

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 27/07/2012

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/33817-teoria-da-derrotabilidade-no-es-gerais-e-principios>

Autore: Adriana de Souza

Teoria da derrotabilidade: noções gerais e princípios

Adriana S de Souza¹

A teoria da derrotabilidade é apresentada e sustentada aqui com a finalidade de demonstrar que as regras jurídicas podem ser derrotadas/afastadas, tendo razão de ser e de ser reconhecida, na medida em que reconhece que as normas (regras) jurídicas regulam e tutelam as condutas humanas, "...assegurando previsibilidade e segurança jurídica aos cidadãos".(VASCONCELLOS, 2010, p. 78). No entanto, como se verá, essa previsibilidade pode ser derrotada/afastada a partir do momento em que o intérprete do direito se propuser a aceitar deixar de ser apenas um mero leitor do texto normativo e iniciar uma interpretação conforme a realidade fática do caso concreto se lhe apresenta.

Antes de adentrar a essa moderna teoria de hermenêutica jurídica é preciso esclarecer que a hermenêutica jurídica tradicional estabelecida pelo positivismo se utiliza do método de subsunção na aplicação do direito, ou seja, utiliza o silogismo como forma de interpretação e aplicação do direito.

Em 1951 Georg Henrik Von Wriqth aprimorou a lógica deôntica, desenvolvendo uma teoria em que fosse possível formalizar os modais deônticos (O, P, V) de modo a reconstruir simbolicamente as regras. Para ele os modais deônticos não possuem correspondência fática, ou seja, estão no mundo do dever ser das normas jurídicas. Nesse modelo não há lugar para exceções, pois a justificativa interna das normas jurídicas se encontram nelas mesmas.

A teoria da derrotabilidade como modelo de interpretação hermenêutico, ao contrário da lógica deôntica, justifica externamente as normas/regras por meio das exceções implícitas existentes nelas, de modo que sua intenção é fazer nascer uma norma de decisão justa para determinado caso concreto.

No Brasil as normas jurídicas têm grande relevância e por isso tanto a doutrina como a jurisprudência resistem a aceitar critérios outros de hermenêutica, que não o seja a do raciocínio meramente subsuntivo. À luz de casos concretos, em há "choque" entre a regra jurídica e a situação fática, não se pode admitir uma interpretação atrelada apenas a compreensão de proposições jurídicas, muito ao contrário, a interpretação da norma jurídica deve ser de maneira tal que possa cobrir inteiramente a realidade fática. Eros Roberto Grau a respeito da interpretação literal a que o positivismo legalista tanto defende assevera:

Uma norma no sentido da metódica tradicional (isto é: o teor literal de uma norma) pode parecer "clara" ou mesmo 'unívoca" no papel, já o próximo caso prático ao qual ela dever ser aplicada pode fazer que ela se afigure extremamente "destituída de clareza. Isso se evidencia sempre somente na tentativa efetiva da concretização. Nela não se "aplica" algo pronto e acabado um conjunto de fatos igualmente compreensível como concluído. (GRAU,2009, p. 77)

Com efeito, o fato de a regra jurídica não estar pronta e acabada a ponto de contemplar as inúmeras

Advogada, Graduada pelo Centro Universitário do Triângulo, Pós Graduada em Direito Tributário pelo IBET- Instituto Brasileiro de Estudos Tributários e em Direito Constitucional pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus. Email: adrianasouzaadv@hotmail.com

realidades fáticas do mundo fenomênico tem razão de ser, na medida em que, o legislador ao elaborar uma

determinada regra jurídica não tem condições de enumerar todas as condições necessárias e suficientes para sua aplicação, mas tão somente os casos normais, concorrendo assim para o surgimento de exceções ou situações extraordinárias não contempladas na regra jurídica.

