípio do Estado de Direito ou do primado do interesse público. Tais princípios adquirem concretização através de subprincípios, que os densificam, como, por exemplo, o princípio da legalidade. Tais subprincípios, de seu turno, podem ser densificados por princípios especiais. Diz bem (181):

"o princípio democrático do sufrágio é concretizado pelos princípios da liberdade de propaganda, igualdade de oportunidades e imparcialidade nas campanhas eleitorais (...) o princípio da soberania da vontade popular densifica-se através do princípio da renovação dos titulares de cargos políticos (...)"

Outrossim, tais princípios estruturantes são concretizados por regras, todavia a formação de um tal sistema se dá de um modo hierarquizado, acontecendo num processo biunívoco, até mesmo em face da textura aberta, horizontal e verticalmente, da Constituição (182).

A consideração adequada do sistema jurídico como de textura aberta faz com que se veja ampliada em sua utilidade epistemológica, justamente, o princípio da hierarquização axiológica (e só por via de consequência, o princípio de unidade hierárquico-normativa), vendo-se-o, em sede de

interpretação, como o primeiro princípio que norteará e guiará a própria formação de um catálogo de hermenêutica constitucional. Observe-se, a propósito do princípio da unidade e, por conseguinte, da superação de antinomias (183), que tal princípio experimenta autonomia real como princípio hermenêutico quando com ele se quer significar que o Direito Constitucional deve ser interpretado de forma a evitar contradições (antinomias) entre as suas normas e, sobretudo, entre os princípios jurídico-políticos constitucionalmente estruturantes.

Como é inescapável, ainda que sem dizê-lo, efetua hierarquização - no seu catálogo - do princípio do efeito integrador (184), exatamente como significando que, na solução das aporias jurídicas, dever-se-ia conferir primazia aos critérios que favoreçam a integração e a unidade, vinculando a este, também, o princípio da máxima efetividade, consoante o qual a uma norma deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê.

Hierarquiza, ademais, para além de simplesmente elencar, os princípios da justeza material ou da conformidade funcional, da concordância prática ou da harmonização, além do já conhecido princípio da força normativa da Constituição (185). Sintomaticamente, ao examinar o sentido global dos princípios estruturantes, tratando do princípio do Estado de Direito, sustenta ser este um (186):

"princípio constitutivo , de natureza material , procedimental e formal (...) que visa dar resposta ao problema do conteúdo, extensão e modo de proceder da atividade do Estado".

Tal princípio, como sempre, teria subprincípios concretizadores, tais como, por exemplo, o princípio da proteção da confiança através da proibição de pré-efeitos legais (187) ou o princípio da proporcionalidade já aludido, que

se desdobra em vários princípios ou exigências (188), todos, porém, sempre visando a resolver antinomias, no sentido que lhes outorga esta tese, até mesmo quando se busque superar o conflito possível entre democracia, justiça material e Estado de Direito, assim como o configura JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO (189).

Relevante, para esta tese, é, sobretudo ao se tratar de princípios associados e, em última instância, condicionados ao princípio maior da hierarquização axiológica, referir a sua análise concernente à colisão de direitos fundamentais, com limites divergentes (190), sem que haja entre ambos os direitos uma relação de especialidade, quando o exercício por parte de um titular colide com outro. Na realidade, sem o dizer, está estudando o tema das antinomias de valores, admitindo, neste caso expressamente, a necessidade inafastável de hierarquização, depois de analisar variadas situações. Na sua dicção (191):

"Os exemplos anteriores demonstram que as regras do direito constitucional de conflitos têm de construir-se com base na harmonização de direitos, e, no caso de isso ser necessário, na prevalência (ou relação de prevalência) de um direito ou bem em relação a outro (...) que só em face das circunstâncias concretas se poderá elaborar, pois só nessas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que outro (...), ou seja, um direito (.) prefere (P) outro (D 2) em face das circunstâncias do caso (C)".

Como se deduz destas considerações, o autor em comento assume a hierarquização, percebendo que esta valoração pode ser efetivada no plano legislativo, assim como na esfera decisória. Noutra passagem, já havia claramente realçado, dentre os caracteres distintivos e constitutivos do Direito Constitucional, a posição hierárquico-normativa superior (192), já porque as

normas e os princípios constitucionais gozariam de uma autoprímazia - a qual se traduziria por não derivarem a sua validade de outras normas superiores - , já porque seriam determinantes positivas e negativas das normas inferiores, afirmando-se - a Constituição - como fonte de produção jurídica de outras normas, significando, concomitantemente, que o ordenamento constitucional é um supra-ordenamento relativamente a outros ordenamentos jurídicos, constituindo-se, por conseguinte, num ordenamento superior (193).

A unidade da Constituição, assim concebida, é uma tarefa, pois, que não está imune às contradições, ainda que se mantendo a função estabilizante e integradora como uma das finalidades constitucionais. De outra parte, endossa-se, pelos motivos já expostos, a sua crítica feita à doutrina das normas constitucionais inconstitucionais (194), somente que se divergindo dos fundamentos e das argumentações, eis que, neste ponto, caindo em contradição flagrante, JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO sustenta, numa passagem, com explicitude, que todas as normas da Constituição teriam o mesmo valor (195) e, noutra, admite a hipótese de contradições positivas, até mesmo entre uma norma constitucional escrita e um princípio não escrito.

Ora, conquanto pensando que a probabilidade de uma norma constitucional se apresente originariamente inconstitucional seja rarefeita, só se explica acertadamente quando, em sintonia com os ensinamentos relativos à otimização de princípios, anota que (196):

"o problema das normas constitucionais inconstitucionais pode reconduzir-se, antes, a um conflito de princípios / valores suscetíveis de soluções, prima facie, harmonizatórias".

É este o verdadeiro quadro: as antinomias existem, neste caso,

130

mas comportam solução sistêmica. No entanto, esta postura, que se mostra compatível com a exposição como um todo, destoa daquela sua outra, que negava a hierarquização interna à Constituição. Ademais, nada obsta que se hierarquize a não-recondução a um conflito de princípios e valores, razão pela qual, uma vez mais, mostra-se que o princípio dos princípios, em matéria de interpretação sistemática do Direito, é o da hierarquização axiológica. Em função disto e estritamente nesta dimensão, é que se podem considerar todos os outros princípios ou subprincípios como associados e condicionados ao princípio da hierarquização, conquanto dialeticamente necessários à concretização deste.

Registro feito e assimilação parcial realizada, é de se aduzir que se consideram extremamente pertinentes para esta tese as fecundas contribuições de JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, devendo-se, então, fixar alguns aspectos. Ei-los:

(a) é de se acolher parte de sua tipologia de princípios e de regras (aqui identificando-as com as normas), bem como de seu catálogo tópico de interpretação, extraíndo-se outros tantos princípios ou subprincípios, a serem necessariamente hierarquizados pelo intérprete, na tarefa de concretização do Direito;

(b) é oportuna a sua consideração de que a Constituição, dotada de uma autoprímazia (só explicável pelo princípio da hierarquização axiológica como metaprincípio), é formada por princípios de diferentes graus, situando-se, no plano mais alto, os princípios estruturantes;

(c) aceita-se a sua concepção de sistema como de textura aberta, justamente por realçar o papel e a necessidade lógica de hierarquização enquanto garantia de unidade do mesmo sistema, assim caracterizado;

(d) especialmente ao tratar do princípio do Estado de Direito, reconhece ser formal e material, ao mesmo tempo, embora deixe de concluir, como seria de se esperar, que, mais do que formalmente, integrando o sistema, está a sua necessária unidade, por força da qual se harmonizam princípios ou subprincípios, normas e valores;

(e) ao referir à relação de prevalência, em caso de antinomias, nada mais fez do que corroborar a preponderância do critério de hierarquia sobre os demais critérios, revestindo-se inclusive do condão de evitar a permanência - não a instauração - de conflitos intraconstitucionais;

(f) é bem de ver que a temática examinada neste Capítulo vem giz a idéia de fundo desta tese de que a lógica jurídica, justamente por ser, mesmo quando sistemática, também uma técnica de pensar a partir dos problemas, nunca poderá ser considerada como axiomática ou meramente formal. A hierarquização, enquanto atividade eminentemente teleológica ou finalística, tem sempre a possibilidade substancial e construtiva de superar as antinomias entre as normas de um modo geral e os objetivos, expressos ou implícitos, previstos nestas diretrizes mais fortes e abrangentes que são os princípios. Assim, resulta solar que não serve ao intérprete jurídico o silogismo da lógica dita tradicional, vez que só se pode utilizar como típico o raciocínio próprio da dialética, de tal sorte que todas as questões ou demandas jurídicas possam ser traduzidas, em última análise, como tensão antinômica de princípios.

Em outras palavras, à guisa de conclusão, sempre haverá, mesmo no conflito entre os princípios, a dominância de um ou a relativização mútua, ditada por um princípio tido como superior ou mais elevado. Tal princípio, dotado de imperatividade jurídica, sem ser uma mera espécie do gênero das normas, outro não é senão o princípio da hierarquização axiológica, que mais se evidencia no tratamento dos conflitos entre os princípios ou subprincípios necessários à sua concretização.

NOTAS:

(165) Conforme Konrad Hesse in Escritos de Derecho Constitucional. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, 112 p. Nesta obra, interessa mais à tese o que este eminente jurista alemão escreveu acerca da interpretação constitucional.

(166) Idem: ob.cit., p.40.

(167) Idem: ob.cit., p.44. Tem razão Hesse, no sentido de que o "intérprete não pode captar o conteúdo da norma desde um ponto quase arquimédico situado fora da existência histórica, mas unicamente desde a concreta situação em que se encontra, cuja plasmação haja conformado seus hábitos mentais, condicionando seus conhecimentos e seus pré-juízos. O intérprete compreende o conteúdo de uma norma a partir de uma pré-compreensão que é a que vai permitir contemplar a norma desde certas expectativas, fazer-se uma idéia do conjunto e configurar um primeiro projeto necessitado ainda de comprovação, correção e revisão através de uma análise mais profunda, da qual, como resultado da progressiva aproximação da 'coisa' por parte dos projetos em cada caso revisados, resulte a unidade de sentido claramente fixada". (p.44)

(168) Idem: ob.cit., p.47.

(169) Idem: ob.cit., p.48.

(170) Idem: ob.cit., p.48-49.

(171) Idem: ob.cit., p.49-50.

(172) Idem: ob.cit., p.50-51.

(173) Idem: ob.cit., p.51-52. Noutra obra, A Força Normativa da Constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p.20 -23, Konrad Hesse esclarece os pressupostos que permitem à Constituição desenvolver de forma ótima a sua força normativa. Diz: "Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa. Tal como acentuado, constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual de seu tempo. Isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral. Afigura-se, igualmente, indispensável que a Constituição mostre-se em condições de adaptar-se a uma eventual mudança dessas condicionantes. Abstraidas as disposições de índole técnico-organizatória, ela deve limitar-se, se possível, ao estabelecimento de alguns poucos princípios fundamentais, cujo conteúdo específico, ainda que apresente características novas em virtude das céleres mudanças na realidade sócio-política, mostre-se em condições de ser desenvolvido (...) Finalmente, a Constituição não deve assentar-se numa estrutura unilateral, se quiser preservar a sua força normativa num mundo em processo de permanente mudança político-social. Se pretende preservar a força normativa de seus princípios fundamentais, deve ela incorporar, mediante meticulosa ponderação, parte da estrutura contrária. Direitos fundamentais não podem existir sem deveres, a divisão dos poderes há de pressupor a possibilidade de concentração de poder, o federalismo não pode subsistir sem uma certa dose de unitarismo. Se a Constituição tentasse concretizar um desses princípios de forma absolutamente pura, ter-se-ia de constatar, inevitavelmente - no mais tardar em momento de acentuada crise - que ela ultrapassou os limites de sua força normativa". Depois de anotar esta relativização dos princípios, sem cuidar de um metacritério, Hesse faz questão de reiterar o imperativo respeito que se deve ter à vontade da Constituição (da qual depende a intensidade normativa), recordando que a estabilidade constitui condição fundamental de eficácia da Carta. Depois, sublinha que a interpretação tem "significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa constitucional. A interpretação está submetida ao princípio da ótima concretização da norma" (p.22). Destaca, acertadamente, que "esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que

consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação" (p.22-23). E arremata, com pertinência, acentuando a dimensão teleológica de todo ato hermenêutico, nestes termos: "A finalidade (Telos) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança de situação. Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito. Uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária dentro desses limites. A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade" (p.23). Esta orientação forte pode ser endossada, conquanto se deva ressaltar que faltou a Konrad Hesse a constatação de um princípio que se impõe, em caso de antinomias, diante dos demais princípios, normas e valores. Somente quando tal imposição não for possível é que a ruptura sobrevirá.

Saliente-se, por outro lado, a lúcida lição de Eros Grau in *Despesa Pública - Conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas - o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública*. Revista Trimestral de Direito Público. Vol.2, São Paulo, Malheiros, 1993, p.131-147. Ali se diz: "Refiro-me a princípios que em cada ordenamento jurídico subjazem. Princípios - princípios gerais do direito (isto é, de um determinado direito) - que, embora não enunciados em norma explícita, em cada ordenamento estão contemplados, em estado de latência" (p.134). Para o autor citado, no entanto, todos constituem normas jurídicas, enquanto terminologicamente se prefere, nesta tese, dizer que todos têm juridicidade e imperatividade, sem se constituírem necessariamente em espécies de normas, com o escopo de marcar posição contra posturas normativistas, aliás não sustentadas por Eros Grau. É que este faz uma inteligente distinção entre norma e regra jurídica, como aliás também o faz, como se verá, Gomes Canotilho. Já se esclareceu, noutra passagem, mas convém reiterar que normas e regras, nesta tese, são identificadas até certo ponto, sem que se negue o caráter "normativo" aos princípios. Estrategicamente, para lidar com antinomias, preferiu-se considerar mais genérico, por extensão e abertura, o princípio da hierarquização axiológica, possuindo este caráter imperativo e juridicidade necessária, mais ampla e, decerto, em maior grau do que as meras normas ou regras.

Convém salientar, todavia, que nisso não vai diferença de fundo. De outro passo, na distinção de Ronald Dworkin in Taking rights seriously. Londres, Duckworth, 1987, p.22-26, no que tange à diferença de peso ou de importância, entende-se, de modo distinto, como havendo, em dimensão menor no caso das normas ou regras, no cotejo com os princípios. Também, no caso destes últimos,

sustenta-se que se aplicam necessariamente por força da hierarquização axiológica. Neste diapasão, concorda-se com Eros Grau de que as regras (ou normas) são concretizações de princípios, porém entende-se que existe um princípio jurídico, no interior do sistema (indispensável à sua unidade), que orienta o intérprete e o aplicador a propósito de qual dos princípios, no conflito, deve ser preferido. Tal princípio será revelado pelo uso empírico da hierarquização axiológica. Aliás, no parecer, com o brilho habitual, conclui, depois de se mostrar cético em relação à existência de uma norma a orientar o intérprete nas antinomias principiológicas, no sentido de que no "caso, contudo, não tenho dúvida quanto ao prevalecimento do princípio da sujeição da Administração às decisões em relação ao princípio da legalidade da despesa pública. O primeiro consubstancia princípio jurídico fundamental; configura, embora não expressamente enunciado em nenhuma norma positiva, um princípio orgânico da Constituição" (p.143). Como se vê, pela própria conclusão do eminente parecerista, no bojo do sistema, realizou-se concretamente a hierarquização axiológica, elevando-se o intérprete, através da hermenêutica sistemática, até ao princípio mais fundamental, para então dissipar, numa determinada orientação, a antinomia principiológica, certamente a mais complexa e desafiadora das configurações.

(174) Vide José Joaquim Gomes Canotilho in ob.cit., p.173.

(175) Idem: ob.cit., p.177.

(176) Idem: ob.cit., p.179.

(177) Idem: ob.cit., p.180.

(178) Idem: ob.cit., p.181.

(179) Idem: ob.cit., p.183.

(180) Idem: ob.cit., p.186.

(181) Idem: ob.cit., p.187.

(182) Idem: ob.cit., p.184.

(183) Idem: ob.cit., p.232.

(184) Idem: ob.cit., p.233.

(185) Idem: ob.cit., p.233-235.

(186) Idem: ob.cit., p.361.

(187) Idem: ob.cit., p.378.

(188) Idem: ob.cit., p.386.

(189) Idem: ob.cit., p.462.

(190) Idem: ob.cit., p.657.

(191) Idem: ob.cit., p.660.

(192) Idem: ob.cit., p.141.

(193) Idem: ob.cit., p.144.

(194) Idem: ob.cit., p.72 e 241.

(195) Idem: ob.cit., p.72.

(196) Idem: ob.cit., p.241. Curioso notar, noutra eminente jurista português, Jorge Miranda in Manual de Direito Constitucional. Tomo IV, Coimbra, Coimbra Editores, 1988, p.219, que a busca do primeiro princípio acabou conduzindo-o a um subprincípio condicionado ao princípio da hierarquização axiológica. Diz Jorge Miranda: "Logicamente, o primeiro princípio comum a quaisquer direitos fundamentais e também aos demais direitos existentes na ordem jurídica é o da universalidade: todos quantos fazem parte da comunidade jurídica são titulares de direitos e deveres aí consagrados; os direitos fundamentais têm ou podem ter por sujeitos todas as pessoas integradas na comunidade política do povo. Este princípio, embora incidível do da igualdade, não se confunde com ele. Todos têm todos os direitos e deveres - princípio da universalidade; todos (ou, em certas épocas ou situações, só alguns) têm os mesmos direitos e deveres - princípio da igualdade ao seu conteúdo. O princípio da universalidade apresenta-se essencialmente quantitativo, o da igualdade essencialmente qualitativo" (p.219). Em que pese a sutil distinção, crê-se, nesta tese, que a universalidade só é atributo do princípio da hierarquização axiológica, sendo a corresponde universalização o critério racional que se revela como o mais elevado no eventual conflito entre critérios ou princípios, tais como, especulativamente, poder-se-ia cogitar existente entre o princípio quantitativo da universalidade e o princípio essencialmente qualitativo da igualdade.

Capítulo Oitavo:

CONSTITUIÇÃO MÚTUA DO PENSAMENTO SISTEMÁTICO E DA TÓPICA NO ENFRENTA- MENTO DAS ANTINOMIAS JURÍDICAS

Eis que convém tratar da problemática da vinculabilidade de normas hierarquizadas como contrárias ao sistema. Proceder-se-á ao tratamento deste tema, ainda uma vez, retomando o principal fio condutor da tese, encetando diálogo sobretudo com o pensamento de CLAUS-WILHELM CANARIS, tendo em mente que as contradições axiológicas representam violação ao princípio da unidade (197). Exponha-se, em primeiro lugar, na metodologia tradicional, a tentativa de responder à questão formulada, através das chamadas lacunas de colisão, as quais se configurariam quando (198):

“a lei, à previsão P, associe, em simultâneo, as conseqüências jurídicas C e não-C e esta contradição não se deixe dirimir com recurso à interpretação criativa, desaparecem, então, mutuamente, ambas as ordenações normativas do Direito, surgindo uma lacuna”.

Desde logo, é bem de ver que não há, à luz dos conceitos esposados nesta tese, diferença essencial entre contradições de normas e de valores, vez que aquelas também são prescrições axiológicas. É especial e marcadamente por tal motivo que, somente de modo parcial, é que se aceitam as distinções entre

espécies de contradições no seio da ordem jurídica, assim como realizadas por KARL ENGISCH (199), que discriminava contradições técnicas, normativas, valorativas, teleológicas e de princípios. Na realidade, todas são antinomias axiológicas, em todas as espécies e, portanto, sem notas distintivas de cunho essencial, mas, à vista do conceito de sistema jurídico, a distinção que merece perdurar é a que se estabelece entre antinomias principiológicas, porque mais concretizadas do que as antinomias puramente axiológicas e menos concretizadas do que as eminentemente normativas. Em outras palavras e em síntese, uma diferença tão-só de concretização.

Não se deve, pois, considerar que apenas nos casos de contradições de normas o aplicador realiza uma hierarquização de molde a, em qualquer caso, negar obediência a pelo menos uma das normas, pois tal ocorre, do mesmo modo, nos conflitos outros. Com efeito, é de se entender que todas as antinomias comportam uma possível fundamentação do primado de qualquer um dos pólos em contradição, ou de ambos, ou de nenhum, impedindo o surgimento ou a continuação de uma lacuna de colisão.

Ademais, aponta-se uma solução, dentre várias, com o auxílio, expresso ou tácito, dos princípios, vale dizer, as contradições não devem ser tratadas de modo diverso das demais violações aos mais elevados princípios alojados na Constituição. Neste passo, bem predica CLAUS-WILHELM CANARIS (200):

“as normas contrárias ao sistema podem, por causa da contradição de valores nelas incluída, atentar contra o princípio constitucional da igualdade e, por isso, seriam nulas.”

Evidentemente, tal não pode significar que toda e qualquer norma contrária ao sistema seja nula, ou deva ser declarada como tal. Existem antinomias

que violam, parcialmente, a proibição de autocontradição do sistema e comum é que se hierarquize mantê-las, justamente para melhor preservação do próprio sistema. Assim, uma arbitrariedade, trazida por uma antinomia, topicamente pode não alcançar o grau suficiente para ser considerada como um efetivo e grave distúrbio ao sistema (201). Outra vez, assiste, no ponto, razão a CLAUS-WILHELM CANARIS (202):

“Há assim casos nos quais uma quebra no sistema não representa uma violação da proibição de arbítrio. Não se duvide da vinculabilidade da norma contrária ao sistema”.

