XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

JEAN CARLOS DIAS

JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR

JEFERSON DYTZ MARIN

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quaisforem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

T314

Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Jean Carlos Dias; José Alcebiades de Oliveira Junior; Jeferson Dytz Marin. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN:
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

UNISINOS

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

Integram este livro os artigos apresentados no Grupo de Trabalho Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica I do XXVII Congresso do CONPEDI, que se realizou de 14 a 16 do mês de novembro de 2018, na UNISINOS, cidade de Porto Alegre – Estado do Rio Grande do Sul.

Os trabalhos apresentados enquadram-se, portanto, na pesquisa a respeito das Teorias Justiça, da Decisão e Argumentação Jurídica, e são representativos da produção acadêmica nacional, visto que seus autores estão ou foram vinculados à Programas de Pós-graduação em Direito sediados em várias regiões do Brasil.

Os textos agora reunidos, em torno de 12 escritos, são bastante ricos pois abrangem diversas estratégias teóricas de abordagem, ancoradas em autores relevantes no cenário contemporâneo, nacional e internacional, apontando para a relevância dos temas e sua atualidade.

Nesse sentido, teceremos breves comentários sobre aqueles que foram realmente apresentados no dia 15, neste GT e nesse grande XXVII Conpedi. Em primeiro lugar, Lorraine Queiroz e Paulo Ricardo Braga Maciel, em seu texto "O incidente de resolução de demandas repetitivas e a construção participada do mérito dos precedentes", analisam, com base no pensamento de Habermas, as possíveis limitações democráticas do procedimento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR, tal como previsto no atual Código de Processo Civil. Em segundo lugar, o texto intitulado "O Sentido dos Direitos Fundamentais", escrito por Marcelo Cacinotti Costa e Vinicius de Melo Lima, abordou o conceito de direitos fundamentais em Jorge Miranda, tecendo dura crítica à modulação dos efeitos temporais da decisão, prerrogativa concedida ao STF, que se entende arbitrária. Logo a seguir, em um terceiro momento, tivemos a apresentação do trabalho "Desenvolvimento sustentável e liberalismo de John Rawls", escrito por Amanda de Souza Gonçalves e Versalhes Nunes Ferreira, e que em síntese tratou-se de uma instigante tentativa de aproximar a equidade rawlsiana para o embasamento de um tema tão caro a todos nos tempos atuais, a sustentabilidade. Na sequência, em quarto lugar, foi apresentado o tema da "Derrotabilidade das regras jurídicas", por Gisele Santos Cabral, e que investigou, a partir do pensamento de Herbert Hart, a hipótese de que as normas jurídicas possam ter a capacidade

de acomodar exceções de incidência, isto é, possam ser derrotáveis. Em quinto lugar, assistimos "O Processo Judicial como discurso Jurídico", apresentado por Paula Ferla Lopes, e que tratou das relações entre o Discurso Jurídico e o processo judicial, buscando suas aproximações e identificações. O tema do "Direito Social a moradia e a efetividade das políticas públicas", veio a seguir, em sexto lugar, escrito por Lais Rizardi e Ednilson Donisete Machado e nos trouxe a sempre atual discussão sobre as prestações positivas dos Estados Sociais em nossas realidades tão desiguais. Em sétimo lugar, Rafaela Brandão de Sá e Ana Cláudia de Pinho Godinho examinaram a configuração dos Estados Latino-Americanos como plurinacionais sob o enfoque das concepções de justiça encampadas por Nancy Fraser, em especial, quanto às exigências de representação e seus desdobramentos no pensamento da autora, no texto "Justiça Social e o Novo Constitucionalismo Latino-Americano: diálogo entre a concepção de Justiça Social em Nancy Fraser e as bases do Estado plurinacional". Em sequência, já na oitava apresentação, tivemos "O Juspositivismo e a atividade jurisdicional na atualidade", de Ricardo Pinha Alonso e Fernanda Mendes Sales Alves, e que por sua vez repôs a grave problemática da atividade jurisdicional no mundo complexo de hoje, realizando críticas as várias escolas que tratam do tema, sobretudo quanto aos seus intérpretes e aplicadores. Como nono trabalho assistimos "Crise da Legalidade e concretização da Justiça na Realidade brasileira", de Andreia Azevedo de Lima Wada e Francisco Cardozo Oliveira, texto que enfrentou a crise da legalidade, sob a perspectiva de Ludwig Wittgenstein, tendo como teórico o autor de Tractatus Logico-Philosophicus, de 1922, que exerceu profunda influência no desenvolvimento do positivismo lógico. Mais tarde, as ideias por ele formuladas a partir de 1930 e difundidas em Cambridge e Oxford também impulsionaram um outro movimento filosófico, base do artigo, a denominada "filosofia da linguagem comum" ou "ordinária". Como décimo trabalho, presenciamos "A análise do Efetivo Exercício da Jurisdição no Estado democrático a partir da fundamentação dos votos proferidos pelo STF na decisão ADI 5501 MC/DF", de Jéssica Duque Cambuy, que examinou a ADI 5501 sob a perspectiva da crise jurisdicional e da constatação da insuficiência de instrumentos que assegurem uma jurisdição democrática. "Constituição, Epistemologia e Decisão Judicial: a necessidade de construção de um modelo normativo de fundamentação do juízo de fato", nos chegou por obra de Angélica Mota Cabral e Gabriela Pimentel Pessoa como décimo primeiro tema, e que cuidou da decisão judicial, construindo uma análise epistemológica, com aferição, ao final, da necessidade de uma mudança paradigmática. Por fim, como décima segunda e última apresentação dos autores presentes, retornamos ao tema da derrotabilidade, sobre o qual o prof. Anizio Pires Gavião Filho e Alexandre Prevedello no texto "Derrotabilidade normativa", refletiram a respeito do alcance das exceções de incidência normativa e sua possível aplicação ao campo dos princípios jurídicos.

