A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO DE NORBERTO BOBBIO NA SOLUÇÃO DA ANTINOMIA ENTRE O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

THE APPLICATION OF THE THEORY OF LEGAL ORDER BY NORBERTO BOBBIO TO THE SOLUTION OF THE ANTINOMY BETWEEN CODE OF CIVIL PROCEDURE2015 AND THE STATUTE OF PEOPLE WITH DISABILITY

Mariana Paiva Frizzera[1]
Cristina Grobério Pazó[2]

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar a possibilidade de aplicação da teoria do ordenamento jurídico delineada por Norberto Bobbio para solucionar o problema de antinomia presente entre o *Código de Processo Civil* de 2015 e o *Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Isso porque a Lei 13.146/2015 alterou algumas disposições do *Código Civi*l que também foram revogadas pelo *Código de Processo Civil*, havendo um atropelamento legislativo. Desse modo, trata-se de uma temática atual que precisa ser estudada, de modo a trazer segurança para as pessoas com deficiência, cujos interesses são os mais afetados em razão desse problema de coerência do ordenamento jurídico brasileiro.

PALAVRAS–CHAVE: Teoria geral do direito; antinomia; Estatuto da Pessoa com Deficiência; Código de Processo Civil de 2015.

ABSTRACT: : This article has the aim to analyze the possibility of applying the theory of legal order delineated by Norberto Bobbio to solve the problem of antinomy presents between the *Code of Civil* Procedure 2015 and the *Statute of People with Disability*. This is because the Law 13/146/2015 altered some provisions of the *Civil Code* that were repealed by the *Code of Civil Procedure* too, causing a legislative conflict. That way, this is a current theme which needs to be studied to provide security to the people with disability whose interests are mostly affected because of this problem of coerence of Brazilian legal order.

KEYWORDS: General theory of law; antinomy; Statute of People with Disability; Code of Civil Procedure 2015.

1 Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV), mestranda em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV) e pesquisadora pelo grupo de pesquisa Direito Sociedade e Cultura.

2 Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho e professora da Faculdade Estácio de Sá (ES).

INTRODUÇÃO

O objetivo da presente pesquisa é apresentar algumas considerações sobre a teoria do ordenamento jurídico, com base nos estudos realizados por Norberto Bobbio, segundo o qual o direito não é compreendido a partir de uma norma unitária, mas sim por meio de um conjunto de normas que constituem um determinado ordenamento jurídico. Portanto, as normas não existem de maneira isolada, mas sim formam um complexo de relações entre si.

A proposta do autor é analisar as normas em seu conjunto e disso decorre que a teoria do ordenamento jurídico de Bobbio possui três características fundamentais, quais sejam: unidade, completude e coerência. Esta última é a que será objeto de análise mais aprofundada, visto que, em razão do surgimento de novas leis, é possível que apareçam antinomias entre as diversas normas, ou seja, elas podem ser conflitantes entre si, sem que se possa saber qual deve ser aplicada ao caso concreto.

Devido à necessidade de coerência do ordenamento jurídico, foram elaboradas algumas regras para resolver o problema de antinomia. Trata-se do critério cronológico, hierárquico e de especialidade. Entretanto, também existe a chamada antinomia real que é caracterizada pelo conflito entre os próprios critérios. Para esses casos, foram criadas metarregras, a fim de trazer coerência para o ordenamento.

Nesse sentido, será abordado o conflito existente entre duas normas recentes no ordenamento jurídico brasileiro: o *Código de Processo Civil* de 2015 e o *Estatuto da Pessoa com Deficiência*.

Interessante observar que, enquanto o *Código de Processo Civil* de 2015 entrou em vigor em março de 2016, o *Estatuto da Pessoa com Deficiência* começou a produzir os seus efeitos em janeiro do mesmo ano, sendo que ambos regulamentam uma matéria que interessa tanto ao direito processual quanto ao direito material, qual seja: a interdição.

Nesse sentido, o grande problema da dupla regulamentação do instituto é que existem dispositivos legais no *Novo Código de Processo Civi*l e no *Estatuto da Pessoa com Deficiência* que são contraditórios, surgindo a dúvida sobre qual dispositivo deve ser aplicado, pois este, muito embora tenha sido sancionado após a lei processual, não fez nenhuma menção à revogação ou à alteração dos dispositivos do *Código*.

Diante disso, pretende-se aplicar a teoria delineada por Bobbio acerca do ordenamento jurídico na resolução do conflito presente entre o *Novo Código de Processo Civil* e o *Estatuto da Pessoa com Deficiência*.

1. DA TEORIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO: UNIDADE, COMPLETUDE E COERÊNCIA

A teoria do ordenamento foi introduzida pelo positivismo jurídico entre o final do século XIX e o início do século XX e ela foi responsável por permitir o estudo do direito como uma entidade unitária formada pelo conjunto sistemático das normas e não como um conjunto de normas unitárias. A teoria surge justamente dessa necessidade de dar unidade a um conjunto de normas jurídicas esparsas que representavam um risco de incerteza e de arbítrio (BOBBIO, 2006, pp. 197-198).

A concepção do direito foi modificada, uma vez que durante os séculos XVI a XVIII, devido ao elevado número de leis emanadas pelo poder constituído, o direito tornou-se cada vez mais escrito. Isso contribuiu no aumento da segurança, mas também possibilitou o confronto das diversas legislações, aumentando a disponibilidade das fontes, na qual está centrada o surgimento das hierarquias (FERRAZ JR., 2015, p. 48).

Inicialmente, os costumes eram hierarquicamente superiores ao direito escrito, mas isso foi invertido a partir do monopólio estatal da produção jurídica, conjuntamente com o advento da noção de soberania nacional, do princípio da separação de poderes e da noção de direito enquanto sistema de normas postas (FERRAZ JR., 2015, p. 48).