Em regra, porém, as antinomias - que nunca se devem confundir com meras diferenciações ou combinações de princípios - constituem uma violação de princípios superiores, de uma tal maneira que precisam ser expungidas do sistema. O crucial é perceber que o intérprete, através da utilização do metacritério da hierarquização é que dirá se houve ou não, em grau, a evidência de uma autocontradição que se passa a considerar como nociva, elegendo declarar ou não a nulidade da norma antinômica. Esta situação põe bem de manifesto o funcionamento do princípio da hierarquização axiológica, tal e qual se o definiu.

A vista disso, é possível imaginar e admitir, sem nenhum prejuízo ao que já se expôs, uma contradição que se isole no sistema axiológico ou teleológico, contudo - nisso havendo importante diferença de abordagem em relação a CLAUS-WILHELM CANARIS (203) - caracterizada como sempre virtualmente possível a formação do sistema no ponto antinômico residual, pois, do contrário, todos os restantes domínios resultariam turbados ou ameaçados.

De tal maneira, em que pese a abertura do sistema e haurir ele o conteúdo de suas hierarquizações, dentro e fora de si, é potencialmente sempre alcançável uma formação plena de coerência (204) e é somente esta possibilidade

que garante o significado do sistema para a Ciência do Direito, entendida como estudo da elaboração, formação, manutenção, estrutura, funções e transformações do sistema jurídico, visto como objeto positivo e historicamente em constante mutação (objeto aberto, nesta dimensão). Justamente, portanto, através da possibilidade de declarar ou não a nulidade de normas contrárias ao sistema, é que irrompe, nítida, a valia da interpretação sistemática, sendo, no fundo, esta uma de suas precípuas funções perante o surgimento das antinomias. Neste passo, segundo se estima, resultam algumas remarcáveis inferências a propósito da vinculabilidade das normas contrárias ao sistema. Em suma:

(a) é a hierarquização axiológica que decidirá manter ou não as normas que se ponham, em maior ou menor grau, em rota de colisão com o sistema jurídico;

(b) é sempre possível obter a coerência, inexistindo lacunas de colisão, ao menos enquanto não colmatáveis, ou normas que potencialmente possam remanescer, no seio do sistema, ferindo-o antinomicamente, sem que tal incompatibilidade possa ser afastada;

(c) a possibilidade de declarar a nulidade de uma norma contrária ao sistema nada mais é do que, através do metacritério hierarquizador, vencer uma antinomia, não pela conformação ou adaptação, mas pela simples eliminação da norma, quando esta se mostre rigorosamente em litígio com a necessidade de coerência sistêmica.

Este modo de ver as antinomias suscita conexa reflexão obrigatória nesta passagem em que se realizam imprescindíveis disquisições teóricas, sobre a constituição mútua - mais do que eventual e possível interpenetração - dos pensamentos sistemático e tópico. Observa CLAUS-WILHELM CANARIS (205):

“Assim, também quando à tópica seja conferida a primazia, não se torna a sistemática totalmente sem sentido.(...) a tópica nada mais é aqui do que um meio auxiliar tratando-se então de substituir o mais depressa possível os inseguros tópicos por claras valorações, isto é, determinar sistematicamente a resolução”.

Divergindo-se do eminente autor, desde a visada que se adota nesta tese, a tópica não é meio útil apenas enquanto ontologicamente complementar, sobretudo quando diante de cláusulas gerais carecidas de preenchimento com valorações, exprimindo a polarização dos valores jurídicos mais elevados. Com efeito, dada a abertura do sistema jurídico, vertente da inexistência de uma delimitação rígida e axiomática dos seus conteúdos, bem se vê a feição de proposições dialéticas, que assumem os princípios gerais do Direito, assim como o enunciado dos valores jurídicos, além das proposições propriamente normativas.

Ao tratar da tópica, define ARISTÓTELES (206) como dialético o raciocínio construído a partir de coisas plausíveis, ou seja, as que parecem bem a todos, ou à maioria, ou aos sábios, e, entre estes últimos, a todos, ou à maioria, ou aos mais conhecidos e reputados. Ora, o metacritério sempre realiza tais escolhas ou rejeições, quando se trata de, topicamente, realizar a função individualizadora do sistema.

Vistas as coisas sob tal prisma, tende a desaparecer a oposição entre o justo entendimento dos comandos jurídicos e o comportamento justo em razão deles, conquanto se mantenham e ressalvem algumas especificidades entre as tarefas da legislação e as da jurisprudência. A técnica do pensamento problemático não se diferencia em essência da técnica de formação sistemática, ambas possuidoras do condão de salientar que não se deve acolher, na esfera operacional

do Direito, um certo tipo de pensamento que recusa como problemas aparentes as questões não ordenáveis no sistema (207).

A constituição mútua se faz epistemologicamente necessária, até para se entender a relação entre a hermenêutica que busca a sistematização e o objeto jurídico que se mostra permanentemente em mutação. Além disso, qualquer visão unilateral que enfatize a tópica apresenta a falha de não considerar que só sistematicamente hierarquizando é que todos os problemas dialéticos e antinomias são suscetíveis de solução, através da própria ordenação.

Por igual, seria exagero, de todo inaceitável, considerar que a estrutura do sistema só possa ser determinada pelos problemas. Neste sentido, em linha de princípio, a interpretação sistemática (a sistematização) não lida, como supunha THEODOR VIEHWEG (208), com uma pluralidade indefinida de sistemas, cuja relação recíproca não seria estritamente comprovável, vez que, ao contrário, é somente a sua dinâmica vocação para a unidade que faz possível a produção e a solução de antinomias.

Em simétrica contrapartida, é bem verdade que THEODOR VIEHWEG acerta ao propor que a tarefa da interpretação consista em criar uma concordância que seja até certo ponto aceitável (209) como fundamento da "coincidentia oppositorum". Também não há como negar que a eleição de prevalência de um princípio ou de outro conserva um resíduo tópico inevitável em toda construção sistemática (210). Todavia, nada existe de específico na tópica, ao se fazer a hierarquização axiológica, que possa opor, de modo irremediável, um pensamento problemático a um pensamento sistemático, tampouco fazer um apenas ancilar do outro.

Adverte, de maneira judiciosa, CLAUS-WILHELM CANARIS (211) que :

"também o pensador de problemas não deixará totalmente fora de atenção o sistema, sob cujo pano de fundo só, em regra, se pode formular claramente e resolver, por fim, o problema (...)".

Assim, é de se ver como criticável o posicionamento exageradamente voltado para a tópica, especialmente ao se ligar à retórica, dado que faz implausível uma hierarquização adequada, especialmente porquanto não se pode esquecer que as premissas são fundamentalmente determinadas para os juristas através do Direito objetivamente estabelecido (212), pena de entropia que avizinharia uma tal concepção àquela sustentada pela já contestada, nos seus excessos, hermenêutica do direito livre (212). De outra parte, por semelhantes motivos, é de se aderir à crítica que faz ver a insuficiência da tópica perante o problema da validade e da adstringibilidade jurídicas (213), convindo, até em homenagem a uma mais fiel e melhor leitura aristotélica, separar retórica e dialética.

De fato, um tópico, no momento aplicativo, não passa de uma proposta de decisão ou de hierarquização para vencer as antinomias, à luz do sistema do Direito objetivo, impondo-se, neste aspecto, reconhecer que o tópico (por exemplo, o critério cronológico) precisa sempre de um critério complementar e superior para ensejar e possibilitar a escolha, dentre os diversos pontos de vista (214).

O pensamento jurídico, porém, que realiza a hierarquização axiológica não apenas aceita e necessita da complementaridade do pensamento aporético, senão que consegue ir além da tópica e do pensamento sistemático em si, convertendo-se, naquele sentido de IMMANUEL KANT (215) em tópica transcendental, uma doutrina que solidamente distingue sempre a que capacidade cognoscitiva pertencem propriamente os conceitos.

Com efeito, em não se adotando a proposta concepção de tópica jurídica, como mutuamente constitutiva do pensamento sistemático, criar-se-ia uma diferença de fundo inexistente, erro cometido por CLAUS-WILHELM CANARIS que vê apenas o pensamento sistemático capaz de não considerar todas as questões como problemas singulares ou isolados, mas (216):

"antes procura, seguindo a tendência generalizadora da justiça, e, procedendo, assim, de 'modo sistemático' reduzi-los a problemas mais gerais, tão extensos quanto possível e solucioná-los sobre o pano de fundo da 'totalidade da ordem jurídica', isto é, do sistema teleologicamente entendido".

Diante do que se viu, reter-se-á, em síntese, que:

(a) existe conteúdo tópico na hierarquização, sempre e em especial quando faltem valorações jurídicas bem positivadas, mas a tópica não é apenas um meio auxiliar, como propôs CLAUS-WILHELM CANARIS, que se interpenetraria com o pensamento sistemático, senão que é característica que advém da própria abertura cognoscitiva e inerente ao sistema jurídico objetivo;

(b) respeitadas as possibilidades não meramente residuais da tópica, na interpretação sistemática, especialmente no combate às antinomias, observa-se, com nitidez, a insuficiência de visões unilaterais, sobretudo em função de estas não darem conta do problema da unidade dinamicamente considerada do pensamento jurídico;

(c) justamente por inexistir alternativa rígida entre o pensamento tópico e o sistemático, devendo mesmo haver uma mútua constituição, o ato de combater antinomias se revela fundamentalmente com a marca e a vocação unificadora e integradora do pensamento sistemático (217).

Pois bem, o modelo que se propõe para dar conta, pois, da mútua constituição que se dá entre o sistemático e o tópico vem a ser o da dialética tensão entre abertura e unidade que expunge antinomias, pressupondo, ainda, que o positivado e o conteúdo principiológico que o transcende, quando não o antecede, sejam implicada e reciprocamente constitutivos.

Uma tal perspectiva de lógica dialética deve nortear e presidir a subsunção principiológica do Direito como sistema, sem que se afirme o nexo jurídico como sendo apenas o positivado, eis que a lógica formal ou sistêmica e a material ou tópica imbricam-se de tal maneira que a adequada compreensão da operacionalidade mesma da interpretação sistemática induz assumir-se uma dimensão hermenêutica que se afasta, quase de um todo, das antigas pesquisas de modo dedutivo.

Mais ainda: toda a interpretação normativa que deixar de ser aberta e sistemática, a um só tempo, será um simulacro de exegese, manifestamente sem conexão com a realidade de um Direito que se deve entender, sempre, no encaixo da eficácia social, como um ir além do dogmatismo dedutivista-axiomático, rumo a princípios que, em regra, comportam exceção, complementação, relativização, mesmo os cada vez mais altos e indeterminados, conquanto determináveis pelo aplicador, cuja formação axiológica se faz marcadamente decisiva, em todos os aspectos.

De outra parte, assumir-se esta perspectiva de constituição interativa dos pensamentos sistemático e tópico, reforça a necessidade de se dar um enfoque unitário, vale dizer, de se superar a antinomia entre a hermenêutica filosófica e a crítica das ideologias. E é sobre tal tema que agora se deve lançar um olhar mais detido na busca conclusiva, antes de se fazer uma incursão ilustrativa pela empiria jurisprudencial, de uma metodologia capaz de, na seara jurídica, resolver esta polêmica entre HANS-GEORG GADAMER (218) que, em sua obra

máxima, declarava a verdade (assim como, em analogia, o processo de hierarquização axiológica) não atingível pelo método objetivante, sendo que a compreensão somente poderia ser entendida como o entrar no acontecer da tradição, refazendo-se para o passado o caminho hegeliano-fenomenológico, alvejando, através da hermenêutica, uma fusão de horizontes daquele que compreende (ou hierarquiza) com a sua época.

Em tal visada, toda compreensão traria como pressuposta uma pré-compreensão, razão pela qual, na "história da efetivação", HANS-GEORG GADAMER sustenta a universalidade da hermenêutica, fazendo por sublinhar o descobrimento da pré-estrutura da compreensão (219) como implicando uma abertura traduzida pela relação entre o conjunto de nossas próprias proposições com o conjunto de posições veiculadas pelo outro ou pelo texto. Destarte, o preconceito seria apenas um juízo que se estabelece em fase anterior à convalidação dos momentos objetivamente determinantes.

É certo que HANS-GEORG GADAMER exagera na proposta de reabilitação da autoridade e da tradição, mas o que resulta positivo é sua afirmação de que a autoridade das pessoas encontra seu fundamento último num ato de reconhecimento e de conhecimento, não de submissão, sendo esta a única autoridade a considerar como legítima e racional (220). Em outras palavras, propõe uma posição intermediária entre a objetividade histórica e a pertença a uma tradição como sendo o topos da hermenêutica.

A noção de situação hermenêutica conduziu-o ao fecundo conceito de horizonte, o qual seria o campo de visão que encerrasse todo o visível num determinado ponto, reconhecendo horizontes não ditos de sentido. Deste modo, ganhar um horizonte seria aprender a ver mais além do que está perto, integrando-o num todo maior (221).

Na obra em comento, impende destacar ainda que HANS-GEORG GADAMER logra êxito em recuperar o problema hermenêutico fundamental, qual seja, o da aplicação do texto à situação atual do intérprete, indo ao ponto de asseverar, no tocante à hermenêutica jurídica, não estar tão distanciada da hermenêutica espiritual-científica, embora sucumba à idéia de mera subsunção sentencial (223), quiçá por não ter percebido que a interpretação jurídica, sempre sistemática no sentido conceituado, é finita mas aberta, seja para a colmatação de lacuna, seja sobretudo para fazer frente à necessidade de dirimir conflitos entre regras ou entre princípios.

Antes de se passar ao cotejo com JÜRGEN HABERMAS, não há como deixar de se registrar a crítica realista de EMILIO BETTI (224) ao projeto gadameriano, vez que sustenta o caráter tópico do significado e autonomia essencial do objeto da interpretação, além de criticá-lo por dar demasiada ênfase à ontologia da compreensão. Na realidade, como anotou RICHARD PALMER, as duas posições estão apenas obrando em diferentes aspectos do mesmo problema hermenêutico (225), apesar de não se poder ignorar o excesso de pretensão objetivística da interpretação jurídica, nos termos propostos por EMILIO BETTI (226).

JÜRGEN HABERMAS (227), em contrafação à hermenêutica filosófica gadameriana, propõe a universalidade do método dialético, ao entender que o poder adquire permanência somente pela aparência de não-violência, mas reconhece (228) que a consciência hermenêutica destrói a autocompreensão das tradicionais ciências do espírito. Contudo, pondera (229):

"Para a interpretação (Deutung) de hermenêutica profunda não há nenhuma confirmação fora da auto-reflexão que sucede no diálogo, realizada por todos os participantes interessados.(...) Talvez sob as atuais circunstâncias seja mais urgente apontar para os limites

da falsa pretensão de universalidade da crítica do que para os da pretensão da universalidade da hermenêutica".

De outra parte, JÜRGEN HABERMAS faz notar a sua diferença básica com HANS-GEORG GADAMER, quando sustenta que ele não veria que, na dimensão do evento da tradição, precisa ser pensado como já mediado o que, segundo a diferença ontológica, não seria capaz de uma mediação, vale dizer, as estruturas lingüísticas e as condições empíricas (230).

Ora, como bem percebeu RÜDIGER BUBNER (231), JÜRGEN HABERMAS e HANS-GEORG GADAMER representam dois pólos da mesma reflexão, de tal maneira que a posição crítica e a dita hermenêutica devem ser vistas como complementares, nunca antagônicas. Destarte, "mutatis mutandis", outro tanto se pode pensar da mútua constituição do pensamento sistemático e do pensamento tópico, porquanto, sem desconhecer a radicalização ontológica da hermenêutica sistemática, é inegável que a perspectiva mais rica se dá na síntese capaz de absorver a reconstrução de todas as possibilidades da compreensão, assumida a hermenêutica sistemática como superadora de objetivismos.

O metacritério de hierarquização axiológica, insito ao sistema jurídico, apresenta-se como resultado vivo da própria necessidade de fazer preponderar ora o logos crítico, ora o logos tradicional, de molde a buscar a melhor universalização sistemática, no caso concreto, vale dizer, topicamente. Como se vê, de modo insofismável, a assunção deste critério somente é factível quando se admite que o processo de compreensão requer participação na práxis comunicativa, sem neutralidade axiológica, vez que o próprio anelo de universalização, conquanto objetivo, pressupõe uma subjetivação necessária do intérprete (232), marcadamente ao lidar com antinomias jurídicas.

Do exposto neste Capítulo, parece indispensável e esclarecedora a analogia proposta entre a conciliação da hermenêutica filosófica e a crítica das ideologias com a conciliação nuclear entre os pensamentos sistemático e tópico, na seara jurídica. Tal analogia calha inteiramente ao desiderato de fundo desta tese, qual seja, o de reformular o conceito de sistema jurídico e de seu correlato de interpretação sistemática, evoluindo em relação à preciosa abordagem de CLAUS-WILHELM CANARIS, para quem é pressuposto da praticabilidade do pensamento sistemático uma estrutura caracteristicamente dotada de ordem e de unidade (233), que se desenvolve, funcionalmente, numa abertura que, como se disse, não contradita a aplicabilidade de tal pensamento (234), nem infirma que o argumento sistemático representa uma forma especial de fundamentação teleológica, que aspira à mais alta categoria entre os critérios hermenêuticos (235). Com efeito, o próprio CLAUS-WILHELM CANARIS, sem extrair as inferências que aqui se procuram fixar, em que pese considerar a tópica somente como um primeiro passo para a determinação sistemática, percebe que a oposição não é exclusivista (236), sem dar o passo lógico subsequente de que é a dimensão tópica ou problemática presença inafastável de toda aplicação do sistema jurídico, sendo ela a ensejadora dialética de sua abertura, especialmente para solver antinomias entre os princípios, abertos por definição. Fora de dúvida, é este o motivo decisivo que leva a concluir que todas as contradições deveriam ser equacionadas, mesmo aquelas entre normas ou valores, como conflitos principiológicos, no escopo de, sobretudo no campo da assim denominada Ciência do Direito, melhor se desincumbir o intérprete da tarefa tópica, já que, em cada caso, hierarquizar adequadamente os princípios afigura-se como a mais elevada missão de toda interpretação que se queira efetivamente sistemática.

NOTAS:

(197) Conforme Claus-Wilhelm Canaris in ob.cit., p.217. Ao passar a examinar a problemática da vinculabilidade das normas contrárias ao sistema, quer Canaris também tratar da questão da ligação do legislador ao pensamento sistemático.

(198) Idem: ob.cit., p.218.

(199) Conforme Karl Engisch in ob.cit., p.254-261.

(200) Conforme Claus-Wilhelm Canaris in ob.cit., p.225. O próprio Canaris esclarece que não quer isto dizer que cada norma contrária ao sistema deva, sem mais, ser nula (p.226), até em face da multiplicidade de escopos que anima o legislador.

(201) Idem: ob.cit., p.237.

(202) Idem: ob.cit., p.229.

(203) Idem: ob.cit., p.234-235. Sobre a abertura, convém salientar que, com razão, para Canaris, dá-se esta em dois planos interligados: no patamar do "sistema científico" e quanto ao "sistema objetivo". No que concerne ao primeiro, a abertura significa "a incompletude e a provisoriedade do conhecimento científico. De fato, o jurista, como qualquer cientista, deve estar sempre preparado para pôr em causa o sistema até então elaborado" (p.106). Neste sentido, sempre poderá haver reelaborações sucessivas, de tal sorte que "nunca podem ser tarefas do sistema o fixar a ciência ou, até, o desenvolvimento do Direito num determinado estado, mas antes, apenas, o exprimir o quadro geral de todos os reconhecimentos do tempo, o garantir a sua concatenação entre si e, em especial, o facilitar a

determinação dos efeitos reflexos que uma modificação (do conhecimento ou do objeto), num determinado ponto, tenha noutro, por força da regra anterior" (p.106).

Canaris, porém, não extrai todos os efeitos da abertura, no segundo aspecto, que diz com o próprio objeto da chamada Ciência jurídica, isto é, o Direito objetivamente considerado, conquanto reconheça a "modificabilidade dos valores fundamentais da ordem jurídica" (p.107), mesmo quando esta repouse na idéia de codificação. Diz: "Hoje, princípios novos e diferentes dos existentes ainda há poucas décadas, podem ter validade e ser constitutivos para o sistema" (p.107). Por outro lado, percebe que ambas as modalidades de abertura "são essencialmente próprias do sistema jurídico e nada seria mais errado do que utilizar a abertura do sistema como objeção contra o significado da formação do sistema na Ciência do Direito ou, até, caracterizar um sistema aberto como uma contradição em si." (p.109). Mais ainda: anota que a abertura do sistema objetivo reside na própria essência de historicidade do objeto da jurisprudência, bem como que a mesma resulta da admissibilidade da interpretação criativa (p.112-113), não ao revés. Ademais, vai ao ponto de acolher a tese de que "para além da lei e do costume, também podem conduzir a alterações de sistema objetivo aqueles princípios gerais do Direito que representam emanações da idéia de Direito e da natureza das coisas." (p.121).

