

## La legge nel tempo: un'analisi teorica a partire dalla *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*

Silvia ZORZETTO\*

**RIASSUNTO:** Questo articolo propone che l'art. 2, § 2, della Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, nonostante quello che potrebbe sembrare a una prima frettolosa lettura, non sia un'enunciazione del principio di specialità secondo cui *lex specialis derogat generali*, nemmeno di quella particolare versione del principio, secondo cui *lex posterior generalis non derogat anteriori speciali*. Sennonché il paragrafo in questione si occupa del fenomeno opposto a quello della antinomia giuridica: ossia del fenomeno della ridondanza giuridica.

**PAROLE-CHIAVE:** Antinomia; legge nel tempo; ridondanza giuridica.

**SOMMARIO:** 1. I principi statuiti dall'art. 2 LICC; – 1.1. Il principio della accumulazione delle norme nel tempo e le sue eccezioni; – 1.2. Il principio della permanenza delle norme nel tempo e la co-esistenza delle norme speciali e generali; – 2. La successione nel tempo delle norme speciali e generali; – 2.1. Abrogazione (parziale) e modificazione; – 2.2. La norma generale incompatibile con la norma speciale già vigente; – 2.3. La norma speciale incompatibile con la norma generale già vigente; – 2.4. La sopravvenienza di una norma più generale compatibile; – 2.5. La sopravvenienza di una norma speciale compatibile; – 3. Il *critério da especialidade* come *princípio geral do direito*; – 4. La specialità giuridica; – 4.1. Una questione logico-concettuale e di giustizia; – 4.3. Analogia, interpretazione estensiva e argomento economico o del legislatore ragionevole; – 4.4. *Legislação especial e lei excepcional*; – Bibliografia.

**TÍTULO:** *A lei no tempo: uma análise teórica a partir da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*

**RESUMO:** *Este artigo propõe que o art. 2º, §2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, não obstante aquilo que poderia parecer em uma primeira leitura apressada, não é uma enunciação do princípio da especialidade, segundo o qual lex specialis derogat generali, nem daquela particular versão do princípio, segundo a qual lex posterior generalis non derogat anteriori speciali. Ao contrário, o parágrafo em questão se ocupa do fenômeno oposto àquele da antinomia jurídica: ou seja, do fenômeno da redundância jurídica.*

**PALAVRAS-CHAVE:** Antinomia; lei no tempo; redundância jurídica.

**SUMÁRIO:** 1. Os princípios instituídos pelo art. 2º da LICC; – 1.1. O princípio da acumulação das normas no tempo e as suas exceções; – 1.2. O princípio da permanência das normas no tempo e a coexistência das normas especiais e gerais; – 2. A sucessão no tempo das normas especiais e gerais; – 2.1. Ab-rogação (parcial) e modificação; – 2.2. A norma geral incompatível com a norma especial já vigente; – 2.3. A norma especial incompatível com a norma geral já vigente; – 2.4. A superveniência de uma norma geral compatível; – 2.5. A superveniência de uma norma especial compatível; – 3. O critério da especialidade como princípio geral do direito; – 4. A especialidade jurídica; – 4.1. Uma questão lógico-conceitual e de justiça; – 4.2. Analogia, interpretação extensiva e argumento econômico ou do legislador racional; – 4.3. *Legislação especial e lei excepcional*; – Bibliografia.

---

\* Dottoressa in Filosofia del Diritto all'Università degli Studi di Milano. Professoressa Abilitata, Dipartimento Scienze Giuridiche Cesare Beccaria, Università degli Studi di Milano.

*ENGLISH TITLE: Law in Time: a Theoretical Analysis Based on the Law of Introduction to Brazilian Legal Norms*

*ABSTRACT: This article proposes that art. 2, §2 of the Law of Introduction to Brazilian Legal Norms, in spite of what a first rushed reading might suggest, is not a reflection of the principle of specialty, according to which *lex specialis derogat generali*, nor is it a reflection of that particular expression of that principle, according to which *lex posterior generalis non derogat anteriori speciali*. On the contrary, the article's paragraph is about the opposit phenomenon to legal antinomy: that is, legal redundance.*

*KEYWORDS: Antinomy; time conflicts of norms; legal redundance.*

*CONTENTS: 1. The principles instituted by art. 2 of the LICC; – 1.1. The principle of accumulation of norms in time and its exceptions; – 1.2. The principle of permanence of norms in time and the coexistence of special and general norms; – 2. The succession in time of special and general norms; – 2.1. (Partial) abrogation and modification; – 2.2. The general norm that is not compatible with a current special norm; – 2.3. The special norm that is not compatible with a current general norm; – 2.4. The ulterior occurrence of a compatible general norm; – 2.5. The ulterior occurrence of a compatible special norm; – 3. The criterium of specialty as a general principle of law; – 4. Legal specialty; – 4.1. A matter of logic, concept and justice; – 4.2. Analogy, extensive interpretation and economic argument or reasonable legislator's argument; – 4.3. Special legislation and exceptional law; – Bibliography.*

## **1. I princìpi statuiti dall'art. 2 LICC**

### *1.1. Il principio della accumulazione delle norme nel tempo e le sue eccezioni*

L'art. 2, § 2, della Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro sancisce che «A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior» (di seguito, per brevità, «art. 2.2 LICC»). Questa disposizione, nonostante quello che potrebbe sembrare a una prima frettolosa lettura, non è un'enunciazione del principio di specialità secondo cui *lex specialis derogat generali*, nemmeno di quella particolare versione del principio, elaborata a proposito della successione nel tempo delle norme speciali e generali, secondo cui *lex posterior generalis non derogat anteriori specialis*.

Più in generale, l'art. 2.2 LICC non enuncia una (meta)regola avente la funzione di prevenire o risolvere i conflitti fra norme generali e speciali, coeve o posteriori e anteriori, considerato che esso *non* riguarda la situazione in cui dette norme sono incompatibili. Come diremo subito, questa situazione è regolata dal § 1 della medesima disposizione.

Il paragrafo di legge in esame non si occupa quindi della cosiddetta antinomia totale-parziale, generata dalla co-vigenza in un certo istante e medesimo ordinamento giuridico di una norma generale contraria o contraddittoria rispetto a una norma speciale. Come noto, questo tipo di antinomia è precisamente quello che si suole prevenire o risolvere per mezzo del principio di specialità (GUASTINI, 2011: 106-125).

Senonché il paragrafo in questione si occupa del fenomeno opposto a quello della antinomia giuridica: ossia del fenomeno della ridondanza giuridica.

Riguarda infatti norme: (i) generali e speciali («disposições gerais ou especiais»), (ii) posteriori («lei nova») e anteriori («lei anterior»), (iii) co-vigenti («disposições ... já existentes»), compatibili (arg. *ex art. 2, § 1 LICC*) e dunque, almeno *prima facie*, parimenti applicabili e concorrenti.

Stabilendo che le disposizioni – *i.e.* le norme – delle nuove leggi non abrogano né modificano quelle già vigenti, l'art. 2.2 LICC detta un principio che possiamo denominare «principio di accumulazione delle norme nel tempo». E il paragrafo di legge in esame stabilisce espressamente che questo principio vale per ogni nuova norma, a prescindere dalla circostanza che essa risulti più o meno generale o speciale rispetto alle norme anteriori già esistenti (DINIZ, 2011: 92; 96-100; BOAVENTURA RICCI, 2008: 439 ss.).

Come si è anticipato, l'applicazione di tale principio trova limitazione in quanto dispone il § 1 del medesimo articolo 2 LICC, a norma del quale «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» (di seguito, per brevità, «art. 2.1 LICC»).

I due paragrafi si completano l'un l'altro e vanno letti congiuntamente. Da essi si ricavano quattro (meta)regole sulla vigenza delle norme. E più precisamente, un principio generale, quello appunto della accumulazione delle norme nel tempo, e le sue tre eccezioni (FORGIONI, GRAU, 1998: 11-12).

Dunque: *in linea di principio*, le nuove norme di una legge posteriore non abrogano, né modificano le norme di legge anteriori già esistenti le quali restano vigenti (art. 2.2 LICC), *salvo che*:

i. la disposizione di una legge posteriore disponga in maniera esplicita che una norma precedente già vigente deve intendersi abrogata (cosiddetta «abrogazione espressa»; art. 2.1 LICC: «A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare...»)<sup>1</sup>;

ii. la norma della legge posteriore sia incompatibile con la norma anteriore (cosiddetta «abrogazione per incompatibilità»: art. 2.1 LICC: «A lei posterior revoga a anterior ... quando seja com ela incompatível ...»)<sup>2</sup>;

iii. la legge posteriore disciplini interamente la materia oggetto della legge anteriore (possiamo denominare questo caso di abrogazione «sostituzione materiale di disciplina»; art. 2.1 LICC: «A lei posterior revoga a anterior ... quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior»).

Fatta eccezione per questi tre casi previsti dal § 1, il principio è quindi quello statuito dal § 2: le norme delle nuove leggi vengono ad aggiungersi e affiancarsi alle norme già in vigore che restano tali e immutate, ed è del tutto indifferente se e quali siano più o meno generali o speciali.

Nella formulazione testuale dell'art. 2 LICC vi sono evidenti spie linguistiche di questo rapporto regola-eccezione. Sotto questo profilo la tecnica redazionale utilizzata dal legislatore all'art. 2 LICC è di per sé assai istruttiva e pregnante non solo sul piano logico-semiotico, ma anche sul piano ordinamentale.

In estrema sintesi si può osservare che il § 1 è espresso «in positivo» e riferito alle ipotesi specifiche di abrogazione/sostituzione sopra indicate *sub i), ii), iii)*. Mentre il § 2 è espresso «in negativo» («A lei nova ... não revoga nem modifica a lei anterior») e si riferisce *prima facie* a ogni (nuova) norma. Come si è infatti accennato, per l'art. 2.2 LICC è indifferente la natura speciale o generale delle norme (già vigenti) e, stante

---

<sup>1</sup> Siamo in presenza di una (meta)regola sulla cosiddetta «abrogazione espressa» che non si accontenta di norme abroganti senza disposizione (norme abroganti inesprese), ma impone la formale enunciazione di disposizioni abroganti. La Lei Complementar n. 95, 26 febbraio 1998 «Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona» sancisce fra l'altro all'art. 9, introdotto nel 2001, che «A cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas».

<sup>2</sup> Si noti che in questo caso il cosiddetto principio della *lex posterior* stabilisce la perdita di vigore della norma anteriore, non già la prevalenza della norma posteriore: ha senso parlare di prevalenza nel caso di norme co-vigenti. Quella posteriore è l'unica norma applicabile perché – una volta espulsa dal sistema quella anteriore incompatibile – è l'unica vigente. In linea di principio, una (meta)regola di soluzione della antinomia può incidere direttamente sulla vigenza delle norme o soltanto sulla loro applicabilità (interna o esterna) (MORESO, NAVARRO, 1996: 119-142).

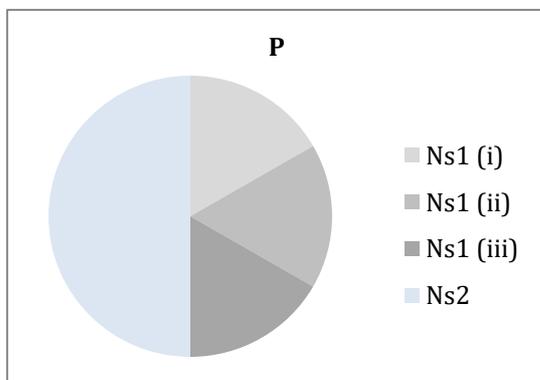
l'opposizione concettuale tra specialità e generalità, qualunque norma (nuova o già vigente) o è speciale (non-generale) o generale (non-speciale): *tertium non datur*.