Com isso, o poder legislativo deixa de ser atribuído ao executivo e passa a ser realizado por um colegiado que atua em conjunto com ele, de modo que o governo fica subordinado à lei. O legislativo torna-se a expressão de toda a nação por meio da representatividade (BOBBIO, 2006, p. 39). Ademais, a produção jurídica agora está concentrada no legislativo, ocorrendo a neutralização política do judiciário e, consequentemente, a lei passou a ser a principal fonte do direito (FERRAZ JR., 2015, p. 49).

Essa ideia permitiu que o direito deixasse de ser compreendido como algo estável diante das modificações da sociedade, podendo ser modificado sempre que a legislação mudasse. Tal fenômeno da institucionalização da mutabilidade do direito é chamado de positivação do direito (FERRAZ JR., 2015, p. 49).

A positivação possui um sentido filosófico e um sentido sociológico. No que se refere ao primeiro, Ferraz Júnior leciona que:

> [...] positivação designa o ato de positivar, isto é, de estabelecer um direito por força de um ato de vontade. Segue daí a tese segundo a qual todo e qualquer direito é fruto de atos dessa natureza, ou seja, o direito é um conjunto de normas que valem por força de serem postas pela autoridade constituída e só por força de outra posição podem ser revogadas. (2015, p. 49)

Em relação ao segundo, com a Revolução Industrial, a velocidade das transformações tecnológicas aumenta, necessitando de respostas mais rápidas do direito. Portanto, a positivação representou no século XIX uma ampliação da importância conferida à lei votada pelo parlamento como fonte do direito, o que vai originar o chamado legalismo (FERRAZ JR., 2015, p. 50).

É essa valorização da lei como fonte do direito e a consequente codificação que vão gerar as bases para a emergência de uma nova corrente doutrinária conhecida como positivismo jurídico, a qual entende o termo "direito positivo" como "o direito posto pelo poder soberano do Estado, mediante normas gerais e abstratas, isto é, como 'lei'" (BOBBIO, 2006, p. 119).

Conforme explicado, foi a partir do positivismo jurídico que a teoria do ordenamento jurídico foi criada e esta é de extrema importância para a sua caracterização. A teoria do ordenamento jurídico possui três características, quais sejam: unidade, coerência e completude. São essas qualidades que permitem com que o direito seja considerado um conjunto, isto é, uma entidade nova, distinta das normas singulares que o compõe (BOBBIO, 2006, pp. 197-198).

1.1 UNIDADE

Em relação à unidade, é interessante consignar que os ordenamentos jurídicos são complexos, isto é, as normas jurídicas não derivam apenas de uma única fonte,[3] pois a demanda por regras de conduta é tão grande nas sociedades que nenhum órgão é capaz de criar todas as normas sozinho. Por esse motivo, o poder supremo faz uso de duas técnicas: "(i) a *recepção* de normas já existentes, produzidas por ordenamentos diversos e anteriores e (ii) a *delegação* do poder de produzir normas jurídicas a poderes ou órgãos inferiores" (BOBBIO, 2008, p. 190, grifos do autor).

Contudo, apesar do ordenamento jurídico ser complexo, ele também é unitário, em decorrência da teoria da construção gradual do ordenamento jurídico, elaborada por Kelsen. Essa teoria baseia-se no fato de que no ordenamento jurídico as normas jurídicas não estão todas no mesmo plano, ou seja, existem normas superiores e normas inferiores, sendo que estas derivam daquelas (BOBBIO, 2008, p. 199).

Isso significa que uma norma retira o seu fundamento de validade de outra norma que é hierarquicamente superior àquela. Logo, de acordo com Kelsen, uma norma é válida porque ela foi emanada pela autoridade competente, sendo que esta competência é conferida pela norma superior (2006, pp. 216-217). Nesse sentido, Paulo Nader, exemplifica que "a graduação é a seguinte: constituição, lei, sentença, atos de execução. Isto significa, por exemplo, que uma sentença, que é uma norma jurídica individualizada, se fundamenta na lei e esta, por seu lado, se apoia na constituição" (2002, p. 374).

Entretanto, como forma de evitar o regresso ao infinito, no que tange ao fundamento de validade da norma jurídica, foi necessário pressupor uma norma, a qual atribui ao poder originário a faculdade de produzir normas e é chamada de norma fundamental (BOBBIO, 2008, p. 208). Assim, merece menção o ensinamento de Kelsen, segundo o qual:

> [...] a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem que ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma mais elevada [...] Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental [...]. (2006, p. 217, grifos do autor)

Depreende-se que a norma fundamental representa o fundamento de validade de todas as normas jurídicas e o princípio unificador de todo o ordenamento jurídico (BOBBIO, 2008, p. 211). Com isso, é possível entender que o ordenamento jurídico constitui uma unidade, pois as normas são postas de forma direta ou indireta pela mesma autoridade e, portanto, todas podem ser reconduzidas à mesma fonte originária (BOBBIO, 2006, pp. 199-200).

[3] Bobbio explica que fontes do direito "são aqueles fatos e aqueles atos de que o ordenamento jurídico depende para a produção de normas jurídicas" (2008, p. 196).

1.2 COMPLETUDE

No que tange à coerência e à completude, vale ressaltar que essas características do ordenamento jurídico estão estritamente relacionadas, visto que os vícios presentes nesses atributos geram imprevisibilidade decisória. Nesse sentido, Maria Helena Diniz aduz que:

> [...] Quando o magistrado não encontra norma que seja aplicável a determinado caso, e não podendo subsumir o fato a nenhuma norma, porque há falta de conhecimento sobre um **status** jurídico de um certo comportamento, devido a um defeito do sistema normativo que pode consistir na ausência de uma solução, ou na existência de várias soluções incompatíveis, estamos diante de um problema de lacuna normativa, no primeiro caso, ou de lacunas de conflito ou, **antinomia**, no segundo. (2008, pp. 421-422, grifos da autora)

Paulo Nader também leciona que existe lacuna quando a lei é totalmente omissa em relação ao caso, bem como quando o legislador deixa o assunto a critério do julgador e quando a lei possui duas disposições contraditórias, sendo que uma anula a outra (2002, p. 185).