Apesar e a despeito de ter alcançado tão longe, o máximo que admite é a interpenetração e a múltipla complementação dos pensamentos sistemático e tópico, deixando de ver que, em face mesmo da abertura do objeto da jurisprudência, o sistema jurídico é constituído de princípios tópicos. Em face do exposto, a abertura do sistema jurídico força o reconhecimento da imperatividade de um pensamento que se traduza, ao mesmo tempo, como sistemático e tópico, só alcançável por um total abandono da escola da exegese e do sistema axiomático-dedutivo.

(204) Sobre coerência, sustenta-se em concordância com Carlos Roberto Velho Cirne Lima in Sobre a Contradição. Porto Alegre, EDIPUCRS, 1993, p.121, nestes termos: "O desenvolvimento do homem em liberdade chama-se História. Também a História, como a sociedade e o Estado, constitui-se de um momento necessário e de um momento contingente. Necessário na História é tudo que acontece de acordo com as leis e que, portanto, não pode ocorrer de outra maneira - a primeira forma da sociedade - e o que não deve ocorrer de outra maneira - a segunda forma de necessidade. Exatamente esta segunda forma de necessidade é característica específica do homem e de sua História. História é, assim, sempre um julgamento em que julgamos ética e moralmente o passado, o presente e o futuro. Fatos, uma vez ocorridos, não podem ser desfeitos. Mas

Car

pode-se e deve-se, sim, perfeitamente, transformar os fatos, dando-lhes outro sentido, de sorte que possam ser inseridos no contexto do quadro da razão, da história de vida e, finalmente, no mosaico geral de sentido do mundo. Um erro cometido, uma vez reconhecido como tal, pode - mas isto não é um 'ser necessário', um 'Müssen', mas um dever-ser, um 'Sollen' - transformar-se em conhecimento e virtude. Filosofia da História é, assim, sempre Filosofia em intenção pragmática, como Kant queria, e não o cálculo mais ou menos exato de eventos que necessariamente irão acontecer (...) O julgamento da História, tanto da minha vida como da História Universal, faz-se segundo critérios, os quais, em última análise, se reduzem a um critério primeiro e último: o critério da coerência universal que não é nada mais nada menos que o Princípio da contradição a ser evitada. É bom e está certo o que está em coerência consigo mesmo, com o meio ambiente mais imediato e também com a totalidade do processo do universo; (...) O que não está conforme à coerência universal é uma contradição que precisa ser trabalhada e superada. Onde a contradição não é superada, engendram-se formas fugazes de ser, distorções de alma e de espírito, doenças, conflitos sociais, guerras e, finalmente, a morte do indivíduo enquanto universal concreto". Como se vê, necessidade e contingência estão interligadas nesta acertada visão em que a teleologia não é necessitante, senão que aberta à liberdade e à supervisão, por assim dizer, de uma racionalidade intersubjetiva que sabe discernir entre antinomias, aquelas que devem ou não ser superadas para a preservação sadia do sistema em sua abertura e, simultaneamente, em sua unidade, nesta tensão que vem sendo assinalada desde o início da tese.

Em enfoque diverso, mas confluyente no específico, pondera Niklas Luhmann in *Por que uma Teoria dos Sistemas. Dialética e Liberdade*. Petrópolis, Vozes/UFRGS, 1993, p.439: "Não totalmente sem razão pode-se, portanto, supor que, no domínio da, atualmente ainda caótica e pouco integrada, pesquisa da teoria geral dos sistemas começa a se delinear um desses valores peculiares que indicam estabilidade também e justamente quando a sociedade não se pode mais unir em torno de uma única correta descrição do mundo e de si mesma, mas, em vez disso, constitui seu mundo num modus de observação de seu observar estruturalmente muito mais rico".

(205) Conforme Claus-Wilhelm Canaris in ob.cit., p.273. Concede, a propósito, que também na concretização de cláusulas gerais carecidas de preenchimento com valorações, nas quais a tópica "é mais de que um mero auxiliar, surge uma tendência clara para a sistematização. Não só as cláusulas gerais se devem interpretar sempre à luz da ordem jurídica global, portanto sobre o pano de fundo do sistema (...) como, ainda, e sobretudo, se verifica que a sua concretização

ocorre, largamente, através da formação de tipos, isto é, em parte, através da formação clara de previsões normativas, pressionando-se, com isso, no sentido da determinação sistemática. Pense-se, por exemplo, no § 242 BGB, no trabalho de sistematização efetuado pela jurisprudência e pela doutrina" (p.274). Mais: embora não fale de um pensamento tópico-sistemático, mutuamente constitutivo, como se sustenta nesta tese, admite que "o âmbito virado, em primeira linha, para o pensamento sistemático, não se conserva totalmente livre das influências da tópica (...) Também num aperfeiçoamento praeter legem do Direito, que se oriente pelo sistema, e em especial na concretização de princípios jurídicos gerais extra-legais - tal como também a propósito de modificações provocadas - os meros tópicos desempenham, pelo menos nos estádios iniciais do desenvolvimento, um papel considerável; pode-se até, de certa forma, atribuir estrutura tópica ao nascimento de novos princípios jurídicos" (p.276).

(206) Conforme Aristóteles in Tratados de Lógica (Órganon). Madrid, Editorial Gredos, 390p. Diz: "El propósito de este estudio es encontrar un método a partir del qual podamos razonar sobre todo problema que se nos proponga, a partir de cosas plausibles, y gracias al qual, si nos otros mismos sostenemos un enunciado, no digamos nada que le sea contrario" (p.89-90). Adiante, elucida Aristóteles: "Una proposición dialéctica es una pregunta plausible, bien para todos, bien para mayoría, bien para los sabios, y, dentre éstos, bien para todos, bien para la mayoría, bien para los más conocidos, y que no sea paradójica: pues cualquiera haría suyo lo que es plausible para los sabios, siempre que no sea contrario a las opiniones dela mayoría. Son también proposiciones dialécticas las semejantes alas plausibles, y las contrarias a las que parecen plausibles, propuestas en forma contradictoria, y todas las opiniones que están de acuerdo con las técnicas conocidas. Pues, si es plausible que el conocimiento de los contrarios sea el mismo, también parecerá plausible que la sensación de los contrarios sea la misma. (...) De manera semejante también, las cosas contrarias a las plausibles, propuestas en forma de contradicción, parecen plausibles: pues, si es plausible que hay que hacer bien a los amigos, también lo es que no hay que hacerles mal. (...) También parecerá plausible, por comparación, lo contrario acerca de lo contrario. (...) Es evidente, por otra parte, que todas las opiniones que estén de acuerdo con las técnicas son proposiciones dialécticas" (p.106-107).

(207) Conforme Claus-Wilhelm Canaris in ob.cit., p.247.

(208) Conforme Theodor Viehweg in Tópica y Jurisprudencia. Madri. Taurus, 1986, p.128.

(209) Idem: ob.cit., p.129.

(210) Idem: ob.cit., p.134. Ademais, in ob.cit, p.141-142, o autor citado esclarece que "si es cierto que la tónica es la técnica del pensamiento problemático, la jurisprudencia, como técnica que está al servicio de una aporía, debe corresponder con los puntos esenciales de la tónica. Es preciso, por ello, descubrir en la tónica la estructura que conviene a la jurisprudencia.

Intentaremos hacerlo los tres siguientes presupuestos: 1. La estructura total de la jurisprudencia solamente se puede determinar desde el problema. 2. Las partes integrantes de la jurisprudencia, sus conceptos y sus proposiciones, tienen que dar ligadas de um modo específico con el problema y sólo pueden ser comprendidas desde él. 3. Los conceptos y las proposiciones de la jurisprudencia sólo pueden ser utilizados en una implicación que conserve su vinculación con el problema. Cualquiera otra es preciso evitarla". Exemplificou estes três pontos com exemplos extraídos da doutrina civilista, nas obras de Fritz von Hippel, Josef Esser e Walter Wilburg. Como se afirma nesta tese, em diferença com Theodor Viehweg, não são tão duvidosas as conexões entre pensamento sistemático e problemático, desde que não se exagere a significação da proposição de que a estrutura global da Ciência do Direito deva ser condicionada pelo problema.

De salientar, por acréscimo, a propósito da tónica, a lúcida observação de Jürgen Habermas in Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. Dialética e Liberdade. Petrópolis. VOZES, Editora da UFRGS, 1993, p.303-304, no sentido de que "os problemas têm sempre algo de objetivo: somos confrontados com problemas que vêm ao nosso encontro. Estes mesmos problemas têm uma força definidora de situação (eine situationsdefinierende Kraft) e requerem, por assim dizer, nosso espírito segundo a própria lógica deles. Não obstante, se a cada instante seguissem sua própria lógica, que não teria nenhum contato com a lógica do problema seguinte, toda nova espécie de problema puxaria nosso espírito numa outra direção. A razão prática, que encontrasse sua unidade no ponto cego de uma tal faculdade de julgar reativa, permaneceria uma formação (Gebilde) opaca, apenas explicável fenomenologicamente. A unidade da razão prática pode fazer-se valer, de maneira inequívoca, apenas no contexto interno daquelas formas comunicativas, nas quais as condições de formação racional da vontade coletiva tomam figura objetiva".

(211) Conforme Claus-Wilhelm Canaris in ob.cit., p.250.

(212) Idem: ob.cit., p.256.

(213) Idem: ob.cit., p.256-257.

(214) *Idem*: ob.cit., p.259-260.

(215) Conforme Immanuel Kant in Fundamentação da Metafísica dos Costumes, ob.cit., p.162.

(216) Conforme Claus-Wilhelm Canaris in ob.cit., p.268.

(217) Por outro lado, em se afirmando, mais do que a mera possibilidade de complementação, mas a mútua constituição do pensamento sistemático e do pensamento tópico, bem mais consistente resulta o tratamento da delicada questão tocante à relação entre os princípios integrantes de um todo sistêmico aberto e a sua correspondente efetividade, entendida esta, basicamente, como aptidão do sistema para cumprir fins que o transcendem e, ao mesmo tempo, antecedem-no. É de se notar que, diante de um sistema jurídico, compreendido também em sua dimensão aporética, é necessária uma mudança, sobretudo, de mentalidade de todos os envolvidos no processo de interpretação, aplicação e cognição do Direito Positivo, à luz de considerações eminentemente principiológicas, no sentido de uma correta hierarquização conducente à efetividade do sistema, ela mesma devendo ser encarada como um dos mais relevantes princípios necessários para vencer as antinomias.

Certamente, sem excluir urgentes reformas de "lege ferenda", que oportunizem o melhor funcionamento da estrutura subjacente à prestação da tutela jurisdicional, é no plano da compreensão das funções e dos princípios supremos do Direito vigente que se deve situar a mais densa e profunda das transformações para um novo vislumbre da própria efetividade sistemática.

Bem a propósito, Léon Duguit in Traité de Droit Constitutionnel. Tomo I, 3ª ed. Paris, Bocard, 1927, 763 p., atento às transformações sociais com as devidas repercussões teleológicas na seara jurídica, permanece com notável atualidade, ao menos em ponto decisivo de sua obra, quando salientava que o traço vital do Direito reside em sua efetividade, razão pela qual uma regra deveria ser entendida e aplicada como tendo a sua juridicidade haurida na aceitação de que ela se mostra indispensável ao princípio da solidariedade, fazendo justa a sua sanção. Em termos expressos : "une règle morale ou économique devient règle de droit au moment où c'est le sentiment unanime ou quasi unanime des individus composant le groupe social considéré, que la solidarité sociale serait gravement compromise si le respect de cette règle n'était pas garanti par l'emploi de la force sociale" (p.124).

Em face das antinomias, "a fortiori", resulta evidenciado que se tem de sobrepassar o sentido comum do conceito de eficácia e aquele outro estritamente formal. Em outras palavras, a eficácia jurídica do sistema, "stricto sensu", pode ser traduzida como qualidade de produzir efeitos jurídicos, ao passo

que a eficácia social do sistema jurídico deve ser vista como a qualidade de ser observado, revelando aptidão para obter condutas em consonância com o prescrito pela norma, superadas, ao máximo, as antinomias de avaliação que minem a aceitabilidade e o acatamento do sistema.

No dizer preciso de Eros Grau in A ordem econômica na Constituição de 1988 - interpretação e crítica, ob.cit., p.295, a eficácia, nesta acepção mais larga, implica realização efetiva dos resultados perseguidos pelo sistema, coincidindo os conceitos de efetividade e de eficácia social. Assim, devemos procurar ver a eficácia social como aptidão para produzir os efeitos concretos dos princípios superiores da ordem jurídica no plano da realidade social, sem se colocar, pois, em contradição, mas em consonância com esta.

Meditando sobre a aplicação dos princípios jurídicos, a partir deste prisma, é que se nota que os mesmos possuem a aptidão operacional ou técnica para operar a aproximação entre o "dever-ser" normativo e o "ser" da realidade empírica, ainda mais quando flagrante o descompasso entre ambas as esferas.

Como bem leciona o eminente constitucionalista alemão Konrad Hesse in ob.cit., p.26-28, é fundamental perceber que a realização da Constituição não é algo que se possa dar por suposto, ou seja, a efetividade ou eficácia social não alcança a Constituição pelo só fato de esta existir, sendo que a sua força vital se baseia na capacidade de conexão com as forças espontâneas e as tendências vivas de sua época, bem como de sua aptidão para desenvolver e coordenar estas forças. Diz bem, outrossim, Konrad Hesse: "Constituição e realidade não podem restar isoladas uma da outra. O mesmo se diga a respeito do processo de realização" (p.28).

É exatamente em tal processo que surge, sobremodo para os juízes, a tarefa de identificar os princípios máximos teleológicos do Direito, almejando a concretização dos seus objetivos fundamentais, especialmente os albergados nas normas programáticas, expressa ou implicitamente agasalhadas pelo sistema jurídico.

De tal sorte, a interpretação sistemática tem que ser feita de maneira a resultar em conformidade com os seus fins, princípios e objetivos, os quais precisam alcançar a concretização plena numa sociedade livre, justa e solidária (Constituição Federal, art.3º, I), na qual se dê a sujeição da ordem econômica aos ditames da justiça social (Constituição Federal, art.170, "caput"). Entretanto, sendo como são princípios, postulados e objetivos que possuem eficácia jurídica inquestionável, ao menos do ponto de vista formal, vez que integrantes do texto expresso da Lei Maior, somente um exacerbado fascínio pela abstração poderia vendiar os olhos para a evidência de que bem longe estão da "concretização real". O próprio Estado Democrático de Direito corre o risco de periclitar, fragilizado por um formalismo excessivo, se se contentar com uma

interpretação e com uma exegese, não raro, só muito parcialmente em conformidade com o sistema, notadamente com o sistema constitucional, que não alcança, minimamente, os seus mais elevados objetivos.

Vem a calhar trazer à colação a oportuna advertência de Miguel Reale in Filosofia do Direito. V.2, 8ªed, São Paulo, Saraiva, 1978, p.696-7, o Direito deve ser concebido como atualização crescente de Justiça, dos valores todos cuja realização possibilite a afirmação de cada homem, sendo que realizar o Direito é, por conseguinte, "utilizar os valores de convivência, não deste ou daquele indivíduo, não deste ou daquele grupo, mas da comunidade concebida de maneira concreta, ou seja, como unidade de ordem que possui valor próprio, sem ofensa ou esquecimento dos valores peculiares às formas de vida dos indivíduos e dos grupos" (p.697).

Outra impositiva citação é a de Gilmar Ferreira Mendes in A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como garantia da cidadania. Declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no Direito Brasileiro. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Renovar - FGV, nº 191, 1993, p.40-65, quando assinala que o "pressuposto da adequação (Geeignetheit) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. (...) É certo que a utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso pode estimular o constitucionalista e, mormente, a Corte Constitucional ou órgão que desempenhe função análoga a arrogar poderes que, efetiva ou aparentemente, afetam a esfera de competência dos demais órgãos constitucionais. Isto, todavia, não infirma a imprescindibilidade desse princípio para a aferição de constitucionalidade de leis restritivas, até porque, como observado por Krebs, eventual escorregão entre o direito e a política constitui risco inafastável da profissão do constitucionalista" (p.48).

É numa tal perspectiva que se sustenta a oportunidade da adoção de uma nova postura, de cada um dos hermeneutas e dos aplicadores, na convicção de que, nos limites teleológicos de obtenção do Direito através do sistema vigente, não se devem abstrair, enredando-se em concepções formalistas, despidas do necessário embaçamento axiológico. Tem-se, pois, como propunha Karl Engisch in ob.cit., p.122, que alargar os horizontes, almejando alcançar uma verdadeira e abrangente compreensão sistemática do Direito, em sua abertura ontológica, sem temer que esta mesma compreensão conduza para uma posição histórico-cultural no exercício de subsunção da lei ao caso concreto.

De outra parte, firme, outra vez, no ensinamento de Karl Larenz in ob.cit., p.460, deve-se, vez por todas, admitir que no ato de interpretar e aplicar o Direito, a ponderação das conseqüências é de todo irrenunciável, sendo este o motivo precipuo pelo qual a eficácia social do sistema jurídico tem de ser assimilada como categoria ou como elemento essencial para a correta interpretação e

aplicação do Direito.

Ainda uma vez, é de se recordar Miguel Reale: "Não basta afirmar que há no Direito intencionalidade ou imantação essencial para o justo: é necessário reconhecer que o Direito, considerado em seu todo, e não neste ou naquele conjunto de regras particulares porventura vigentes, é momento de justiça" (ob.cit., p.696).

Por outro lado, o também precitado Hans Kelsen, em que pese a sua tentativa de abstrair a ciência jurídica de todas as "impurezas" empíricas, reconheceu, sobretudo na Teoria Geral das Normas, a eficácia como condição de validade (ob.cit., p.178), oferecendo mais um conforto a esta posição de que, urgente e densamente, tem-se de proceder, a par de improteláveis reformas legais, uma alteração da postura exegética, no sentido de se dar um contributo significativo para a efetivação do Direito como um todo sistemático, notadamente de seus princípios superiores, que vinculam ao legislador e ao aplicador. Em outras palavras, não se deve aceitar que os objetivos fundamentais, os princípios e os fundamentos do Estado Democrático de Direito sejam confundidos com simples exortações destituídos de qualquer vinculatividade.

Decididamente, então, é de pugnar, nos limites do sistema e sem jamais atentar contra ele, pela completa superação da teoria e, principalmente da práxis, que vê as normas programáticas como sem significado jurídico, esposando-se uma visão material do dever normativo-concretizador, não apenas dos órgãos legiferantes, mas também dos órgãos aplicadores do Direito, que jamais deveriam abdicar desta função ou deste "telos" de dar vida ao Estado Democrático. Claro que não se quer um "Direito dos Juizes", revestido de arbitrariedade, mas se postula, sim, um Direito cujo alento e cuja força anímica deve brotar, também e irrenunciavelmente, dos julgadores, dada a constituição sistemático-tópica do Direito.

Dito de outro modo, quer-se, enfaticamente, sublinhar, nesta tese, que se deve com tal postura, buscar uma verdadeira interpretação sistemática, justamente porque, se encetada de outro modo, o Direito, enquanto estrutura, perder-se-ia ou se extraviaria de suas funções nobres, sem o cumprimento das quais deixa de ser um instrumento "racional", no sentido já explicitado, de mudança e de progresso, indispensável à consecução dos fins do Estado, entre os quais, emprestando-lhe fundamento, merece realce o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, uma exegese jurídica tem que levar sempre em conta e buscar a eficácia social do sistema, em face da qual o jurista e, de um modo particular e peculiar, o juiz, poderá fazer efetivo o primado do interesse público, no que se refere aos fins do Estado, assim como no que se refere a todos os demais direitos constitucionais específicos. Sob tal prisma, é que se pode colaborar, decisivamente, para que o ser e o dever-ser tendam à aproximação crescente, sendo esta provavelmente a missão maior da interpretação sistemática.

(218) Conforme Hans Georg Gadamer in Verdad y Metodo. Salamanca. Ed. Sígueme, 1984. Diz, a propósito da hermenêutica jurídica (p.401) que: "El caso de la hermenêutica jurídica no es por lo tanto un caso especial, sino que está capacitado para desenvolver a la hermenêutica historica todo el alcance de sus problemas y reproducir así la vieja unidad del problema hermenêutico en la que vienen a encontrar-se el jurista, el teólogo y el filólogo".

(219) Idem: ob.cit., p 335.

(220) Idem: ob.cit., p.347.

(221) Idem: ob.cit., p.375.

(222) Idem: ob.cit., p.396.

(223) Idem: ob.cit., p.402.

(224) Conforme Emilio Betti in Teoria generale della interpretazione. Milão. Dott. A. Giuffrè, 1955, v.2, 979p.

(225) Conforme Richard Palmer in Hermenêutica. Lisboa, Edições 70, 1986, p.68.

(226) Conforme Emilio Betti in ob.cit., p.801-802.

(227) Conforme Jürgen Habermas in A pretensão da universalidade da hermenêutica. Dialética e Hermenêutica. Trad. de Álvaro Vails. Porto Alegre, LPM, 1987, p.34-35.

(228) Idem: ob.cit., p.35.

(229) Idem: ob.cit., p.69.

(230) Conforme Jürgen Habermas in Sobre Verdade e Método de Gadamer. Dialética e Hermenêutica. ob.cit., p. 24.

(231) Conforme Rüdiger Bubner in Philosophie ist ihre Zeit, in Gedanken erfasst: Hermeneutik und ideologiekritik. Frankfurt, Suherkamp Verlag, 1971, 317p.

Zeit

(232) Conforme o autor desta tese in ob.cit., p.35-58.

