

DERROTABILIDADE ¹

DEFEATABILITY

Maurício Prazak²

Marcelo Negri Soares³

Jacques Diniz Nogueira⁴

Resumo: Este artigo, utiliza-se do método dedutivo e discorre sobre a teoria da derrotabilidade das normas jurídicas e o modo como ela pode ser utilizada pelos julgadores, nos vários graus jurisdicionais para que os princípios legais constitucionais e as regras formais de direito se compatibilizem, tornando a decisão flexível e ajustada aos ideais de justiça.

Palavras-chave: Derrotabilidade; Normas jurídicas.

Abstract: This article uses the deductive method and discusses the theory of the defeatability of legal norms and how it can be used by judges, in the different jurisdictional levels, so that the constitutional legal principles and the formal rules of law are compatible, making the decision flexible and adjusted to the ideals of justice.

Keywords: Defeatibility; Legal standards.

¹ Artigo submetido em 28-09-2020 e aprovado em 28-12-2022.

² Professor e advogado. Presidente do Instituto Brasileiro de Desenvolvimento de Relações Empresariais Internacionais (IBREI). Associado do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP), sendo presidente da Comissão de Estudos de Direito Empresarial

³ Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Pós-doutor Uninove/SP. Professor da Universidade Federal do Rio de Janeiro (Faculdade Nacional de Direito). Professor Permanente do Programa de Ciências Jurídicas - Mestrado e Doutorado da Unicesumar (Maringá-PR). Pesquisador FAPESP, ICETI e NEXT SETI. Rio de Janeiro – RJ – Brasil. E-mail: negri@negrisoares.com.br.

⁴ Mestrando da Escola Paulista de Direito - EPD



INTRODUÇÃO

Escrito pelo filósofo inglês Herbert Hart em 1949, o artigo "*The Adscription of Responsibility and Rights*" que desenvolveu o tema que chamado de *defeasibility*⁵. Essa expressão foi traduzida no Brasil como *derrotabilidade*.

Muito embora não haja ainda no país quantidade expressiva de obras tratando do assunto, um dos poucos livros que abordam o tema, de maneira substancial, é de autoria do Juiz Federal Juliano Taveira Bernardes (Direito Constitucional, v. 16, Tomo I, Ed. JusPodivm). Também o prof. Pedro Lenza, no seu Direito Constitucional Esquemático (15ª edição. Ed. Saraiva, p. 141-144), faz a abordagem do assunto.

Temos também a recente dissertação de mestrado de autoria de Fernando Andreoni Vasconcellos, com o título O Conceito de Derrotabilidade Normativa.

A derrotabilidade normativa se refere ao fato de que certos diplomas normativos não serão aplicados em um caso concreto específico em razão de reconhecida inconstitucionalidade, manifesta injustiça ou situação excepcionalidade não prevista ordinariamente pelo Poder Legislativo.

Vários doutrinadores conceituam derrotabilidade ou superabilidade como uma teoria que justifica a não aplicação de uma regra ou princípio em razão das peculiaridades do caso em concreto, posto que, a não aplicação da norma está fundamentada em valores cujo peso é maior no caso específico do que o postulado da segurança jurídica.

⁵ HART, Herbert L. A. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa, Fundação Caloust Gulbenkian, 2001. A referência ao positivismo reconhece a existência de diversas correntes (ceticismo ético, formalismo ideológico, formalismo jurídico e positivismo conceitual, dentre outras classificações). O ponto homogêneo dos „positivismos“ são (i) os das fontes sociais do direito e (ii) da relação/vínculo contingente entre direito e moral. Conferir: NINO, Carlos Santiago. Introducción al análisis del derecho. Buenos Aires: Astrea, 2003, p. 16-43.



Bernardes e Ferreira conceitua que: “A derrotabilidade das normas tem a ver com a não aplicação, total ou parcial, de certa norma jurídica, apesar de exteriorizados os pressupostos a partir dos quais se deveria aplica-la em condições normais. [...] Por outras palavras, como os órgãos que editam normas são incapazes de prever as infinitas circunstâncias que futuramente aparecerão no momento em que uma norma deva ser aplicada, as previsões normativas estão sempre abertas a uma lista de exceções (cláusulas a menos que) que podem derrotar os comandos inicialmente propostos pela autoridade normativa.” (2013, p. 245-246).

A derrotabilidade é uma questão jurídica de caráter basicamente interpretativo, ou seja, não está ligada diretamente à revogação ou derrogação das leis, mas trata de problemas relativos à aplicação do direito em diferentes contextos.