Per chiarire il discorso, assumendo che il contratto di compravendita sia una specie del genere negozio giuridico, per un verso, ogni norma che regola la compravendita sarà speciale (non-generale) rispetto a ogni norma che regola il negozio giuridico; per converso, ogni norma sul negozio giuridico sarà a sua volta generale (non-speciale) rispetto a ogni norma sulla compravendita.

In virtù della opposizione logico-concettuale tra specialità e generalità, dalla norma espressa dal § 1 che ha ad oggetto la classe delle norme incompatibili e/o abroganti, argomentando *a contrario*, si genera la norma opposta avente a oggetto la classe complementare delle norme compatibili non abroganti (CARCATERRA, 1994).

Queste norme, l'una espressa, l'altra inespressa, sono ambedue speciali rispetto al principio generale del § 2, sia perché sul piano logico-estensionale detto principio si riferisce a tutte le norme, compatibili e non, sia perché sul piano logico-intensionale esso costituisce il fondamento e presupposto delle due norme in considerazione.

La situazione si può così schematizzare:



dove

P: «le norme posteriori (generali/speciali) *non* abrogano (né modificano) le norme anteriori»;

Ns1: «le norme posteriori abrogano le norme anteriori *solo se* (i) sono incompatibili, o (ii) stabiliscono espressamente l'abrogazione, o (iii) regolano interamente la materia»<sup>3</sup>;

<sup>3</sup> Va precisato che la classe delle norme espressamente abroganti oggetto di Ns1 (ii) è distinta rispetto alle altre due sotto-specie delle norme abroganti incompatibili - Ns 1 (i) - e della norme abroganti per sostituzione materiale di disciplina - Ns1 (iii) -; queste ultime possono invece sovrapporsi in parte alle norme abroganti incompatibili in quanto una materia può essere regolata *ex novo* sia in maniera compatibile sia in maniera incompatibile rispetto al pregresso.

Ns2: «*in ogni altro caso*, le norme posteriori *non* abrogano le norme anteriori», ossia «le norme posteriori *non* abrogano le norme anteriori *se* (i) *non* sono incompatibili, né (ii) stabiliscono espressamente l'abrogazione, né (iii) regolano interamente la materia». Mentre Ns2 è speciale e compatibile (*i.e.* è norma ridondante) rispetto a P, Ns1 è speciale e incompatibile rispetto a P, sicché può essere considerata una sua eccezione.

### *1.2. Il principio della permanenza delle norme nel tempo e la co-esistenza delle norme speciali e generali*

La circostanza che il principio dell'accumulazione delle norme ex art. 2.2 LICC sia espresso in «negativo» è una spia rilevante anche per un'altra ragione. I principi, si sa, vanno in coppia e, nel nostro caso, interviene un altro principio a stabilire cosa avviene «in positivo».

Anche tale principio si ricava dall'art. 2, LICC, ma questa volta dalla prima parte della disposizione, secondo cui «*Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue*».

Questa parte dell'art. 2 LICC stabilisce un principio che, a ben vedere, è ancora più generale e fondamentale del principio della accumulazione delle norme nel tempo statuito dal § 2. Possiamo denominarlo «principio di permanenza delle norme». Esso si può così riassumere: la vigenza delle norme è in linea di principio indefinita, salva abrogazione o predeterminazione di una durata temporanea.

Il principio della accumulazione delle norme nel tempo è una espressione di questo ulteriore principio di permanenza. In forza della combinazione dei due principi (arg. ex artt. 2, prima parte, e 2.2 LICC), ogni nuova norma che entra in vigore si aggiunge a quelle già vigenti coesistendo con esse, finché non è abrogata (secondo quanto previsto dall'art. 2.1 LICC).

In linea con questa ricostruzione della disposizione la giurisprudenza del Supremo Tribunal de Justiça e degli altri tribunali, in sintonia peraltro con la dottrina dominante, afferma che in forza dell'art. 2 LICC «*lex specialis* convive con *lex generalis* (...) 'para que haja revogação será preciso que a disposição nova, geral ou especial, modifique expressa ou insitamente a antiga, dispondo sobre a mesma matéria diversamente. Logo, lei nova geral revoga a geral anterior, se com ela conflitar. A norma geral não revoga a especial, nem a nova especial revoga a geral, podendo com ela

coexistir (*'Lex posterior generalis non derogat speciali'*, *'legi speciali per generalem no abrogatur'*), exceto se disciplinar de modo diverso a matéria normada, ou se a revogar expressamente (*'Lex specialis derogat legi generali'*)»<sup>4</sup>.

Va sottolineato che tanto i principi della permanenza e della accumulazione delle norme nel tempo, quanto le loro eccezioni (*i.e.* abrogazione espressa o per incompatibilità o sostituzione materiale di disciplina) sono regole istituzionali, cioè proprie del sistema regolativo del giudice e che assolvono a una funzione interna al sistema giuridico (ATIENZA, MANERO, 2004: 26-28, 49-50). Si tratta di autentiche «regole di struttura» dal momento che, riguardando la vigenza delle norme, da esse dipendono, in ciascun istante, momento dopo momento, le relazioni normative interne a un dato ordine giuridico (CARACCILO, 1988: 11-12, 55-88). Sono inoltre regole di diritto positivo essenziali per l'esistenza stessa dei diritti positivi, posto che la vigenza delle norme è un tratto costitutivo e necessario dei medesimi (JORI, 2010: 32-41 e 61-75).

I principi della permanenza e della accumulazione delle norme nel tempo, nonché le loro eccezioni rappresentano le chiavi di volta di una concezione del diritto dinamica e diacronica (FERRER BELTRÁN, RODRÍGUEZ, 2012: 87-133). In forza di tali regole, il diritto risulta concepito come una sequenza di sistemi che si succedono nel tempo formando un ordine caratterizzato da un incessante processo di sviluppo ed evoluzione secondo un criterio di continuità che dà luogo a una accumulazione del materiale normativo, con una conseguente crescita progressiva della ridondanza<sup>5</sup>. Limitazioni di questo processo sono: l'emanazione di norme *ab origine* temporanee e le tre ipotesi viste di abrogazione/sostituzione del materiale normativo.

Va ricordato che l'art. 2.2 LICC ha come antecedente storico l'art. 4 della Lei n. 3.071, del 1° gennaio del 1916, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, abrogata nel 2002. Tale articolo disponeva che «A lei só se revoga, ou derroga por outra lei; mas a disposição especial não revoga a geral, nem a geral revoga a especial, senão quando a ela, ou ao seu assunto, ser referir, alternado-a explícita ou implicitamente». Anche questa disposizione non enuncia il principio di specialità secondo cui *lex specialis derogat generali*, ma i principi della permanenza e della accumulazione nel tempo

<sup>4</sup> STJ - Recurso Especial REsp 662574 AL 2004/0095037-6 (Rel. Min. Luis Fux), 14 novembre 2005; quanto alla dottrina citata vedi DINIZ, 2011 e 2013. Tra le moltissime decisioni che fanno propria questa ricostruzione, vedi ad esempio TJ-RS - Agravo de Instrumento: AI 70046061909 RS (Rel. Min. Luiz Felipe Silveira Difini), 21 novembre 2011; TRF-3 - Decisão Monocrática. Agravo De Instrumento AI 201203000083690 2012.03.00.008369-0 (Rel. Des. Fed. Vera Jucovsky), 18 aprile 2012.

<sup>5</sup> Questo tratto, fisiologico del diritto vigente, può diventare patologico in caso di cattiva normazione, e a questo titolo incluso è tipicamente nel novero dei fattori di crisi del diritto (ATIENZA M., 2003: 248).

delle norme, dal momento che le norme speciali non abrogano quelle generali, né viceversa. Peraltro, come risulta già dal passo sopra citato del Supremo Tribunal de Justiça, è assolutamente usuale di fatto interpretare l'art. 2 della LICC vigente nei medesimi termini enunciati in passato dall'art. 4 del Código Civil del 1916 (GONÇALVES CARVALHO, 2007: 124).

Oltre a ciò, la funzione/lo scopo dell'art. 2.2 LICC viene identificato proprio nel «preservar normas gerais anteriores de leis novas que regulem um caso específico» (LIMA Jr., 2008: 17-18).

Rispetto a questa *ratio* si pone tuttavia una questione di ordine generale.

La coesistenza di norme generali e speciali, anteriori e posteriori, dà luogo a un potenziale concorso di norme nella regolazione dei casi.

Le alternative sono: (i) l'applicazione congiunta della norma generale e della norma speciale (c.d. cumulo di norme)<sup>6</sup>; (ii) l'applicazione della sola norma speciale; (iii) l'applicazione della sola norma generale.

Adottare in maniera sistematica quest'ultima soluzione ha l'inconveniente di svilire l'emanazione di nuove norme speciali: è chiaro che continuando ad applicare le norme generali già vigenti, le nuove norme speciali finiscono per rimanere lettera morta.

D'altra parte, anche stabilire in via di principio l'applicabilità delle sole nuove norme più generali ha chiaramente l'effetto di rendere lettera morta una pluralità di norme speciali già vigenti.

Sia nuova la norma speciale oppure quella generale, stabilendo l'applicabilità della sola norma generale si crea in ogni caso una situazione di mancato utilizzo di (una pluralità di) norme (speciali) vigenti.

Ove poi le norme speciali e generali fossero coeve sarebbe ancora più evidente la diseconomia della situazione, perché si emanano e fanno entrare in vigore due norme, di cui una (quella speciale) resta *tamquam non esset*.

---

<sup>6</sup> Va ricordato che le norme in questione sono compatibili e quindi dal punto di vista logico (deontico) nulla osta all'applicazione congiunta. Il cumulo tuttavia può essere indesiderabile per ragioni di giustizia o di equità e, in senso più ampio, di opportunità, etc. La scelta di applicare sia la norma generale sia la norma speciale oppure solo l'una o l'altra è, come diremo *infra* al par. 4, una questione di politica del diritto.

In effetti, il fattore temporale è del tutto irrilevante rispetto al mancato utilizzo delle norme speciali. Questo problema dipende non già dalla successione di norme nel tempo, ma dal fatto che qualsiasi norma speciale ha e non può non avere un ambito di applicazione comune rispetto a ogni norma (più) generale: ciò in tanto in quanto ciascuna specie è per definizione logicamente inclusa nel genere. Così, ricordando l'esempio precedente del contratto di compravendita e del negozio giuridico, posto che la compravendita è anche un negozio giuridico, ogni norma generale sulla validità del negozio giuridico ha un ambito di applicazione che si sovrappone a quello della norma speciale sulla validità della compravendita.

Per evitare che le norme speciali siano inutili(zzate), una possibile soluzione è suddividere la sfera temporale di applicazione delle norme.

Si può così concepire la vigenza di ciascuna norma come rivolta, per così dire, soltanto «in avanti» al futuro e non già anche «indietro» al passato. Detto altrimenti: in linea di principio si può stabilire che le norme successive si applichino solo per il futuro, ai casi sorti successivamente alla loro entrata in vigore, senza abrogare né tantomeno modificare le norme anteriori, che restano vigenti ma continuano ad applicarsi ai soli casi sorti precedentemente. In questa lettura vi è una delimitazione temporale della sfera di applicazione delle norme vigenti e l'art. 2.2 LICC è una espressione o enunciazione del principio di irretroattività della normazione (BAYOD LÓPEZ, 2009: 15-40).