Ademais, essa limitação inerente à norma (regra) jurídica no momento de sua elaboração pela autoridade competente há muito tempo foi percebida por Aristóteles em *Ética a Nicômaco*, quando afirmou: (ARISTOTELES, 2002, p. 125)

O que origina o problema é o fato de o equitativo ser justo, porém não o legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal. A razão disto é que toda lei é universal, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares. Nos casos, portanto, em que é necessário falar de modo universal, mas não é possível fazê-lo corretamente, a lei leva em consideração o caso mais frequente, embora não ignore a possibilidade de erro em consequência dessa circunstância. E nem por isso esse procedimento deixa de ser correto, pois o erro não está na lei nem no legislado, e sim na natureza do caso particular, já que assuntos práticos são, por natureza, dessa espécie. Por conseguinte, quando a lei estabelece uma lei geral e surge um caso que não é abarcado por essa regra, então é correto (visto que o legislador falhou e errou por excesso de simplicidade), corrigir a omissão, dizendo o que o próprio legislador teria dito se estivesse presente, e que teria incluído na lei se tivesse previsto o caso em pauta.

No entanto, essas exceções podem ser explícitas ou implícitas. As exceções explícitas não demandam muita explicação, visto que a própria norma (regra) jurídica se encarregará de excepcionar sua incidência. Já, por outro lado, as exceções implícitas, dada a impossibilidade das regras jurídicas não darem conta de formular situações fáticas não imaginadas de antemão pelo legislador, carecem de reconhecimento pelo aplicador do Direito, pois a interpretação da regra jurídica, como já afirmado, não deve ser realizada apenas como mero exercício de leitura, ainda que se amolde na descrição hipotética da regra jurídica. Kelsen já ensinara a respeito de interpretação, afirmando que a norma jurídica é uma “moldura” e quem lhe outorga o conteúdo é o intérprete, quando asseverou:

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor... (KELSEN, 2011, p. 390)

E essa forma de interpretação da norma (regra) jurídica é necessária, não porque está evidente ou falte-lhes clareza, mas porque ela será aplicada a um caso concreto, e dada a extraordinariedade do caso fático, com ela não se harmonizar. (GRAU, 2009, p. 77)

Chaim Perelman em sua *Nova Retórica* já havia previsto que na aplicação concreta da lei, fatos excepcionais podem surgir, gerando divergências entre a letra da lei e o fato concreto, afirmando que:

...é impossível identificar pura e simplesmente o direito positivo com o conjunto de leis e regulamentos, votados e promulgados em conformidade com critérios que lhes garantem a validade formal. Pois pode haver divergências consideráveis entre a letra dos textos, sua interpretação e sua aplicação... (PERELMAN, 2004, p. 187)

Com efeito, na aplicação concreta da regra jurídica, casos anormais podem surgir, daí a necessidade de haver uma acurada interpretação da norma (regra) jurídica a fim de não causar injustiça a quem ao Direito se socorreu com o intuito de ver revelado seu direito e ser surpreendido com uma solução que não se amoldava faticamente à hipótese normativa. Perelman, corroborando com o entendimento de que uma solução excepcional possa ser dada concretamente e que a regra jurídica não pode ser interpretada meramente de forma textual, cabendo ao juiz uma solução ao caso concreto de acordo a situação fática, assim afirma:

O raciocínio jurídico manifesta-se, por excelência, no processo judiciário. De fato, o papel

específico dos juízes é dizer o direito – e não o criar – embora frequentemente a obrigação de julgar, imposta ao juiz, leve-o a completar a lei, a reinterpretá-la e a torná-la mais flexível. (PERELMAN, 2004, p. 209)

No entanto, essa idéia de se aplicar uma solução diversa da prevista na norma (regra) jurídica, remonta a 1948 quando Herbert Hart em seu texto intitulado: *The Ascription of Responsibility and Rights*, percebeu que dado o caráter limitado da regra jurídica de prever as diversas situações fáticas, ainda que presente seus requisitos, ela contém implicitamente uma cláusula de exceção e por isso, a regra poderia ser derrotada/afastada. Essa exceção é visualizada na análise do caso concreto, tendo em vista que está implícita na regra jurídica. Essa ideia de Hebert Hart relativo à possibilidade de na regra jurídica conter uma exceção, foi de importância tal que ultrapassou as barreiras do Direito, sendo utilizada até mesmo nas Ciências Exatas, conforme se verifica pelo artigo elaborado por Marcelino C. Pequeno, Rodrigo de M. S. Veras e Wladimir A. Tavares.