Diferentemente do que pode parecer a derrotabilidade não significa a defesa de algum relativismo ou subjetivismo. Dentro da dogmática jurídica moderna, presencia-se certo flerte com propostas teóricas que desconsideram facilmente as previsões do direito positivo e propugnam por soluções apegadas a um decisões subjetivista. A metodologia de desconsideração do direito positivo motivou o estudo da derrotabilidade, exatamente por ser uma teoria que se propõe inaplicabilidade literal do direito positivo, ainda que presentes os requisitos necessários e suficientes para sua aplicação.

1. Aspectos históricos

O conceito de derrotabilidade (defeasibility) foi visto num primeiro momento no artigo de HERBERT HART intitulado *The Ascription of Responsibility and Rights*, a partir do reconhecimento da existência de condições que poderiam derrotar a previsão de uma norma jurídica, mesmo estando presentes os seus requisitos necessários e suficientes. Segundo HART, "quando o estudante aprende que na lei inglesa existem condições positivas exigidas para a existência de um contrato válido, ele ainda tem que



aprender o que pode derrotar a reivindicação de que há um contrato válido, mesmo quando todas essas condições são satisfeitas", daí porque, "o estudante tem ainda que aprender o que pode seguir as palavras a menos que, as quais devem acompanhar a indicação dessas condições".

Fernando Andreoni Vasconcellos, por exemplo, aponta a obra de Hart:

[. . .] a obra de Hart tem um valor histórico para o Direito [. . .] Pode-se dizer que na prática o fenômeno é cotidiano, trivial nas controvérsias processuais, entretanto, não havia até aquele momento nenhuma teoria que assinalasse para a existência de uma cláusula de exceção na estrutura da regra jurídica". (VASCONCELLOS, 2010, p. 54; VASCONCELLOS, 2010, p. 55)

Hart pretendia demonstrar que a principal função dos conceitos na linguagem ordinária não é descritiva (de coisas, eventos ou pessoas), mas sim *ascriptive* no sentido de atribuir responsabilidade (reivindicar, reconhecer, atribuir e transferir direitos, e admitir ou atribuir imputações de responsabilidade), e esse aspecto basilar sempre foi negligenciado pela filosofia analítica, gerando inadequações e confusões no conceito de ação humana (HART, 1949, p. 171).

A doutrina vem traduzindo o termo *defeasibility* como derrotabilidade ou superabilidade. Nesse sentido: "A defeasibility norte-americana tem sido traduzida por derrotabilidade ou superabilidade normativa". (GAVIÃO FILHO; PREVEDELLO, 2019, p. 3 apud GAVIÃO FILHO; ANDRADE, 2015, p. 178).

Mas ainda, temos o grupo que defende o uso do termo original, como observa Alexandre Prevedello ao afirmar que Duarte D'Almeida (ALMEIDA apud PREVEDELLO, 2019, p. 35) "também utiliza o termo *defeasibility* sob a justificativa de que se tornou uma convenção, um termo capital na teoria do direito, não sendo necessário a invenções novas palavras".



Com isso, podemos perceber que, de modo geral, a Doutrina Nacional trata os termos Defeasibility, Derrotabilidade e Superabilidade como sinônimos.

1.1 Conceito

Para adentrarmos ao assunto, devemos passar rapidamente pelo conceito de derrotabilidade.

Ronald Loiu utiliza as palavras de Hart para definir a ideia de defeasibility

(Derrotabilidade):

“When the student has learnt that in English law there are positive conditions required for the existence of a valid contract, ... his understanding of the legal concept of a contract is still incomplete, and remains so even if he has learnt ... interpretation For these conditions, although necessary, are not always sufficient and he has still to learn what can defeat a claim that there is a valid contract, even though all these conditions are satisfied. The student has still to learn what can follow on the word "unless", which should accompany the statement of these conditions. This characteristic of legal concepts is one for which no word exists in ordinary English. The words

‘conditional’ and ‘negative’ have the wrong implications, but the law has a word which with some hesitation I borrow and extend: this is the word

‘defeasible’, used of a legal interest in property which is subject to termination or ‘defeat’ in a number of different contingencies but remains intact if no such contingencies mature. In this sense, then, contract is a defeasible concept”. (Hart, 1951, p. 152 apud LOIU, 1995, p. 8-9 – original).

Traduzindo o que o autor quis dizer: Quando o aluno aprende que na lei inglesa existem condições positivas exigidas para a existência de



um contrato válido, ... sua compreensão do conceito jurídico de um contrato ainda está incompleta, e permanece assim mesmo que ele tenha aprendido ... interpretação ... Pois essas condições, embora necessárias, nem sempre são suficientes e ele ainda precisa aprender o que pode invalidar uma alegação de que existe um contrato válido, mesmo que todas essas condições sejam satisfeitas. O aluno ainda precisa aprender o que se segue à palavra “a menos que”, que deve acompanhar a declaração dessas condições. Esta característica dos conceitos jurídicos é aquela para a qual nenhuma palavra existe no inglês comum. As palavras

‘condicional’ e ‘negativo’ têm implicações erradas, mas a lei tem uma palavra que, com alguma hesitação, tomo emprestado e estendo: esta é a palavra

‘desviável’, usado para um interesse legal em uma propriedade que está sujeita a rescisão ou ‘derrota’ em várias contingências diferentes, mas permanece intacta se nenhuma dessas contingências vencer. Nesse sentido, então, contrato é um conceito derrotável (Hart, 1951, p. 152 apud LOIU, 1995, p. 8-9 – Tradução).