(233) Conforme Claus-Wilhelm Canaris in ob.cit., p.279.

(234) Idem: ob.cit., p.281.

(235) Idem: ob.cit., p.287.

(236) Idem: ob.cit., p.269.

Capítulo Nono:

ILUSTRAÇÃO JURISPRUDENCIAL EM EXAME

O exame da casuística, sobre ser capaz de enriquecer a abordagem sem pretensões de ordem estatística ou exauriente, destina-se apenas ao desiderato ilustrativo, que merece ser procedido, a exemplo das configurações hipotéticas, para explicitar o funcionamento da interpretação sistemática, especialmente em face das antinomias jurídicas.

Eleger-se-á, convém ressaltar, o método de seleção baseado na ilustratividade dos acórdãos e, à medida do possível, tomando-os como reveladores do acerto das conclusões desta tese. Por igual, é de se advertir que se procederá a tal exposição, sempre sem necessária adesão ao decidido, em todos os exemplos trazidos, reservando-se para o final um breve e derradeiro exame da casuística.

Contemple-se, de início, o exemplo, entre inúmeros que se poderia trazer à colação, da questão pertinente à irretroatividade da lei tributária. Veja-se, a propósito, a discussão sobre a incidência da contribuição social, prevista na Lei nº 7.689/88, sobre o resultado de 31.12.88, tendo-se em vista a Arguição de Inconstitucionalidade na Apelação em Mandado de Segurança nº 90.04.12697-0-RS, julgada no Tribunal Regional Federal da 4ª Região (237). Nota-se, claramente, no corpo deste acórdão, comparecendo, em plena operação,

a interpretação sistemática a evitar a colisão de Princípio Superior, quando se distinguem o PS da anterioridade (que visa a garantir a não-surpresa do contribuinte) e o PS da irretroatividade (que visa a salvaguardar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada).

Acolheu-se, na espécie, a inconstitucionalidade no que tange ao art. 8º da aludida Lei, sobretudo por se reconhecer ofensa antinômica, neste comando, ao PS da irretroatividade, entendendo-se, sistematicamente, que o § 6º do art.195 excepcionaria a regra geral do art.150, III, "b", da Constituição Federal, contudo não se aplicaria à cobrança de tributos prevista na alínea "a".

Outro exemplo elucidativo de interpretação sistemática, que se destina a impedir a colisão, através do uso empírico do princípio da hierarquização axiológica, poder-se-á encontrar na Apelação em Mandado de Segurança nº 89.04.16102-9-RS (238), na qual se vê o reconhecimento de uma situação individual consolidada, ante a notícia da colação de grau pelos impetrantes.

Observe-se que o PS da legalidade estrita cede, hierarquicamente, de modo tópico, ao PS da confiança do administrado ou, dito de outro modo, na situação concreta do formando. Como raramente acontece, o sistema se desvela em sua abertura e elasticidade, a qual permite hierarquizar dentre várias soluções possíveis, todas rigorosamente agasalhadas pelo próprio sistema jurídico.

É o próprio Relator, após negar provimento à apelação e à remessa oficial, por força do fato consumado, quem declara (239):

"Mas, ao lado disso, releva notar que os impetrantes colaram grau (...), tiveram os seus diplomas enviados a registro no Ministério da Educação (...), tenho que existe uma situação individual consolidada pelo fato

consumado, como tem admitido a jurisprudência tranqüila e pacificamente do então Tribunal Federal de Recursos. O ideal seria, data venia, que feitos dessa natureza fossem preferencialmente julgados para não dar margem à chamada teoria do fato consumado em cuja sombra podem abrigar-se violações curriculares de toda a sorte".

Assim, em que pese preferir não ter que julgar consoante tal teoria, hierarquizou-a como necessária, no caso concreto, por mais consentânea com o sistema que quer ver triunfante o princípio da legalidade, mas o condiciona a outros princípios, inclusive o da segurança das relações jurídicas, a exigir o respeito a situações estabilizadas.

Em sentido outro, na Apelação Cível nº 89.04.00563-9-RS (240), o mesmo órgão julgador entendeu, nos termos da ementa lavrada por outro Relator, que (241):

"Afastada dos bancos escolares, quando do julgamento da Apelação, em razão de ter sido revogada a liminar concedida em medida cautelar, há quase 12 (doze) meses, não há como se falar em fato consumado".

O juiz, que, minoritariamente, entendeu de dar provimento à apelação, hierarquizou o PS da segurança das relações jurídicas, como, "in casu", devendo preponderar. Assim se expressou o julgador (242):

"como Juiz de 1º Grau tive ocasião de decidir questões idênticas a esta, sempre denegando o pedido (...). No estado dos autos, o desprovimento da apelação caracterizará, em concreto, o que a parêmia latina - summum jus, summa injuria - quis evitar. Por essas razões, ou seja, pelos interesses da Apelante, pelo resguardo do respeito que o Poder Judiciário deve se

impor para merecer de seus jurisdicionados (...) dou provimento".

Para evidenciar, nitidamente, as múltiplas possibilidades de hierarquização, convém, outrossim, mencionar os Embargos Infringentes em Apelação Cível nº 89.04.06812-6-RS (243), julgados no mesmo Tribunal, em que estampadas ficam as diferentes hierarquizações, ora fazendo preponderar o PS da segurança das relações jurídicas, ora o PS da legalidade.

Com freqüência, por outro lado, revela-se a interpretação sistemática, vencendo antinomias, sob a modalidade explícita de interpretação conforme a Constituição. Nada mais compreensível, tomando-se em conta o primado do critério de hierarquização, que tem de buscar, por conseguinte, a fundamentação última no corpo das normas e de princípios constitucionais.

Exemplar é o caso do Agravo de Instrumento nº 91.04.11718-2-RS (244), em que se considera que a Lei nº 6.830/80 não contempla a execução contra a Fazenda Pública, nela compreendidas as autarquias, devendo reger-se pelo art. 730 do Código de Processo Civil, compatibilizado com o art. 100 da Constituição.

Ao serem pensados estes dispositivos em conjunto, o que se fez, embora sem o dizer, foi reputar, em função da hierarquia, devendo ter primazia o Princípio Superior da concordância prática e, justamente em razão dele, resolvendo-se uma antinomia, não expressamente, declarando-a "aparente".

De outra parte, sucede, não raro, no plano jurisprudencial, de se entender que a antinomia se resolve subordinando-se a norma à outra de escalão superior, interpretando-se sistematicamente também esta última. É o caso típico

da exegese que reputou o art. 3º da Lei nº 6.334/76 como contrário aos Princípios Superiores, ante a interpretação sistemática dos arts. 7º, XXX e 39, §2º da Carta, como se registra na Remessa Ex-Officio nº 01011843 do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (245). Ali se entendeu que a hipótese configurava clara violação ao princípio constitucional da isonomia, porque não se deveria estatuir critério de admissão no serviço público que possuísse como discriminante o fator idade.

Registre-se, mais uma vez, neste exame jurisprudencial seletivo, por sua habitualidade, a tendência de se, ao realizar interpretação sistemática, compatibilizar tendo em vista a flexibilidade ínsita ao sistema, tornando a antinomia "aparente" pela aplicação tácita do princípio da unidade ou da concordância prática ou outro que, a juízo do aplicador, revelar-se como de oportuna hierarquização, mas o certo é que a antinomia, no campo mais alto dos princípios, terá irrompido, justificando a necessidade de visão sistemática para solvê-la.

Não é incomum, por outro lado, ver-se categoricamente explicitado o critério de hierarquização na sua dimensão axiológica, como no caso da Arguição de Inconstitucionalidade nos autos da Apelação em Mandado de Segurança nº 91.04.04947-0-RS, julgada no Tribunal Regional Federal da 4ª Região (246), onde se considera ter havido violação ao princípio da hierarquia das leis, assegurado constitucionalmente. Assim se expressa o eminente Relator (247):

"Ora, pelo que acima se expôs, vê-se que, inovando, o mencionado art. 35 da Lei nº 7.713/88, relativamente ao art. 43 do CTN, violado ficou o princípio da hierarquia das normas jurídicas, previsto no art. 59 da Constituição (...). E, no Brasil, face ao contido no art. 59 do Texto Maior, as leis complementares acham-se em nível hierárquico superior ao das ordinárias, tanto que sua aprovação depende de maioria absoluta do Congresso Nacional".

Com a mesma explicitude, pode ser verificada a resolução, por maioria, da antinomia entre um Decreto-Lei e uma Portaria Ministerial, como se vê na Apelação em Mandado de Segurança nº 89.04.18630-7-PR, decidida no Tribunal Regional Federal da 4ª Região (248), onde se ementa:

"Se uma Portaria Ministerial regulamenta um assunto e, posteriormente, é editado um Decreto-Lei com efeito retroativo, sem ressaltar qualquer ato normativo anterior, prevalece também aí o critério da hierarquia".

Bem significativo é, ainda, na Arguição de Inconstitucionalidade nº 91.04.09223-6-PR do mesmo Tribunal (249), o caso de interpretação sistemática feita de molde a preponderar o Princípio Superior consagrador da universalidade dos encargos à seguridade social. Resolveu-se uma antinomia, declarando constitucional o art. 3º, I, da Lei nº 7.787/89, que consagra como "folha de salário" o pagamento de remuneração de avulsos, autônomos e administradores das empresas. Neste caso, os dispositivos relativos à contribuição social foram postos sob o predomínio do Princípio Superior encapsulado no art. 195, "caput" da Constituição.

Fez-se esta hierarquização eminentemente axiológica, como se poderia ter feito outra (a decisão foi majoritária), buscando superar a antinomia pela compatibilização elástica, outra vez tornando-a "aparente", embora real na origem, a ponto de, quando mais não seja, ter nascido a controvérsia.

Sustentou-se, na argumentação vitoriosa, que o termo "folha de salários", utilizado na Constituição, deveria ser lido como significando "folha de pagamentos", se se quisesse uma resposta hermenêutica fiel à teleologia suposta na Carta. Aí está, sem dúvida, um caso explícito de hierarquização axiológica, nos termos em que se a descreveu, no campo teórico. Veja-se, a propósito,

parte do teor da ementa (250):

"1. Não é possível conceder à palavra "salário", referida no art. 195, inc. I da CF, entendimento técnico, pois se trata de dispositivo constitucional que, por sua característica política, escapa aos conceitos pertencentes ao tecnicismo jurídico; 2. Folha de salário significa folha de pagamento, pelo empregador, ou pela empresa, de qualquer remuneração por serviços a que lhe sejam prestados, inclusive a título de pro labore;"

Outro interessante caso de interpretação sistemática está na Apelação Cível nº 89.04.15508-8-RS do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (251), no julgamento da qual se nega provimento à cautelar e à ação principal, mantendo-se o benefício de aposentadoria, entendendo-se que a revisão e a suspensão do mesmo seria antinômica com o já aludido Princípio Superior da segurança jurídica, que deve ser resguardado nas relações do administrado com o Poder Público, inclusive relativizando o Princípio Superior da legalidade. Expressamente, em seu voto, assinala o douto Relator (252):

"E nem se diga que o art. 206 do Decreto nº 83.312/84 adota o princípio da legalidade e, por isso, a Administração pode, a qualquer tempo, rever benefício concedido ilegalmente. Não é bem assim. Este artigo deve merecer interpretação sistemática, ou seja, em consonância com os demais, em especial o art. 207".

Nesta interpretação assumida e tipicamente sistemática, embora toda ela o seja de algum modo, ao se hierarquizar como devendo preponderar o Princípio da segurança, manteve-se a sentença atacada, sem sequer descer ao exame de se o benefício foi ou não concedido com base em erro administrativo.

É de se notar, com ênfase dobrada, que, como também já se disse ao final das configurações hipotéticas, nem sempre que existir a contradição haverá antinomia jurídica, inclusive em função do âmbito ou da abrangência dos dispositivos, numa prévia análise aparentando matérias diversas. Porém, sempre que se instaurar uma antinomia, a interpretação sistemática, para solvê-la, valer-se-á, tácita ou expressamente, do princípio da hierarquização axiológica, de tal sorte a ser, de algum modo, invariavelmente principiológica a aplicação do Direito aos casos concretos.

Às vezes, a preferência é por declarar o vício de incompatibilidade do ato normativo, considerando expressamente inassimilável a erro de aplicação. Percebe-se o êxito de uma semelhante hierarquização na Arguição de Inconstitucionalidade na Apelação Cível nº 89.04.09727-4-RS do Tribunal Regional Federal da 4ª. Região (253). Diz o eminente Relator (254):

"A questão diz respeito à invalidade desse ato normativo, na sua modalidade mais grave, a da inconstitucionalidade. Quer dizer, o vício está nele, e não na sua aplicação".

No entanto, outra poderia ter sido a utilização empírica do princípio de hierarquização, neste caso, aliás, como sempre. Tome-se, dentre os votos vencidos, um fragmento extremamente revelador desta potencialidade. Ei-lo (255):

"Não há, pois, inconstitucionalidade na Resolução nº 1.338/87, em si mesma. Inconstitucional poderá ser sua aplicação, caso a ela se dêem efeitos retroativos".

Emblemático o caso para ilustrar a multiplicidade latente de soluções ao se lidar com prescrições supostamente contrárias ao sistema, em

si mesmas ou nos seus efeitos. Ainda uma vez para caracterizar modos diversos de realizar a interpretação sistemática, sempre hierarquizante e, direta ou indiretamente, principiológica, é de se reportar, em grandes linhas, ao discutido na Arguição de Inconstitucionalidade na Apelação Cível nº 91.04.16826-7-PR, decidida no Tribunal Regional Federal da 4ª Região (256). Notam-se duas hierarquizações marcadamente distintas, ambas encontrando agasalho no mesmo sistema jurídico. Veja-se uma primeira posição que sustenta (257):

"Em face de disposições expressas da nossa atual Carta Magna (art.148), de todo correto dizer-se que a natureza jurídica do empréstimo compulsório é eminentemente tributária".

Assim e, considerando vulnerado o Princípio Superior da anualidade, bem como a existência de uma violação flagrante contra o Princípio Superior que veda a bitributação, acolheu a arguição de inconstitucionalidade do art. 10, primeira parte, do Decreto-Lei nº 2.288/86. Noutro passo, fazendo uso diverso do mesmo princípio da hierarquização axiológica, registra-se voto em que se sustenta (258):

"Tenho que, em matéria de Direito Tributário, muito mais do que a forma e a denominação, há de se considerar a substância. (...) Na verdade, o Decreto-Lei que adotou, sob o título de Empréstimo Compulsório, o percentual sobre o preço, dos combustíveis durante a vigência do Plano Cruzado, considerando-o como aumento de preço, não instituiu empréstimo compulsório. Por razões extrajurídicas, deu um aumento de preço, e aumento de preço o governo podia dar".

Por esta hierarquização, rejeitou a arguição, importando para

esta tese somente desvelar o funcionamento constante e invariável, num processo de hermenêutica, de um momento hierarquizador, o qual faz com que todas as decisões possam ser traduzidas, mesmo as mais singelas, em termos de adoção, explícita ou implícita, de determinados princípios, preponderando sobre normas ou regras e resguardando certa visão unitária do sistema jurídico.

É de se observar, também, que, quando se está diante de hermenêutica jurídica, nunca se pode fazer leitura isolada dos dispositivos constitucionais, como se sustentou enfaticamente no Capítulo sobre antinomias jurídicas. Bem a propósito, é de se trazer a citação do Habeas Corpus nº 89.04.00398-9-PR (259), julgado no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, quando hierarquizado como superior ou preponderante o Princípio da unidade, considerou-se compatível o art. 35 da Lei Antitóxico com o Texto Constitucional. Assim se expressou o Relator (260):

"A leitura isolada do art. 5º, item LVII da Constituição Federal pode levar à conclusão de que, no nosso sistema jurídico, a prisão de uma pessoa pressupõe sentença penal condenatória transitada em julgado.(...)"

Mais adiante, ainda no corpo de seu voto, sem embargo da impressão inicial, sustenta que a presunção de inocência não tem a extensão pretendida, revelando-se compatível com a prisão provisória. Expressamente, assinala o Relator (261):

"A prisão provisória é permitida, no entanto, se a prisão resultar de flagrante delito ou for decorrência de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (LXI). É obrigatória, entre outros casos, quando o réu é acusado de tráfico ilícito de entorpecentes e afins (XLIII). Quer dizer, o art. 35 da Lei Antitóxico foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, de modo explícito, e não revogado como querem os impetrantes".

Outro caso de hierarquização em interpretação sistemática reside na consideração tópica da inaplicabilidade de um dispositivo, sem se ter de considerá-lo como contrário ao sistema. Registre-se, elucidativamente, o caso da inaplicabilidade do art. 319 do Código de Processo Civil na hierarquização realizada na Apelação Cível nº 89.04.00470-5-RS (262), quando se decidiu que a pensão previdenciária tem caráter indisponível, sendo de se considerar inaplicável o aludido dispositivo processual, por força da presença normativa do art. 320, II do mesmo CPC. Diz o Relator, no seu voto:

"Os efeitos da revelia, estatuídos no art. 319 do Código de Processo Civil, constituem corolário do princípio dispositivo (...), mas encontra óbice quando o litígio versar sobre direitos indisponíveis, nos termos do artigo 320, II da Lei processual vigente. Tenho que o direito à pensão, atento ao seu caráter alimentar, como demonstrado, é indisponível (...)"

Nesta avaliação de cunho eminentemente axiológico é que se considerou este, não o outro, como sendo o dispositivo aplicável, dado que a hierarquização (Metacritério) solveu a antinomia, ao mesmo tempo em que fez preponderar um dos dispositivos do mesmo Estatuto processual, o qual, aliás, como se vê inclusive normativamente no art. 244, está voltado a atender sobretudo ao Princípio Superior da Finalidade.

Mais um caso de exercício da liberdade do intérprete sem abandonar a relação de pertença ao sistema, mas, ao revés, constituindo o teor deste mesmo sistema, vê-se no debate sobre a fixação de honorários advocatícios devidos pela Fazenda Pública, nos limites mínimos fixados pelo § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil. Exemplar, a este respeito, é a Apelação Cível nº

89.04.00492-6-RS (264). Aqui o Princípio Superior da proporcionalidade foi, implicitamente, hierarquizado pelo metacrítério capaz de oferecer justificação e fundamento teleológico à decisão tomada.

Diz o Relator, antes de considerar, no caso concreto, como bem arbitrada a verba honorária da sentença recorrida (265):

"Os limites do valor da verba honorária estabelecidos no § 3º do artigo 20 do CPC entre 10% e 20% do valor da condenação não têm aplicação cogente em se tratando de causa em que for vencida a Fazenda Pública. Nesta hipótese, por força do § 4º do mesmo artigo, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz (...) Não há dúvida que a regra estabelece desigualdade entre as partes (...) É de lembrar, entretanto, que, embora liberto dos parâmetros fixados no § 3º do artigo 20, nada impede que o juiz os admita e aplique contra a Fazenda Pública. É recomendável até que, em regra, o faça de forma a mitigar a desigualdade dos litigantes, reservando tratamentos diferenciados a hipóteses em que a excepcionalidade os justifique"

Mais um esforço de hierarquização axiológica que valoriza a harmonia das normas, solvendo a antinomia por força desta mesma hierarquização principiológica, encontra-se na consideração da aplicabilidade do art. 730 do CPC, interpretado em consonância com o art. 100 da Constituição Federal. É o que se pode constatar na Apelação Cível nº 89. 04.00832-8-SC, julgada no Tribunal Regional Federal da 4ª Região (266), na qual o Relator supera, sistematicamente, a antinomia que uma interpretação apenas literal teria dificuldades em vencer. Diz em seu voto (267):

"Mas, como se dizia, pressupondo a execução contra a Fazenda Pública uma sentença passada em julgado, a disposição inscrita no art. 730 do Código de Processo

Civil há de ser interpretada do seguinte modo: os embargos ali previstos devem ser tidos como defesa ou contestação à inicial da execução, pelo que haverá a incidência da regra do art.188 do mesmo Código (...) e, se os embargos não forem opostos, o Juiz deverá proferir sentença, requisitando-se, após o trânsito em julgado, o pagamento por intermédio do Presidente do Tribunal competente (...)".

Assim hierarquizando, isto é, escolhendo que esta deva ser a interpretação, procura-se compatibilizar o aludido dispositivo processual, realizando uma interpretação sistemática e conforme a Constituição, justamente para evitar a permanência de uma incompatibilidade vista como irrefutável no primeiro momento da exegese sistemática, vale dizer, o da interpretação literal.

Não raro, a interpretação sistemática se faz explicitamente teleológica, assim como ao tratar da recepção do art. 2º da Lei nº 7.347/85 pelo art. 109 da Constituição Federal, fixando a competência local, o que gerou o improvimento do Agravo de Instrumento nº 89.04.15098-1-SC no Tribunal Regional Federal da 4ª Região (268). Nestes termos, revelou o Relator - sem peias - o cunho teleológico de sua decisão (269):

"O foro do local onde se deu o fato lesivo ao meio ambiente ou ao consumidor, é o mais indicado, pela facilidade de obtenção da prova testemunhal, realização de prova pericial necessária à comprovação do dano".

Também com extrema nitidez exsurge o princípio da hierarquização axiológica como metacritério no julgamento da Apelação Criminal nº 89.04.15395-6-RS (270), quando o Relator, ao discorrer, em seu voto, sobre a necessária fundamentação da sentença, inclusive lembrando ser esta uma exigência constitucional e uma garantia contra o arbítrio, refere (271):

"Incumbe ao magistrado (...) um exercício de fundamentação, vinculando seu convencimento aos elementos dos autos para o efeito de concluir pela imputação objetiva e subjetiva".