No caso normal, as exceções estão ausentes, e a regra é aplicada. O uso de regras de inferência não monotônicas foi a maneira encontrada, em Inteligência Artificial, para representar o que chamamos *padrões evidenciais de inferência*: embora não garantam a certeza da conclusão, há uma grande evidência de que esta é o caso. Melhor dizendo, esta só não será verdadeira, caso alguma exceção esteja presente. (disponível em: <http://www.cos.ufrj.br/~ines/enia07_html/pdf/27889.pdf> Acesso em 17/03/2012)

É pertinente advertir que embora possa uma regra jurídica ser derrotada/afastada em função de sua aplicação no caso concreto, ela continua sendo aplicada aos casos ordinários, comuns, pois:

Do fato de que tais regras têm exceções incapazes de serem enumeradas exhaustivamente não decorre que, em todas as situações, disponhamos de total discricionariedade e nunca tenhamos a obrigação de cumprir a promessa. Uma regra que termina com a palavra “a menos que...”, é ainda uma regra. (MACCORMICK, 2008, p. 327)

Para exemplificar esta afirmação traz-se a baila o caso do feto anencefálico em que o S.T.F. teve uma grande questão a ser resolvida hordienamente, qual seja: a possibilidade de superar (termo empregado por Humberto Ávila) uma regra jurídica de Direito Penal, a saber: O Código Penal Brasileiro tipifica o aborto como crime e ao mesmo tempo, expressamente determina os casos em que o mesmo não será crime, assim: decorrente de estupro ou quando a gestação coloca em risco a vida da gestante. No entanto, o S. T. F. teve que decidir a respeito do aborto do feto anencefálico. Caso decidisse pela proibição, então a prática de aborto de feto anencefálico seria considerado crime. No entanto, caso decidisse pela permissão, então crime algum existiria, tendo como consequência a derrota/afastamento da regra jurídica. Entretanto, o crime de aborto continuaria a incidir normalmente nos casos tipificados no tipo penal, demonstrando que, “não é a lei e tampouco o precedente que são excepcionáveis O que é excepcionado ... é o pleito baseado numa formulação ou interpretação particular da regra”. (MACCORMICK, 2008, p. 327)

Não obstante toda essa noção de que a regra jurídica deva ser interpretada e aplicada nos casos particulares de maneira excepcional, uma vez que:

... una norma sujeta a excepciones implícitas que no pueden ser enumeradas exhaustivamente de antemão, de manera que no sería posible precisar por anticipado las circunstancias que operarían como genuína condición *suficiente* de sua aplicación “ cumple assim determinar o que seja derrotabilidade. (BAYÓN, p. 9. Disponível em: <<http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras>> Acesso em: 06/03/2012)

Cabe ressaltar que a derrotabilidade se opera em regras jurídicas e não em textos normativos, isso porque “o texto normativo não contém imediatamente a norma. A norma é construída pelo intérprete, no decorrer do processo de concretização do direito”, ou seja, o texto é uma linguagem e a norma jurídica é a revelação”. (MULLER apud GRAU, 1993, p. 169)

O termo utilizado por Hart originalmente foi *defeasibility* (qualidade daquilo que pode se excepcionar), mas os autores espanhóis o traduziram como *derrotabilidad*, como expõe Juan Carlos Bayón,

El término inglés *defeasible* se traduce a veces como “superable” o “desprezable”. Aunque, en el fondo, todas las traducciones propuestas de *defeasibility* y *defeasible* me parecen escasamente elegantes, aquí utilizaré los términos “*derrotabilidad*” y “*derrotable*”, cuyo uso parece ser el más generalizado em las discusiones actuales em lengua castellana. (BAYÓN, Disponível<<http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras>> Acesso em: 06/03/2012)

Para Fernando Andreoni Vasconcellos, a derrotabilidade, na visão hartiana é assim compreendida:

A derrotabilidade, concepção hartiana, assume a impossibilidade de estabelecimento de uma lista de condições *necessárias* e *suficientes* para a aplicação do direito, porque somente seria possível elencar as suas exigências *normais* ou *típicas*, das quais obrigatoriamente deveria conter a cláusula “a menos que ...”, relativa a exceções que não poderiam ser antecipadas, e no caso ocorressem, teriam o condão de derrotar a regra geral...(VASCONCELLOS, 2010, p.54)

Humberto Ávila, sustentando a idéia de obediência as regras jurídicas, tendo em vista que são necessárias à sociedade já que afastam controversas e incertezas, coordena soluções, elimina ou reduz arbitrariedade na aplicação de valores morais e de princípios, (ÁVILA, 2010, p. 113,114), ou seja, “desempenham função importantíssima de solução previsível, eficiente e geralmente equânime de solução de conflitos sociais”. (ÁVILA, 2010, p. 114). Não obstante isso, o mesmo autor reconhece que as normas jurídicas podem ser derrotadas/afastadas “em circunstâncias excepcionais...”(ÁVILA, 2010, p. 114). Essas circunstâncias devem conter requisitos materiais e procedimentais, pois “A mera alegação não pode ser suficiente para superar uma regra” (ÁVILA, p. 119). Assim, o requisito material estará relacionado “ao preenchimento de determinados requisitos de conteúdo”. (ÁVILA, 2010, p. 120)

Para ele, deve-se na análise do caso concreto, ponderar se a derrota/afastamento da regra jurídica poderá comprometer o valor segurança jurídica, isto porque:

A decisão individualizante de superar uma regra deve sempre levar em conta seu impacto para aplicação das regras em geral. A superação de uma regra depende da aplicabilidade geral das regras e do equilíbrio pretendido pelo sistema jurídico entre justiça geral e justiça individual. (ÁVILA, 2010, p. 119)

Dessa forma, em não havendo comprometimento do valor segurança jurídica, há de ser medida acertada inserir tal exceção no ordenamento jurídico de modo a incidir em casos similares.

Já o requisito procedimental quer significar que a derrotabilidade de uma regra jurídica deverá ser fundamentada da seguinte forma: demonstrar a incompatibilidade entre a hipótese descritiva da norma e a sua finalidade, exteorizar as razões da necessidade de sua derrota/afastamento na forma “escrita, juridicamente fundamentada e logicamente estruturada”, além de necessidade de comprovação “por meios de prova adequados, como documentos, perícias ou estatísticas.” (ÁVILA, 2010, p. 120)

Com efeito, ao cogitar derrotar/afastar uma regra jurídica, a fundamentação deve ser de tal maneira que não quede dúvidas que naquele caso concreto a fundamentação é coerente, é comprovada e se ajusta não a norma (regra) jurídica, mais ao caso concreto sob análise. Por oportuno importa ressaltar que da mesma forma que as normas jurídicas podem ser derrotadas, os princípios jurídicos também o são, no entanto, em virtude de os mesmos serem dotados de hierarquia superior em relação às regras, conterem expressão de valores ou ideais a serem atingidos, possuírem densidade normativa inferior e plasticidade, que em eventual conflito dos mesmos em dado caso concreto, haverá sempre uma solução conciliadora. Assim, raramente se encontrará exceções implícitas capazes de derrotá-lo/afastá-lo, haja vista que um ou outro princípio prevalecerá na solução do caso concreto.

E numa visão crítica a respeito da resistência da dogmática jurídica tradicional em aceitar o fenômeno da derrotabilidade como possibilidade de, em casos atípicos, afastar a incidência da regra jurídica, Fernando Andreoni Vasconcellos, assim assevera:

A dogmática jurídica não costuma aceitar a hipótese de o antecedente ser configurado e o dever-ser não se operar, ou ainda, a situação consoante a qual o fato previsto na antecedente corre, a previsão do consequente não é atendida, porém nenhuma sanção é (ou dever-se) cominada. A doutrina, em circunstâncias como estas, costuma falar em perda da eficácia ou em descumprimento legal, entretanto, não consegue tratá-las como um fenômeno muitas vezes configurado na prática, ocorrido quando a norma *a priori* aplicável não é aplicada. A teoria da derrotabilidade surge exatamente para tutelar essas situações, para as quais a dogmática tradicional não consegue dar respostas, ou as dá de maneira insuficiente ou em descompasso com a realidade. A derrotabilidade, para alcançar esse desiderato, parte do pressuposto teórico de que as normas jurídicas condicionais preveem *deveres/obrigações prima facie*. Assim, uma regra jurídica que expressa uma obrigação *prima facie* não exclui a possibilidade de que situações não contempladas cancelem o dever estabelecido na regra... (VASCONCELLOS, 2010, p. 60-61)

Neil MacCormick afirma que embora, determinado pleito jurídico esteja amoldado expressamente na regra jurídica, ainda assim este possa se mostrar implicitamente derrotado/afastado em virtude de haver valores e princípios em jogo. E em defesa da relevância da derrotabilidade o mesmo autor afirma:

... é que um arranjo construído com base em regras jurídicas, ou algum estado de coisas jurídico que emerge a partir de um conjunto de regras e eventos, pode ter uma aparência de validade e, no entanto, este arranjo ou “fato institucional” pode ainda estar sujeito a algum tipo de intervenção que o invalide. Aquilo que inicialmente era reconhecida ou aparentemente válido, torna-se aberto à contestação e passível de perder sua validade, ou mesmo revelar-se inválido desde sempre, apesar de todas as aparências. Em outras palavras, o arranjo (ou seja lá o que for) em questão é excepcionável (defeasible), e os eventos invalidantes provocam a exceção (defeasance). (MACCORMICK, 2008, p. 315)

Assim é medida razoável que dada a circunstância excepcional do caso concreto que a norma (regra) jurídica seja derrotada/afastada para a perfeita realização do direito, tanto assim que bem assevera Castanheira Neves,

...que nem sempre coincidem a possibilidade de critério oferecida pelo sistema e a exigência de critério posta pelo caso, pois sabemos dos limites extensivos e intensivos da normatividade abstractamente positivada para uma materialmente adequada realização do direito... O não exclui, em segundo lugar, que a normatividade do sistema jurídico seja sempre o *horizonte* do critério a selecionar ou a construir, tanto positiva (se o critério estiver já disponível no sistema) como negativamente (se não houver no sistema um critério positivo imediatamente aplicável) – porquanto, neste segundo caso, é ainda sistema, ou a sua perspectiva de normatividade, a condição para determinação da própria novidade do tipo de problema concretamente decidendo. (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p.166)

Viu-se, portanto, que o raciocínio meramente legalista queda insuficiente para solucionar as questões jurídicas, visto que no mundo fenomênico, casos atípicos podem surgir não imaginados de antemão pelo legislador. Disso resulta a necessidade de utilização de um raciocínio jurídico que admita que as normas jurídicas são dotadas de exceções implícitas. E esse raciocínio jurídico é a derrotabilidade. Todavia, para que a derrotabilidade da norma (regra) jurídica se opere, é fundamental que seja ela sustentada por argumentos bem fundamentados, capazes de demonstrar que tal caso concreto com a norma (regra) jurídica não (ou) se amolda, sob pena de em não havendo o afastamento dela, a solução ser injusta.

BIBLIOGRAFIA

ARISTOTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, ano 2002.

AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2010.

BAYÓN, Juan Carlos. **Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico**. Disponível em: <<http://www.bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras>> Acesso em: 06 mar. 2012.

CASTANHEIRA NEVES, A. **Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2008.

PEQUENO, Marcelino C. ; VERAS, Rodrigo de M. S.; TAVARES, Wladimir A. **Lógica não monotônica com prioridade às exceções**. Disponível em: < http://www.cos.ufrj.br/~ines/enia07_html/pdf/27889.pdf> Acesso em: 17 mar. 2012.

PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica: Nova Retórica**. Trad. Vergínia k. Puppi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **Hermenêutica Jurídica e Derrotabilidade**. Curitiba: Juruá, 2010.