Simone Marins, no artigo “Uma questão de Derrotabilidade”, traz que:

Como já repetido algumas vezes, a derrotabilidade, também expressa pelo termo inglês defeasibility, é a propriedade de TODA norma da qual resulta que mesmo que preenchidos os pressupostos não se importa, necessariamente, a aplicação da norma num dado caso excepcional. Sendo, portanto, todas as normas aplicáveis apenas prima facie, eis que podem ceder à aplicação de outra norma satisfeita, e afastada apenas no



caso em particular, permanece válida no ordenamento jurídico.
(MARINS, 2018, p. 221).

A autora aqui, nos dá a definição de que mesmo que tenha sido preenchido todos os pressupostos, a norma não será aplicada em certos casos excepcionais.

E Dennis José Almanza Torres ainda explica que:

Portanto, a derrotabilidade, entendida como a ideia pela qual a norma jurídica pode ser afastada ou não aplicada devido à existência de um fato, interpretação ou circunstância com ela incompatível, parece ser conflitante com a lógica deontológica clássica, mas não com a lógica não monotônica. Principalmente, tendo em consideração que, embora as decisões judiciais sempre tenham como base ou fundamento as regras existentes, há casos excepcionais onde é necessário o afastamento das regras aplicáveis. Este é o campo de atuação da derrotabilidade, ou seja, se apresenta como uma metodologia capaz de conciliar os rigores da lógica e a flexibilidade da argumentação jurídica”.
(TORRES, 2012, p. 57).

O autor, nos traz a ideia de que a derrotabilidade é entendida como a definição de que a norma jurídica poderá ser afastada, ou simplesmente não aplicada, em função de um fato que seja com ela incompatível.

Vasconcellos realça a ideia de derrotabilidade:



E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH – Belo Horizonte

Volume XV, número 2, dezembro de 2022 – ISSN: 1984-2716 – ecivitas@unibh.br

Disponível em: <https://unibh.emnuvens.com.br/dcjpg/index>

Com efeito, a análise da derrotabilidade mostra a sua importância porque representa a possibilidade de tratamento de casos excepcionais, dentro de uma norma geral e abstrata aplicável *prima facie* a todas as situações normais ou típicas. Mas isto tem um preço. A lógica do raciocínio jurídico deve ser modificada, uma vez que o seu modelo clássico, usado pelos juristas, não permite a modificação da solução normativa em razão da alteração do quadro de premissas do antecedente. Entre perdas e ganhos, concluiu-se que o modelo não monotômico de lógica é o mais apropriado para a representação da derrotabilidade, nada obstante a validade de outras alternativas lógicas, como por exemplo, a revisão de crenças.

Estas pressuposições repercutem na teoria da incidência normativa. Diante da teoria derrotabilidade, o padrão de incidência automática e infalível demonstrou inconsistências, porque baseado em uma univocidade da mensagem legislativa, além de estar alheio às possíveis variações de contextos (fáticos e jurídicos). Dentro deste quadro, surge a dúvida: todas as normas são derrotáveis? Em razão das premissas adotadas, quer parecer que sim, seja porque “derrotável” não significa “necessariamente derrotada”, seja porque esta ilação é mais defensável (e realista) do que a proposta de inderrotabilidade plena, além de ser menos subjetiva em contraste com a noção de grupo de “normas inderrotáveis”. (Vasconcellos, 2009, p. 122-123).

Vasconcellos, nos traz uma indagação e logo em seguida responde: “todas as normas são derrotáveis?”. E então, ele nos diz que as normas não precisam ser necessariamente derrotada. Na derrotabilidade, a lógica do raciocínio jurídico deverá ser modificada.

Wagner Arnold Fensterseifer, ao escrever “A derrotabilidade da regra tributária”, sustenta a aplicação da teoria em todos os ramos de Direito:



Uma dessas questões diz respeito ao conceito de derrotabilidade, que pode ser assim resumido: é a possibilidade de correção de regras jurídicas quando o resultado *prima facie* de sua aplicação é evidentemente absurdo, injusto ou ineficiente; decorre da própria natureza das leis, que não são capazes de antever todas as possíveis aplicações e interpretações, sendo impossível a definição exaustiva de condições necessárias e suficientes para aplicação da lei ao caso concreto.