Em suma, enquanto a incoerência do sistema representa a "situação em que 'há' uma norma e 'há' uma outra norma incompatível com a primeira; a incompletude é a situação em que não há 'nem' uma norma, 'nem' uma outra norma incompatível com esta" (BOBBIO, 2006, p. 203).

Desse modo, a completude, segundo Bobbio, é compreendida como a característica pela qual o ordenamento jurídico possui uma norma para regular cada caso concreto, ou seja, como a falta de uma norma jurídica é chamada de lacuna, um sistema completo representa a ausência desta (2008, p. 259).

Os autores se dividem a respeito do reconhecimento de lacunas no direito. Para Kelsen, o sistema jurídico é completo, afastando a ideia de lacuna, já que todas as condutas são reguladas pela ordem jurídica (2006, p. 273). Isso se justifica porque "quando a ordem jurídica não estatui qualquer dever de um indivíduo de realizar determinada conduta, permite esta conduta" (KELSEN, 2006, p. 273) e, portanto, a conduta é regulada negativamente.

Entretanto, Maria Helena Diniz chama atenção para a diferença entre o postulado da plenitude, pelo qual os ordenamentos jurídicos são completos, e a exigência de que eles o sejam (2008, p. 445).

Para Maria Helena Diniz, a lacuna é um problema inerente ao sistema jurídico, visto que o legislador não tem como prever todos os fatos, as condutas e os conflitos que possam surgir nas relações em sociedade (2008, p. 453). Corroborando com esse pensamento, Paulo Nader também entende que as leis não conseguem disciplinar todos os fatos sociais, pois a vida é dinâmica, criando sempre novas situações e, portanto, as lacunas são imanentes às codificações (2002, p. 185).

Por outro lado, exige-se que o ordenamento seja completo, em razão de um princípio mais geral, que está presente em toda investigação científica enquanto atividade racional (DINIZ, 2008, p. 445). Assim, admitir a existência de lacunas significa violar o princípio da legalidade, dando margem para o arbítrio, o caos e a anarquia. Logo, o valor que a completude busca proteger é a certeza (BOBBIO, 2008, p. 270).

Além disso, a completude é uma exigência para o bom funcionamento dos ordenamentos jurídicos em que estão presentes duas regras: "1) o juiz é obrigado a julgar todas as controvérsias que se apresentam ao seu exame; 2) é obrigado a julgá-las com base em uma norma pertencente ao sistema" (BOBBIO, 2008, p. 262). Esse princípio pelo qual o juiz não pode se eximir de julgar, alegando falta de normas aplicáveis ao caso, está previsto na legislação brasileira no artigo 140 do Código de Processo Civil de 2015, o qual corresponde ao artigo 126 da legislação processual de 1973.

Faz-se mister esclarecer que, uma vez reconhecida a existência de lacunas no ordenamento jurídico, é necessário preencher os vazios normativos, de modo a conceder uma resposta jurídica há quem necessita (REALE, 2002, p. 296). Esse processo de preenchimento de lacunas é chamado de integração do direito e ele é feito "por elementos que a própria legislação oferece ou por princípios jurídicos, mediante operação lógica e juízos de valor" (NADER, 2002, p. 185).

Destaca-se que o método de integração de lacuna não corresponde a uma fonte formal do direito, visto que ele não permite ao juiz formular uma norma jurídica, mas apenas o orienta para localizá-la (NADER, 2002, p. 186). Desse modo, ocorre a integração da norma, mas a lacuna permanece, já que o juiz não cria normas jurídica gerais, mas apenas individuais (DINIZ, 2008, p. 452).

O artigo 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/1942), dispõe sobre os meios que o juiz pode utilizar para solucionar as lacunas: "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

O primeiro método de integração é o processo analógico, pelo qual, segundo Miguel Reale:

> [...] estendemos a um caso não previsto aquilo que o legislador previu para outro semelhante, em igualdade de razões. Se o sistema do Direito é um todo que obedece a certas finalidades fundamentais, é de se pressupor que, havendo identidade de razão jurídica, haja identidade de disposição nos casos análogos [...]. (2002, p. 296)

É proveitoso observar que o juiz não possui liberdade de escolha em relação à norma aplicável, pois ele se mantém restrito ao direito positivo, tendo que buscar no ordenamento jurídico uma norma prevista pelo legislador que possua semelhança fundamental com o caso concreto (NADER, 2002, p. 189).

O grande problema da analogia é definir o que são relações de semelhança entre os supostos fáticos da conduta regulada e da não regulada pela norma. Nesse caso, a relevância da similitude dependerá da capacidade argumentativa do intérprete e, por força dessa dependência do juízo valorativo e da relativa imprecisão do raciocínio, é que a analogia não pode ser utilizada no direito penal, salvo se for para beneficiar o réu (FERRAZ JR., 2015, p. 265), como também não será empregada se as normas forem restritivas de direitos (REALE, 2002, p. 298).

Cumpre esclarecer que analogia não se confunde com interpretação extensiva, uma vez que nesta o intérprete vai estender o sentido das palavras do texto normativo, a fim de abarcar o caso concreto, enquanto que na analogia o problema não é a insuficiência do dispositivo, e sim a sua ausência (NADER, 2002, p. 191).