Siamo in presenza, è appena il caso di dirlo, di un principio giuridico-positivo, proprio perché la vigenza di una norma in astratto può essere rivolta sia «in avanti» al futuro, sia «indietro» al passato. Si vuol dire che una norma, una volta entrata in vigore, è suscettibile di applicarsi a ogni caso (anteriore o successivo) e occorre una previsione contraria per stabilire diversamente. A dimostrazione di ciò il § 3 dell'art. 2 LICC sancisce che «Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência». In caso di abrogazione della norma abrogante non vi è quindi reviviscenza della norma abrogata, salvo che sia previsto il contrario. La reviviscenza della norma abrogata è proprio un caso di vigenza rivolta «indietro» al passato.

Per evitare che le norme speciali siano inutili(zzate), una soluzione alternativa è il principio di specialità quale (meta)regola<sup>7</sup> che dà prevalenza alla sola norma più speciale (anteriore o posteriore non importa).

Così, si afferma che in conformità all'art. 2, § 2 «A lei especial convive com a lei geral, porquanto a especificidade de seus dispositivos não encerram antinomias (...)»<sup>8</sup> O Princípio da Especialidade conjura a aplicação do artigo 14, da Lei n. 9.624, de 2 de abril de 1998<sup>9</sup>, regra geral que disciplina, na Administração Pública Federal, a percepção de auxílio financeiro de 50% (cinquenta por cento) da remuneração da classe inicial do cargo a que estiver concorrendo os candidatos durante o programa de formação, prevalecendo, *in casu*, a regra encartada no artigo 1º do Decreto-lei n. 2.179, de 4 de dezembro de 1984, que fixa o percentual de 80% (oitenta por cento)<sup>10</sup>.

Il principio di specialità così inteso permette anche di completare la disciplina con la norma generale, per quanto non disposto dalla norma speciale. Sul punto un precedente<sup>11</sup> particolarmente perspicuo ha statuito che «A lei geral convive com a lei especial na parte em que não há antinomia, consoante regra basilar de hermenêutica», decidendo dunque che «No caso, o art. 103, parágrafo único, da Lei n. 8.213/91<sup>12</sup>, ao tratar da prescrição quinquenal, não aborda a questão da interrupção do prazo, devendo-se aplicar, então, o art. 9º do Decreto n. 20.910/32, que regula a matéria de forma geral<sup>13</sup>».

## 2. La successione nel tempo delle norme speciali e generali

<sup>7</sup> E' una (meta)regola, lo ricordiamo, non già di risoluzione di antinomie, ma che serve a eliminare la ridondanza generata dalla coesistenza della norma speciale e generale.

<sup>8</sup> STJ - Recurso Especial REsp 1.195.611 - DF 2010/0094288-0 (Rel. Min. Luiz Fux), 14 settembre 2010. Tra le tante decisioni nello stesso senso v. ad es. STJ - Recurso Especial REsp 1.294.265 - DF 2009/0048789-0 (Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura), 25 giugno 2012.

<sup>9</sup> Art. 14. «Os candidatos preliminarmente aprovados em concurso público para provimento de cargos na Administração Pública Federal, durante o programa de formação, farão jus, a título de auxílio financeiro, a cinquenta por cento da remuneração da classe inicial do cargo a que estiver concorrendo».

<sup>10</sup> Dispõe sobre a percepção de vencimento pelos candidatos submetidos aos cursos de formação profissional de que trata o artigo 8º da Lei nº 4.878, de 3 de dezembro de 1965, que instituiu o regime jurídico peculiar aos funcionários policiais civis da União e do Distrito Federal, e dá outras providências. Art. 1 «Enquanto aluno do curso de formação profissional a que alude o artigo 8º da Lei nº 4.878, de 3 de dezembro de 1965, realizado para o provimento de cargos integrantes do Grupo-Polícia Federal, o candidato perceberá 80% (oitenta por cento) do vencimento fixado para a primeira referência da classe inicial da categoria funcional a que concorra».

<sup>11</sup> STJ - Agravo Regimental No Recurso Especial: AgRg no REsp 1221425 RS 2010/0208687-3 (Rel. Min. Og Fernandes), 7 maggio 2013.

<sup>12</sup> Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Art. 103. Parágrafo único. «Prescreve em cinco anos, a contar da data em que deveriam ter sido pagas, toda e qualquer ação para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela Previdência Social, salvo o direito dos menores, incapazes e ausentes, na forma do Código Civil». (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997).

<sup>13</sup> Art. 9 «A prescrição interrompida recomeça a correr, pela metade do prazo, da data do ato que a interrompeu ou do último ato ou termo do respectivo processo».

### 2.1. Abrogazione (parziale) e modificazione

L'art. 2.1 LICC nella parte in cui prevede l'abrogazione per incompatibilità è una enunciazione espressa della (meta)regola della *lex posterior* secondo cui ove una norma posteriore risulti in conflitto con una norma anteriore quest'ultima perde vigore. A questo proposito va osservato che, dal punto di vista logico-argomentativo, i principi della permanenza e della accumulazione delle norme costituiscono il fondamento della (meta)regola della *lex posterior* come sopra intesa, perché giustificano la sua esistenza come norma dell'ordinamento.

Tant'è che dal punto di vista logico-sistematico la (meta)regola della *lex posterior* è più specifica rispetto ai suddetti principi generali, riguardando solo una specie di norme, appunto quelle incompatibili.

Considerato questo contesto di principi, dai quali la (meta)regola della *lex posterior* non è inferibile come norma implicita, la sua formulazione espressa all'art. 2.1 è una scelta normativa e redazionale necessaria dal punto di vista semiotico-linguistico se si vuole ottenere questo effetto.

Infine, il principio dell'abrogazione per incompatibilità vale a prescindere dal grado reciproco di specialità/generalità delle norme nuove e previgenti.

Ciò premesso, l'art. 2.2 LICC esclude nel caso di successione nel tempo di norme (generali o speciali) compatibili tanto la «revoga» quanto la «modifica».

Occorre anzitutto chiedersi se e in che senso sia possibile distinguere tra i fenomeni della abrogazione di una norma, da un canto, e della sua modificazione, dall'altro canto. In altre parole, c'è spazio per abrogazione senza modificazione e, viceversa, per modificazione senza abrogazione? E cosa eventualmente distingue questo fenomeno dalla deroga?

In relazione al primo profilo, l'abrogazione è un caso limite di modificazione della norma abrogata (dal momento che ne fa venir meno il vigore), che comporta sempre una modificazione dell'ordinamento giuridico complessivo in quanto al venir meno di una norma cambiano le relazioni di inferenza nel sistema giuridico (FERRER BELTRÁN, RODRÍGUEZ, 2012: 87-133; SAUCA CANO, 2008; SGARBI, A., 2006: 24-26).

Più rilevante rispetto alla specialità giuridica è la questione se c'è spazio per una modificazione senza abrogazione. In questo secondo caso, soprattutto in ambito penale, usando il latinetto, si usa parlare di «*abrogatio sine abolitio*»<sup>14</sup>.

Il presupposto da cui muove l'art. 2.2 LICC è che questo fenomeno sia possibile, tant'è che appunto la «modifica» di una norma previgente da parte di una nuova norma (speciale/generale) compatibile è trattata come un'ipotesi distinta dalla «revoga» e, al pari di questa, esplicitamente esclusa. Il presupposto da cui muove il legislatore è corretto, ma richiede una precisazione.

Occorre distinguere, per un verso, tra la successione di norme incompatibili o piuttosto compatibili, per altro verso, tra l'ipotesi in cui la nuova norma è speciale o invece generale rispetto a quella previgente. Le situazioni da esaminare sono quindi quattro. Cominciamo dal caso della sopravvenienza di una norma generale incompatibile con una norma speciale già vigente (o più norme speciali già vigenti).

## *2.2. La norma generale incompatibile con la norma speciale già vigente*

In questo caso, *ex art. 2.1 LICC* ossia in forza del criterio sopra ricordato della *lex posterior* si ha abrogazione per incompatibilità delle norme speciali previgenti incompatibili con la nuova norma generale. Un esempio istruttivo si ricava dalla recente modifica della Costituzione in materia di divorzio introdotta dalla Emenda Constitucional n. 66 del 2010. L'art. 226 § 6° della Constituição Federal prevedeva, nella versione anteriore, che «O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos». La nuova disposizione sancisce invece che «O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio». La riforma costituzionale ha eliminato un requisito che limitava la possibilità di ottenere il divorzio, ampliando quindi la fattispecie. In questo caso abbiamo una norma più generica successiva che abroga e sostituisce una norma più specifica anteriore. In relazione alle fattispecie di separazione giudiziale superiori all'anno o separazione di fatto superiori ai due anni, non vi è alcuna modifica di disciplina (perché si poteva ottenere il divorzio con la disciplina previgente e lo si può ottenere tutt'ora con la nuova

---

<sup>14</sup> Sul tema si segnala lo studio di GATTA, 2008, che pur essendo svolto con riferimento alla legislazione e giurisprudenza penali italiane, è un'analisi di taglio teorico generale rilevante anche per tutti quegli ordinamenti giuridici che condividono col diritto penale italiano un comune approccio al problema del *ne bis in idem* e al concorso di reati e di norme come ad esempio l'ordinamento spagnolo (vedi art. 8 del Código Penal) e appunto quello brasiliano, come dimostra la prassi giurisprudenziale: vedi *infra* par. 4.

disciplina). E' opposta invece la regolamentazione in relazione alle fattispecie di separazione giudiziale inferiori all'anno o di separazione di fatto inferiori ai due anni, perché la nuova norma (più generale) attribuisce un potere che era escluso da quella (speciale) previgente. L'esempio in esame è istruttivo anche perché mostra che la nuova emanazione di una norma più generale travolge, oltre alla norma speciale espressamente abrogata e sostituita, anche le altre norme speciali incompatibili. Nell'esempio devono considerarsi parzialmente abrogate per incompatibilità anche le norme concernenti la stessa materia della separazione giudiziale e di fatto che limitavano il potere di domandare il divorzio (in particolare l'art. 1.580 del Código Civil, Lei n. 10.406, del 10 gennaio 2002, che dispone «Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio. (...) O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos», dovrebbe essere letto senza delimitazioni temporali).

### 2.3. *La norma speciale incompatibile con la norma generale già vigente*

Nel caso della sopravvenienza di una norma speciale incompatibile con una norma generale già vigente, le soluzioni ipotizzabili sono due.

i) *Ex art. 2.1 LICC*, ossia in forza del criterio della *lex posterior* si ha una abrogazione solo parziale della norma generale, la quale risulta abrogata nella sola parte in cui è incompatibile con la norma speciale, mentre resta in vigore per il resto. In questa prima ipotesi, si può parlare, anziché di abrogazione parziale della norma generale, di modificazione della medesima. Scegliere l'uno o l'altro nome per indicare il fenomeno descritto sembra solo una questione terminologica.

ii) Il caso va regolato a norma dell'art. 2.2 LICC (non già dell'art. 2.1 LICC) con la conseguenza che non si ha abrogazione parziale né modificazione della norma generale, la quale resta vigente e immutata nella sua interezza. In questa situazione in cui sia la norma generale anteriore sia la norma speciale posteriore sono vigenti si genera una antinomia (totale-parziale). Come risolverla? Una delle regole è notoriamente il principio di specialità *lex specialis derogat generali* per cui ai casi regolati dalla norma speciale si applica esclusivamente questa, mentre la norma generale continua ad applicarsi a tutti gli altri casi.