Esse conceito de derrotabilidade é aplicável a todos os ramos do direito, não havendo diferenciação de sua abrangência em razão da espécie de regra jurídica. Assim, no Direito Tributário, também é possível a realização de juízos de derrotabilidade. Ainda que o Código Tributário Nacional, fundado na doutrina tradicional do Direito Tributário, trate o fenômeno jurídico-tributário sob o prisma do formalismo empiricista com características científico-tecnológicas, e identifique o fato gerador da obrigação tributária como as condições necessárias e suficientes previstas na legislação, a resolução prática de casos envolvendo matéria tributária indica que, de fato, não é possível estabelecer condições necessárias e suficientes para o surgimento da obrigação tributária, sob pena de aceitação de resultados patentemente injustos, absurdos e imorais. (FENSTERSEIFER, 2018, p. 465)

É muito importante salientarmos que o uso da derrotabilidade deverá acontecer em todos os ramos do direito, quando houver aqueles casos excepcionais em que a norma deve ser afastada para que o magistrado consiga analisar o caso concreto e assim resolvê-lo de forma facilitada.

O uso da *Defeseability* ou Derrotabilidade, representa a possibilidade do magistrado, ao analisar um caso concreto, sendo esse caso uma situação excepcional, derrotar ou superar a norma para resolvê-lo.

Em outras palavras, a Teoria da Derrotabilidade poderá ser aplicada na solução de casos extremos, com o afastamento de uma regra, em caso concreto, sempre dependendo das premissas do caso, e sem que destrua a validade desta regra.



Vale lembrar, que essa regra permanecerá válida para disciplinar outros casos concretos, desde que esses outros casos concretos tenham premissas diferentes.

1.2 A importância da teoria

A Teoria, como dita nos parágrafos anteriores, é de suma importância em casos específicos. Ela serve para ajudar o magistrado a solucionar tal situação.

Ronald Loiu (1995, p. 1) afirma que a introdução da teoria da derrotabilidade de Hart foi considerada de maneira unânime como a parte mais relevante do documento, “Ascription of Responsibility and Rights”.

Para Fernando Andreoni Vasconcellos, a Teoria é histórica, como podemos ver abaixo:

[. . .] sobretudo pela proposta consoante a qual a presença de uma exceção pode fazer com que, mesmo preenchidos os requisitos necessários e suficientes da norma jurídica, os seus efeito jurídicos podem não se dar ou podem quedar-se afastados. Muitas das vezes, advogados, promotores e juízes, consciente ou inconscientemente, defendem uma solução excepcional a determinado caso concreto, ou seja, por meio de uma forma diversa daquela prevista literalmente no direito positivo para aquela situação, promovendo, assim, a derrotabilidade da resposta oferecida pelo legislador”. (VASCONCELLOS, 2010, p. 54-55)

Vasconcellos, ainda continua:



E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH – Belo Horizonte

Volume XV, número 2, dezembro de 2022 – ISSN: 1984-2716 – ecivitas@unibh.br

Disponível em: <https://unibh.emnuvens.com.br/dcjpg/index>

A inexistência de correspondência biunívoca entre texto de norma jurídica e norma jurídica permite à dogmática jurídica a visão mais clara e precisa do âmbito de ocorrência da derrotabilidade, restando evidente que no nível textual não existe derrotabilidade, enquanto que no plano das normas jurídicas, lá ela estará”. (VASCONCELLOS, 2010, p. 59)

Com isso, podemos afirmar que a teoria da Derrotabilidade tem importância histórica e atual, sendo fundamental para a solução de casos concretos, em casos difíceis e complicados, independentemente do ramo jurídico a ser aplicado.

2. A distinção entre regras e princípios

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ocorreu, uma maior e mais relevante atuação do Supremo Tribunal Federal, obviamente pelo controle das normas imposto pela necessidade de maior amparo social em detrimento das mazelas cometidas durante o período do governo militarista e da supressão de direitos pela qual passou a nação. Assim sendo, “o modelo de sistema jurídico do Estado de Direito constitucional democrático não pode ser outro senão um modelo de regras e princípios” (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 29).

Num sistema jurídico equilibrado, coerente, previsível, estável e capaz de propiciar segurança jurídica aos jurisdicionados e, principalmente aos operadores do direito, adequando-se às peculiaridades que excepcionalmente que podem surgir, necessário se faz a aplicação dos princípios e regras para fins de direcionamento da vida social e do bem estar de todos.

Entretanto, temos vivido momentos de verdadeiras tormentas jurídicas, com interferências escabrosas entre os poderes, em especial com a Suprema Corte se



colocando numa posição de verdadeiro legislador, com decisões totalmente equivocadas e decisões claramente contrárias ao texto constitucional. Em pleno momento de crise mundial, causado pela pandemia de Covid – 19 temos uma briga entre os poderes que, violam de plano o princípio da separação de poderes e a ferem as cláusulas pétreas.