O segundo meio para o preenchimento de lacunas é o costume, o qual consiste em "uma prática gerada espontaneamente pelas forças sociais" (NADER, 2002, p. 150) e que tem como consequência a certeza de obrigatoriedade, característica essa que diferencia os costumes dos usos sociais (NADER, 2002, p. 151).

O costume, enquanto meio de integração, é chamado de *praeter legem*, uma vez que disciplina questões não previstas pela lei (FERRAZ JR., 2015, p. 199). Destaca-se que de acordo com Maria Helena Diniz, é possível extrair da redação do artigo 4º, da *Lei de Introdução*, a ideia de que o costume se encontra abaixo da lei, uma vez que o juiz somente poderá valer-se dele quando não dispuser de meios legais para colmatar as lacunas (2002, p. 466).

Já os princípios gerais do direito, constituem uma expressão bastante vaga e, por isso, existem diversas correntes que buscam explicar o sentido desse vocábulo (DINIZ, 2002, p. 468).

> [...] Pelo que se observa, ao escolher uma fórmula tão abstrata e indefinida, o legislador, já ciente das divergências doutrinárias que a expressão apresentava, pretendeu oferecer ao aplicador do Direito um critério bem amplo, para a busca dos princípios aplicáveis aos casos concretos. (NADER, 2002, pp. 194-195)

Assim, segundo o entendimento de Bobbio, os princípios gerais são normas fundamentais do sistema, como todas as outras, em decorrência de dois argumentos (2008, pp. 297-298). Em primeiro lugar, porque eles são extraídos de normas jurídicas por intermédio de graus de abstração e generalização e, consequentemente, não há motivo para que eles também não sejam considerados normas. Em segundo lugar, a função para a qual eles são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas jurídicas, qual seja: regular o caso concreto.

É imperioso acentuar que a função dos princípios gerais de direito é bem ampla, eles "são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas" (REALE, 2002, p. 304).

Ressalta-se que existem os princípios gerais expressos que estão previstos em normas dos códigos e da constituição e, ao lado deles, existem os princípios gerais não expressos, os quais podem ser retirados por abstração de normas específicas pelo intérprete que busca compreender o espírito do sistema. Logo, os princípios que devem ser utilizados para colmatar lacunas são os não expressos, visto que se o princípio fosse expresso não haveria lacuna, pois ele também é considerado uma norma (BOBBIO, 2008, p. 298).

De acordo com Paulo Nader (2002, p. 193) e Maria Helena Diniz (2002, p. 467), os princípios gerais do direito somente serão utilizados para a integração de lacunas quando a lei não conseguir oferecer solução, seja de forma expressa ou por analogia, e na ausência de normas consuetudinárias. Contudo, Miguel Reale entende que o emprego da analogia não impede a utilização, de forma conjunta, dos costumes e dos princípios gerais do direito, uma vez que os princípios reforçam as razões de similitude que são buscadas no raciocínio analógico (2002, p. 315).

Salienta-se que o Código de Processo Civil de 2015 não repetiu o enunciado constante no artigo 126, do Código de Processo Civil de 1973, o qual dispunha que:

> [...] Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Isso se justifica porque esse texto normativo está ultrapassado, visto que "o juiz não decide a 'lide' com base na lei, o juiz decide a 'lide' conforme o 'Direito' que se compõe de todo o conjunto de espécies normativas: regras e princípios" (DIDIER JR., 2016, p. 52). Portanto, entende-se que os princípios compõem a legalidade, possuindo força normativa.

Ainda existe um quarto elemento de integração, que é a equidade, a qual está relacionada ao "sentimento do justo concreto, em harmonia com as circunstâncias e adequado ao caso" (FERRAZ JR., 2015, p. 267), ou seja, a equidade possibilita a adaptação da norma ao caso concreto (DINIZ, 2002, p. 478).

Como o legislador não tem como prever todos os acontecimentos sociais, seria impossível a sua total regulamentação, por esse motivo, a lei não prevê todas as peculiaridades do caso. Assim, cabe ao aplicador da lei adaptá-la ao caso concreto, caso contrário, a aplicação rígida e automática da norma geraria injustiças (NADER, 2002, p. 109). Dentro desse contexto, Paulo Nader, aduz que:

> [...] Algumas normas se ajustam inteiramente ao caso prático, sem a necessidade de qualquer adaptação; outras há, porém, que se revelam rigorosas para o caso específico. Nesse momento, então, surge o papel da equidade, que é o de adaptar a norma jurídica geral e abstrata às condições do caso concreto. Equidade é a justiça do caso particular. (2002, pp. 109-110)

A equidade está prevista no ordenamento jurídico brasileiro pelo parágrafo único do artigo 140, do *Código de Processo Civil* de 2015, correspondente ao artigo 127, da legislação processual anterior, o qual permite ao juiz decidir com base na equidade nos casos previstos em lei. A equidade ainda está presente de forma implícita nos artigos 4º e 5º da *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*, os quais estabelecem a obrigatoriedade de julgamento, por parte do juiz, quando a lei for omissa, e houver permissão legal para que o juiz adeque a lei aos seus fins sociais e às exigências do bem comum (DINIZ, 2002, p. 475).

Desse modo, um exemplo da permissão legislativa para que o juiz utilize a equidade na sua decisão está presente no artigo 944, parágrafo único, do *Código Civil*, o qual dispõe que:

> [...] Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.
>
> Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Note-se que a equidade concede ao juiz um poder discricionário, mas não arbitrário (DINIZ, 2002, p. 479), uma vez que deve ser levado em consideração o sistema jurídico (FERRAZ JR., 2015, p. 268), isto é, deve sempre relacionar os subsistemas normativos, valorativos e fáticos (DINIZ, 2002, p. 479).