Por considerar deficiente a fundamentação da sentença, entendeu por anulá-la, com vistas ao proferimento de uma outra em relação ao recorrente. A menção se faz ilustrativa, sobretudo por sublinhar como necessário o uso empírico do princípio da hierarquização, que se afirma o critério último de toda decisão jurídica e, pois, de toda interpretação sistemática.

De outra parte, a hierarquização do PS do justo preço, no caso das desapropriações, resultou cristalina, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 89.04.16789-2-RS (272), em que se julgou perícia avaliatória compatível, em sede de expropriação, no dizer do Relator em seu voto, não se pode postergar (273):

"o princípio constitucionalmente assegurado do preço justo, nem o seu consectário jurisprudencial de que mesmo a revelia do expropriado não importa na sua concordância com o preço oferecido".

Idêntica hierarquização sucedeu no julgamento da Apelação Cível nº 89.04. 18048-1-RS (274) do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, quando foi decidido que, não tendo havido intimação aos expropriados de que o Tribunal havia colocado à disposição recursos aos mesmos, por força do predomínio do aludido Princípio, não haveria falar em mora.

Caso igualmente ilustrativo de interpretação sistemática e, portanto, de hierarquização tópica, vê-se no julgamento do Mandado de Segurança

nº 89.04.15019-1-RS (275), do mesmo Tribunal, em que se tenta recomendar a hierarquização como dever do juiz, em matéria cautelar, no exercício de seu poder discricionário, nos termos da ementa (276):

"quando, demonstrada pelo autor a plausibilidade do direito, haja evidência de que o decurso do tempo tornará fato consumado a vitória da outra parte, a quem o direito aparentemente não assiste. O indeferimento da liminar, nestas hipóteses, implica ofensa ao direito constitucional à utilidade do processo".

Ao mesmo tempo, uma vez não avaliado como suficientemente demonstrado o risco extremo, no caso vertente, reputou o Relator como não configurada ilegalidade ou abuso de poder pela autoridade impetrada, tampouco liquidez e certeza de direito, donde a negação da ordem. Aqui, o Princípio da harmonização também aparece, notadamente na conciliação pretendida entre os pressupostos de certeza e liquidez e o da discricionariedade do julgador, em se tratando de concessão de liminar.

Outro caso extremamente rico, sempre sob o ângulo ilustrativo, é o da incompatibilidade entre a Resolução nº 1.154/86 do Banco Central com o Princípio Superior da legalidade. Aqui, diante da antinomia, estabeleceu-se hierarquização que, em não sendo possível exegese conformadora, a declaração da inconstitucionalidade seria a única forma de escoimar a colisão flagrante. É o que deflui da Arguição de Inconstitucionalidade na Apelação em Mandado de Segurança nº 89.04.15048-5-PR, julgada no Tribunal Regional Federal da 4ª Região (277).

De outro lado, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 89.04.03769-7-SC, julgado nesta Corte (278), verifica-se a hierarquização entre princípios. Tal, no caso concreto, consistiu em não acolher o PS da

unirrecorribilidade. Diz o Relator, em seu voto (279):

"Entendo que se deve fidelidade aos princípios processuais que garantem a unirrecorribilidade e infungibilidade dos recursos, exceto hipóteses bem definidas. No caso, porém, o recurso foi uno, mas não poderia ser conhecido como embargos (...) Dou, então, provimento parcial ao agravo apenas para mandar processar a apelação como requerido, dispensando-se o juízo a quo de deliberar sobre a conversão da apelação em embargos na forma de sua acertada objeção manifestada na decisão acatada".

Uma hermenêutica principiológica explícita, em sentido técnico, pode ser constatada na Apelação Cível nº 89.04.10073-9-RS, julgada no Tribunal Regional Federal da 4ª Região (280), em que se admite que o princípio constitucional da isonomia (281):

"foi o suporte jurídico adotado pela jurisprudência para reconhecer, na repetição de indébito, o direito ao acréscimo de correção monetária e de juros de 1% ao mês, idênticos aos incidentes sobre o tributo pago em atraso".

Com base na mesma hierarquização, neste acórdão, vê-se sustentado que o mencionado Princípio deve nortear o termo inicial da incidência dos juros moratórios, que deveriam fluir, então, desde a constituição da mora. O Relator, em seu voto, faz questão de explicitar o caráter eminentemente principiológico hierarquizador de que se vale para dar solução ao caso (282):

"Se a aplicação do princípio da isonomia derogou a regra estabelecida no art. 1º da Lei 4.414 (...), é imperioso se reconheça que o mesmo princípio derogou, também, o parágrafo único do art. 167 do

C.T.N., que fixou, para a repetição de indébito, o trânsito em julgado como termo inicial da incidência de juros".

O metacrítério da hierarquização transparece, à máxima evidência, outrossim, na Apelação em Mandado de Segurança nº 89.04.15865-6-RS (283), julgado no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, quando se fixou que as normas administrativas de concurso público devem ser, sistematicamente, vistas sem que se admita a permanência de antinomia com o Princípio Superior do amplo acesso. Neste sentido, expressou-se, elucidativamente, o Relator (284):

"Assim, em obediência aos princípios que norteiam os concursos públicos e o acesso aos cargos públicos, a compatibilidade exigida no art. 4º, I, da Resolução do COCEP não poderia jamais assumir o caráter absoluto que lhe foi atribuído."

Veze há - com extraordinária frequência - que se encontra a tendência de preservação do sistema contra as incômodas antinomias, de sorte a buscar vê-las ocorrendo em escalões menos elevados, algo que outro recurso hermenêutico não é senão o determinado pela aplicação do princípio da hierarquização axiológica que prioriza a interpretação sistemática, na acepção defendida nesta tese. É o que se vê, entretanto, no julgamento do Agravo Regimental nº 131.798-1-PR (285), quando se pronuncia o Relator (286):

"A decisão agravada é de ser mantida. A uma, porque a ofensa ao art. 5º, LV, da Constituição, se existente, teria sido indireta, reflexa. A ofensa à Constituição, que autoriza admissão do recurso extraordinário, é a ofensa direta, frontal (...), direta e não por via reflexa (...). A duas, porque pretende o recorrente o reexame da matéria de fato - a verificação mediante o exame de

documentos, da tempestividade do recurso, quando a Corte de origem deu pela sua intempestividade".

Mencione-se, à guisa de conclusão, que a jurisprudência, direta ou obliquamente, só faz por transcender à mera interpretação normativista, ao gosto dos aximático-dedutivos. Senão, veja-se para gizar esta observação o Recurso de Habeas Corpus nº 2.419-0-SP, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça(287).

Assim, espera-se que esta breve ilustração jurisprudencial sirva para se mostrar a imprescindibilidade do pensamento sistemático e, ao mesmo tempo, o caráter inafastável do argumento tópico, vez que dele dependerá, na casuística, a hierarquização axiológica, que será tanto melhor quanto mais força legítima alcançar a hermenêutica, no afã muito apropriado de universalizar a solução favorável à sistematicidade, atendido o Princípio de unidade interna que não admite antinomias e, simultaneamente, respeitada a sua abertura como traço do qual os estudiosos e os aplicadores jamais deveriam descurar.

A empiria, vista sob o prisma de um conceito de sistema, tal e qual se advoga, bem como à base de um pensamento sistemático que acolha e supere uma visão unilateral do pensamento tópico, parece reveladora da necessidade de uma formação consciente do intérprete e do aplicador para esta suma tarefa jurídica que consiste, em face de antinomias, marcadamente as principiológicas - mesmo quando se aninhem sob as aparências de um mero conflito de normas - demonstrar aptidão para o manejo inteligente e eficaz do princípio da hierarquização, na perspectiva de um Direito coerente e aberto.

NOTAS:

(237) Acórdão publicado na Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Livraria do Advogado, nº.7, p.21-66. Doravante, ao se aludir a este periódico, usar-se-á apenas RTRF-4ª.

(238) RTRF-4ª, nº 4, p.301-304. Outro interessante caso de hierarquização em que o princípio da segurança das relações jurídicas é visto como predominante e encontrável na Apelação Cível nº 90.04.26301-2-RS in RTRF-4ª, nº 12, p. 208-211, no julgamento da qual se sustenta que não se compatibiliza com o sistema jurídico, "notadamente com o seu objetivo de dar segurança e estabilidade às relações jurídicas, o ato da Administração que, fundado unicamente em nova valoração da prova, modificou o resultado da decisão anterior, já acobertada pelo efeito da coisa julgada" (p.208). O Relator não colocou em dúvida que os atos administrativos em geral devem ser anulados quando eivados de vício que os tornem ilegais, somente que, em face de ato administrativo vinculado, hierarquizou-o como irretratável, de um lado e, de outro, inexistente motivo para anulação por inexistência de ilegalidade.

(239) RTRF-4ª, nº 4, p.304.

(240) RTRF-4ª, nº 1, p.132-138.

(241) RTRF-4ª, nº 1, p.133

(242) RTRF-4ª, nº 1, p.138.

(243) RTRF-4ª, nº 3, p.20-47.

(244) RTRF-4ª, nº 9, p.327-329.

(245) Acórdão publicado na Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Porto Alegre, Livraria do Advogado, nº 3, p.78.

(246) RTRF-4ª, nº 12, p.40-65.

(247) RTRF-4ª, nº 12, p.43.

(248) RTRF-4ª, nº 2, p.524.

(249) RTRF-4ª, nº 10, p.102-115.

(250) RTRF-4ª, nº 10, p.103.

(251) RTRF-4ª, nº 12, p.136-138.

(252) RTRF-4ª, nº 12, p.138.

(253) RTRF-4ª, nº 10, p.23-39. Outro exemplo pode ser visto na Apelação em Mandado de Segurança nº 90.04.20516-0-RS in RTRF-4ª, p. 178-180, quando se considera que na Carta de 1988 inexistente o dever de exaurir as vias administrativas como condição da ação judicial e, interpretando a amplitude do art. 5º, XXXV da Constituição, que consagra o sistema de jurisdição única, considerou-se que a partir da nova Carta "todo o texto legal, que condiciona o ajuizamento de ação judicial à prévia decisão administrativa, perdeu eficácia por completa incompatibilidade" (p.180). Neste mesmo diapasão, é de se citar o exemplo da Apelação Cível nº 91.04.22636-4-PR, publicado na RTRF-4ª, nº 8, p.380-385.

(254) RTRF-4ª, nº 10, p.26.

(255) RTRF-4ª, nº 10, p.31.

(256) RTRF-4ª, nº 10, p.143-157.

(257) RTRF-4ª, nº 10, p.156.

(258) RTRF-4ª, nº 10, p.157.

(259) RTRF-4ª, nº 1, p.109-112.

- (260) RTRF-4^a, n° 1, p.110.
- (261) RTRF-4^a, n° 1, p.111.
- (262) RTRF-4^a, n° 1, p.115-119.
- (263) RTRF-4^a, n° 1, p.119.
- (264) RTRF-4^a, n° 1, p.123-125.
- (265) RTRF-4^a, n° 1, p.124-125.
- (266) RTRF-4^a, n° 1, p.156-160.
- (267) RTRF-4^a, n° 1, p.158.
- (268) RTRF-4^a, n° 1, p.272-274.
- (269) RTRF-4^a, n° 1, p.275.
- (270) RTRF-4^a, n° 1, p.324-329.
- (271) RTRF-4^a, n° 1, p.327.
- (272) RTRF-4^a, n° 1, p.405-408.
- (273) RTRF-4^a, n° 1, p.408.
- (274) RTRF-4^a, n° 1, p.421-423.
- (275) RTRF-4^a, n° 2, p.67-78.
- (276) RTRF-4^a, n° 2, p.67.
- (277) RTRF-4^a, n° 2, p.103-112.
- (278) RTRF-4^a, n° 2, p.233-235.
- (279) RTRF-4^a, n° 2, p.235.

(280) RTRF-4ª, nº 2, p.303-305.

(281) RTRF-4ª, nº 2, p.303.

(282) RTRF-4ª, nº 2, p.305.

(283) RTRF-4ª, nº 2, p.409-416.

(284) RTRF-4ª, nº 2, p.416.

(285) Acórdão publicado na LEX - Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. São Paulo, Lex Editora, 1992, nº 168, p.182-185.

(286) Idem: p.184.

(287) Revista do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, Livraria e Editora Brasília, nº 46, p.477.

Capítulo Décimo:

ILUSTRAÇÃO DOUTRINÁRIA DA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA EM FACE DAS ANTINOMIAS JURÍDICAS NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Aplicando-se as idéias desta tese a um dos ramos do Direito Público, qual seja, o Direito Administrativo, pode ser este conceituado como uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, concernentes à Administração Pública.

A par disso e, ao mesmo tempo, no conceito de Direito Administrativo assim formulado, vislumbra-se a possibilidade epistemológica de síntese das metodologias estruturalistas e funcionalistas, bem como entre as visões da tópica jurídica e do pensamento sistemático, aparente e só aparentemente em contradição. Com efeito, numa adequada compreensão, resulta firme o reconhecimento de que a complementação mútua dos pensamentos sistemático e tópico revela-se aqui de um modo especial e peculiar.

À base de tal conceito-guia, percebe-se que todas as frações do sistema administrativista estão em conexão com sua inteireza, daí resultando que qualquer exegese comete, direta ou indiretamente, uma aplicação

principiológica como condição mesma de sua adequação. Sobreleva-se a interpretação sistemática, a qual decididamente não pode ser confundida com um mero elemento ou método interpretativo, porque somente quando realiza tal ordenação hierárquica de princípios será capaz de determinar o alcance teleológico dos dispositivos atinentes à Administração Pública, realizando o mister de harmonizar os comandos de sorte a resguardar a unidade axiológica.

Ademais, é de se ressaltar, nesta exemplificação doutrinária, que, embora nem sempre de uma maneira explicitada, na exegese do Direito Administrativo, faz-se a escolha por um dos critérios hermenêuticos, mas, ao fazê-lo, nota-se a presença, ao menos implicitamente, dos demais. Daí segue o acerto em se admitir a constituição mútua dos vários critérios, hierarquizados topicamente de maneira a manter o Direito Administrativo como sistema, dotado de unidade e de adequação, seja na pauta aplicativa, seja no campo teórico ou científico, afastando-se por completo uma noção unilateralmente tópica ou axiomático-dedutiva.

Nesta perspectiva, a interpretação sistemática do Direito Administrativo deve ser definida como uma operação que consiste em atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, concernentes à Administração Pública, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance, superando antinomias a partir da adequação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos.

De seu turno, as antinomias jurídicas, na seara das relações de administração - aquelas que se estruturam sob o influxo de uma finalidade cogente de interesse público (288) - reclamam ser pensadas, concomitantemente, como contradições lógicas e axiológicas ou principiológicas. Com efeito, o sistema jurídico, tal qual já se o definiu, está a exigir, ao lado ou diversamente dos significados expostos, uma noção mais rica e complexa do que aquela que o vê

como mero aparato destinado à exclusão de incompatibilidades formais entre as normas. Assim, em coerência com os conceitos antes esposados, definem-se as antinomias como sendo incompatibilidades possíveis ou instauradas entre normas, valores ou princípios jurídicos pertencentes, validamente, ao mesmo sistema de Direito Administrativo, tendo de ser vencidas para a preservação da unidade interna e coerência do sistema, e para que se alcance a efetividade de sua teleologia constitucional.

Reitera-se que, na linha teleológica proposta, para vencer as antinomias (sempre solúveis juridicamente) (289), mesmo entre normas do mesmo escalão formal e coevas, o critério hierárquico axiológico, nos termos dos preliminares conceitos de sistema jurídico e de interpretação sistemática, é capaz de oferecer, em todos os casos, uma solução adequada, desde que, no bojo do sistema, tenha havido a positivação de princípios de mínima razoabilidade, ou seja, desde que o Direito Administrativo possa cumprir funções sistemáticas, somente possíveis quando o ordenamento jurídico é visto como sistema da liberdade.

No Direito Administrativo, domina hierarquicamente, como em todos os ramos, o princípio da hierarquização axiológica. É este metacritério de natureza jurídica, indispensável à coerência, que, no Estado Democrático de Direito, determina devam ser considerados estes ou aqueles demais princípios como superiores. Dito de outro modo, é justamente em razão da hierarquização, culturalmente condicionada, que se diz preponderante o princípio do interesse público ou da utilidade pública. RUY CIRNE LIMA, a propósito, expressa tal dimensão principiológica em tom certo, ao salientar que se forma o Direito Administrativo do acúmulo de regras sobre o princípio de utilidade pública (290).

De seu turno, JEAN RIVERO resume a sua posição acerca de um critério de Direito Administrativo nestes termos (291):

"les règles du droit administratif se caractérisent par les dérogations au droit commun qu'exige l'intérêt public, soit dans le sens d'une majoration, au profit des personnes publiques, des droits reconnus aux particuliers dans leurs relations, soit dans le sens d'une réduction de ces droits".

Para realizar a interpretação sistemática, assim, é sempre necessário ter em alta conta esta dimensão principiológica e axiológica que peculiariza o regime jurídico-administrativista como de natureza pública.

Doutrinariamente, ainda prepondera, no entanto, um certo normativismo que se esquece da aludida dimensão. Nada obstante, em CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO encontra-se uma rica tentativa de estabelecer um catálogo de tais princípios. Nesta classificação, encontram-se o princípio da supremacia do interesse público (sobre o interesse privado), entendido como própria condição de existência da sociedade (292) e do qual advêm relevantes subprincípios hermenêuticos, tais como a desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados e a presunção de legitimidade dos atos administrativos (293).

Outro princípio elencado é o da legalidade, que consistiria - por ora sem maiores questionamentos - na consagração da submissão do Estado à lei (294). A par deste princípio, faz constar o da finalidade, conquanto reconhecendo-o inerente àquele. Acrescenta, também, os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação, da impessoalidade, da publicidade, da moralidade administrativa, do controle jurisdicional dos atos administrativos e da responsabilidade do Estado por tais atos (295).

Como se vê, muitos destes princípios são derivados entre si e reciprocamente complementares. Certo está que nenhum deles pode ter a

pretensão de exclusividade (296) e, não raro, colidem entre si, porém sempre há; pela hierarquização, a dominância ditada pelo princípio (não norma, nem lei) da coerência, que outro não é senão o princípio da hierarquização axiológica.

Para facilitar a superação de antinomias desta configuração, poder-se-ia a este catálogo tópicamente aditar outros princípios, tais como o da confiança do administrado na Administração Pública, bem como o dever de agir com probidade, sob pena de crime de responsabilidade. Assim, como simples ilustração de um projeto possível de catálogo dos princípios constitutivos de Direito Administrativo, poder-se-ia apresentar este: I - Princípio do primado do interesse público (decorrente dos princípios fundamentais - art. 1º da Constituição Federal); II - Princípio da legalidade (expresso nos arts. 5º, II e 37, "caput" da Lei Maior); III - Princípio da Impessoalidade (consagrado no art. 37, "caput", II e XXI, entre outros dispositivos constitucionais e legais, como no art. 3º da Lei nº 8.666/93); IV - Princípio da publicidade (Constituição Federal, art. 37, "caput" e art. 5º, LXXII, entre outros); V - Princípio da moralidade (art. 37, "caput" da Lei Fundamental, bem como em vários dispositivos que tratam de improbidade administrativa, como o § 4º do art. 37, assim como no plano ordinário na ação civil trazida pela Lei nº 8.429/93); VI - Princípio da jurisdição única (Constituição Federal, art. 5º, XXXV); VII - Princípio da economicidade ou otimização operacional (expressamente consagrado no art. 70 da Lei Maior); VIII - Princípio da legitimidade (agasalhado no mesmo comando constitucional auto-aplicável, de conteúdo aberto); IX - Princípio da proporcionalidade (dimanante dos princípios fundamentais, inclusive do art. 3º da Lei Maior); X - Princípio da segurança das relações jurídicas e da estável confiança do administrado de boa-fé (implícito e decorrente dos princípios fundamentais, inclusive do próprio primado do interesse público).

Correto é que, quando os aludidos princípios estiverem em situação antinômica, será o metacrítério chamado a dar a solução jurídica

adequada. Deste modo, o princípio da legalidade estrita poderá ceder à necessidade de se colocar lindes ao anulamento dos atos administrativos, tendo em vista, como se viu em Capítulo precedente na análise jurisprudencial, a preponderância tópica do aludido princípio da confiança do administrado de boa-fé na Administração, dado que se hierarquizou, no caso concreto, como mais em consonância com o princípio hierarquicamente superior a ambos, qual seja, o do primado do interesse público. Note-se, ainda, que tal convalidação ocorre em face de lapso temporal, a par da boa-fé, cuja determinação dependerá de um cotejo parcimonioso de princípios, sempre à vista da proteção dos direitos fundamentais, como lucidamente propõe HARTMUT MAURER (297). Dito de outra maneira, a antinomia de princípios encontra a seguinte formulação e solução graças a qual o primado do interesse público, preponderante por força da hierarquização axiológica, topicamente, faz preponderar a legalidade estrita ou o princípio da confiança do administrado :

PS	x	PS
(Princípio superior da segurança das relações jurídicas e da confiança do administrado)		(Princípio superior da legalidade)
=		
PS do primado do interesse público		
⇒		
PS da hierarquização axiológica		

Com similar preponderância - ditada pelo princípio da hierarquização - concedida ao princípio do interesse público, no âmbito do Direito Administrativo é que se devem interpretar, v.g, as cláusulas exorbitantes de direito comum nos assim chamados contratos administrativos, de tal sorte que estes possam ser rescindidos unilateralmente pela Administração por força do interesse público, sem que se converta tal operação numa arbitrariedade, assim como seria considerada se estivessem ocupando os pólos contratuais apenas dois particulares.

