

3.1.2 Conflito real de normas e teoria funcional



Carlos Alberto da
Silveira Isoldi Filho

Na antinomia jurídica, temos um conflito entre duas normas, o qual pode ser aparente ou real. “Dá-se a antinomia *aparente* quando os critérios de solução forem integrantes da ordem jurídica, ao passo que a antinomia *real* se faz presente quando não existir, na ordem jurídica, nenhum critério *normativo* para solucioná-la, sendo inevitável, para sua exclusão, a edição de uma terceira norma”¹.

No conflito aparente, há um fato que, aparentemente, é regulado por mais de uma norma, mas, na realidade, apenas uma delas é aplicada, eliminando-se as demais. No ordenamento jurídico, existem princípios que visam a solucionar o conflito aparente de normas e revelam o aspecto estrutural da aplicação da norma. Nesse caso, a solução da antinomia aparente está no próprio sistema jurídico.

Por outro lado, na antinomia real, há diversas normas válidas, que podem, de forma indiferente, ser aplicadas a um fato, mas o ordenamento jurídico não dá uma solução normativa para que uma delas prevaleça no caso concreto. Ou seja, os critérios hermenêuticos mostram-se insuficientes para resolver o impasse.

Porém, o sistema jurídico não é hermético, mas sim dinâmico, pois tem contato com outros sistemas². O sistema que se põe como um compartimento fechado se extingue gradualmente, porque há uma necessidade de troca de informações, sem que ele perca sua autonomia em relação aos demais³.

Dessa forma, no caso de conflito real, o aplicador da norma deverá buscar a solução mais justa, valendo-se de elementos sociológicos, econômicos, políticos e de outros sistemas, fora do ordenamento jurídico. Isso revela o aspecto funcional da aplicação da norma.

Verifica-se, portanto, que existe uma regra de proibição de antinomias num ordenamento jurídico, dirigida tanto aos que produzem a norma quanto aos que a aplicam. O legislador não pode criar normas incompatíveis entre si, mas, se o fizer, a antinomia deve ser eliminada pelo magistrado⁴.

Há casos nos quais o magistrado, ao aplicar uma das

Carlos Alberto da Silveira Isoldi Filho
Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Assessor Especial da Procuradoria-Geral de Justiça

normas incompatíveis e desaplicar a outra, não estará considerando esta última inválida (ex.: duas normas incompatíveis do mesmo nível e contemporâneas são ambas válidas, mas apenas uma delas deve ser aplicada ao caso concreto). Tanto é verdade, consoante NORBERTO BOBBIO, que as duas normas antinômicas continuam a subsistir no ordenamento, lado a lado, e o próprio juiz num caso posterior ou outro juiz no mesmo caso (por exemplo, um juiz de segunda instância) podem aplicar, das duas normas antinômicas, aquela que anteriormente não foi aplicada ou vice-versa⁵.

O autor afirma, ainda, que a

[...] coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a *justiça* do ordenamento. É evidente que quando duas normas contraditórias são ambas válidas, e pode haver indiferentemente a aplicação de uma ou de outra, conforme o livre-arbítrio daqueles que são chamados a aplicá-las, são violadas duas exigências fundamentais em que se inspiram ou tendem a inspirar-se os ordenamentos jurídicos: a exigência da certeza (que corresponde ao valor da paz ou da ordem), e a exigência da justiça (que corresponde ao valor da igualdade)⁶.

A aplicação de uma das normas incompatíveis exclui a aplicação da outra, pois ambas não podem ter eficácia num mesmo caso concreto. Porém, as duas normas são válidas, continuam existindo e, apesar de haver um conflito, não há remédio para a sua eliminação, salvo a ab-rogação legislativa⁷.

TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, ao apresentar o pensamento jurídico de NORBERTO BOBBIO, afirma que, na teoria estrutural, o jurista, em um Estado protetor e repressor, vê o direito como um conjunto de regras com função sancionadora e negativa. O aplicador do Direito, assim, tende a conservar as regras, que então “sistematiza e interpreta”. Pela teoria funcional, o jurista, num Estado promocional, encara o Direito como um conjunto de regras com função implementadora de comportamento e tende a assumir um papel modificador e criador⁸.

No enfoque estrutural, segundo sintetiza TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, há preponderância da interpretação do sentido das normas, das questões formais de eliminação de antinomias e da integração de lacunas. Fica, assim, a relação meio/fim no estudo do Direito, limitada a um pressuposto global e abstrato. O enfoque funcionalista é voltado mais para a análise de situações, confronto de avaliações e escolha de avaliação e formulação de regras, envolvendo indagações sociológicas, econômicas e políticas⁹.

¹ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Notas Introdutórias ao Estudo do Direito*, 2ª ed., São Paulo, Ícone, 1990, p. 181-182.

² SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. *Aspectos Estrutural e Funcional na Aplicação da Norma*. Palestra proferida no 3º Curso de Especialização em Direito Penal da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, em 5/4/2000.

³ TAVAREZ, Juez. *Teoria do Injusto Penal*, Belo Horizonte, Del Rey, 2000, p. 70.

⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, revisão técnica Cláudio De Cicco, apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, 10ª ed., Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 1999, p. 110.

⁵ *Op. cit.*, p. 112-113.

⁶ *Op. cit.*, p. 113.

⁷ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 113.

⁸ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 15-16.

⁹ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 16.