A respeito da equidade enquanto elemento de integração do direito, Maria Helena Diniz explica que:

> [...] Do que foi exposto infere-se a inegável função da equidade de *suplementar a lei*, ante as possíveis lacunas. No nosso entender, a equidade é elemento de integração, pois consiste, uma vez esgotados os mecanismos previstos no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, em restituir à norma, a que acaso falte, por imprecisão de seu texto ou por imprevisão de certa circunstância fática, a exata avaliação da situação a que esta corresponde, a flexibilidade necessária à sua aplicação, afastando por imposição do fim social da própria norma o risco de convertê-la num instrumento iníquo. (2002, p. 478, grifos da autora)

Como será visto a seguir, alguns desses elementos também poderão ser utilizados no caso de antinomia entre as normas jurídicas com o objetivo de iluminar a interpretação do juiz ao decidir sobre qual norma será aplicada ao caso concreto.

1.3 COERÊNCIA

Dentre as três características do ordenamento jurídico, a que mais interessa para o presente trabalho é a coerência, a qual consiste em "negar que possa haver *antinomias*, isto é, normas incompatíveis entre si" (BOBBIO, 2006, p. 203, grifo do autor). Desse modo, havendo normas incompatíveis no ordenamento jurídico, uma ou ambas devem ser excluídas do sistema, pois existe uma relação entre as normas do ordenamento, que é uma relação de compatibilidade (BOBBIO, 2008, p. 227).

Em razão do surgimento de novas leis, como é o caso do *Novo Código de Processo Civil* e do *Estatuto da Pessoa com Deficiência*, o estudo das antinomias ganha relevância. De acordo com o ensinamento de Flávio Tartuce, "a antinomia é a presença de duas normas conflitantes, válidas e emanadas de autoridade competente, sem que se possa dizer qual delas merecerá aplicação em determinado caso concreto (lacunas de colisão)" (2014, p. 38).

Diante disso, segundo Tercio Sampaio Ferraz Júnior, toda antinomia pressupõe uma contradição (2015, p. 169), mas essa não é a única condição para que seja caracterizada uma antinomia, devendo estar presente outros fatores.

A primeira condição para que haja antinomia é que as normas sejam emanadas por autoridades competentes no mesmo âmbito normativo. Isso significa que é necessário que haja uma relação complementar entre o emissor da mensagem e seu receptor, ou seja, uma relação baseada na diferença (autoridade-sujeito) e que ela seja válida no mesmo contexto (FERRAZ JR., 2015, pp. 168-169).

Portanto, as duas normas devem pertencer ao mesmo ordenamento jurídico e ambas devem ter o mesmo âmbito de validade, o qual se divide em: validade temporal, validade espacial, validade pessoal e validade material. Dessa forma, as antinomias podem ser classificadas de acordo com a extensão da contradição entre as normas: (i) antinomia total-total, quando uma das normas não pode ser aplicada sem entrar em conflito com a outra, pois elas possuem o mesmo âmbito de validade; (ii) antinomia parcial-parcial, quando as duas normas possuem o âmbito de validade em parte igual e em parte diverso; (iii) antinomia total-parcial, quando o âmbito de validade

de uma norma é, integralmente, igual à parte do âmbito de validade da outra, ou seja, a primeira norma não pode ser aplicada sem entrar em conflito com a segunda, mas a segunda é só em parte incompatível com a primeira (BOBBIO, 2008, pp. 233-235).

Por sua vez, a segunda condição é que haja contradição nas instruções dadas ao comportamento do receptor, de modo que para obedecer uma norma, ele deve desobedecer a outra (FERRAZ JR., 2015, p. 169). Segundo Bobbio, há incompatibilidade normativa quando duas normas jurídicas não puderem ser, ao mesmo tempo, ambas verdadeiras (2008, p. 231). Logo, existem três casos em que é possível verificar relações de incompatibilidade normativa, quais sejam:

> 1. entre uma norma que *comanda* fazer alguma coisa e uma norma que *proíbe* fazê-lo (*contrariedade*); 2. entre uma norma que *comanda* fazer e uma que *permite* não fazer (*contrariedade*); 3. entre uma norma que *proíbe* fazer e uma que *permite* fazer (*contrariedade*). (BOBBIO, 2008, pp. 231-232, grifos do autor)

Já a terceira condição é que não haja nenhum recurso disponível no ordenamento jurídico para que o sujeito consiga resolver o conflito entre normas jurídicas (FERRAZ JR., 2015, p. 170). Assim, em decorrência do fato de que o ordenamento jurídico constitui um sistema, a existência de antinomias é um vício que deve ser eliminado. Por conseguinte, durante os séculos a jurisprudência foi responsável pela elaboração de algumas regras que são comumente aceitas, com objetivo de resolver as antinomias, quais sejam: critério cronológico, critério hierárquico e critério de especialidade (BOBBIO, 2008, pp. 237-238).

Pelo critério cronológico, havendo duas normas incompatíveis deve prevalecer a sucessiva sobre a anterior: *lex posterior derogat legi priori* (BOBBIO, 2008, p. 238). Vale salientar que esse critério se refere ao momento em que as normas começaram a ter vigência e somente é aplicado quando as normas pertencem ao mesmo escalão (DINIZ, 2008, p. 483). Na legislação brasileira, esse princípio está presente no artigo 2º, § 1º, da *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro* (Decreto-lei nº 4.657/1942), o qual dispõe que "a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior".

A justificativa para a utilização desse critério está pautada no valor do progresso jurídico, visto que se pressupõe que a lei mais recente no tempo está mais apta a atender as exigências sociais e também se presume que o legislador não produz atos desnecessários (BOBBIO, 2008, p. 238).