Le due soluzioni *sub* i) e ii) sono diverse, perché se è vero che tutte e due fanno sì che la sola norma speciale si applichi ai casi di specie cui fa riferimento, nel secondo caso la norma generale è solo disapplicata nel concorso con la norma speciale, ma resta vigente e quindi applicabile a ogni altro effetto, ad esempio in combinazione con altre norme. Inoltre, nel caso in cui la norma speciale fosse poi abrogata, la norma generale ritornerebbe a essere pienamente applicabile; non così nel caso dell'abrogazione parziale, perché come si è visto la reviviscenza è esclusa a meno che non sia espressamente prevista.

#### *2.4. La sopravvenienza di una norma più generale compatibile*

Le altre due situazioni da considerare sono quella della sopravvenienza di una norma generale compatibile con una norma speciale già vigente, e quella inversa della sopravvenienza di una norma speciale compatibile con una norma generale già vigente. In questo caso, non vi è antinomia (ma ridondanza) e quindi non vi è abrogazione per incompatibilità.

Occorre tuttavia verificare se si versa in un caso di abrogazione per sostituzione materiale di disciplina (*ex art. 2.1 LICC*: «A lei posterior revoga a anterior ... quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior»). Questa possibilità è tanto più plausibile nel caso della sopravvenienza di una norma (che reca una disciplina) più generale. Posto che una norma generale è, per definizione, più comprensiva della norma speciale anteriore, essa regola interamente la materia che trattava la norma anteriore (si rammenti sempre l'esempio paradigmatico delle norme sul negozio giuridico e sulla compravendita). Va tuttavia considerato che normalmente l'abrogazione per sostituzione di disciplina viene intesa come riferita non alla singola norma, ma a un provvedimento normativo nel suo complesso (una legge e simili) o almeno a un insieme minimamente organico di norme. Se la nuova norma generale fa parte di un intervento normativo di questa natura, si può fondatamente ritenere che essa abroghi *ex art. 2.1 LICC* le norme speciali anteriori incompatibili.

In ogni altro caso, in linea di principio, nulla osta all'applicazione cumulativa sia della nuova norma generale, sia della norma speciale previgente. Ragioni di giustizia, equità, opportunità, etc. possono però deporre contro il cumulo. Quale delle due norme allora applicare? La LICC non detta una regola esplicita al proposito. Ma, come si è accennato, la giurisprudenza e la dottrina usano regolare la successione di norme

concorrenti per mezzo del principio di specialità nella versione che dispone che *lex posterior generalis non derogat priori speciali*.

A titolo d'esempio si può ricordare quanto statuito dalla giurisprudenza del Tribunal Superior do Trabalho a proposito dell'art. 1º della Lei n. 6.858/80 secondo cui «os créditos trabalhistas do empregado falecido devem ser pagos aos sucessores, respeitando a seguinte ordem: i) dependentes habilitados perante a Previdência Social ou na forma da legislação específica dos servidores civis e militares; ii) na sua falta, aos sucessores previstos na lei civil. O Código Civil de 2002, por sua vez, não dispôs especificamente sobre a sucessão trabalhista de empregado falecido, prevendo no art. 1.829, I, apenas o seguinte: 'Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente (...).' Ressalte-se que o art. 2º, § 2º, da LICC dispõe que 'a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.'(...) interpretando esse dispositivo (...) 'a revogação será tácita quando houver incompatibilidade entre a lei nova e a antiga, pelo fato de que a nova passa a regular inteiramente a matéria tratada pela anterior. Se a lei nova apenas estabelecer disposições gerais ou especiais, sem conflitar com a antiga, não a revogará.' Portanto, a superveniência da lei civil, em 2002, não teve o condão de revogar a lei especial, de 1980, tendo em vista que, como se lê do art. 1.829, nada dispôs a respeito da matéria tratada por esta, qual seja, a sucessão de empregado falecido, não a tendo alterado nem explícita nem implicitamente»<sup>15</sup>.

### 2.5. *La sopravvenienza di una norma speciale compatibile*

Nel caso opposto della sopravvenienza di una norma speciale non si può escludere l'abrogazione della norma generale già vigente in tutti i casi in cui la norma speciale fa parte di un intervento normativo complessivo ad esempio di riforma o consolidazione di una certa materia. In ogni altro caso, al fine di evitare l'applicazione congiunta delle due norme, nella prassi si usa fare riferimento alla regola secondo cui la norma posteriore speciale deroga quella generale anteriore: *lex posterior specialis derogat priori generali*. Si tratta di un principio inespresso, che cioè non è enunciato esplicitamente nella LICC, e che può essere inteso o come una versione del principio di specialità (se si dà rilevanza al fatto che la nuova norma è speciale) o come una particolare versione del principio della *lex posterior* dando rilevanza al fattore

---

<sup>15</sup> TST-RR-18.598/2000-012-09-00.2 (Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi), 7 ottobre 2009 che a supporto richiama DINIZ 2013.

temporale. Va osservato che questo principio è comunque distinto e nulla ha a che vedere col principio della *lex posterior* previsto dall'art. 2.1 LICC: perché mentre quest'ultimo incide sulla vigenza delle norme determinando l'abrogazione della norma anteriore, nel caso in esame non vi è abrogazione, ma semplice deroga come disapplicazione.

In giurisprudenza sono numerosi i precedenti significativi al proposito; a titolo di esempio si può ricordare la giurisprudenza del Tribunal de Justiça dello Stato di Pernambuco secondo la quale «A Lei de Introdução ao Código Civil disciplina, em seu artigo 2º, § 2º, que a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior. É o que acontece no presente caso. O auxílio-funeral concedido aos herdeiros de militar vem disciplinado na lei que trata da remuneração dos servidores militares do Estado de Pernambuco (lei estadual nº 10.426/90). Por outro lado, a Lei Complementar regula todas as parcelas remuneratórias percebidas pelos membros da Polícia Militar do Estado, Casa Militar e Corpo de Bombeiros Militar do Estado, não mencionando o auxílio-funeral. Ademais, destaque-se, por oportuno, que esse tipo de auxílio é parcela indenizatória, não se confundindo, pois, com a espécie tratada na LC. Tem-se que, por ser a lei 10.426/90 específica e por tratar inteiramente da matéria objeto de discussão dos presentes autos, é que deve ser aplicada. Diante do exposto, infundado o argumento de que a Lei Complementar nº 32/01 por ser posterior, teria revogado tacitamente a lei 10.426/90, sendo aplicada aos casos por esta regulado. Não obstante, ad argumentam tantum, ainda que se admitisse a tese suscitada pelo Apelante, de que o valor tomado como referência para concessão do auxílio funeral é o do soldo em março de 2001 e o servidor, viesse a morrer muitos anos depois da vigência dessa lei, como é caso dos presentes autos, o valor que seria pago aos seus herdeiros já estaria corroído pela inflação, desvirtuando-se de sua finalidade, que é indenizar os herdeiros do morto pelas despesas com o funeral»<sup>16</sup>.

Questa argomentazione costituisce un esempio paradigmatico del modo tipico di accostarsi nella prassi all'alternativa tra abrogazione per sostituzione materiale di disciplina e deroga. L'alternativa è cruciale, perché come si è detto è in gioco la vigenza stessa di una norma (generale), e viene normalmente risolta per mezzo di argomenti di secondo grado più fondamentali rispetto all'argomento della specialità/generalità delle norme.

<sup>16</sup> TJ-PE - Agravo: AGV 265804-0/01 (Rel. Des. Luiz Carlos Figueirêdo); TJ-PE - Agravo: AGV 2598125 PE 0021829-09.2011.8.17.0000 (Rel. Des. Luiz Carlos Figueirêdo), 6 dicembre 2011; TJ-PE, Apelação cível n. 282804-4 (Rel. Des. Luiz Carlos Figueirêdo), 11 novembre 2012.

Uno dei principali argomenti con cui si giustifica la sola deroga (*i.e.* permanenza in vigore) ovvero l'abrogazione parziale delle norme generali è l'argomento teleologico o della *ratio legis*, come nell'esempio, secondo il quale va scelta nel caso concreto l'opzione che garantisce maggiormente il perseguimento dello scopo della disciplina e dunque la miglior tutela degli interessi materiali a essa sottesi. Tale argomento poggia su una valutazione genuinamente politica e si iscrive in un approccio al diritto di tipo teleologico-funzionale.

Nella prassi l'argomento teleologico è frequentemente usato anche nella versione soggettiva della *voluntas legislatoris*, per cui ci si chiede se l'intenzione del legislatore sia di conservare per intero la norma generale anteriore o abrogarla in parte per effetto della introduzione della nuova norma speciale. Posto che nella specie vi è un iato temporale tra i due interventi normativi, i legislatori cui fare riferimento sono in linea di principio sia quello originario sia quello sopravvenuto. La circostanza che in genere si dia prevalenza all'intenzione del legislatore più recente che ha introdotto la norma speciale successiva è indice di una preferenza per una interpretazione e una concezione del diritto evolutiva.

### **3. Il critério da especialidade come princípio geral do direito**

Dunque, anche nell'ordinamento giuridico brasiliano, come in molti altri ordinamenti europei o comunque appartenenti alla tradizione di civil law, il principio *lex specialis derogat generali* non è sancito in maniera espressa in una disposizione legislativa, se non costituzionale, di ordine generale concernente ogni norma dell'ordinamento.

Nella legislazione brasiliana sono comunque numerosissime le spie da cui si può desumere ed è di fatto desunto il principio. Copiosi sono i riferimenti a leggi speciali e disposizioni speciali, nonché le enunciazioni puntuali e incidentali del principio espresse in clausole di rinvio o di specialità. Questi richiami al principio previsti in singole disposizioni hanno perlopiù un ambito di applicazione settoriale, cioè sono riferiti a specifiche disposizioni o a taluni ambiti: tipicamente il diritto penale, ma anche il diritto tributario e il diritto militare sono considerati speciali rispetto al diritto comune generale<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> STF - HC: 113593 AM, (Rel. Min. Cármen Lúcia), 17 aprile 2013; STM - Apelação AP 841720117030203 RS 0000084-17.2011.7.03.0203, 19 ottobre 2012.

Un esempio di clausola di specialità è l'art. 61 del Código de defesa do consumidor, a norma del quale «Constituem crimes contra as relações de consumo previstas neste código, sem prejuízo do disposto no Código Penal e leis especiais, as condutas tipificadas nos artigos seguintes». La clausola «sem prejuízo» può essere intesa in due sensi principali: (i) come clausola che esclude l'abrogazione parziale delle norme più generali precedenti e sancisce il principio *lex specialis derogat generali*, per cui le fattispecie di illecito e le sanzioni previste in via speciale dal Código de defesa do consumidor prevalgono rispetto a quelle generali del Código Penal; (ii) come clausola che esclude l'abrogazione parziale delle norme più generali precedenti e sancisce la possibilità del cumulo (applicazione congiunta) delle fattispecie di illecito e le sanzioni previste in via speciale dal Código de defesa do consumidor e in via generale dal Código Penal. Ragioni di equità rendono più plausibile la prima prospettazione.

Un altro esempio è l'art. 12 del Código Penal, a norma del quale «As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso». Questo ultimo inciso è una clausola di specialità perché stabilisce che se una «lei especial» dispone qualcosa di diverso, non necessariamente di incompatibile, con le norme generali del Código Penal si applica quanto prevede la «lei especial» in deroga al Código.

L'art. 1.368-A del Código Civil, introdotto con la Lei n. 10.931, del 2004 stabilisce che «As demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial» e quindi stabilisce un duplice criterio: da un lato, l'applicazione delle norme generali compatibili con le norme speciali; dall'altro lato, la deroga della *lex specialis* nel caso di incompatibilità.