Por consequência constatamos ainda, uma atuação do Supremo Tribunal Federal pautada pela falta de critérios no enquadramento das referidas espécies normativas, circunstância que prejudica a coerência e a racionalidade das decisões, sobretudo porque a distinção entre regras e princípios é uma das primazias dos direitos fundamentais.

Os critérios clássicos mais referenciados das distinções entre princípios e regras são os formulados por Ronald Dworkin e aprofundadas por Robert Alexy.

Dworkin afirma que a diferença básica decorre da natureza da orientação que oferecem na regulação de padrões de conduta: as regras válidas determinam, obrigatoriamente, a decisão a ser tomada e, portanto, são aplicadas na forma “tudo ou nada”, enquanto os princípios não possuem tal pretensão de definitividade, pois apenas enunciam fundamentos para direcionamento dos argumentos jurídicos em determinado sentido. Os princípios possuem como atributo exclusivo uma dimensão de peso ou de importância, quer dizer, em caso de colisão com outro princípio, o de maior densidade prevalecerá, e será utilizado como fundamento da decisão, enquanto as colisões entre regras são definidas necessariamente pela invalidade de uma (DWORKIN, 2002, p. 39-42).

Já o conceito de norma para Alexy (2014, p. 87-91) também abrange princípios e regras, porque ambos dizem o que deve ser, isto é, enquadram-se como expressões morais do dever, da permissão e da proibição. A diferença é qualitativa e o “ponto decisivo” é: princípios são mandamentos de otimização satisfeitos em graus variados, a depender das possibilidades fáticas e jurídicas, enquanto regras possuem determinações - ou mandamentos definitivos - que são sempre satisfeitas ou não



satisfeitas.

Referida diferença fica mais clara no modo da solução dos casos de colisão (entre princípios) e de conflitos (entre regras): quando duas regras conflitam, ou se introduz uma exceção a uma delas, se possível, ou se declara a invalidade uma delas.

Ao passo que, quando dois princípios colidem em um caso concreto, um deles cede, sem que se declare a invalidade do outro ou se opere uma exceção, até porque, em condições diversas envolvendo os mesmos princípios, pode ocorrer a inversão da solução. Então, os conflitos/colisões ocorrem em diferentes dimensões: de *validade*, em caso de regras, e de *peso*, no caso dos princípios (ALEXY, 2014, p. 92-94).

Enquanto que para Dworkin os princípios possuem um caráter *prima facie*, Alexy (2014, p. 104) afirma que as regras também são dotadas de tal atributo exatamente pela capacidade de acomodar exceções introduzidas pelo judiciário, que acabam por fulminar sua pretensão absoluta.

Podemos assim estabelecer que as regras garantem direitos ou impõem deveres *definitivos*, enquanto os princípios garantem direitos ou impõem deveres *prima facie*. O direito definitivo de uma regra significa que deverá ser realizado em sua plenitude, mesmo que tais regras possuam exceções (momento em que se revela o seu caráter *prima facie*). O direito *prima facie* de um princípio significa que a realização é apenas parcial, no sentido de que há um caminho a ser percorrido entre o direito ou dever *prima facie* e aquilo que é garantido ou imposto de modo definitivo (SILVA, 2010, p. 44-45)⁶.

De um modo geral podemos afirmar que o termo derrotabilidade, no sentido mais amplo de sua origem expressa a capacidade jurídica de acomodar exceções, de maneira que se pressupõe uma norma do tipo regra.

⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.



3. Derrotabilidade e sua aplicação prática

Sobre o tema derrotabilidade, inúmeros são os entendimentos e pouco matéria acerca do tema pode ser encontrado na doutrina pátria.

Na tentativa de estudar o processo de derrotabilidade, *JORGE LUIS RODRÍGUEZ e GERMÁN SUCAR*⁷ realizaram o levantamento dos pontos que entendem como principais aspectos outorgados da derrotabilidade, em uma análise crítica acerca da questão, apresentando e elencando os onze principais "fatos geradores" de derrotabilidade:

1. *A interpretação que se atribui a um enunciado jurídico em um certo momento pode ser diferente em relação a que se atribui em um outro momento, de modo que a norma por ele expressada passe a compreender casos que antes não eram compreendidos ou deixe de resultar aplicável a casos antes compreendidos.*
2. *Pode-se promulgar no sistema novos enunciados jurídicos que substituam a solução normativa estabelecida para um caso, ao introduzirem exceções antes não contempladas.*
3. *O conteúdo conceitual de um enunciado jurídico não pode ser precisado sem considerar-se o contexto no qual é formulado. Outros enunciados do sistema podem permitir exceções na norma por ele expressada.*
4. *Os enunciados jurídicos estão sempre sujeitos ao problema da textura aberta da linguagem, razão pela qual resta ineliminável um grau maior ou menor de incerteza a respeito da aplicabilidade de uma norma com relação a um caso particular.*
5. *Ao legislar, uma autoridade legislativa não pode considerar mais do que os casos normais, mas sempre pode pensar em casos reais ou imaginários atípicos que mereçam uma solução diferenciada. Por isso as obrigações e direitos consagrados em normas gerais devem ser entendidos como sujeitos a exceções implícitas.*