Já consoante o critério hierárquico, a norma hierarquicamente superior prepondera sobre a inferior: *lex superior derogat legi inferior*. Tal critério é utilizado para solucionar conflitos entre normas que estão em diferentes níveis (DINIZ, 2008, p. 483). A explicação desse critério é que as normas jurídicas são postas em diferentes planos, havendo uma hierarquia normativa e, portanto, as normas superiores podem ab-rogar as normas inferiores, mas o contrário não pode acontecer (BOBBIO, 2008, p. 239).

Por fim, o critério de especialidade é aquele segundo o qual prevalece a norma especial sobre a geral: *lex especialis derogat legi generali*. De acordo com Bobbio, "lei especial é aquela que derroga uma lei mais geral, ou seja, que subtrai a uma norma uma parte da sua matéria para submetê-la a uma regulação diversa" (2008, p. 241).

Assim, a justificativa desse critério é que a passagem da regra geral para a regra especial corresponde a um caminho de justiça, uma vez que o tratamento igual de pessoas que pertencem a categorias diferentes representaria uma injustiça (BOBBIO, 2008, p. 241). Nesse mesmo sentido, Maria Helena Diniz, dispõe que

> [...] ter-se-á, então, de considerar a passagem da lei geral à especial, isto porque as pessoas pertencentes à mesma categoria deverão ser tratadas de igual forma e as de outra, de modo diverso. [...] Esse critério serviria, numa certa medida, para solucionar antinomia, tratando desigualmente o que é desigual, fazendo as diferenciações exigidas fática e axiologicamente, apelando para isso à *ratio legis*. Realmente, se, em certas circunstâncias, uma norma ordena ou permite determinado comportamento somente a algumas pessoas, as demais, em idênticas situações, não são alcançadas por ela, por se tratar de disposição excepcional, que só vale para as situações normadas. (2008, pp. 483-484)

Convém lembrar que o critério de especialidade está presente no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, o qual consagra o princípio da igualdade, segundo o qual "a lei deve tratar de maneira igual os iguais, *e de maneira desigual os desiguais*" (TARTUCE, 2014, p. 41, grifos do autor).

Note-se que, quando se utiliza o critério de especialidade, apenas ocorrerá a eliminação da parte da lei geral que não é compatível com a lei especial, ou seja, a relação antinômica entre uma lei geral e uma lei especial é do tipo total-parcial. Contudo, quando se aplica os critérios cronológico e hierárquico, em geral, ocorre a eliminação total de uma das normas (BOBBIO, 2008, p. 242).

É relevante fixar que, muito embora os critérios analisados acima sejam utilizados para resolver conflitos entre normas, existem situações em que surgem antinomias entre os próprios critérios. Isso ocorre quando em um conflito de normas é possível aplicar mais de um critério, os quais, entretanto, não podem ser utilizados ao mesmo tempo, uma vez que a aplicação de um resultaria na preferência de uma das normas, enquanto que a do outro levaria à escolha da outra norma. Trata-se da antinomia de segundo grau (DINIZ, 2008, p. 486).

Sendo assim, Tercio Sampaio Ferraz Júnior aduz que, se os critérios mencionados podem ser utilizados, a posição do sujeito não é insustentável, pois ele possui meios para resolver a contradição (2015, p. 170). Com isso, a antinomia real existiria apenas quando se configurasse um conflito entre os critérios.

Por conseguinte, é possível haver um conflito entre o critério hierárquico e o cronológico, se existir antinomia entre uma norma superior-anterior e uma norma inferior-posterior. Logo, se for aplicado o critério hierárquico, prevalece a primeira, e, se for aplicado o critério cronológico, a segunda (DINIZ, 2008, p. 486).

Também pode haver um conflito entre os critérios de especialidade e o cronológico, se existir uma relação antinômica entre uma norma especial-anterior e uma norma geral-posterior. Nesse caso, pelo critério da especialidade, opta-se pela primeira e pelo critério cronológico, pela segunda (DINIZ, 2008, p. 486).

Por fim, é admissível haver um conflito entre os critérios hierárquico e de especialidade, se existir antinomia entre uma norma superior-geral e uma norma inferior-especial. Portanto, a primeira seria preferida pelo critério hierárquico e a segunda pelo critério de especialidade (DINIZ, 2008, p. 486).

Para esses casos, a doutrina criou metacritérios com o objetivo de solucionar as antinomias de segundo grau, muito embora sua aplicação seja restrita ao caso concreto, sendo difícil a sua generalização (DINIZ, 2008, p. 486).

Dessa forma, no primeiro caso, prevalece o critério hierárquico sobre o cronológico, visto que conclusão diversa levaria à supressão da eficácia do princípio da ordem hierárquica, pois a norma superior perderia a sua característica de não poder ser ab-rogada pelas normas inferiores (BOBBIO, 2008, pp. 251-252).

No segundo caso, deve prevalecer o critério de especialidade. Entretanto, de acordo com Bobbio, a vitória da lei especial sobre a lei posterior é difícil e, por isso, é necessário dispor do caso concreto, a fim de realizar afirmações mais precisas (2008, p. 252). Nesse sentido, segundo Maria Helena Diniz, "a metarregra *lex posterior generalis non derogat priori speciali* não tem valor absoluto, tendo em vista certas circunstâncias presentes. Não há uma regra definida, pois, conforme o caso, haverá supremacia ora de um, ora de outro critério" (2008, p. 486, grifos da autora).

Por sua vez, no terceiro caso, nem existe uma metarregra geral. Sobre esse assunto Tercio Sampaio Ferraz Júnior, explica que:

> [...] teoricamente deveríamos optar pelo critério hierárquico (uma lei constitucional geral prevalece sobre uma lei ordinária especial), mas, na prática, a exigência de adotar os princípios gerais de uma Constituição a situações novas leva, com frequência, a fazer triunfar a lei especial [...]. (2015, p. 171)

Vale ressaltar que, nos casos de lacuna de conflito, como há várias soluções que não são compatíveis entre si, é certo que o conflito entre duas normas jurídicas causa insegurança, havendo discricionariedade por parte do julgador, o qual pode aplicar uma norma hoje, e outra amanhã. Dessa forma, o magistrado deve recorrer aos princípios gerais do direito, aos valores presentes na sociedade e à equidade, a fim de trazer segurança e optar pela norma mais favorável, em benefício do fim social e do bem comum (DINIZ, 2008, pp. 488-489).