Assim, toda hermenêutica de Direito Administrativo tem que ser vista sob uma ótica própria e principiológica, em razão da hierarquização valorativa do princípio cogente da predominância do interesse público quando de eventual contraste com o do particular, sem que esta primazia implique subjugação despótica do mesmo, vez que se considera que os particulares interesses, de algum modo, colidem consigo próprios, quando em colisão com o interesse público, no qual estão subsumidos.

Esta hierarquização - assumida por ERNST FORTSTHOFF (298) no campo das fontes do Direito Administrativo - permite entender a própria formação dos principais institutos deste campo da juridicidade em geral, sendo que tais institutos, sem tal visada sistemática, restariam fragmentos dissociados e incapazes de fornecer um sistema dotado da característica essencial da unidade. Tome-se outro exemplo: o da desapropriação, que resulta possível em face do domínio eminente que o Estado possui em relação a todos os bens presentes em seu território. Trata-se de um despojamento compulsório e, em paradoxo somente vencível por uma interpretação sistemática, é considerada como uma aquisição originária da propriedade pelo Poder Público ou por seus delegados, mediante, em regra, prévia e justa indenização em dinheiro ou em títulos.

Esta antinomia insita ao próprio conceito de desapropriação é

solúvel pelo princípio do primado do interesse público, o qual de fato faz com que o bem se incorpore ao patrimônio sem que pairesm quaisquer ônus reais sobre ele, justamente porque tal aquisição, por interesse social ou por utilidade pública, faz-se independentemente de quaisquer títulos anteriores, ainda que os credores permaneçam pessoalmente sub-rogados no preço.

Ainda mais: é o mesmo primado do interesse público que permite explicar que, mesmo diante de nulidade do processo expropriatório, se o bem já se incorporou ao patrimônio público, somente se resolve em perdas e danos. Simetricamente, os lucros cessantes, pena de se ferir o princípio da justa indenização, são ressarcidos pelos assim denominados juros compensatórios, acumuláveis com os moratórios, tendo em vista a solução pretoriana para um conflito entre o princípio da justa indenização e a norma omissa, no particular.

Deste modo, o metacrítério de hierarquização axiológica determina preponderar o princípio superior do interesse público, ainda quando pareça que esteja dominando o interesse do particular, pelo menos num Estado Democrático, no qual a relação jurídica deve ser vista e concebida à luz do primado do interesse público. É o que se nota, por igual, no exercício do poder de polícia administrativa, quando inegavelmente se mostra descabida a indenização, em face desta imposição, em regra, de um non facere, tendo em vista que não se restringem os direitos de liberdade e de propriedade, senão que o uso desta e daquela no escopo de alcançar o melhor convívio das múltiplas liberdades. Tal instituto jamais poderia ser confundido, dado que privativo do Poder Público, com servidões civis ou com restrições de vizinhança, já porque estas limitações administrativas ocorrem sob a égide de preceitos públicos, não raras vezes de modo auto-executório, já porque é de sua natureza impor coativamente, embora podendo assumir função repressiva, uma abstenção com base na consecução do interesse superior que lhe dá embasamento legal.

De outra parte, seguindo este périplo por figuras e institutos do Direito Administrativo, a função pública, como bem assinalava OTTO MAYER, exige certas adaptações no tratamento, por exemplo, da responsabilidade dos funcionários (299). Com efeito, a responsabilidade civil objetiva do Estado nada mais é do que a consagração do interesse público, exatamente porque à vítima não se dá o ônus de provar culpa ou dolo do agente público, à vista da suposta inferioridade da vítima particular. Todavia, a não adoção do risco integral também atende ao mesmo princípio, vale dizer, seria arrematado equívoco impedir-se o Estado de provar a culpa parcial ou exclusiva da vítima.

Vai daí que o instituto da responsabilidade civil do Estado, bem observado, supera a antinomia existente entre a irresponsabilidade estatal e a teoria do risco integral, pela hierarquização imprimida pelo primado do interesse público, tal e qual se o concebe hodiernamente.

Ainda cumpre, nesta aproximação ilustrativa, citar a exemplar relação que envolve o servidor público estatutário (da Administração direta, das autarquias e das fundações públicas) como sendo um ato-união, mais do que uma relação contratual, novamente em razão direta de uma subordinação teleológica desta relação institucional aos fins superiores do Estado Democrático de Direito.

As normas que regem as relações trabalhistas, de um modo ordinário, cedem diante do apelo constitucional de que se vejam tais servidores entendidos como peculiares, porque publicizada a relação dos mesmos com o Estado, em face do qual mantêm uma vinculação de dependência, sob remuneração. Também não é menos verdade que mesmo aqueles servidores lato sensu, que trabalham, na Administração Pública indireta, junto às pessoas jurídicas de direito privado, em que pesem estarem sob o regime celetista, têm equiparação, por exemplo, para efeitos penais, com aqueles da Administração

direta, das autarquias e das fundações públicas, além de serem recrutados mediante concurso público e assim por diante.

Existe, claramente, no exame destas relações de trabalho, uma publicização ditada pelo próprio primado do princípio do interesse público. Neste sentido, nada mais elucidativo quanto à necessidade de uma interpretação sistemática bem articulada para evitar antinomias, inclusive intraconstitucionais, do que a análise do preceito da Constituição federal, onde se preceitua que empresas públicas e sociedades de economia mista devem ser submetidas ao regime próprio e peculiar das empresas privadas, inclusive quanto a obrigações trabalhistas e tributárias. Sucede que tal dispositivo há de ser entendido à luz do princípio superior do primado do interesse público, que, então, relativizará o seu conteúdo, algo que não seria plausível se considerado isoladamente e de modo não sistemático. Numa perspectiva adequada, é forçoso reconhecer que devem estas pessoas ser controladas pelo Tribunal de Contas, a exemplo do que sucede com os demais entes que compõem a Administração Pública. A par disso, mister é o reconhecimento de que seus agentes podem ser autoridades coatoras, quando do exercício de funções delegadas, cabendo a imposição de mandamus diante de eventuais abusos dos mesmos. De outra parte, exigível é que se submetam aos certames licitatórios os seus contratos administrativos, dada a singela observação de que estas pessoas, criadas por lei específica e possuidoras de capital público, exclusivo ou não, são afinal partes integrantes da Administração, devendo pautar suas ações pelo pleno respeito e acatamento aos princípios constitucionais de Direito Administrativo, particularmente os encapsulados na Lei Fundamental.

A propósito de tais princípios, vemos que todos refletem o maior dos mesmos, qual seja o do interesse público. Assim, o princípio da publicidade só tem sentido, ao lado dos princípios da moralidade, da impessoalidade e da legalidade, porque o Princípio Superior, enfeixando-os, com adequação "ad hoc",

considera que os mesmos devem definir a fisionomia de ações e instituições vinculadas ao Poder Público, sendo, porém, princípios que se aplicam mediatamente a toda a sociedade que interage com o Estado.

Não é de estranhar, portanto, que, em determinadas situações especiais, o princípio da legalidade ceda diante do princípio maior da segurança das relações jurídicas ou do fato consumado, na proteção à confiança do administrado em face da Administração Pública. É que, como se viu, até na mais complexa das antinomias, que se situa no plano dos critérios principiológicos ou nas antinomias de segundo grau, deverá ser, invariavelmente, um princípio hierarquizado como superior que determinará a preponderância de um ou de outro, com o escopo de manter a função pacificadora do Direito Administrativo, incompatível com a desarmonia não resolvida de suas partes.

Em razão do expandido, acolhe-se a idéia de que apenas o sistema administrativo, assim visto, respeita aquelas funções de adequação valorativa e de unidade interior, sem se sucumbir a uma visão fragmentária e redutiva do fenômeno jurídico. De outra parte, mediante este trânsito meramente ilustrativo por institutos de Direito Administrativo e, para melhor superar as antinomias neste ramo do Direito Público, quer-se, à guisa de ilustração doutrinária:

(a) enfatizar a imprescindível aceitação de um conceito de sistema de Direito Administrativo que implique a assunção de sua dimensão principiológica e axiológica (além da visão, por exemplo, de RENATO ALESSI (300), de um mero conjunto de normas encaminhadas a regular o exercício da função administrativa), para a seguir repensá-lo e realizar uma interpretação sistemática verdadeiramente feliz na superação das mais complexas antinomias, que ocorrem no plano dos princípios.

(b) realçar, nesta aplicação, que a grande tarefa do hermeneuta é a de estabelecer a conexão hierarquizada dos princípios constitutivos do sistema, bem como tratar da relação de tais princípios, expressa ou implicitamente, com as normas (que os concretizam) (301) e com os valores (dos quais, em última instância, decorrem, já como parciais concretizações).

(c) a combinação e complementação dos princípios dependerá do diálogo do intérprete com o texto, mais se sublinhando a dimensão tópicosistemática e jamais unilateral da verdadeira interpretação sistemática (302), a qual, em face da abertura originária do seu próprio objeto (303), há de ser sempre uma interpretação capaz de imprimir coerência e fundamentação constitutiva à totalidade dos princípios, normas e valores (304).

NOTAS:

(288) Vide Ruy Cirne Lima in Princípios de Direito Administrativo. 6ª ed., São Paulo, RT, 1987, p.51-58.

(289) Neste passo, em diferente posição de Norberto Bobbio in Teoria dell'ordinamento giuridico. Torino, Giappichelli, 1960, p. 113-124, no ponto em que este sustenta, a propósito do dever de "coerenza", que o comando que veda antinomias não se situa no bojo do sistema jurídico. Saliento, no entanto, à vista da arguição do Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior, os méritos de Bobbio, sobretudo ao desnudar os equívocos do estruturalismo e ao propor uma metodologia, ao mesmo tempo, estrutural e funcional. Faço-o nos termos de meu artigo "Estruturalismo e Funcionalismo: diálogo com o pensamento jurídico de Norberto Bobbio", in Revista da AJURIS, Porto Alegre, v. 53, 1991, p. 34-49.

(290) Vide Ruy Cirne Lima in ob.cit., p.17.

(291) Vide Jean Rivero in Existe-t-il un critère du droit administratif? Pages de Doctrine. Paris, L.G.D.J., 1980, p.199.

(292) Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello in Curso de Direito Administrativo. ob.cit., p.44.

(293) Hely Lopes Meirelles, ao tratar de interpretação do Direito Administrativo, ainda acrescenta a necessidade de poderes discricionários para a Administração atender ao interesse público in Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo, Malheiros Editores, 1993, p.39.

(294) Outra vez, vide Celso Antônio Bandeira de Mello in ob.cit., p.47.

(295) Idem: ob.cit., p.43-69.

(296) Examinou-se detidamente esta característica, em especial comentando os tipos de função dos princípios, particularmente em Claus-Wilhelm Canaris in ob.cit., p.88-99.

(297) Conforme Hartmut Maurer in Allgemeines Verwaltungsrecht. Berlin-New York. Gruyter, 1981, p.228.

(298) Conforme Ernst Fortshoff in Traité de Droit Administratif Allemand. Trad. de Michel Framont. Bruxelles, Émile Bruylant, 1969, p.206-242.

(299) Otto Mayer já fazia ver, com extrema nitidez, a exigência de tratamento peculiar da responsabilidade civil dos funcionários in Derecho Administrativo Alemán. Trad. de Heredia e Krotoschin, Tomo I, Parte Geral, Buenos Aires, Depalma, 1982, p.304-305.

(300) Este é o conceito de Renato Alessi in Instituciones de Derecho Administrativo. Trad. de Pellisé Prats, Tomo I, Barcelona, Bosch, 1970, p.24, embora o eminente jurista creia que se deve realizar a elaboração de um sistema científico à base da função administrativa. Por outro lado, in Principi di Diritto Amministrativo. Tomo I, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1974, p.19, assinala: "l'interpretazione delle norme di diritto amministrativo non dovrà essere necessariamente legata ai principi che reggono l'interpretazione delle norme di diritto privato, ma può ben essere retta da principi peculiari al diritto amministrativo, di pretta natura pubblicistica".

(301) Santi Romano in Corso de Diritto Amministrativo. Principii generali. Padova, Cedam, 1932, p p.71-81, trata destas imbricações ao enfrentar o tema da interpretação e aplicação das normas de Direito Administrativo.

(302) Necessariamente entendida na sua dimensão principiológica e hierarquizante.

(303) Tal abertura originária do objeto da interpretação sistemática é que faz crer ser a vontade jurídica livre para constituir o sistema, mas, ao mesmo tempo, para nele encontrar as soluções jurídicas de suas próprias aporias.

(304) Os efeitos hermenêuticos no Direito Administrativo e no Direito em geral de uma compreensão principiológica da totalidade do sistema traz, implicitamente, o horizonte de um novo Direito, em constante transformação, mais afinado com as reais necessidades funcionais de nosso tempo.

CONCLUSÃO

I

Nesta tese, conceitua-se o sistema jurídico como uma **rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.**

Imperioso é que resulte claro que esta tese realiza distinção entre princípios e normas, a par, igualmente, de se revestir de afinidade para com a idéia de que os princípios, enquanto constitutivos de um ordenamento, são, invariavelmente, a expressão de uma determinada opção entre valores condicionantes da construção do sistema jurídico na sua objetividade.

Por princípio ou objetivo fundamental entende-se o **critério ou a diretriz basilar de um sistema jurídico, que se traduz numa disposição hierarquicamente superior, do ponto de vista axiológico, em relação às normas, funcionalmente predispostos a operar como linhas mestras de acordo com as quais se deverá guiar o intérprete ao se defrontar com**

antinomias. Tais princípios podem ser, expressa ou implicitamente positivados. Nesta última categoria, encontra-se o princípio da hierarquização axiológica, sem cuja descoberta torna-se impossível explicar a aplicação usual do Direito enquanto sistema.

Imperativo, ainda, efetuar a clarificação conceitual do que sejam normas e valores, diferenciando-se estas e aquelas dos princípios. Não se opera tal distinção apenas pela objetividade e presencialidade normativa do princípio, independentemente de regulamentação, mas de uma diferença substancial de grau hierárquico, vez que a própria Constituição cuida de estabelecer princípios fundamentais, entre os quais o da dignidade da pessoa humana e o da inviolabilidade do direito à igualdade e à vida.

Devem as normas, entendidas como preceitos menos amplos e axiologicamente inferiores, harmonizar-se com tais princípios conformadores. Quanto aos valores "stricto sensu", em que pese o preâmbulo constitucional mencionar "valores supremos", consideram-se quase com o mesmo sentido de princípios, com a única diferença de que os últimos, conquanto sejam encarnações de valores, têm a forma mais elevada de diretrizes, que falta àqueles, ao menos em igual grau de concretização. É de todo conveniente notar, também, que, ao se inserir - no conceito de sistema jurídico - o elemento "hierarquia" e ao se fazer expressa referência aos princípios e objetivos fundamentais da Lei Maior, quis-se facilitar a decifração do meio adequado para lidar com o aporético tema das antinomias jurídicas.

A par disso e, ao mesmo tempo, no conceito de sistema assim posto, vislumbra-se a possibilidade epistemológica de síntese hermenêutica entre as visões da tópica jurídica e do pensamento sistemático, aparente e só aparentemente em contradição. Aliás, numa adequada compreensão, o dilema se esvai de sentido e resulta firme o reconhecimento de que não só deve existir,

mas ocorre mesmo uma interpenetração e complementação mútua dos pensamentos sistemático e tópico, afastada uma alternativa rígida entre ambos.

Com mais razão, é de se pretender esta complementação quando do enfrentamento do tema das antinomias, pressupondo-se, à luz do conceito de sistema jurídico delineado nesta tese, uma síntese entre a metodologia estrutural e funcional ao se lidar com o Direito ou sistema positivado.

II

Uma vez formulado este conceito-guia, percebe-se, com máxima nitidez, que todas as frações do sistema jurídico estão em conexão com sua inteireza, daí resultando que qualquer exegese comete, direta ou indiretamente, uma aplicação de princípios gerais, é dizer, da totalidade do sistema como condição mesma de sua adequação, unidade e abertura.

Inegável o valor para a hermenêutica jurídica da chamada interpretação sistemática, a qual decididamente não deve prosseguir sendo confundida com um mero elemento ou método interpretativo, porque somente uma exegese que realize tal ordenação é capaz de determinar o alcance teleológico dos dispositivos, realizando o mister de harmonizar os comandos, de sorte a resguardar a unidade axiológica.

Importa pôr em realce que, embora nem sempre de uma maneira explícita, faz-se a escolha por um dos critérios hermenêuticos, mas, ao fazê-lo, utilizam-se, ao menos implicitamente, os demais, daí o acerto em se notar e sublinhar a constituição mútua dos vários critérios, hierarquizados topicamente

de maneira a manter o Direito como sistema dotado de unidade e de adequação, seja na pauta aplicativa, seja no campo teórico ou científico, afastando-se completamente uma noção unilateral, apenas tópica ou axiomático-dedutiva acerca do fenômeno jurídico.

Diversamente de CLAUS-WILHELM CANARIS, neste ponto, não se vê a interpretação sistemática apenas como meio auxiliar metodológico, à vista dos motivos pelos quais se houve por bem alargar o conceito de sistema jurídico, considerando o princípio da hierarquização, que não se confunde com a simples escolha de premissas nos silogismos jurídicos, como ínsito ao ordenamento de todo e qualquer Estado Democrático de Direito e, pois, como pressuposto essencial à sua formação.

Nesta ótica, a interpretação sistemática deve ser definida como uma operação que consiste em pretender atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias a partir da adequação teleológica dos mesmos, tendo em vista solucionar os casos concretos.

Por conseguinte, a interpretação sistemática é, em todas as hipóteses, ainda quando não de modo explícito, teleologicamente **hierarquizadora**, usada esta expressão em harmonia com o conceito de sistema jurídico antes formulado, eis que, não só a interpretação extensiva ou aplicação analógica, **senão que toda e qualquer interpretação jurídica deve ser descrita, funcionalmente, como sistemática e, em razão disso, hierarquizadora.**

Frise-se, ademais, que a ampliação do conceito de interpretação sistemática afigura-se rigorosamente proporcional e simétrica àquela realizada no que concerne ao conceito de sistema jurídico. Em outras palavras, interpretação

sistemática, em tal visada mais compatível com as presentes funções multifacetadas do Direito contemporâneo, é a **que se realiza em consonância com a rede hierarquizada, máxime na Constituição, de princípios, normas e de valores compreendidos dinamicamente e em conjunto.**

Tal formulação apresenta as mesmas vantagens daquela outra de sistema jurídico, além das que seguem: orienta a interpretação no intuito de vencer antinomias, inclusive as de valoração, para o plano principiológico; evidencia que há uma hierarquia dentre os princípios, normas e valores, donde se impõe uma interpretação conforme o sistema, apta a subordinar sempre a matéria examinada aos princípios ético-jurídicos da igualdade, da justiça, entre outros; aviva a noção de que os valores fundamentais, especialmente os elevados à condição de supremos por força normativa da Constituição, têm de servir como critérios tópico-sistemáticos, por assim dizer, de permanente avaliação, estando à base da aplicação judicial, fundamentando-a; permite uma aplicação mais elástica do Direito, seja por se adaptar à modificação dos próprios valores, seja por contribuir para eliminar as chamadas quebras sistemáticas ou antinomias.

III

As antinomias jurídicas, em sentido amplo, reclamam ser pensadas, concomitantemente, como contradições lógicas e axiológicas ou principiológicas. Com efeito, o sistema jurídico, tal como se o definiu, apresenta-se como uma noção mais rica e complexa do que aquela que o vê como mero aparato destinado à exclusão de incompatibilidades formais entre as normas.

Destarte, para os efeitos deste trabalho, **definem-se as antinomias jurídicas como sendo incompatibilidades possíveis ou instauradas entre normas, valores ou princípios jurídicos pertencentes, validamente, ao mesmo sistema jurídico, tendo de ser vencidas para a preservação da unidade interna e coerência do sistema e para que se alcance a efetividade de sua teleologia constitucional.**

Sem dúvida, o mal maior trazido pelas antinomias radica na insegurança das relações jurídicas quanto à racionalidade estrutural mesma do sistema, motivo pelo qual se cuida de estabelecer critérios, tácitos ou não, para que se lhes sejam dadas o adequado tratamento. Oferecida esta classificação instrumental, é de se sublinhar que todas as antinomias precisam ser desfeitas, almejando-se a hierarquização, segundo critérios múltiplos e inter-relacionados, de tal sorte que uma norma ceda diante de outra, ou de um princípio, ou de um valor, conforme o caso. Em tal medida, enquanto não se proceder à hierarquização, é que as normas, os princípios e os valores poderão situar-se em posição de aberto conflito que tem que ser solucionado, inclusive na hipótese de se convertê-lo em "aparente", especialmente quando se tratar de antinomia entre os critérios mesmos para solver as incompatibilidades.