Si intuisce che in tutti questi casi l'impiego del principio di specialità non trova una giustificazione unica; se ne può dare piuttosto una spiegazione plurale.

Nel diritto penale e ogniqualvolta le norme coinvolte sono norme sanzionatrici, la *ratio* del principio della *lex specialis* è essenzialmente di garanzia contro il *ne bis in idem* e dunque punizioni o sanzioni eccessive. L'applicazione della sola norma (più) speciale (e, per converso, la disapplicazione di quella/e più generale/i) risponde a una regola di giustizia/equità intesa come proporzionalità.

Così, in giurisprudenza, per orientamento consolidato, «[o] conflitto aparente se instala quando, havendo duas ou mais normas incriminadoras e um fato único, o agente, mediante uma única ação ou omissão, ofende (aparentemente) tais normas. No conflito aparente de normas há unidade do fato e pluralidade de normas. A ofensa ao mundo naturalístico ocorre uma única vez. (...) Ao agente que pratica lavra clandestina de minério (Lei 9.605/98, art. 55) não pode ser imputado, também, o crime previsto no art. 2º da Lei 8.176 /91 (explorar matéria-prima pertencente à União Federal sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizador), por tratarem da mesma matéria. (...) Havendo concurso aparente de normas, deve o juiz valer-se do princípio da especialidade e proceder à subsunção adequada, aplicando apenas um dos preceitos legais, qual seja, o que melhor se ajusta à conduta praticada, sob pena de *bis in idem*»<sup>18</sup>.

In altri ambiti, tipicamente nel diritto dei consumatori – ma si pensi anche alla materia del lavoro e delle misure previdenziali e di assistenza sociale – il principio di specialità risponde piuttosto a una (più pronunciata e in questo senso speciale) esigenza di protezione di categorie di soggetti che si presume siano più deboli<sup>19</sup>.

In altri casi ancora, come il diritto militare o la materia delle immunità delle cariche pubbliche, il principio della *lex specialis* ha fundamentalmente la funzione di preservare uno status specifico, perlopiù accompagnato da un regime di privilegio<sup>20</sup>.

In relazione a discipline connotate da aspetti e problemi specialistici come la proprietà fiduciaria cui si è accennato (o, per fare altri noti esempi, la disciplina aeronautica o quella ambientale, che sono tipicamente considerate speciali), il principio di specialità è strumentale proprio al loro migliore soddisfacimento.

<sup>18</sup> TRF-1 - Apelação Criminal ACR 3869 PA 2007.39.00.003869-7, 7 ottobre 2011; TRF-1 - Recurso em Sentido Estrito RSE 3817 MG 2002.38.03.003817-4, 17 aprile 2009; TRF-1 - Apelação Criminal ACR 1049 TO 2006.43.00.001049-3, 4 settembre 2009.

<sup>19</sup> «O mandamento constitucional de proteção do consumidor deve ser cumprido por todo o sistema jurídico, em diálogo de fontes, e não somente por intermédio do CDC. - Assim, e nos termos do art. 7º do CDC, sempre que uma lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá se somar ao microsistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo. - Diante disso, conclui-se pela inaplicabilidade do prazo prescricional do art. 27 do CDC à hipótese dos autos, devendo incidir a prescrição vintenária do art. 177 do CC/16, por ser mais favorável ao consumidor»: STJ - REsp: 1009591 RS 2007/0278724-8 (Rel. Min. Nancy Andrighi), 23 agosto 2010.

<sup>20</sup> Per esempio «Somente a falta de um regramento específico possibilitaria a aplicação da legislação comum, sendo impossível mesclar-se o regime processual penal comum e o regime processual penal especificamente militar, mediante a seleção das partes mais benéficas decada um deles, postura essa incompatível com o princípio da especialidade das leis. Portanto, a alteração do art. 400 do CPP pela Lei nº 11.719 /2008, que inaugurou a inversão do interrogatório em relação aos demais atos probatórios, não se aplicasubsidiariamente ao Código de Processo Penal Militar»: STM - CP: 1319320127120012 AM 0000131-93.2012.7.12.0012, (Rel. Cleonilson Nicácio Silva), 3 ottobre 2012.

Di là dei riferimenti alla legislazione speciale e alle clausole di specialità espresse nelle pieghe delle disposizioni, il principio *lex specialis derogat generali* gode di un diffuso riconoscimento nel diritto brasiliano. Tant'è che, come si è accennato, per comune opinione lo si considera un principio addirittura implicito nell'art. 2 LICC, valido per l'intero l'ordinamento, in ambito privato e pubblico, civile e penale e «também para modificações constitucionais» (PINTO, 2010: 3). Il principio della *lex specialis* viene impiegato per regolare la successione nel tempo delle norme generali e speciali di origine federale e/o di origine statale (come già si è visto), oppure nazionali e di ratifica di convenzioni o trattati internazionali (a partire dal 1977 la giurisprudenza del STF (RE 80.004-SE, Rel. Min. Cunha Peixoto, julgado em 1 giugno 1977), afferma che «Excelso Pretório tem adotado o sistema paritário ou monismo nacionalista moderado, segundo o qual tratados e convenções internacionais possuem status de lei ordinária, devendo os conflitos entre ambos serem resolvidos através do critério cronológico combinado com o da especialidade (lex posterior generalis non derogat legi priori speciali), ou seja, a norma de caráter especial, mesmo que mais antiga, prevalece sobre a norma de caráter geral»)²¹.

Anche nell'ordinamento giuridico brasiliano, il critério da especialidade *lex specialis derogat generali* risulta quindi di fatto trattato alla stregua di un «princípio geral do direito», implicito nel sistema giuridico e che sta a fondamento tanto di una moltitudine di enunciazioni espresse, quanto di una pluralità di usi da parte della giurisprudenza (al pari di quanto avviene, ricordando esempi familiari, nell'ordinamento spagnolo (TARDÍO PATO, 2003, 189) e nell'ordinamento italiano (CELOTTO, 2000: 201)).

Va rilevato che il critério da especialidade è utilizzato dalla giurisprudenza sia in relazione all'ipotesi della successione di norme nel tempo, sia in relazione a norme coeve, spesso espresse in un medesimo documento normativo come tipicamente avviene ad esempio nel diritto penale per evitare il «concurso aparente de normas incriminadoras»²² (così, sul primo versante della successione nel tempo si afferma per esempio che «Eventual conflito aparente entre o art. 215 do Código Penal Militar e o art. 7º, § 2º da Lei 8.906 /94 deve ser solucionado pela aplicação deste último diploma legal, que é lei federal especial mais recente e amplia o conceito de imunidade profissional do advogado»²³; sul secondo versante, tra norme coeve, per esempio «Por incidência do princípio da especialidade, comete o crime do artigo 356 do Código Penal

²¹ KOEHLER, 2007: 145-163. STJ - Recurso Especial n. 1.161.467/RS (Rel. Min. Castro Meira), 1 giugno 2012.

²² TRF-2 - RSE: 92.02.07410-0 (Rel. Des. Fed. Paulo Barata), 11 aprile 1995.

²³ STF - Habeas Corpus HC 89973 CE, 23 agosto 2007.

, e não o do artigo 305 do mesmo diploma legal, o agente que, após receber carga dos autos, na qualidade de advogado da parte, retira folha de petição que anteriormente protocolara, já integrante dos autos de processo cível, substituindo-a por outra contendo requerimento diverso do original, para que, caso não haja a retratação judicial pretendida, o pedido seja recebido como agravo»<sup>24</sup>).

Nella prassi giurisprudenziale il principio di specialità è poi impiegato, oltre che in relazione a norme speciali e generali tra loro compatibili, ridondanti e concorrenti, e quindi in linea di principio applicabili in via cumulativa, anche in relazione a norme speciali e generali incompatibili e quindi in situazioni di antinomia che dovrebbero in realtà essere prevenute dall'art. 2.1 LICC.

Questo dato è significativo: nella realtà, i principi di accumulazione e di permanenza delle norme nel tempo mostrano di possedere una forza di resistenza notevole, nel senso che la giurisprudenza, in presenza di una incompatibilità tra la nuova norma e una norma già vigente, non conclude per l'abrogazione come si dovrebbe, sulla base di una rigorosa applicazione dell'art. 2.1 LICC.

Anziché espellere dall'ordinamento una volta per tutte la norma generale o speciale anteriore, la giurisprudenza mostra la tendenza a considerarla ancora vigente e a utilizzare il principio di specialità per risolvere l'antinomia (totale-parziale) conseguentemente generata dal sopravvenire della nuova norma speciale o generale.

Sul punto si può ricordare un precedente nel quale il Supremo Tribunal Federal ha affermato che «ao proceder ao exame comparativo entre a Lei nº 10.258/2001 e a Lei nº 8.906/94 (art. 7º, V), reconheceu, nesse cotejo, a existência de uma típica situação configuradora de antinomia em sentido próprio, eminentemente solúvel, porque superável mediante utilização, na espécie, do critério da especialidade (*'lex specialis derogat generali'*), cuja incidência, no caso, tem a virtude de viabilizar a preservação da essencial coerência, integridade e unidade sistêmica do ordenamento positivo (...). Ao assim decidir, o Supremo Tribunal Federal teve presente, dentre outras lições expendidas por eminentes autores (...), para quem, na perspectiva do contexto em exame, e ocorrendo situação de conflito entre normas (aparentemente) incompatíveis, deve prevalecer, por efeito do critério da especialidade, o diploma estatal (o Estatuto da Advocacia, no caso) 'que subtrai, de uma norma, uma parte de sua matéria, para submetê-la a uma regulamentação diferente (contrária ou contraditória)...' (grifei).

---

<sup>24</sup> STJ - Habeas Corpus HC 32468 MS 2003/0229430-8, 24 maggio 2004.

Cumpra osservare, de outro lado, neste ponto, que, mesmo que se tenha por configurada, na espécie, hipótese mais complexa (motivada pela existência de antinomia entre os critérios cronológico e de especialidade), reveladora, por tal razão, de uma clássica antinomia de segundo grau – decorrente, no caso, da incompatibilidade entre norma anterior especial (...) e norma posterior geral (...) -, ainda assim prevalecerá, por efeito da hierarquização do critério da especialidade, a norma fundada no Estatuto da Advocacia (*lex posterior generalis non derogat priori speciali*)<sup>25</sup>.

In realtà, è noto che «A meta-regra *lex posterior generalis non derogat priori speciali* não tem valor absoluto, dado que, às vezes, *lex posterior generalis derogat priori speciali*, tendo em vista certas circunstâncias presentes. A preferência entre um critério e outro não é evidente, pois se constata uma oscilação entre eles. Não há uma regra definida; conforme o caso, haverá supremacia ora de um, ora de outro critério»<sup>26</sup>.

Correttamente si parla di preferenza o per l'uno o l'altro criterio perché in materia non c'è una regola predeterminata (BULYGIN, MENDOCA, 2005: 79-80).

E' discrezionale, vale a dire indeterminata alla stregua dei parametri offerti dal diritto positivo (LIFANTE, 2002: 424-426 e 430) tanto la scelta se applicare la norma speciale anteriore, in deroga a quella generale posteriore (o se, pur essendo sopravvenuta una norma speciale, continuare ad applicare, in taluni casi, quella generale anteriore), quanto la stessa individuazione di quali sono le norme speciali e generali concorrenti o antinomiche. L'una e l'altra operazione sono attività in senso lato di politica del diritto, sia pur *de iure condito*<sup>27</sup>.