É oportuno reiterar que o juiz, em sua decisão, não resolve a antinomia de forma definitiva, pois ele não decide o conflito entre normas no plano geral, mas sim o caso concreto a ele submetido. Em suma, apenas o legislador poderia eliminar a antinomia por meio da edição de uma nova norma ab-rogando ao menos uma das normas conflitantes, porém essa nova norma também não está imune à antinomia, já que ela poderá dar origem a um novo conflito (DINIZ, 2008, p. 488).

2. DA APLICAÇÃO DOS CRITÉRIOS PARA A RESOLUÇÃO DE ANTINOMIA ENTRE O *ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA* E O *CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL* DE 2015

O *Novo Código de Processo Civil* foi sancionado e promulgado pela Lei 13.105, de 16 de março de 2015 e entrou em vigor após decorrido um ano da data de sua publicação oficial, conforme artigo 1.045, do diploma legal. Isso significa que desde março de 2016 as modificações introduzidas pela nova legislação processual estão em vigor.

Por sua vez, a Lei 13.146 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência), também conhecida como *Estatuto da Pessoa com Deficiência*, foi decretada e sancionada pelo Congresso Nacional no dia 06 de julho de 2015 e entrou em vigor após 180 dias de sua publicação oficial, ou seja, desde janeiro de 2016 as modificações trazidas pela Lei estão vigendo.

De início, é importante relembrar que uma das características do ordenamento jurídico é a coerência, a qual consiste em negar a existência de antinomias, isso significa que as normas não podem ser incompatíveis entre si. Destarte, na situação analisada nesse estudo, há uma antinomia presente no ordenamento jurídico brasileiro, pois o *Código de Processo Civil* de 2015 alterou profundamente o processo de interdição, revogando artigos do *Código Civil*, sendo que o *Estatuto* alterou os mesmos dispositivos legais que haviam sido revogados pela legislação processual. Com isso, quatro são os dispositivos afetados, quais sejam: artigos 1.768, 1.769, 1.771 e 1.772, todos do *Código Civil*.

Com relação ao artigo 1.768, do *Código Civil*, ele foi revogado pelo *Código de Processo Civil*, visto que a legitimidade para a propositura da interdição passou a estar regulamentada no artigo 747, da lei processual. Contudo, a Lei 13.146/2015 acrescentou um inciso no dispositivo da lei material, passando a permitir a promoção do processo pelo próprio sujeito, previsão não presente no *Código de Processo Civil*.

Outra questão refere-se ao fato de que a legislação processual ainda tem o seu procedimento estruturado na ação de interdição, enquanto que o *Estatuto* modificou a nomenclatura, passando a adotar "processo que define os termos da curatela".

Em relação ao artigo 1.769, do *Código Civil*, ele foi revogado pelo *Código de Processo Civil*, pois a legitimidade do Ministério Púbico para propor a ação de interdição passou a estar disciplinada no artigo 748, da legislação processual, o qual estabelece que ele somente terá legitimidade ativa em caso de doença mental grave. O *Estatuto da Pessoa com Deficiência* manteve a disposição do *Código Civil* no sentido de que a hipótese de doença mental grave é apenas um dos casos em que o Ministério Público poderia propor a ação.

Por sua vez, o artigo 1.771, do *Código Civil*, também foi revogado pelo *Código de Processo Civil* de 2015, o qual passou a disciplinar a entrevista judicial do interditando no seu artigo 751, todavia a Lei 13.146/2015 alterou a redação desse mesmo dispositivo da lei material. Nesse caso, a compatibilização entre os referidos dispositivos legais é mais fácil de ser observada, pois ambos fazem referência à "entrevista do interditando", ao invés de "interrogatório" ou "exame", como faziam a antiga lei processual e a redação original do *Código Civil*.

A principal diferença entre o artigo 1.771, do *Código Civil* e o artigo 751, do *Código de Processo Civil*, é que o primeiro impõe o acompanhamento por equipe multidisciplinar durante a entrevista, enquanto o segundo permite que o juiz esteja acompanhado por um especialista.

Por fim, o artigo 1.772, do *Código Civil*, alterado pela Lei 13.146/2015, que trata dos limites da curatela, a serem fixados de acordo com as potencialidades do indivíduo, e também da nomeação do curador, levando-se em consideração a vontade do indivíduo, está em harmonia com o estabelecido no artigo 755, do *Código de Processo*

Civil, não necessitando de um esforço hermenêutico para compatibilizar esses dispositivos legais.

Em razão dessa contradição, existe uma dúvida sobre qual diploma legal deve ser aplicado, dúvida essa que, por sua vez, envolve uma discussão sobre qual critério de resolução de antinomia deveria ser utilizado.

Por esse motivo, a jurisprudência desenvolveu algumas regras a fim de eliminar as antinomias do sistema, todavia, a antinomia real existiria apenas quando se configurasse um conflito entre esses critérios, como ocorreu no caso do *Novo Código de Processo Civil* e da Lei 13.146/2015.

No caso em questão, tem-se que o *Estatuto da Pessoa com Deficiência*, muito embora tenha sido publicado após o *Código de Processo Civil*, em decorrência dos diferentes tempos de *vacatio legis*, entrou em vigor depois deste. Por outro lado, o *Estatuto* é uma lei especial em relação ao *Novo Código*, uma vez que trata especificamente dos direitos da pessoa com deficiência.