Por ser o uso primário dos conceitos jurídicos adscritivo e não descritivo (isto é que não podem validar-se em função da informação física trazida em seu apoio), não se pode enquadrar os fatos dentro do alcance dos conceitos jurídicos em termos de condições necessárias e suficientes. Por isso um juiz,

⁷ RODRÍGUEZ, Jorge. Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2003.



ao qualificar uma situação mediante um conceito jurídico, como por exemplo o de "contrato", possui uma margem não eliminável de discricionariedade. Ele não descreve o fato de que algo seja um contrato em função de certas características empíricas identificáveis, mas adscrive a algo a qualidade de ser um contrato.

6. *Qualquer norma jurídica pode restar derrotada em sua aplicação a um caso particular levado ao conhecimento de um órgão jurisdicional, com fundamento no preceituado em uma norma moral reconhecida por tal órgão, se este reputa injusta a solução normativa derivada do sistema jurídico.*
7. *A norma geral que um órgão jurisdicional invoca como fundamento de validade da norma por ele criada para a resolução de um caso, não somente serve para convalidar essa norma individual efetivamente adotada, mas também toda uma classe de soluções igualmente válidas.*
8. *Para se determinar a qualificação normativa de certa conduta de um sujeito em um caso particular, é necessário descrever a situação em que ele se encontra. Diferentes descrições podem determinar diferenças na qualificação normativa. Como não há uma descrição que pode considerar-se "verdadeira" ou "completa", sempre é possível que, em uma situação na qual se crê ser o sujeito detentor de uma obrigação, contenha-se ademais alguma particularidade que torne operativa uma exceção.*
9. *No ponto anterior se supõe informação completa. Todavia, nossa informação acerca da realidade sempre incompleta. Quando formulamos juízos normativos a respeito de casos particulares, somente podemos emitir juízos derrotáveis, pois uma maior informação poderia derrotá-los.*
10. *Qualquer pretensão formulada perante um juiz, com base no disposto em uma norma geral, pode ser derrotada pela parte contrária, se esta demonstrar que no caso em questão concorre uma exceção que também encontra apoio em uma disposição do sistema.*

Tendo em vista os conceitos e apontamentos já trazidos anteriormente podemos pressupor que o termo derrotabilidade, consiste no fato de que a norma jurídica pode ser derrotada, afastada, inaplicada em detrimento da existência de um ou mais fatores, interpretação ou circunstância incompatível, ou ainda em detrimento de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos capazes de infirmar a norma "prima facie", derrotando-a a fim de permitir a aplicação de uma excepcionalidade ao caso em concreto.

Destacamos que a jurisprudência vem aplicando essa teoria para decidir sobre alguns casos, conforme segue:



“TRF-2 – Suspensão de liminar ou antecipação de tutela SL 001286215201740020000 RJ. 0012863-15.2917.4.02.0000 (TRF-2) Jurisprudência:

Data de publicação: 05/09/2018.

Ementa:

X – A inaplicabilidade do referido artigo não se dá com fulcro em uma interpretação literal do art. 65 da Lei 101-2000, mas na derrotabilidade, no caso específico, tendo como fundamento a calamidade financeira instaurada e suas graves consequências para a população do Estado do Rio de Janeiro. VI – O conceito de derrotabilidade se deve ao gênio do autor inglês Herbert Hart, significando a possibilidade, no caso concreto, de uma norma ser afastada ou ter sua aplicabilidade negada, quando uma exceção relevante se apresente, ainda que ocorra os pressupostos necessários para a sua aplicação válida. XII – A calamidade financeira instaurada no ESTADO DO RIO DE JANEIRO, com repercussões sérias diretas na ausência de pagamento de remuneração dos servidores públicos, afetando suas mínimas condições dignas de existência, e violando o que se denomina de mínimo existencial, bem como na prestação de serviços públicos básicos, alijando a população de serviços essenciais como a saúde e a educação, reveste o presente caso de excepcionalidade tamanha ao ponto de gerar a derrotabilidade ou a superabilidade do art. 44 da Lei de Responsabilidade Fiscal. XIII – A manutenção da decisão proferida pelo magistrado de primeiro grau no bojo da ação civil pública n. 0200062-91.2017.4.02.5101 afeta consideravelmente a atividade arrecadatória do Estado, o orçamento público e, conforme previsão legal, a economia pública, motivos, no meu sentir, aptos a ensejar, per se, a manutenção da decisão ora combatida. XIV – Inexiste antagonismo ou contradição entre interesse público primário e interesse público secundário, como pretende convencer o “parquet”, uma vez que embora a atividade arrecadatória do Estado seja considerada como atividade meramente patrimonial. Não se pode olvidar que é mediante tal atividade que as políticas públicas e os serviços públicos são efetivados.”