Diferentemente do sustentado por NORBERTO BOBBIO, estes critérios inegavelmente afiguram-se como **jurídicos**, embora transcendam à esfera jurídica, na perspectiva de uma adequada interpretação sistemática. São, pois, **suficientes para resolver todas as contradições jurídicas, mesmo aquelas que se dão entre normas contemporâneas e do mesmo escalão formal**, vez que por interpretação sistemática entende-se, na ótica desta tese, a operação que consiste em atribuir, hierarquicamente, a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, fixando-lhes o alcance e superando antinomias de fundo principiológico e valorativo. Em outras palavras, a interpretação sistemática das normas é, de algum modo,

sempre principiológica e axiológica, dado que a remissão a planos mais altos é fase necessária e hierarquizadora, usada esta expressão em harmonia com o conceito de sistema jurídico, aqui formulado. Assim - reitere-se -, **toda e qualquer interpretação torna-se sistemática e hierarquizadora**. Aliás, a chamada interpretação literal é apenas um dos momentos (o primeiro) da interpretação jurídica, sendo que uma das mais complexas modalidades desta última ocorre na chamada interpretação conforme a Constituição, expressão máxima da busca nuclear de unidade não-antinômica da ordem jurídica.

Frise-se que a interpretação sistemática será tanto melhor quanto mais fielmente se realizar em consonância com a rede hierarquizada - máxime na Constituição - de normas, de princípios e de valores compreendidos dinamicamente e em conjunto, em observância de sua originária abertura, de vez que o conteúdo axiológico sobrepassa os limites meramente objetivos. Com efeito, a interpretação sistemática como que define tais limites e fixa (provisoriamente) as "fronteiras" do sistema, o qual está sempre num vir-a-ser, num "ainda-não", em face de sua condição de objeto que se constitui pelo convívio com múltiplos sistemas que compõem, no conjunto, o que se denominou de totalidade valorativa. Em termos mais profundos, a liberdade (esta abertura originária) é que justifica a existência do sistema, enquanto totalidade de valorações, não a simples determinação dentre vários predeterminados, porquanto embora reconhecida sempre a faculdade de o intérprete não hierarquizar, esta já terá sido forçosamente uma hierarquização.

Fortalece-se a convicção de que se devem mesmo lançar ao passado posturas antiteleológicas daqueles que presumem irrelevante o relacionamento da exegese com as funções, eis que todas as frações do sistema jurídico, ainda quando vistas na sua singularidade, somente se tornam compreensíveis à medida em que se dá a conexão com a inteireza de um todo possuidor de dinâmica unidade, mantida esta e sustentada por mais do que elos

baseados em nexos causais. Vai daí que toda interpretação comete, direta ou indiretamente, uma aplicação de princípios, é dizer, da totalidade do sistema, devendo cada preceito ser visto como pertença deste todo orientado para finalidades axiológicas.

Na linha teleológica proposta, para vencer as antinomias (sempre solúveis juridicamente), mesmo entre normas do mesmo escalão formal e coevas, **o critério hierárquico axiológico, nos termos dos preliminares conceitos de sistema jurídico e de interpretação sistemática, é tipicamente capaz de oferecer, em todos os casos, uma solução adequada, desde que, no bojo do sistema, tenha havido a positivação de princípios de mínima razoabilidade, ou seja, desde que o Direito possa cumprir funções sistemáticas, somente viáveis quando o ordenamento jurídico é visto e concretizado enquanto sistema da liberdade.**

Neste ponto, não se esposa a classificação de NORBERTO BOBBIO, que estabelece uma discriminação entre antinomias solúveis e insolúveis. Pelos mesmos motivos resultantes da natureza do enfoque, não haveria sentido em se propor, para desfazer nós górdios, o recurso a diferenças de forma entre os mandamentos normativos (ora imperativos, ora proibitivos, ora permissivos), como se as normas permissivas fossem necessariamente mais propícias, devendo, só por isso, preponderar. A solução, de qualidade variável, será dada pelo metaprincípio da hierarquização - mais axiológica do que formal - das normas ou disposições antinômicas, ainda quando estejamos diante de conflitos entre os próprios critérios encarregados de desfazê-los.

Observe-se, de outra parte, que **o princípio hierárquico deve preponderar sobre a regra da especialidade, sob pena de se perder a idéia-força de que há princípios no topo do ordenamento jurídico, em torno dos quais as normas de vários escalões devem ser harmonicamente**

harmonizadas. A solução, pois, mesmo para as assim chamadas antinomias de segundo grau, isto é, aquelas que se processam entre os próprios critérios usuais (cronológico, hierárquico e de especialidade), há de sempre fazer preponderar o critério hierárquico axiológico, admitindo-se, sem vacilações, uma mais ampla visão de hierarquia, a ponto de escalonar princípios, normas e valores no seio da própria Constituição.

A coerência, urge gizar, embora não seja, em si mesma, condição de validade, o é de pertinência sistemática, mais atinente à teleologia do que à efetividade do Direito posto. Todavia, não se devem confundir as antinomias, más e nocivas, que precisam ser dissolvidas, com oposições e controvérsias que põem a jurisprudência em marcha. Assim, ao se analisar o tema dos critérios, é de se guardar que, **quando houver, por exemplo, conflito aberto entre uma lei superior geral e uma norma especial inferior, deve vencer o critério hierárquico axiológico.**

IV

No exame das configurações hipotéticas, constatou-se a atuação do critério de hierarquização como tendo o peso decisivo em relação a todos os outros critérios usuais para vencer antinomias, inclusive quando da ocorrência simultânea de incompatibilidades.

É de se aduzir, tendo-se em mente as hipóteses consideradas em conjunto, que tais configurações, ainda que não exaustivas, foram levadas a efeito, nesta tese, principalmente para corroborar as afirmações já feitas, no que concerne à necessidade de se utilizar um conceito alargado de interpretação sistemática que inclua o princípio da hierarquização, o qual se mostrou necessário,

em todos os casos, para vencer as antinomias.

Quis-se, outrossim, tornar ainda mais cristalino que não se está operando com o conceito de antinomia lógico-matemática ou formal, embora, na oitava hipótese, tenha sido possível notar certa semelhança com o fenômeno da autocontradição. Mais ainda, com as configurações, cuidou-se de evidenciar que tampouco se está operando com o conceito de antinomia semântica, em que pese o interesse que este possa ter ao estudo do princípio da hierarquização.

Acentue-se que, até em razão do âmbito, nem toda a contradição ou mesmo oposição pode ser reputada como sendo uma antinomia jurídica, no sentido descrito nesta tese. De outro lado, **jamais se constata ausência de critérios, já que sempre prepondera o princípio da hierarquização axiológica, mesmo no conflito de critérios, sendo que, longe de contestá-la, robustece esta posição o fato de que eventualmente uma lei especial possa até preponderar, à primeira vista, sobre uma norma superior, conquanto, na realidade, tenha sido dada a primazia ao comando principiológico superior da unidade ou da concordância prática, ou outro, dependendo do caso concreto.** Com base nestas considerações, sustenta-se que a classificação entre antinomias solúveis e insolúveis é falaciosa, dado que as antinomias são "reais", até que a hierarquização as resolva pela preponderância, parcial ou total, de normas ou de princípios, e quando, por força de compatibilização, tornam-se "aparentes" em função do primado de um princípio hierarquicamente superior qualquer, como seja o da concordância prática.

De tal maneira, as configurações hipotéticas abrem caminho, nesta tese, para o exame mais detido do princípio da hierarquização axiológica, através de cuja descoberta culminou-se no entendimento da invalidade da classificação quanto a antinomias próprias ou impróprias, porquanto, mesmo quando sucede incompatibilidade quase estritamente por razões formais, aí,

igualmente, haverá, na instauração mesma da incompatibilidade, a presença de um vestígio de materialidade, dado que, ocultamente ou não, estar-se-á atuando sob o pálio de um princípio eminentemente axiológico e jurídico, chamado a resolver, prevenindo ou remediando, a colisão incômoda à idéia de Direito como sistema.

V

O princípio da hierarquização axiológica é uma metaregra, um operador deôntico que ocupa o topo do sistema jurídico. Como metaprincípio, aspira à universalização sem se contradizer e se formula, expressa ou implicitamente, do modo mais formal possível, distinguindo aspectos e escalonando regras. É lei ou devir que é só predicado e que veda as contradições, embora tolere o atrito dos opostos ou contrários concretos.

Trata-se, de conseguinte, de um critério sob o qual estão subsumidos os demais critérios. Se se quiser dizer, faz as vezes de um **imperativo principiológico que imprime unidade sistemática aos fins jurídicos**. Deste modo, deve ser enunciado o conceito do princípio da hierarquização axiológica nestes termos: **metacritério que ordena, diante inclusive de antinomias no plano dos critérios, a prevalência do princípio axiologicamente superior, ou da norma axiologicamente superior em relação às demais, visando-se a uma exegese que impeça a autocontradição do sistema conforme a Constituição e resguarde a unidade sintética de seus múltiplos comandos**.

Assim formulado, o princípio da hierarquização axiológica, em face da necessária ampliação da hierarquia meramente formal das leis, faz

desaparecer, notadamente no que tange às antinomias de segundo grau, a dúvida quanto à solução dos conflitos entre os critérios de especialidade e cronológico.

O princípio da hierarquização axiológica contém em si o fundamento dos demais critérios ou princípios superiores, ou seja, poder-se-ia asseverar, guardadas várias diferenças, que funciona analogamente como o princípio supremo de todos os juízos sintéticos, somente que no campo jurídico. Em outras palavras, encontra correspondência com a categórica necessidade de coerência sistêmica e, portanto, com princípios tais que busquem a garantia da universalização hierarquizada das prescrições jurídicas. A diferença é a de que, por natureza, este imperativo é uma conciliação de "a priori" e de "a posteriori", porquanto o fenômeno jurídico apenas se constitui historicamente, daí variando a adequação e o tipo de hierarquização, contudo relevando sublinhar que esta se realiza, atemporalmente, como necessidade mesma do fazer jurídico-sistêmico.

Tem-se consciência plena de que a compreensão deste princípio, invariavelmente, ocorrerá num determinado horizonte. Mais ainda: não se nega, ao revés, que esta hierarquização resulta sempre de pressões e mudanças históricas, vez que os conteúdos normativos se desapegam das fontes originárias e o aplicador não se comporta como historiador, precisando descobrir o significado do comando, mediando-o com o presente.

De outra parte, a compreensão de que a universalidade do princípio da hierarquização axiológica apresenta um paralelo com uma releitura da teoria da norma geral exclusiva, é extremamente útil à melhor compreensão do funcionamento dos princípios em geral. Com efeito, um sistema que disponha, na omissão da lei, deva o intérprete recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito, além de configurar uma norma geral inclusiva, realiza,

expressa e positivamente, um chamamento à hierarquização.

A decisão, porém, entre situar-se ou não o caso concreto como suscetível de se enquadrar em semelhante dispositivo, há de ser forçosamente determinada por uma hierarquização axiológica, previamente levada a termo pelo intérprete. Força é notar que inexistente falta de critério, senão que se evidencia como viável o recurso, consciente ou inconscientemente articulado, a um metacritério repleto de juridicidade e integrante do Direito, à semelhança da norma geral exclusiva, que funciona e **opera como norma negativa e geral que veda todas as contradições e ordena haja coerência interior, inclusive quando da antinomia entre a norma inclusiva e a exclusiva.**

Exsurge, de fato, com límpida clareza, como fórmula derivada do princípio superior da hierarquização, que **não deve haver incoerência sistêmica, em face das antinomias, exatamente porquanto se hierarquizou, como pressuposto insito ao sistema, que a unidade é um valor a ser preservado, inclusive para a garantia de outro valor, qual seja o da completabilidade, ou seja, da potencialidade de oferecer, para todas as ocasiões, um comando que evite a falta de critérios fundamentados de decisão, vale dizer, impedindo a erupção da irracionalidade, por definição, arbitrária.**

Outro aspecto que brota da concatenação de tais conceitos é o de que não se nega o fato de existirem lacunas, assim como, de resto, não parece haver dúvidas quanto à ocorrência de antinomias, mas se pretende vencer o dualismo dos enfoques habitualmente dados a ambos os problemas, asseverando-se que **o metacritério da hierarquização axiológica, inclusiva e exclusivamente, veda a incoerência e a incompletabilidade, de modo concomitante e desde um patamar ou escalão juridicamente superior.** Daqui seguem algumas relevantíssimas contribuições para a inteligência de como realizar

interpretação sistemática, convindo recordar, dentre outras, as que seguem: o fundamental para o intérprete sistemático, ao lidar com antinomias é saber hierarquizar axiologicamente; num sistema de mínima razoabilidade sempre é possível hierarquizar adequadamente, buscando a solução para eventuais litígios em planos cada vez mais altos do ordenamento jurídico, com o intuito de afugentar, o mais possível, **nos limites da própria razoabilidade**, as respostas arbitrárias, tidas como contrárias à coerência sistemática, enquanto e porque suscitam autocontradições e podem destruir a idéia mesma de sistema; nenhum tema no Direito, tampouco nenhum ramo ou setor, deve ser compreendido de maneira isolada, mas invariavelmente de modo sistemático, de sorte a, em espiral, vislumbrar-se o Direito como unidade teleológica dinâmica, indo além da tópica individualizadora ou particularista e se desenvolvendo a capacidade de vencer as antinomias numa hierarquização, ao mesmo tempo, tópica e generalizadora ou, dito de outro modo, universalizadora; **para o jurista importa, sobretudo, compreender os fins do Direito e descobrir, na atualidade, quais devem ser os princípios animadores hierarquizados pelo metaprincípio como superiores**, na certeza de que a desatenção aos princípios implica ofensa não apenas a um específico e inclusivo mandamento, senão que a todo o sistema geral de comandos; a existência de uma zona indeterminada entre o regulamentado e o não-regulamentado não configura, diversamente do sustentado por NORBERTO BOBBIO, uma ausência de condições jurídicas para decidir, já que, como se reitera, o princípio da hierarquização axiológica é também de cunho eminentemente jurídico; **o fato de se ter um metacritério jurídico para decidir entre a norma geral inclusiva e a norma geral exclusiva, quando em situação antinômica, não significa que o sistema seja completo, em face da pacífica constatação da ocorrência de lacunas, mas este tipo particular de situação antinômica converte em tons claros a perspectiva assumida de que o metacritério é também formal, haurindo o seu conteúdo existencial na exigência de racionalidade (interna ao sistema) e realizando escolhas (que transcendem ao sistema);** infere-se, outrossim, que há, em face da

antinomia em análise, uma exuberância de soluções, em vez de deficiências do sistema, sem que tal variedade de opções, que está na gênese de todas as antinomias, signifique falta de critério válido para decidir qual norma deva ser aplicada, no caso concreto.

VI

Questão deveras importante tem a ver com a antinomia denominada de avaliação, a qual se configura quando de uma injustiça. Associada a esta acepção, estão aquelas contradições denominadas teleológicas, que teriam lugar quando houvesse uma oposição entre a norma que prescreve o meio e a que prescreve o fim. Ambas, porém, à luz da prévia conceituação desta tese, nitidamente tipificam uma antinomia propriamente jurídica.

Fez-se breve exame da contribuição de JOHN RAWLS, sem se ter pretendido elaborar uma teoria da justiça, para enfrentar a questão suscitada por CLAUS-WILHELM CANARIS, ao cogitar da relação entre justeza sistemática e justiça material, culminando por se responder afirmativamente à questão sobre a ocorrência de antinomias teleológicas em confrontos de normas com princípios hierarquizados ou escolhidos como superiores, tais como, exemplificativamente, os dois propostos acerca da justiça. Ademais disso, impõe-se enfatizar que é o sistema jurídico que dará a resposta à incômoda situação, hierarquizando este ou aquele princípio, esta ou aquela regra de prioridade.

Deste modo, é bem de ver que entre os princípios superiores de JOHN RAWLS, a rigor não perdura antinomia, já porque há uma hierarquização patrocinada por duas regras de prioridade, já porque tais regras nada mais são

do que, no seu esquema filosófico, o uso empírico ou, no enfoque desta tese, o exercício do princípio da hierarquização axiológica.

Reitera-se, em face da temática suscitada pelo problema da justiça, a necessidade de se considerar a livre hierarquização axiológica dos princípios como sendo caracteristicamente, em todos os tempos, uma atitude necessária ao aplicador para vencer antinomias, inclusive aquelas impropriamente denominadas de avaliação (na realidade, à luz do conceito esposado, todas o são, de algum modo).

Bem se vêem alguns contatos ou nexos de vizinhança entre a teoria desta tese e a teoria da justiça de JOHN RAWLS, desde que se procurem, em abordagens tão aparentemente distintas, as semelhanças, que não são poucas. Assim, numa antinomia que se traduza por uma incompatibilidade entre o Direito posto e o Direito tal qual deveria ser, somente será solúvel pela adoção de um metacritério (de cunho também jurídico, como se vem concluindo) que decida por priorizar este Direito ou outro, sendo imperioso notar que é sempre uma metaregra que há de definir esta ou aquela prioridade, não obstante ser, ainda, uma regra do próprio sistema.

Com tal assertiva, faz-se por reconhecer os limites imanentes ao sistema, embora também que nele remanesce a possibilidade de um aperfeiçoamento em face de sua abertura teleológica ditada pela primazia prática do critério da hierarquização. Deste modo, sem que se tenha pretendido formar uma teoria da justiça paralela à tese, resulta conclusivo, neste ponto, que: **uma adequada hierarquização axiológica é a capaz de vencer antinomias entre princípios e regras de prioridade, sempre pressuposta, como integrante do sistema jurídico, uma concepção proporcionalmente adequada de justiça, material e formal;** a aplicação do princípio da hierarquização axiológica, em face do conflito entre regras de prioridade, imanentes ou externas ao sistema,

tem que ser capaz de juridicamente vencer - sem cair numa heterointegração - aquele conflito eventualmente existente entre o Direito posto ou vigente e o Direito tal qual deveria ser, mormente num Estado Democrático de Direito, no qual está presumivelmente embutida uma concepção racional de justiça; a gravidade do conflito entre dois valores fundamentais, o respeito da ordem (exigência de racionalidade) e a justiça (o respeito à liberdade, em sentido de JOHN RAWLS) tem uma resposta que, seguramente, é jurídica, razão pela qual a injustiça, enquanto colisão de ato ou norma com as regras de prioridade, erigidas por um sistema democrático, põe em risco a estrutura-mestra do sistema, sendo uma antinomia cobrando soluções, enquanto tal.

Implícito está, pois, entre os princípios fundamentais, sobretudo quando se tratar de vencer antinomias, o princípio da hierarquização axiológica como o critério que ordena, diante inclusive de antinomias entre critérios ou regras de prioridade atinentes à justiça, a prevalência do princípio axiologicamente superior, ou da norma hierarquicamente superior às demais normas, visando a uma exegese conforme a Constituição, presumidamente democrática e justa. Identifica-se, esta aceção, com o princípio do predomínio hierárquico-vertical, pressuposto do sistema, no topo do qual a Lei Maior se encontra legislativamente manifestada e incluindo, destacadamente, o princípio da justiça com a nota adicional de ser este, por definição, aberto e de cunho valorativo.

Deve-se recordar, ainda, que os princípios são mais do que meras normas jurídicas, porquanto determinam, de modo integral, a substância do ato pelo qual devem ser executados e respeitados. O sistema jurídico é mesmo um composto de princípios positivos, sejam expressos ou tácitos, cujo conteúdo, sobretudo no caso dos princípios fundamentais, **entre os quais o da justiça, transcende àquele que se confere às normas**, embora dialeticamente sejam imanentes ao sistema.

Generalizando e sublinhando esta conclusão da tese, aduza-se:

uma interpretação sistemática realiza sempre uma hierarquização axiológica, de sorte a fazer preponderar, inclusiva e exclusivamente, ora a norma superior, ora, em caso de antinomia pendente, o princípio superior, recorrendo-se, em todas as hipóteses, expressa ou ocultamente, ao princípio da hierarquização, inclusive ao lidar com princípios e regras de prioridade, tendo em vista as exigências do caso concreto.

VII

A par do princípio de hierarquização, subprincípios há que, não obstante tácitos e condicionados ao metacritério valorativo, são decisivos, seja para se lidar com temas gerais de hermenêutica, seja especialmente para bem enfrentar as antinomias jurídicas, sobretudo em questões relativas à exegese constitucional.

Neste passo, a tese elegeu dar enfoque preferencial à perspectiva de KONRAD HESSE, que tem o mérito de superar até mesmo a teoria objetiva da interpretação, mostrando que apenas de modo relativo a meta colimada pela hermenêutica pode consistir no descobrimento de uma vontade, objetiva ou subjetiva. De outra parte, bem assinalou que os distintos métodos de interpretação, tomados isoladamente, oferecem orientação insuficiente e assaz incompleta.

Sem referir o princípio da hierarquização, menciona, no entanto, um princípio ao qual este se encontra intimamente associado e que é, de modo idêntico, juridicamente essencial: **o princípio da unidade da Constituição (dever-se-ia alargar e dizer do sistema jurídico como um todo)**. A exemplo deste, encontram-se outros princípios ou subprincípios, inegavelmente associados ao

princípio maior da hierarquização, entre os quais o princípio da concordância prática, que também se considera, nesta tese, como ínsito ao sistema jurídico e, por conseguinte, com força vinculativa. Ademais, em face deste assunto, a tese concluiu pela existência de paralelo entre a concretização, tal como a concebe KONRAD HESSE e o que se denomina princípio de hierarquização axiológica, com a vantagem de se evidenciar, a partir do conceito aqui esposado, mais claramente, como se dá a escolha, por exemplo, entre os múltiplos métodos. Para operar tal hierarquização e para torná-la justificada no seu agir, é da maior valia a manutenção permanente da polaridade entre abertura e precisão, eis que os princípios da unidade, da concordância prática, da proporcionalidade, da valoração da relevância dos pontos de vista elaborados ou da eficácia integradora e o da força normativa da Constituição, sobre serem inegavelmente jurídicos, ainda que de modo implícito, encontram-se imbricados entre si e exigem, na aplicação, a recorrência ao metaprincípio unificador.