Percebe-se que há um conflito entre os critérios cronológico e de especialidade. Trata-se de uma antinomia real, também chamada de lacuna de regras de solução de antinomia, visto que a metarregra *lex posterior generalis non derogat priori speciali* é parcialmente inefetiva, havendo uma inconsistência dos critérios (FERRAZ JR., 2015, p. 171).

Nesse caso, segundo Bobbio, prevaleceria o critério da especialidade, apesar de ser uma vitória difícil, devendo-se analisar o caso concreto (2008, p. 252). No entanto, esse não parece ter sido o entendimento adotado pelos legisladores, visto que, com a entrada em vigor do *Estatuto*, os artigos 1.768, 1.769, 1.771 e 1.772, do *Código Civil*, haviam sido alterados, mas, posteriormente, com o início da vigência da legislação processual, esses mesmos dispositivos legais foram revogados.

Destaca-se que autores como Flávio Tartuce (2016, p. 654) e Paulo Lôbo (2015) já sustentavam que o *Estatuto da Pessoa com Deficiência* ficará em vigor por pouco tempo, entre janeiro e março de 2016, sendo revogado, posteriormente, pela entrada em vigor do *Novo Código de Processo Civil*, dando preferência para o critério cronológico sobre o de especialidade. Tartuce entende que houve um atropelamento legislativo e que seria necessária uma nova norma com o objetivo de esclarecer as contradições existentes entre os diplomas legais (2016, pp. 653-672).

Diante do exposto, nota-se uma incoerência na revogação dos dispositivos legais do *Código Civil* que haviam sido alterados pelo *Estatuto da Pessoa com Deficiência*, em decorrência da entrada em vigor do *Código de Processo Civil* de 2015, porque essa revogação contraria os critérios clássicos de resolução de antinomias, uma vez que havendo conflito entre os critérios cronológico e de especialidade, prevalece, via de regra, o segundo.

Nesse sentido, deveria ser incluído no rol de legitimados a própria pessoa, visto que ela é a maior interessada no processo e ninguém é mais legitimado do que ela para pensar em impor restrições à sua autonomia.

Ademais, a modificação de nomenclatura representa uma conquista, tendo em vista que a interdição sempre foi voltada para a proteção do patrimônio dos interditos, havendo uma verdadeira substituição da vontade do curatelado pela vontade

do curador. Já o processo estabelecido nos moldes do *Estatuto* trata-se de uma curatela específica para atender as necessidades concretas de cada pessoa, levando em consideração não só os seus aspectos patrimoniais, mas também os existenciais. É necessário ter isso em mente para não incorrer em uma interpretação que retome o modelo tradicional de interdição.

É preciso ressaltar também a importância da presença da equipe multidisciplinar, visto que ela permite uma melhor análise dos diversos aspectos que envolvem a pessoa com deficiência, devendo ela ser obrigatória.

Dessa forma, deve prevalecer as normas que melhor atendem os interesses das pessoas com deficiência, visto que embora capazes, são vulneráveis devendo ter seus direitos preservados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei 13.146 foi decretada e sancionada pelo Brasil em 6 de julho de 2015 e entrou em vigor em janeiro de 2016, sendo que todo o instituto da interdição e da curatela foram alterados. O *Código de Processo Civil*, por sua vez, foi sancionado e promulgado pela Lei 13.105, de 16 de março de 2015 e entrou em vigor em março de 2016. Com isso, nota-se que, muito embora a legislação processual tenha sido promulgada antes do *Estatuto*, ela entrou em vigor depois, em decorrência dos diferentes tempos de *vacatio legis*.

Em decorrência disso, ocorreu um atropelamento legislativo, pois o Estatuto alterou os artigos 1.768, 1.769, 1.771 e 1.772 do *Código Civil*, mesmos dispositivos legais que haviam sido revogados pelo *Código de Processo Civil de 2015*.

Assim, foi necessário recorrer aos critérios clássicos de resolução de antinomia (hierárquico, especialidade e cronológico), com o objetivo de concluir sobre qual norma jurídica deveria ser aplicada, para que essa dúvida não trouxesse prejuízos à parte.

No entanto, observa-se a ocorrência de um conflito entre os próprios critérios, pois a legislação processual entrou em vigor após o *Estatuto*, então, ganharia pelo critério cronológico, mas este é especial em relação àquele, prevalecendo pelo critério da especialidade. Segundo Bobbio, nesse caso, deve-se privilegiar a norma especial, apesar de não ser uma vitória tão fácil, havendo a necessidade de se analisar cada caso concreto.

Contudo, esse não foi o entendimento adotado pelo Senado, uma vez que os artigos que haviam sido alterados pelo *Estatuto*, com o início da vigência do *Novo Código de Processo Civil*, foram revogados. Como ficou demonstrado, essa não foi a melhor solução encontrada para resolução da antinomia, uma vez que o *Estatuto* trouxe modificações importantes para a defesa dos direitos das pessoas com deficiência.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

____. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 21 jan. 2016.

____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 jan. 2016.

____. **Decreto-Lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 03 fev. 2016.

____. **Lei nº 13.146 de 06 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 14 jan. 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil:** introdução ao direito processual civil, parte geral e processo do conhecimento. 18. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. v. 1.

DINIZ, Maria Helena. C**ompêndio de introdução à ciência do direito:** introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia do direito e à lógica jurídica, norma jurídica e aplicação do direito. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LÔBO, Paulo. Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. **Revista Consultor Jurídico**, [s.l.], 16 ago. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>. Acesso em: 04 fev. 2016.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

____. **Direito Civil:** direito de família. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5.

RECEBIDO EM: 04/04/2017
APROVADO EM: 05/05/2017