TJ-SP – 21902973720178260000 SP 2190297-37.2017.8.26.0000 (TJ- SP)

Jurisprudência. Data de publicação: 16/11/2017

Ementa:

Superior Tribunal de Justiça – Indeferimento do pedido de expedição de carta precatória – Peculiaridades do caso



E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH – Belo Horizonte

Volume XV, número 2, dezembro de 2022 – ISSN: 1984-2716 – ecivitas@unibh.br

Disponível em: <https://unibh.emnuvens.com.br/dcjpg/index>

*concreto que justificam a excepcional **derrotabilidade** da regra do art. 367, do Código de Processo Penal para assegurar o exercício da garantia fundamental ao contraditório e à ampla defesa – Ordem parcialmente concedida.*

TJ-RS – Agravo de Instrumento AI

70076662352 RS (TJ-RS)

Jurisprudência: Data de publicação:

03/05/2018

Ementa:

*Isso porque, por vezes, o raciocínio meramente legalista mostra-se insuficiente para solucionar determinadas questões jurídicas, porquanto o mundo fenomênico é muito mais rico do que o imaginado pelo legislador, quer dizer, casos não imaginados pelo legislador podem surgir, tal como evidenciado no caso concreto, em que a aplicação pura e simples da regra jurídica poderia subverter a própria finalidade da regra – Nesse cenário, torna-se necessário a utilização de um raciocínio jurídico que admita que as regras jurídicas são dotadas de exceções implícitas, e esse raciocínio é a **derrotabilidade**, ou seja, admite-se o afastamento da regra geral diante da evidente incompatibilidade entre a hipótese descrita da norma e sua finalidade – Arbitrados os honorários advocatícios em 2% sobre o proveito econômico, valor que remunera, de forma justa e adequada, o trabalho do procurador, sobretudo considerando a responsabilidade assumida no processo. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO. (Agravo de Instrumento n. 70076662352, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em 26/04/2018)*



E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH – Belo Horizonte

Volume XV, número 2, dezembro de 2022 – ISSN: 1984-2716 – ecivitas@unibh.br

Disponível em: <https://unibh.emnuvens.com.br/dcjpg/index>

As questões práticas apresentadas demonstram que a aplicação da derrotabilidade das normas ainda é um assunto pouco enfrentado pelos julgadores do direito brasileiro. Resta demonstrado que o fenômeno da derrotabilidade tem a ver com a inaplicação, total ou parcial, de certa regra jurídica, muito embora se confirme a exteriorização dos pressupostos a partir dos quais se deveria normalmente aplicar a regra.

O legislador não consegue prever as infinitas circunstâncias que irão aparecer no futuro, as regulações normativas estão abertas a exceções que "derrotam" a qualificação jurídica inicialmente proposta pela autoridade normativa e, em determinado momento essas exceções poderão ou deverão ser expressamente introduzidas no ordenamento jurídico, mas, em outras ocasiões, tais exceções estão implícitas no ordenamento jurídico, razão por que devem ser identificadas no momento da aplicação das normas ao caso concreto.

Para HART no capítulo VII do já mencionado livro *O conceito de direito*, o direito possui inegável "textura aberta", pois as regras têm "exceções insuscetíveis de afirmação exaustiva". Os legisladores humanos não podem ter "conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer". Logo, dessa incapacidade de antecipação normativa deriva uma "relativa indeterminação de finalidade" do direito, sem que daí se possa extrair, porém, uma ausência de vinculação ao comando das regras, pois uma "regra que termina com a expressão 'a menos que...' é ainda uma regra."

Como se depreende da citação e dos julgados acima, o fenômeno da derrotabilidade das normas não está associado aos clássicos institutos da vigência, eficácia ou efetividade das normas jurídicas, aos quais atacam a integridade da norma *erga omnes*, mas sim, ao relativismo na aplicação da norma ao caso concreto, com efeitos inter partes, não produzindo qualquer influência nas demais hipóteses fáticas de aplicação da norma.



Conclusão

Podemos concluir que o ordenamento jurídico é incapaz de responder a todas os litígios judiciais de maneira plena e satisfatória. Consequentemente, as normas estabelecidas em algumas hipóteses concretas podem perpetrar injustiças ao serem aplicadas a situações diversas da finalidade subjacente da mesma.