De outro lado, nesta abordagem de alguns princípios associados, por assim dizer, ao princípio da hierarquização axiológica, digna de comentário e de assimilação parcial pareceu, também, a contribuição de JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, em que pese adotar classificação distinta quanto a normas, regras e princípios. Nada obstante, considerou-se assimilável o rol das diferenças qualitativas introduzidas entre normas e princípios. Acolheu-se, por igual, parte significativa de sua tipologia de princípios e de regras, assim como de seu catálogo tópico de princípios hermenêuticos, por sua utilidade no enfrentamento das antinomias jurídicas. Quanto à tipologia de princípios, observou-se coincidência de seu conceito com o já esposado, nesta tese, relativamente aos princípios fundamentais. Como se deduziu destas considerações, o autor mencionado assume, inconscientemente até, a necessária hierarquização, percebendo que esta valoração pode ser efetivada no plano legislativo, assim como na esfera decisória, inclusive porque as normas e os princípios constitucionais gozariam de uma autoprímazia.

É bem de ver que a temática dos princípios ou subprincípios hermenêuticos corrobora a idéia de fundo desta tese de que a lógica jurídica, justamente por ser, mesmo quando sistemática, também uma técnica de pensar a partir dos problemas, nunca poderá ser considerada como axiomática ou meramente formal. A hierarquização tópico-sistemática, enquanto atividade eminentemente teleológica ou finalística, tem sempre a possibilidade substancial e construtiva de superar as antinomias entre as normas de um modo geral e os objetivos, expressos ou implícitos, previstos nestas normas.

Assim, resulta solar que não serve ao intérprete jurídico o silogismo da lógica dita tradicional ou categórico na superação das antinomias, dado que só se podem utilizar como típico o raciocínio próprio da dialética, de tal sorte que todas as questões ou colisões normativas são traduzíveis, em última análise, como tensão antinômica de princípios e de valores, com a permanente e desafiadora necessidade de se contrastarem normas e princípios, sempre atentos a planos cada vez mais elevados.

VIII

Ao se tratar da problemática da vinculabilidade de normas hierarquizadas como contrárias ao sistema, em diálogo sobretudo e outra vez com o pensamento de CLAUS-WILHELM CANARIS, à vista do exposto concluiu-se pela admissibilidade de uma contradição que se isola no sistema axiológico ou teleológico, contudo - nisso havendo importante diferença de abordagem em relação ao jurista citado - adota-se a idéia de que é sempre virtualmente possível a formação do sistema, no ponto antinômico residual, porquanto, do contrário, todos os restantes domínios resultariam turbados ou ameaçados.

Destarte, em que pese a abertura do sistema e haurir ele o conteúdo de suas hierarquizações, "dentro" e "fora" de si, é potencialmente sempre alcançável uma formação plena de coerência e é somente esta possibilidade que garante o significado do sistema para a Ciência do Direito, entendida esta como estudo da elaboração, formação, manutenção, estrutura e funções do sistema jurídico.

É enfaticamente, portanto, através da possibilidade de declarar ou não a nulidade de normas contrárias ao sistema, que irrompe, nítida, a notável significação da interpretação sistemática, sendo, no fundo, esta uma de suas precípuas funções perante o surgimento das antinomias. Consoante se estima, resultam algumas valiosas inferências a propósito da vinculabilidade das normas contrárias ao sistema, quais sejam: **é a hierarquização axiológica que decidirá manter ou não as normas que se localizem, em maior ou menor grau, numa rota de colisão com o sistema jurídico;** é sempre possível obter a coerência, inexistindo lacunas de colisão, ao menos enquanto não-colmatáveis; a possibilidade de declarar a nulidade de uma norma contrária ao sistema nada mais é do que através do metacritério hierarquizador, vencer-se uma antinomia, não pela conformação ou adaptação, mas pela simples eliminação da norma, quando esta se mostrar rigorosamente em litígio com a necessidade de coerência sistêmica.

IX

Este modo de ver as antinomias suscita conexa reflexão obrigatória, sobretudo em relação ao princípio da hierarquização, que diz com a conveniente e possível constituição mútua - mais do que simples interpene- tração - dos pensamentos sistemático e tópico.

O pensamento tópico-sistemático, que realiza a hierarquização axiológica, em que pese necessitar da complementaridade de concretude aporética, apresenta notáveis e peculiares exigências, que o fazem ir além da tópica, a não ser que se entenda esta como tópica transcendental, vale dizer, como doutrina que solidamente distingue a que capacidade cognoscitiva pertencem propriamente os conceitos.

Diante do que se analisou, deve-se, neste passo, reter, em síntese conclusiva, que existe conteúdo tópico-sistemático na hierarquização, sempre e em especial quando faltem valorações jurídicas bem positivadas. Logo, a tópica não é apenas um meio auxiliar que se deve interpenetrar com o pensamento sistemático, eminentemente hierarquizador, mas traço integrante do sistema e ensejador de sua abertura. Respeitadas as possibilidades da tópica, na interpretação sistemática, especialmente no combate às antinomias, observa-se facilmente a sua insuficiência unilateral, sobretudo em função de não dar conta do problema da validade, bem como quando escorrega para a sua vertente retórica. Assim, bem vistas as coisas, sem haver alternativa rígida entre o pensamento tópico e o sistemático, existe uma mútua complementação, mormente diante da necessidade imperativa de combater as antinomias jurídicas.

X

O modelo que esta tese propõe para dar conta da mútua constituição entre o sistemático e o tópico vem a ser o da dialética ou tensão entre abertura e unidade que expunge antinomias, o qual pressupõe que o positivado e o conteúdo principiológico que o transcende sejam vistos como dinamicamente imbricados.

Uma tal perspectiva de lógica tópico-sistemática deve nortear e presidir a subsunção principiológica do Direito como sistema, sem que se afirme o nexó jurídico tão-somente como aquele positivado, eis que a lógica formal e a material ou tópica, mutuamente constitutivas, referem-se de tal maneira que a adequada compreensão da operacionalidade mesma da interpretação sistemática induz assumir-se uma dimensão hermenêutica que se afasta, quase de um todo, das antigas e recorrentes pesquisas de modo dedutivo.

Mais: toda a interpretação normativa que deixar de ser aberta e sistemática, a um só tempo, será um simulacro de exegese, manifestamente sem conexão com a realidade de um Direito que se deve entender, sempre, "transdogmaticamente", assumida tal postura como um ir além do dogmatismo, na senda dos princípios cada vez mais altos e sempre determináveis pelo aplicador, cuja formação axiológica se faz decisiva, em todos os aspectos.

De outra parte, assumir-se esta perspectiva de constituição mútua dos pensamentos sistemático e tópico reforça a necessidade de se dar um enfoque unitário, vale dizer, de superação antinômica da hermenêutica filosófica e da crítica das ideologias, numa síntese, na esfera jurídica, das propostas de HANS-GEORG GADAMER e JÜRGEN HABERMAS. Do exposto, resultou corroborada a analogia entre a conciliação da hermenêutica filosófica com a crítica das ideologias, inclusive com a implícita proposta de um paradigma dialético comum. Tal analogia calha inteiramente ao desiderato de fundo desta tese, qual seja o de fazer ver que, apesar das dificuldades de conciliação da tópica com a doutrina da validade e das fontes do direito, só a interpretação sistemática e tópica, ao mesmo tempo, pode cumprir a tarefa de solver as antinomias jurídicas.

Nada obstante, o próprio CLAUS-WILHELM CANARIS, sem extrair as conclusões que aqui se procuraram fixar, em que pese considerar a

tópica apenas como um primeiro passo para uma determinação sistemática, percebe que a oposição não é exclusivista, sem dar o passo lógico subsequente de que é a dimensão tópica ou problemática presença inafastável de toda aplicação do sistema jurídico, especialmente clara e irrefutável no exercício de combater antinomias entre os princípios e mesmo quando se quer equacionar aquelas incompatibilidades existentes entre meras regras.

Em última instância, a análise da empíria jurisprudencial, somada à ilustração doutrinária da interpretação sistemática no Direito Administrativo, parece suficientemente reveladora da **necessidade de se robustecer uma formação consciente do intérprete e do aplicador para a suma tarefa jurídica que consiste em, diante das antinomias, alcançar o melhor desempenho da interpretação sistemática em todos os ramos jurídicos, com o escopo de fazer promissora a perspectiva de um Direito que se apresente, na sua essência dinâmica, enquanto coerente e aberto. Em outras palavras, um Direito verdadeiramente visto, ensinado e aplicado como sistema da liberdade.**

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACHTERBERG, Norbert. Allgemeines Verwaltungsrechts. Heidelberg, CF. Müller Juristischer Verlag, 1982, 645 p.
- ALESSI, Renato. Instituciones de Derecho Administrativo. Trad. de Pellisé Prats. Tomo I, Barcelona, Bosch, 1970, 373 p.
- _____. Principi di Diritto Amministrativo. Tomo I, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1974, 539 p.
- ALLEN, Carleton Kemp. Law in the making. Oxford, Clarendon Press, 1956, 626 p.
- ARISTÓTELES. The works of Aristoteles. Trad. de W.D.Ross. Chicago, Great Books of the Western World, Encyclopedia Britannica, 1952, 1425 p.
- _____. Tratados de Lógica (Órganon). Madrid, Editorial Gredos, 390 p.
- BACHOFF, Otto. Normas Constitucionais Inconstitucionais? Trad. de José Manuel Cardoso. Coimbra, Atlântida Editora, 1977, 92 p.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo, Malheiros Editores, 1993, 484 p.
- BENDA, Ernst. Handbuch des Verfassungsrechts. Berlin, Walter de Gruyter, 1983, 1448 p.
- BETTI, Emilio. Teoria generale della interpretazione. Milão, Dott. A. Giuffrè, 1955, 979 p.
- BOBBIO, Norberto. Derecho y logica. Mexico, Centro de Estudios filosóficos, 1956, 61 p.

_____. El problema del positivismo jurídico. Buenos Aires, Eudeba, 1965, 113 p.

_____. Giusnaturalismo e positivismo giuridico. 2ª ed., Milano, Comunitá, 1972, 241 p.

_____. Teoria della norma giuridica. Torino, Giappichelli, 1958, 245 p.

_____. Teoria della scienza giuridica. Torino, Giappichelli, 1950, 239p.

_____. Teoria dell'ordinamento giuridico. Torino, Giappichelli, 1960, 218 p.

_____. Teoria do ordenamento jurídico. Trad. de Claudio Cicco e Maria Santos. São Paulo, Pólis; Brasília, Editora da Universidade de Brasília, 1989, 184 p.

_____. Teoria general del derecho. Santa Fe, Temis, 1992, 269 p.

_____. Studi per una teoria generale del diritto. Torino, Giappichelli, 1970, 202 p.

_____. Studi sulla teoria generale del diritto. Torino, Giappichelli, 1955, 166 p.

BRASIL. LEX - Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. São Paulo, Lex Editora, 1992, nº 168, p.182-185.

_____. Revista do Superior Tribunal de Justiça. Brasília. Edições Brasília Jurídica, nºs 1 a 40.

_____. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Porto Alegre, Livraria do Advogado, nº 3, p.78.

_____. Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Porto Alegre, Livraria do Advogado, nºs 1 a 14.

BUBNER, Rüdiger. Philosophie ist ihre Zeit, in Gedanken erfasst. Hermeneutik und ideologiekritik. Frankfurt, Suhrkamp Verlag, 1971, 317 p.

- CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Trad. de Menezes Cordeiro. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, 311 p.
- CIRNE LIMA, Carlos Roberto Velho. Sobre a Contradição. Porto Alegre, EDIPUCRS, 1993, 122 p.
- CIRNE LIMA, Ruy. Princípios de Direito Administrativo. São Paulo, RT, 1987, 219 p.
- DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo Trad. De Herminio Carvalho. São Paulo, Martins Fontes, 1986, 556 p.
- DREIER, Ralf e SCHWEGMANN, Friedrich. Probleme der Verfassungsinterpretation. Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1976, 353 p.
- DUGUIT, Léon. Traité de Droit Constitutionnel. Tomo I, 3ª ed., Paris, Bocard, 1927, 763 p.
- DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. Londres, Duckworth, 1987, p.22-26.
- _____. The Philosophy of law. Oxford, Oxford University Press, 1986, 176 p.
- EHRlich, Eugen. Fundamentos da sociologia do direito. Trad. de René Ernani Gertz. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1986, 388 p.
- ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. Trad. de J. Baptista Machado. Fundação Calouste Gulbenkian, 1964, 333p.
- ERICHSEN, Hans-Uwe e MARTENS, Wolfgang. Allgemeines Verwaltungsrecht. Berlin, Walter de Gruyter, 1981, 596 p.
- ESSER, Josef. Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado. Trad. de Eduardo Valentí. Barcelona, Bosch, 1961, 498 p.
- FASSO, Guido. La lege della ragione. Milano, Edizioni di Comunità, 1974, 296 p.

_____. Società, legge e ragione. Milano, Edizione di Comunità, 1974, 296 p.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Conceito de sistema no direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask. São Paulo, RT; Ed. da USP, 1976, 188 p.

_____. Introdução ao estudo do Direito. São Paulo, Atlas, 1989, 335p.

FORSTHOFF, Ernst. Traité de Droit Administratif Allemand. Trad.de Michel Framont. Bruxelles, Émile Bruylant, 1969, 305 p.

FREITAS, Juarez. A substancial inconstitucionalidade da lei injusta. Petrópolis, Vozes-EDIPUCRS, 1989, 114 p.

_____. Funcionalismo e estruturalismo: diálogo com o pensamento jurídico de Norberto Bobbio. Revista da AJURIS, Porto Alegre, v. 53, 1991, p. 34-49.

_____. Leis no tempo e no espaço. Direito e Justiça. Porto Alegre, Livraria Editora Acadêmica Ltda., Vol.11, 1987, p.30-43.

GADAMER, Hans-Georg. L'art de comprendre. Trad. de Marianna Simon. Paris, Aubier Montaigne, 1982, 285 p.

_____. Verdad y Método. Trad. de Agud Aparicio e Rafael de Agapito. Salamanca, Ediciones Sígueme, 1984, 691 p.

_____. Wahrheit und Methode. Tübingen, L.C.B.Mohr (Paul Siebeck), 1965, 524 p.

GENY, François. Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Paris, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1932, 868 p.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Constituição dirigente e vinculação do legislador. Coimbra, Coimbra Editora, 1982, 539 p.

_____. Direito Constitucional. Coimbra, Almedina, 1992, 1214 p.

GRAU, Eros . A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica. São Paulo, Editora RT, 1990, 336 p.

_____. Despesa Pública-Conflicto entre princípios e eficácia das regras jurídicas - o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública. Revista Trimestral de Direito Público. Vol.2, São Paulo, Malheiros, 1993, p.131-147.

_____. Direito, conceitos e normas jurídicas. São Paulo, RT, 1988, 204p.

HABERMAS, Jürgen. Dialética e Hermenêutica. Trad. de Álvaro Valls. Porto Alegre, LPM, 1987, 136 p.

_____. El discurso filosófico de la modernidad. Trad.de Manuel Jiménez. Madrid, Taurus, 459 p.

_____. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. Dialética e Liberdade. Petrópolis, VOZES; Editora da UFRGS, 1993, p.303-304.

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, 34 p.

_____. Escritos de Derecho Constitucional. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, 112 p.

_____. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1978, 323 p.

HÖFFE, Otfried. Justiça Política. Trad. de Ernildo Stein. Petrópolis, Vozes, 1991, 404 p.

KANT, Immanuel. Grundlegung zur Metaphysik der Sitten. Tomo VII, Frankfurt, Suhrkamp, 1989, Werkausgabe, 302 p.

KANTOROWICZ, Hermann. La definizione del diritto. Trad. de Enrico di Robilant. Torino, Giappichelli, 1962, 173 p.

KELSEN, Hans. La giustizia costituzionale. Trad. de Carmelo Geraci. Milano, Giuffrè Editore, 1981, 313 p.

_____. General theory of law and state. Trad. de Anders Wedberg. Cambridge, Harvard University Press, 1945, 516 p.

_____. Reine Rechtslehre. Wien, Franz Deuticke, 1976, 498 p.

_____. Teoria Geral das Normas. Trad. de J. F. Duarte. Porto Alegre, Fabris, 1986, 509 p.

_____. Teoria Pura do Direito. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo, Livraria Martins Fontes, 1985, 377 p.

KESSELRING, Thomas. Die Produktivität der Antinomie. Hegels Dialektik im Lichte der genetischen Erkenntnistheorie und der formalen Logik. Frankfurt, Suhrkamp Verlag, 1984, 439 p.

KIRCHMANN, Julius Hermann von. Il valore scientifico della giurisprudenza. Trad. de Paolo Frezza. Milano, Giuffrè Editore, 1964, 71 p.

LARENZ, Karl. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Berlin-Heidelberg-New York, Springer Verlag, 1969, 507 p.

_____. Metodologia da ciência do direito. Trad. de José Lamego. Lisboa, Fundação Calouste-Gulbenkian, 1989, 620p.

LUHMANN, Niklas. Por que uma Teoria dos Sistemas? Dialética e Liberdade. Petrópolis, Vozes/UFRGS, 1993, p.439.

_____. Sistema giuridico e dogmatica giuridica. Trad. de Alberto Febbrajo. Bologna, Il Mulino, 1978, 163 p.

_____. Sociologia do direito II. Rio de Janeiro, Ed. Tempo Brasileiro, 1985, 212 p.

MANGOLDT, Hermann e KLEIN, Friedrich. Das Bonner Grundgesetz. München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1982, 458 p.

MAURER, Hartmut. Allgemeines Verwaltungsrecht. München, C.H. Beck'sche Verlagbuchhandlung, 1986, 661 p.

- MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro, Forense, 1984, 503 p.
- MAYER, Otto. Derecho Administrativo Alemán. Trad. de Heredia e Krotoschin. Tomo I, Parte Geral, Buenos Aires, Depalma, 1982, 325 p.
- MENDES, Gilmar Ferreira. A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como garantia da cidadania. Declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no Direito Brasileiro. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Renovar-FGV, nº 191, 1993, p.40-65.
- _____. Controle da constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo, Saraiva, 1990, 371 p.
- MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV, Coimbra, Coimbra Editores, 1988, 468 p.
- PALMER, Richard. Hermenêutica. Lisboa, Edições 70, 1986, 284 p.
- PERELMAN, Chaim. Les antinomies en droit. Bruxelles, E. Bruylant, 1965, p.392-404.
- PETEV, Valentin. Une conception socio-axiologique du droit. Revue Française de la Théorie Juridique, 1989, p.69-72.
- _____. Quelle méthode? Revue de la Recherche Juridique, 1990, p. 757-767.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Sistema de ciência positiva do direito. Rio de Janeiro, Editor Borsoi, Tomo II, 1972, 248 p.
- RAWLS, John. A Theory of Justice. Cambridge, Harvard University Press, 1981, 607 p.
- RAZ, Joseph. The authority of law. Oxford, Clarendon Press, 1979, 292 p.
- REALE, Miguel. Filosofia do Direito. V.2, 8ª ed, São Paulo, Saraiva, 1978, 745 p.

- RIVERO, Jean. Existe-t-il un critère du droit administratif? Pages de Doctrine. Paris, L.G.D.J., 1980, p.197-202.
- ROCHA, Leonel Severo. A problemática jurídica: uma introdução transdisciplinar. Porto Alegre, 1985, 120 p.
- ROMANO, Santi. Corso de Diritto Amministrativo. Principii generali. Padova, Cedam, 1932, 337 p.
- ROSS, Alf. Lógica de las normas. Trad. de Jose S.P. Hierro. Madrid, Editorial Tecnos, 1971, 173 p.
- ROUBIER, Paul. Le Droit Transitoire (Conflits des lois dans le temps). Paris, Dalloz et Sirey, 1960, 590 p.
- SAVIGNY, M.F.C. Traité de droit romain. Trad. de M. Ch.Guenoux. Tomo I, Paris, Librairie de Firmin Didot Frères, 1855, 413 p.
- SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo, RT, 1986, p.70-73.
- _____. Curso de Direito Constitucional Positivo 8ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1992, 768 p.
- SMEND, Rudolf. Costituzione e Diritto Costituzionale. Trad. de Fiore e Luther. Milano, Giuffrè Editore, 1988, 286 p.
- STEGMÜLLER, Wolfgang. A filosofia contemporânea. São Paulo, EPU e EDUSP, 1977, 971 p.
- STONE, Julius. Legal system and lawyers reasonings. Sydney, Maitland Publications Pty Ltd., 1968, 454 p.
- UFSC. Convergência. Florianópolis, Imprensa Universitária, 1987, 60 p.
- VIEHWEG, Theodor. Tópica y Jurisprudencia. Madri, Taurus, 1986, 157 p.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy. Principes du Droit. Dictionaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit. Paris, LGDJ, 1988, p.317.