Sotto questo profilo, la vera differenza non è tanto tra la abrogazione di norme incompatibili, stabilita dal legislatore, e la deroga decisa dalla dottrina e/o dalla giurisprudenza, perché sia l'una che l'altra dipendono dall'attività, per un verso, del legislatore che detta disposizioni sulla abrogazione o sulla deroga, per altro verso, della

<sup>25</sup> STF - Rcl: 5712 SP (Rel. Min. Celso De Mello), data di pubblicazione 17 dicembre 2007; STF - HC: 109213 SP (Rel. Min. Celso De Mello), data di pubblicazione 17 settembre 2012. A conforto di quanto affermato la decisione richiama la dottrina dominante: segnatamente, DE BRITO MACHADO, 2004: 164-168; DINIZ, 1994, ed. agg. 2011; BATISTA, 1998: 32-34; MARINANGELO, 2005: 232-233; BOBBIO, 1989: 91-92 e 95-97; FREITAS, 2002: 94-98 e 106-107.

<sup>26</sup> STJ - REsp: 842831 DF 2006/0089791-8 (Rel. Min. Luiz Fux), 6 ottobre 2008, che ricorda sul punto la tesi della dottrina maggioritaria: v. DINIZ, 2011.

<sup>27</sup> Quando è la dottrina a dire alla giurisprudenza quali norme sono speciali e generali e quali sono concorrenti o antinomiche, si è in presenza di una attività *de sententia ferenda*, che si traduce (anche solo in via indiretta e inintenzionale) in un suggerimento circa quali norme applicare e quali disapplicare (ATIENZA M., 2003: 245-248).

dottrina e della giurisprudenza che interpretano e applicano tali disposizioni<sup>28</sup>. Il punto è semmai se e come giustificare da un lato la abrogazione e dall'altro lato la deroga per incompatibilità e dunque la scelta se considerare o no vigente una data norma.

#### 4. La specialità giuridica

##### 4.1. Una questione logico-concettuale e di giustizia

La specialità/generalità di qualsiasi norma è una questione relativa e di grado. Nessuna norma è speciale o generale di per sé, per sue qualità intrinseche. Ogni norma può essere considerata «una norma (più) speciale» o «una norma (più) generale» di un'altra, ove posta in relazione con le altre norme dell'ordinamento. In realtà il confronto non viene mai effettuato tra tutte le norme di un ordinamento, ma con riferimento a singole norme già individuate o a un sotto-insieme predefinito concernente una certa «materia». Si parla così di micro-sistemi, settori, ambiti, discipline speciali.

Una questione discrezionale è data proprio dall'individuazione dei termini di comparazione, cioè delle norme (speciali e generali) rilevanti rispetto al caso da regolare. Si tratta di un problema preliminare rispetto all'applicazione del principio di specialità perché esso opera una volta che si sono individuate le norme speciali e generali co-vigenti e concorrenti/antinomiche.

Occorre distinguere tre problemi diversi: il problema della identificazione delle norme rilevanti, cioè pertinenti rispetto al caso di specie, generico o specifico (MORESO, 2002: 19-34) che si deve regolare; il problema della qualificazione dei casi alla luce delle norme (problema di sussunzione) (ATIENZA M., 2003: 129); il problema di quale norma applicare.

Il principio *lex specialis derogat generali* si occupa di quest'ultimo problema, dal momento che esso stabilisce quale norma applicare, tra la norma speciale e quella generale, norme che sono parimenti rilevanti e sotto cui il caso può essere sussunto.

Il problema di stabilire come individuare i termini del confronto cioè della individuazione delle norme speciali e generali rilevanti, parimenti *prima facie*

---

<sup>28</sup> E' comunque vero che abrogazione e deroga, pur avendo la stessa conseguenza finale di condurre alla disapplicazione di una norma in un certo caso, sono due operazioni differenti poste in essere da diversi soggetti partecipanti alla pratica giuridica (BULYGIN, MENDOCA, 2005: 81).

applicabili, è logicamente precedente e viene di fatto risolto all'interno di quelli che si suole denominare i rami dell'ordinamento o i settori o gli ambiti di disciplina o la «materia» regolata, usando lo stesso lessico dell'art. 2 LICC<sup>29</sup>.

Per ridurre le incertezze e le controversie circa la individuazione della materia sono di aiuto le definizioni legislative che precisano e delimitano l'ambito di applicazione di talune speciali discipline. Un esempio è l'art. 96 della Lei n. 5.172, 25 ottobre 1966 «Código Tributário Nacional», a norma del quale «A expressão 'legislação tributária' compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes».

Va d'altra parte sottolineato che spesso si ragiona in termini di leggi speciali come se il punto di riferimento fosse l'intero provvedimento normativo: lo stesso art. 2 LICC ne è un esempio. Tuttavia, la circostanza che un provvedimento intervenga a regolare una certa materia non è di per sé decisivo per considerare una norma speciale e prevalente rispetto a una norma contenuta in un altro testo normativo. Così per esempio «embora seja correto que (art. 2) nao è correto disso inferir que o art. 27, § 4, da Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997 [Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências: «Nos cinco dias que se seguirem à venda do imóvel no leilão, o credor entregará ao devedor a importância que sobejar, considerando-se nela compreendido o valor da indenização de benfeitorias, depois de deduzidos os valores da dívida e das despesas e encargos de que tratam os §§ 2º e 3º, fato esse que importará em recíproca quitação, não se aplicando o disposto na parte final do art. 516 do Código Civil)], tenha derogado, no que se refira a alienação fiduciária em garantia de bem imóvel o disposto no art. 53 do Código de defesa do consumidor [Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990: «Art. 53. Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor

---

<sup>29</sup> I riferimenti alla materia regolata possono essere espliciti come ad esempio nel caso dell'art. 15 cod. pen. italiano, ma anche impliciti. Indici significativi provengono dalla sistematica dei testi giuridici. Individuano implicitamente la materia regolata ad esempio l'art. 1.377 del Código Civil concernente il diritto di superficie («O direito de superfície, constituído por pessoa jurídica de direito público interno, rege-se por este Código, no que não for diversamente disciplinado em lei especial»), oppure l'art. 1.438 del Código Civil in tema di forma della «cédula rural pignoratícia»; emblematico è poi l'art. 1.619, nella versione introdotta con la Lei n. 12.010 del 2009, secondo cui «A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente» che individua come materia appunto lo «Estatuto da Criança e do Adolescente».

que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado]»<sup>30</sup>.

Come emerge anche dagli esempi sinora accennati, è del tutto usuale parlare di leggi e di disposizioni speciali e generali: sul punto lo stesso art. 2 LICC è emblematico. Nondimeno, è essenziale chiarire che l'abitudine di riferire gli attributi della specialità e della generalità a leggi e disposizioni speciali e generali è una sineddoche, perché la specialità e la generalità sono proprietà concettuali che concernono propriamente i significati veicolati dai segni linguistici, non già i meri segni in sé (ZORZETTO, 2010).

In altre parole, quando si parla di specialità/generalità si indica un tratto inerente alle norme e, più esattamente, alle loro componenti concettuali: per fare un semplice esempio, la norma che punisce la violazione di domicilio con uso di violenza (vedi art. 150 § 1 del Código Penal «Violação de domicílio») è speciale rispetto a quella che punisce la violazione di domicilio (*i.e.* «Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências»), in quanto la prima si riferisce a una specie del genere regolato dalla seconda: nell'esempio la differenza specifica consiste nel fatto che il «crime é cometido (...) com o emprego de violência».

Poiché le norme sono ricavate dalle disposizioni e dai testi giuridici per il tramite dell'attività interpretativa, la determinazione di quali norme sono speciali e generali è una variabile di questa attività. Chiarire questo punto è fondamentale per spiegare donde derivano le controversie circa la natura speciale e generale delle norme.

L'esempio di specialità appena illustrato si può contestare ricostruendo diversamente la sistematica penale, assumendo, ad esempio, che il genere sia la violenza e la differenza specifica sia il fatto che tale violenza sia esercitata per fare ingresso o permanere in una abitazione o sue pertinenze. Sulla base di questa diversa assunzione il rapporto di specialità/generalità cambia e la norma generale di riferimento non è più la violazione di domicilio ma la violenza (art. 146 del Código Penal «Constrangimento ilegal»).

Si pensi ai diversi rapporti di specialità che si possono istituire tra i delitti della estorsione, del sequestro e dell'estorsione mediante sequestro (artt. 148, 158, 159 del Código Penal).

---

<sup>30</sup> TJ, Estado de Sao Paulo, Apelacoes com Revisao n. 9101115-04.2006.8.26.0000; 0077391-27.2006.8.26.0000 (Rel. Des. Lino Machado), 10 agosto 2011.

Questi esempi mostrano che la topografia e la sintassi dei testi (vale a dire la suddivisione in parti, sezioni, etc., l'intitolazione degli articoli, l'articolazione dei paragrafi, etc.) hanno un ruolo fondamentale nel rendere più o meno plausibile e quindi giustificata la costruzione di taluni o talaltri rapporti di specialità.

Va anche detto che normalmente la relazione di specialità viene tracciata soltanto tra alcune norme, escludendone dal confronto altre che pur presentano elementi comuni con quelle esaminate (nel caso della violazione di domicilio con uso di violenza, per esempio, si potrebbe considerare rilevante l'art. 161 II - § 2° «Esbulho possessório»).

Al proposito va sottolineato che in molti casi si tende a dare rilevanza ad una differenza specifica in particolare, ponendo in secondo piano altre differenze che porterebbero a tracciare differenti relazioni di specialità con altre norme.

L'individuazione di quali norme sono speciali e generali e del perché lo sono dipende in definitiva dalle diverse ricostruzioni sistematiche degli interpreti.

E' chiaro che nessuna di queste assunzioni è predefinita o scritta nei testi giuridici e dipende piuttosto da una serie di variabili, a cominciare da scelte dogmatiche e concettuali ma anche opzioni squisitamente politiche e di valore, che connotano sia l'attività della giurisprudenza sia l'attività della dottrina giuridica, che ha un ruolo fondamentale nella costruzione del sistema giuridico (*i.e.* in quella che si suole più esattamente denominare sistematizzazione del diritto: BULYGIN, 1986, 193-210; RATTI, 2008: 203-352).

Peraltro, il punto d'approdo finale di ogni disquisizione teorico-dogmatica pro o contro la specialità/generalità delle norme è una questione eminentemente pratica, ovverossia l'alternativa circa la loro (dis)applicazione.

Si vuol dire che ogni teoria sulla specialità giuridica che dica quali sono i generi e le differenze specifiche e quindi quali le norme speciali e generali presenti nel sistema e come individuarle, non è soltanto un discorso teorico-conoscitivo sul sistema inerente alle norme dell'ordinamento, ma è anche una dottrina circa l'applicazione giuridica. Questa strumentalità della teoria rispetto alla pratica, che è tipica dell'ambiente giuridico ed è uno degli elementi più salienti della pragmatica giuridica (JORI, 2013:

257-288), condiziona in maniera decisiva la sistematica giuridica, nonché l'applicazione del principio di specialità.

Sottolineare ciò è essenziale per non cadere nell'equivoco di considerare (l'applicazione di) questo principio come qualcosa di meramente logico e meccanico.

Certamente la specialità e la generalità è una questione logica (logico-concettuale, come si è detto), ma sfugge alla logica sia la scelta dei generi e delle differenze specifiche, sia la scelta se considerare prevalente in via esclusiva la sola norma generale o la sola norma speciale in ciascun caso. Ogni norma, quale che sia il suo grado di generalità e specialità, individua una fattispecie (più o meno ampia) di casi ossia una classe.