A superabilidade das normas surge como instrumento hábil para resolver a antinomia destacada, uma vez que tem como objetivo principal, a inaplicabilidade de uma norma jurídica em determinado caso concreto para evitar o surgimento de injustiças, bem como em casos de manifesta inconstitucionalidade da lei ou situação excepcional não prevista pelo Poder Legislativo.

Assim, a teoria da derrotabilidade é aplicável em nosso ordenamento jurídico como instrumento de exceção, ou seja, aplicado em último caso e quando não houverem outros meios disponíveis ou instrumentos hábeis. Entretanto, a aplicação da derrotabilidade deve observar requisitos previamente estabelecidos e rigidamente descritos, sob o risco de se tornar um instrumento de afastamento de dispositivos legais sem qualquer razoabilidade.

Além do mais, por ser a Teoria da Derrotabilidade uma relativa novidade relativa em nosso ordenamento, temos que, mesmo que os requisitos necessários e suficientes para aplicação de uma norma jurídica estejam presentes, será possível diante do contexto fático, jurídico, probatório, cognitivo e processual, excepcionem sua incidência. No direito processual penal, nem sempre uma norma jurídica que, aparentemente (*prima facie*), indique a subsunção será aplicável, justamente em face do reconhecimento de sua derrota por força do incremento das premissas e da instauração de uma exceção, visto que a argumentação jurídica nesta seara do direito será onde se discutirão as premissas do raciocínio jurídico.

Como resultado, verificamos que o fenômeno da derrotabilidade normativa



requer um maior aprofundamento doutrinário, possibilitando que seja inserida em nosso cotidiano jurisdicional, bem como possibilitando que as decisões judiciais estejam mais próximas dos ideais de justiça.

REFERÊNCIAS

BÄCKER, Carsten. Regras, princípios e derrotabilidade. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 102, p. 55-82, jan./jun. 2011.

BAKER, Gordon Park. Defeasibility and meaning. *In*: HACKER, Peter Michael Stephan; RAZ, Joseph (ed.). *Law, morality and society: essays in honour of H.L.A. Hart*. Grã-Bretanha: Oxford University Press, 1979.

BIX, Brian. Defeasibility and open texture. *In*: FERRER BELTRÁN, Jordi; RATTI, Giovanni (ed.). *The logic of legal requirements: essays on defeasibility*. Grã-Bretanha: Oxford University Press, 2012. p. 193-201.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; PREVEDELLO, Alexandre. **A noção de derrotabilidade para Herbert L. A. Hart**. *Revista Direito GV em números: balanço de 2018 e perspectivas para 2019*. São Paulo, v. 15, n. 1, p. 1 – 21, jan –

abr 2019. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/79434>. Acesso em 26 maio 2020.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 3. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.



LENZA, PEDRO. **Direito Constitucional esquematizado**. 16ª ed. Rev. Atual e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2012.

LOUI, Ronald. **Hart's Critics on Defeasible concepts and ascriptivism**. Precs given at the Fifth Intl. Conf. on AI and Law, Washington D.C., May 1995. p. 1-57. Disponível em:

https://www.researchgate.net/publication/221539442_Hart's_Critics_on_Defeasible_Concepts_and_Ascriptivism/citation/download Acesso em: 28 maio 2020.

PREVEDELLO, Alexandre. **Teoria da Derrotabilidade: as exceções não previstas nas regras jurídicas**. Curitiba: Juruá, 2019.

SCHAUER, Frederick. On open texture of law. *Virginia Public Law and Legal Theory Research*. Paper n. 2011-35. Posted: 13 Sep. 2011. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1926926> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1926926>.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *Hermenêutica jurídica e derrotabilidade*. Curitiba: Juruá, 2010; SERBENA, Cesar Antonio (coord). *Teoria da Derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações*. Curitiba: Juruá, 2012; HAGE, Jaap; PECZENIK, Aleksander. *Conocimiento juridico. ¿Sobre qué? Doxa: Cuadernos de filosofia del derecho*, n 22, p. 42, 1999. Consultar: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/n-22---1999/>



VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **A derrotabilidade processual**. p. 361-372.
In: SERBENA, Cesar Antonio (Coord) e col. Teoria da derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações. Curitiba: Juruá, 2012.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **O conceito de derrotabilidade normativa**.
Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito,
Área de Concentração em Direito das Relações Sociais, como
parte das exigências para obtenção do título de Mestre. –
Curitiba, 2009. Disponível em:

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **Hermenêutica jurídica e derrotabilidade**.
Curitiba: Juruá, 2010.

<https://www.conjur.com.br/2017-abr-22/diario-classe-novidade-teoria-derrotabilidade-merece-melhor-conhecida>

https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322019000100205&script=sci_arttext



E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH – Belo Horizonte

Volume XV, número 2, dezembro de 2022 – ISSN: 1984-2716 – ecivitas@unibh.br

Disponível em: <https://unibh.emnuvens.com.br/dcjpg/index>