Sul piano logico, ogni individuo di una certa specie è sussumibile in una pluralità potenzialmente infinita di norme, più o meno speciali e generali. Qual è la disciplina da applicare, se quella più specifica o più generica, è però una questione non di logica, ma di giustizia (BOBBIO, 1967: 303-322).

Vi è quindi un salto logico, che è colmabile solo da una scelta pratica, tra le classi di casi regolati dalle norme (speciali e generali) e i casi individuali che devono essere decisi nella realtà.

La generalità implica parificazione ed eguaglianza di trattamento tra più individui, laddove la specialità implica differenziazione. Nell'un caso e nell'altro è in gioco la giustizia come trattamento eguale di casi uguali e trattamento diverso di casi diversi. Il problema, alla fine, ritorna a essere quello da cui si è partiti ossia quali sono il genere e la differenza specifica rilevanti. Le questioni di rilevanza sono tutte, in un senso, pratiche o normative. Insomma, il problema della specialità giuridica può essere racchiuso in una domanda: cosa conta di più? le somiglianze (i tratti comuni del genere) o le differenze (specifiche proprie delle specie)? Quale che sia la risposta a questo interrogativo, cioè si dia più peso agli elementi generali (i tratti comuni del genere) o a quelli speciali (le differenze specifiche), in ogni caso la determinazione delle somiglianze e delle differenze rilevanti tra i casi (generici o specifici, astratti o concreti) dipende da preve assunzioni: alla fin fine da scelte, che non possono essere eliminate o cancellate, ma chiarite e rese esplicite nella discussione.

Il modo quindi per rendere oggettiva e razionalmente controllabile l'applicazione del principio *lex specialis derogat generali* e la preferenza per il principio *lex specialis*

*posteriores derogat generales anteriores* ovvero per il principio *lex generalis posteriores non derogat priori specialis* è chiarire anzitutto perché si ritiene che una certa *lex* (i.e. norma) sia speciale o generale.

#### 4.2. Analogia, interpretazione estensiva e argomento economico o del legislatore ragionevole

Quanto detto attorno al fondamento di giustizia che governa il criterio di specialità serve a chiarire anche alcuni usi, per così dire, derivati o collaterali del principio. Notoriamente una delle questioni più discusse in materia è se le norme speciali siano o meno suscettibili di applicazione analogica. Di per sé la questione è mal posta nel senso che le norme speciali non hanno alcuna caratteristica propria che ne impedisce l'applicazione analogica.

Occorre considerare che in ambito giuridico si ragiona per analogia al fine di stabilire se un caso (i.e. classe di casi) non regolato da alcuna norma (specifica) meriti o meno il medesimo trattamento giuridico di una classe di casi regolata da una data norma che si prende a riferimento. Il *proprium* dell'analogia risiede nella comparazione delle somiglianze e delle differenze tra le classi di casi in questione. Dare rilevanza alle somiglianze implica l'equiparazione del trattamento giuridico, mentre dare rilevanza alle differenze porta a escluderla (VELLUZZI, 2012: 65-84).

Se così è, allora è chiaro che c'è spazio per un'applicazione analogica delle norme speciali in tutti i casi che presentano la medesima differenza specifica che connota la specie oggetto della norma speciale in questione.

Sotto questo profilo occorre distinguere tra le norme speciali che sono pur sempre soluzioni normative riferite a classi di casi (più circoscritte di altre) e le norme, che possiamo denominare norme singolari o individuali, che possono essere ricostruite come soluzioni normative a singoli casi individuati. A differenza delle norme speciali, le norme singolari o individuali sono insuscettibili di applicazione analogica in quanto “è come se il legislatore *puntasse il dito*” senza rilevare “*perché* il dito è stato puntato in una direzione anziché in un'altra”: norme di tal fatta sono inidonee a esprimere una *ratio* (CARUSI, 2012: 175).

Non costituisce una obiezione rispetto a questa conclusione la circostanza che tutti i casi (i.e. classi di casi) non regolati dalla norma speciale ricadono per definizione

nell'ambito di applicazione della norma generale, sicché, si potrebbe sostenere, non vi è spazio per l'analogia in quanto non vi è una lacuna giuridica. L'argomento è fallace perché le lacune giuridiche non sono un dato precostituito bensì una variabile dell'interpretazione giuridica e della sistematica giuridica. E' sempre possibile in linea di principio trovare una norma più generale sotto la quale sussumere ogni caso, in modo da escludere ogni lacuna e ogni analogia. Ma quello che conta non è l'individuazione di una norma purchessia sotto cui sussumere la specie non regolata, ma dare a ciascuna specie una disciplina adeguata. Ne segue che il problema è se per le specie non regolate sia più adeguata la disciplina speciale (dettata per una certa specie) o quella generale (dettata per il genere).

L'affermazione che le norme speciali non sono suscettibili di applicazione analogica o che il principio di specialità osta alla applicazione analogica delle norme speciali<sup>31</sup> va quindi corretta nel senso che le norme speciali si possono o meno applicare in via analogica, a condizione di giustificare l'una o l'altra scelta. La giustificazione sarà tanto più trasparente quanto più verranno rese esplicite in ogni caso sia le somiglianze sia le differenze tra la specie di riferimento e il caso non regolato di cui trattasi e quando più verrà chiarito il peso relativo delle une e delle altre e soprattutto i criteri in base ai quali esse sono state individuate. Anche sul fronte della applicazione analogica delle norme speciali, alla resa dei conti la risposta sta nella teoria dei generi e delle differenze specifiche da cui si muove.

Quanto alla alternativa tra interpretazione estensiva e interpretazione restrittiva delle norme speciali e delle norme generali, il problema va riformulato alla luce della distinzione tra l'interpretazione di disposizioni, da un lato, e la re-interpretazione delle norme, dall'altro lato.

Va inoltre premesso che «le interpretazioni estensiva e restrittiva vanno intese non in senso assoluto (...) ma in senso relativo, cioè come interpretazione più ampia o ristretta di altre, prese come riferimento»: usualmente, nella prassi giurisprudenziale, il termine di confronto è dato dal c.d. significato letterale, cioè dal primo significato compatibile con il testo della disposizione (BELVEDERE, 1997: 93-95; VELLUZZI, 2013: 365-366).

Considerando allora l'interpretazione delle disposizioni che *prima facie* si qualificano speciali o generali, va evidenziato che non vi è un canone o un codice interpretativo

---

<sup>31</sup> «Princípio da especialidade, a impedir a aplicação analógica do disposto no inciso IV do art. 117 do CP», cfr. STF - HC: 111656 PE (Rel. Min. Dias Toffoli), 19 marzo 2013.

consolidato (CHIASSONI, 2003: 55-124), che imponga di intenderle in senso restrittivo o in senso estensivo rispetto al c.d. significato letterale.

Si può piuttosto rilevare che le disposizioni speciali e generali sono intese ora in senso restrittivo ora in senso estensivo in ragione di una serie di fattori: testuali (anzitutto legati al lessico utilizzato e alle categorizzazioni in esso implicite), co-testuali (relativi alla sistematica del testo di cui fanno parte), nonché contestuali (relativi al contesto materiale in cui si deve applicare la disciplina). Solo in taluni casi è lo stesso legislatore a dare indicazioni espresse sul punto: una delle ipotesi più frequenti in cui le disposizioni speciali sono suscettibili di interpretazione estensiva è quando la stessa legge ne prevede l'applicazione a casi simili. Così ad esempio l'art. 334 del Código Penal «Contrabando ou descaminho» stabilisce che «Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria: Pena - reclusão, de um a quatro anos. § 1º - Incorre na mesma pena quem: (...) b) pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando ou descaminho».

Con riferimento alle norme speciali e generali, è più esatto parlare di re-interpretazione restrittiva o estensiva, rispetto a una precedente interpretazione. In tal caso il problema che si mira a risolvere per mezzo di ulteriore interpretazione è la sotto-inclusione o la sovra-inclusione della norma inizialmente determinata. La reinterpretazione estensiva serve a sussumere nella norma casi che altrimenti ne sarebbero esclusi. Viceversa, la reinterpretazione restrittiva serve a escludere taluni casi dal novero di quelli *prima facie* sussumibili nella norma speciale di partenza. In tutte e due le situazioni, alla base dell'operazione vi sono ragioni di giustizia o equità come trattamento eguale dei casi eguali e trattamento differenziato dei casi diversi.

Un altro aspetto della specialità giuridica ampiamente dibattuto riguarda la cogenza della auto-qualificazione del materiale normativo, cioè se siano o no vincolanti le spie espresse di specialità. Si pensi per esempio alla suddivisione dei codici in parte generale e parte speciale, e più in generale alla sistematica dei testi giuridici, alla denominazione degli articoli, delle sezioni, dei titoli, etc. ovvero alle disposizioni o alle leggi che lo stesso legislatore indica come speciali o generali (al proposito sono emblematici i codici, in cui è fittissima la serie dei riferimenti alla specialità giuridica: nel Código Penal vedi gli artt. 12, 27, 37, 40, 45 § 3, 54, 58 Parágrafo único, 60, 61 f), 68 Parágrafo único, 111 V; artt. 121 e ss. Parte especial; 334 § 1 b); nel Código Civil vedi gli artt. 4 Parágrafo único, 13 Parágrafo único, 40 e ss. «Disposições Gerais», 44 § 2, 104 e ss.

«Disposições Gerais», 120, 189 e ss. «Disposições Gerais», 206 3 § VIII, 264 e ss. «Disposições Gerais», 318, 389 e ss. «Disposições Gerais», 421 e ss. «Disposições Gerais», 445 § 2, 481 e ss. «Disposições Gerais», 538 e ss. «Disposições Gerais», 593, 653 e ss. «Disposições Gerais», 718, 721, 729, 730 e ss. «Disposições Gerais», 732, 744, 757 e ss. «Disposições Gerais», 764, 818 e ss. «Disposições Gerais», 853, 887 e ss. «Disposições Gerais», 903, 907, 931, 981 e ss. «Disposições Gerais», 983 Parágrafo único, 1.011 § 1, 1.069 e ss. «Disposições Gerais», 1.069 VI, 1.081, 1.089, 1.093, 1.101, 1.123 e ss. «Disposições Gerais», 1.128, 1.142 e ss. «Disposições Gerais», 1.154, 1.166 Parágrafo único, artt. 1169 e ss. «Disposições Gerais», 1.181, 1.188 Parágrafo único, 1.189, 1.193, 1.225 e ss. «Disposições Gerais», 1.228 § 1, 1.230, 1.231, 1.232, 1.331 e ss. «Disposições Gerais», 1.332, 1.377, 1.390 e ss. «Disposições Gerais», 1.419 e ss. «Disposições Gerais», 1.438 e ss. «Disposições Gerais», 1.448 Parágrafo único, 1.458, 1.462 Parágrafo único, 1.473 § 1 e 1.473 e ss. «Disposições Gerais», 1.486, 1.511 e ss. «Disposições Gerais», 1.591 e ss. «Disposições Gerais», 1.619, 1.630 e ss. «Disposições Gerais», 1.639 e ss. «Disposições Gerais», 1.711, 1.784 e ss. «Disposições Gerais», 1.862 e 1.863 «Disposições Gerais», 1.881, 1.886 e 1.887 «Disposições Gerais», 1.912 e ss. «Disposições Gerais», 2.033, 2.036, 2.038 § 2).

Ebbene, per un verso, queste indicazioni, perlomeno se si riconosce un qualche spazio nell'interpretazione giuridica alla c.d. intenzione del legislatore, non possono essere considerate del tutto irrilevanti e dovrebbero quindi essere tenute in considerazione nel confronto con le altre norme (*ex hypothesi* più generali).

D'altra parte, occorre considerare che la specialità riguarda, lo ripetiamo, le norme e le loro componenti concettuali, non già i meri segni in cui esse sono espresse. Di conseguenza, è necessario verificare volta per volta se la disposizione in esame (*i.e.* la norma) è o non è effettivamente speciale o generale – come statuisce la legge – rispetto a quella con cui la si pone in relazione.

L'argomento della *lex specialis* quando è applicato a norme compatibili è assai prossimo all'argomento economico, altresì detto del legislatore non ridondante o ragionevole. Se si vuole, si può considerare l'argomento della *lex specialis* una particolare versione di questo argomento. In linea generale, esso si fonda su una presunzione di economicità o ragionevolezza della legge: si assume che il legislatore eviti le ripetizioni entro uno stesso livello gerarchico, per cui a fronte di più disposizioni che sembrano esprimere la stessa norma si procede ad attribuire a ciascuna

disposizione un significato in parte diverso, anzitutto sul piano delle conseguenze giuridiche (TARELLO: 1980: 152, 371-372, 388).

Va notato che di per sé l'impiego di questo argomento non conduce a una applicazione alternativa o della norma speciale o della norma generale, ma è compatibile con la soluzione del cumulo cioè della applicazione congiunta delle due norme speciale e generale. In altre parole, l'argomento del legislatore non ridondante o ragionevole di per sé serve a ricavare per ciascuna norma un ambito di applicazione distinto il che non impedisce che alla stessa (fatti)specie siano ricollegate sia le conseguenze della norma generale, sia quelle diverse della norma speciale.

#### 4.3. *Legislação especial e lei excepcional*

Un ultimo profilo da considerare in materia di specialità giuridica è il rapporto tra norme speciali e norme eccezionali: in estrema sintesi, specialità ed eccezionalità sono, secondo una linea di pensiero, una sola cosa; mentre secondo un'altra linea di pensiero, sono due fenomeni distinti, perché vi sarebbe specialità nel caso di specificazione della disciplina generale (secondo una *eadem ratio*), mentre vi sarebbe eccezionalità in tutti i casi di antinomia (dove cioè la norma più specifica dispone *contra tenorem rationis*).

Se questi sono i termini della disputa, essa risulta più che altro di natura terminologica, perché in gioco ci sono sempre norme più specifiche di altre, alcune delle quali sono compatibili con quelle più generali, mentre altre sono in conflitto.

La questione tuttavia è più complessa, come risulta dal trattamento che i diritti positivi ricollegano a queste due categorie di norme.

Anche nell'ordinamento brasiliano, con molti altri ordinamenti, i testi di legge parlano non solo di disposizioni e leggi speciali (*disposição especial e legislação especial*), ma anche di leggi eccezionali: così l'art. 3° del Código Penal statuisce che «A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência»; l'art. 14 delle disp. prel. al Cod. civ. it. stabilisce che «Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati».

Esaminando in questa sede la prima disposizione, va rilevato che essa rappresenta un'applicazione dei principi che si ricavano dall'art. 2 LICC in quanto si giustifica proprio sul presupposto che «Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. (...) Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência».

L'art. 3° del Código Penal è essa stessa una previsione eccezionale perché in deroga ai principi dell'art. 2 LICC stabilisce una ultrattività delle leggi eccezionali o temporanee, le quali, anche una volta abrogate, continuano ad essere applicabili ai casi sorti durante il periodo di loro vigenza: la situazione può essere letta come un caso di ampliamento della applicabilità di una norma che non incide sulla sua vigenza (o sulla c.d. "appartenenza" della norma al sistema giuridico) (BULYGIN, MENDOCA, 2005: 81-82).

La disposizione in commento è un buon esempio del fatto che, negli ordinamenti giuridici vigenti, la produzione di effetti da parte delle norme in e per il sistema viene definita dal diritto stesso, e può essere definita in modo diverso in funzione di ciascuno dei fattori che costituiscono la sfera di applicazione delle norme (sul piano temporale, spaziale, materiale, etc.).

E' chiaro che, viste le notevoli conseguenze che la norma in questione ha sulla possibilità d'incriminazione, è una questione tutt'altro che secondaria quella di come distinguere tra leggi o disposizioni penali speciali che una volta abrogate non sono suscettibili di applicazione alcuna, da un lato, e leggi eccezionali non più vigenti ma nondimeno ultra-attive, dall'altro lato.

Come nel caso della specialità giuridica, anche per la identificazione delle leggi eccezionali non vi sono soluzioni precostituite.

Una eventuale auto-qualificazione del materiale normativo cioè il fatto che una legge penale si auto-dichiari una legge eccezionale o altra legge la dichiarare tale è un fattore, ancorché non decisivo, sicuramente rilevante sul piano pragmatico (ben più rilevante che l'auto-qualificazione diffusa con riguardo alle disposizioni e leggi speciali).

L'ultima parola in materia ha però natura politica: decisive in materia sono le diverse scelte di politica criminale degli interpreti, e in primo luogo della giurisprudenza.

## **Bibliografia**

- ATIENZA M., 2003: *Tras la justicia. Una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*. Barcelona: Ariel.
- ATIENZA M., MANERO J.R., 2007: *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel.
- BATISTA, R.C., 1998: «Antinomias Jurídicas e Critérios de Resolução», en *Revista de Doutrina e Jurisprudência-TJDF/T*, 58: 25-38.
- BAYOD LÓPEZ, C., 2009: «La vigencia en el tiempo (la entrada en vigor, la derogación y las normas transitorias) y el principio de irretroactividad», en PILAR FERRER VANRELL M. (eds.), *La vigencia, la eficacia y la aplicación de las normas*. Madrid: Dykinson, S.L., pp. 15-40.
- BELVEDERE, A., 1997: «I poteri semiotici del legislatore (Alice e l'art. 12 Preleggi)», in Gianformaggio L., Jori M. (a cura di), *Scritti per Uberto Scarpelli*. Milano: Giuffrè, pp. 85-103.
- BOAVENTURA RICCI, B.J., 2008: «A solução das antinomias jurídicas aparentes inseridas na consolidação das leis», en *BDA: Boletín de direito administrativo*, 4: 439-453.
- BOBBIO, N., 1967: «Sui criteri per risolvere le antinomie», en *Studi in onore di Antonio Segni*, I. Milano: Giuffrè, pp. 303-322.
- BOBBIO, N., [1960]: *Teoria do Ordenamento Jurídico*, trad. de Cicco C., Santos C.J. M.C., 1989, Brasília: Polis/Editora UnB.
- BULYGIN E., 1986: «Legal dogmatics and the systematization of law», en *RechtsTheorie*, 10: 193-210.
- CARACCILO R.A., 1988: *El sistema juridico. Problemas actuales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- CARCATERRA, G., 1994: «L'argomento a contrario», en Cassese, S., Carcaterra, G., D'Alberti M., Bixio, A. (a cura di), *L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*. Bologna: Il Mulino.
- CARUSI, D., 2012: «Ensaio sobre a cegueira. L'analogia come misura del giuridico», en A.C. Amato Mangiameli, C. Faralli, M.P. Mittica (a cura di), *Arte e limite. La misura del diritto*. Roma: Aracne, pp. 169-178;
- CELOTTO, A., 2000: «Coerenza dell'ordinamento e soluzione delle antinomie nell'applicazione giurisprudenziale», en F. Modugno, *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, (con il contributo di A. Celotto, R. D'Alessio, M. Ruotolo). Torino: Giappichelli, pp. 131-272;
- CHIASSONI, P., 2003: «Codici interpretativi. Progetto di voce per un *Vademecum* giuridico», en *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza*: 55-124.
- DE BRITO MACHADO, H., 2004: *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Atlas.
- DINIZ, M.H., 2011, *Lei de introdução ao Código civil brasileiro interpretada*, São Paulo, Saraiva.
- DINIZ M.H., 2013: *Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil*. São Paulo, Saraiva.
- FERRER BELTRÁN, J., RODRÍGUEZ, J.J., 2012: *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*. Madrid: Marcial Pons.
- FORGIONI, P., GRAU, E.R., 1998: «Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites. Lei no 8.884, de 1994, e lei no 6.729, 1.979 (“Lei Ferrari”)», en *Boletín latinoamericano de competencia*, 5 (1): 3-14.
- FREITAS, J., 2002: *A Interpretação Sistemática do Direito*, São Paulo, Malheiros.
- GATTA, G.L.: 2008. *Abolitio criminis e successione di norme integratrici: teoria e prassi*. Milano: Giuffrè.
- GONÇALVES CARVALHO, K., 2007, *Técnica legislativa*, 4º ed. revista atualizada e ampliada, Belo Horizonte, Editoria Del Rey Ltda.
- GUASTINI, R., 2011: *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè.
- JORI, M., 2010: *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*. Pisa: ETS.

- JORI, M., 2013: «Linguaggio giuridico», en Pino, G. et al. (eds.), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*. Torino: Giappichelli, pp. 257-288.
- LIFANTE I., 2002: «Dos conceptos de discrecionalidad jurídica», en *Doxa*, 25: 413-438.
- LIMA JR, A.M., 2008: «A argumentação jurídica e o ideal de racionalidade na superacção de regras jurídicas», en *Revista de Direito Administrativo*, 249: 9-36.
- MARINANGELO, R., 2005: «Critérios para Solução de Antinomias do Ordenamento Jurídico», en *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, 15: 216-240.
- MORESO, J.J., NAVARRO, P.E., 1996: «Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas», en *Isonomía revista de teoría y filosofía del derecho*, 5(1): 119-142.
- MORESO, J.J., 2002: «Conflitti tra principi costituzionali», en *Diritto & Questioni pubbliche*, 2: 19-34.
- PINTO, F.H., 2010: «Sobre o divórcio e segurança jurídica», en *EPM – Escola Paulista da Magistratura*, <http://www.epm.sp.gov.br/Internas/ArtigosView.aspx?ID=8052>
- RATTI G.B., 2008: *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*. Torino: Giappichelli.
- SAUCA CANO, J.M., [2001]: *Cuestiones lógicas en la derogación de las normas*, México: Fontamara, 2008.
- SGARBI, A., 2006: «A realidade gosta das simetrias e dos leves anacronismos», en *Direito, Estado e Sociedade*, 9 (29): 14-27.
- TARDÍO PATO, J.A., 2003: «El principio de especialidad normativa (lex specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales», en *Revista de Administración Pública*, 162: 189-225.
- TARELLO, G., 1980: *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè.
- VELLUZZI, V., 2012: «Osservazioni sull'analogia giuridica», en *Tra teoria e dogmatica. Sei studi intorno all'interpretazione*. Pisa: ETS, pp. 65-84.
- VELLUZZI, V., 2013: «Argomenti giuridici», en Pino, G. et al. (eds.), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*. Torino: Giappichelli, pp. 352-373.
- KOEHLER, F.A.L., 2007: «Hierarquia dos tratados internacionais em face do ordenamento jurídico interno: um estudo sobre a jurisprudência do STF», en *Revista ESMAFE*, 14: 145-163.
- ZORZETTO, S., 2010: *La norma speciale. Una nozione ingannevole*. Pisa: ETS.

civilistica.com

Recebido em: 15.04.2016 Aprovado em: 15.07.2016 (1º parecer) 26.07.2016 (2º parecer)
---

**Como citar:** ZORZETTO, Silvia. *La legge nel tempo: un'analisi teorica a partire dalla Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/la-legge-nel-tempo/>>. Data de acesso.