De modo que, como se vê, a diversidade, sem fuga do tema geral proposto por este GT acerca das Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica I, foi, assim, um dos pontos altos dos debates ensejados pelas apresentações dos temas, demonstrando, pois, a qualidade da pesquisa nacional aqui representada, o que, indiscutivelmente, nos leva a recomendar a todos os interessados na área, a leitura deste livro.

Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Centro Universitário do Pará - CESUPA

Prof. Dr. Jeferson Dytz Marin - Universidade de Caxias do Sul - UCS

Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior - Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS e Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI de Santo Ângelo

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DERROTABILIDADE DAS REGRAS JURÍDICAS

DEFEASIBILITY OF LEGAL RULES

Gisele Santos Cabral

Resumo

O presente estudo que teve como objeto a investigação acerca da derrotabilidade (defeasibility). Seus principais objetivos foram apresentar o conceito do tema e analisar os principais problemas enfrentados pelos aplicadores do direito. Como método procedimental foi utilizado o método monográfico. Apontou-se que a derrotabilidade pode ser admitida em casos excepcionais e imprevisíveis, uma vez que é impossível ao legislador prever todas as situações futuras. Dessa forma, excepcionalmente, o aplicador do direito pode afastar a literalidade da norma que continua válida, sem ofender os princípios constitucionais e a jurisprudência assente.

Palavras-chave: Derrotabilidade, Vagueza, Regras, Excepcionalidade, Imprevisibilidade

Abstract/Resumen/Résumé

The present study was aimed at investigating defeasibility. Its main objectives were to present the concept of the theme and to analyze the main problems faced by the applicators of the law. The monographic method was used as a procedural method. It was pointed out that defeasibility can be allowed in exceptional and unforeseeable cases, since it is impossible for the legislator to foresee all future situations. Thus, exceptionally, the applicator of the law can remove the literalness of the rule that remains valid, without offending constitutional principles and settled case-law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Defeasibility, Vagueness, Rules, Exceptionality, Unpredictability

1. Introdução

A presente investigação trata da derrotabilidade das normas jurídicas. Assim, tem como objetivo central a apresentação do conceito de derrotabilidade e abordar os dos aspectos teóricos que a justificam.

O conceito derrotabilidade (*defeasibility*), surgiu através do estudo de Herbert Hart, partindo do reconhecimento da existência de condições que poderiam derrotar a previsão de uma norma jurídica, mesmo estando presentes os seus requisitos necessários e suficientes. Por serem as normas jurídicas gerais e abstratas, quando houver um caso específico e relevante, poderá o intérprete, em busca da justiça, deixar de aplicar tal norma, atribuindo consequências diversas das previstas na norma geral. A derrotabilidade reside na possibilidade de que a consequência da norma jurídica não seja aplicada em razão da existência de um fato, interpretação ou circunstância com ela incompatível.

O presente trabalho é dividido em três partes. No primeiro capítulo, é analisado o positivismo jurídico, o neoconstitucionalismo e as origens da derrotabilidade. Verifica-se que a derrotabilidade surgiu através da contraposição ao positivismo clássico. O segundo capítulo, por sua vez, busca os conceitos teóricos acerca da *defeasibility*. Para tanto, foi utilizada a análise doutrinária dos principais autores que versam sobre o tema. No primeiro ponto, faz-se uma análise a respeito do conceito de derrotabilidade de Herbert Hart e suas implicações jurídicas. O tema na sequência trata da justificação da derrotabilidade. Por fim, no terceiro capítulo, analisa-se casos práticos envolvendo a derrotabilidade, através da análise jurisprudencial.

Dessa forma, a investigação acerca da derrotabilidade da norma jurídica permite a visualização das situações em que a norma jurídica demonstra incompatibilidade com o caso concreto. Assim, o que se pretende demostrar é que a derrotabilidade das normas jurídicas encontra justificação no ordenamento jurídico.

2. Positivismo jurídico e as origens da derrotabilidade

A derrotabilidade surge através dos argumentos essenciais que se opuseram ao positivismo jurídico clássico. A teoria positivista clássica, liderada por Hans Kelsen tem como premissa reduzir o direito a norma jurídica, que, quase sempre é a lei.

O positivismo jurídico encontrou seu apogeu no período liberal. Para os ideais liberais, o positivismo e o formalismo jurídico serviram como meio de controle da atividade

jurisdicional e tinham como objetivo a estabilização da ordem social. Pela lição de Eduardo Bim (2009, p. 37): “um sistema filosófico que pretendesse afirmar o dever absoluto ou incondicional de obedecer a lei enquanto tal- era o desiderato desta classe- e o positivismo cumpria o seu papel”.

Entretanto, com o advento do Estado Social e Estado Democrático a noção de positivismo clássico passou a sofrer fortes críticas. Entendia-se, pois que o positivismo clássico não seria mais suficiente para atender as demandas sociais.

Nessa concepção, começaram a surgir os críticos do positivismo. Segundo o entendimento dessa corrente, o sistema positivista contém forte caráter reducionista, ou seja, o direito é reduzido tão somente a vontade do legislador. Ainda, cabe salientar que, não é possível ao legislador prever todas as situações em que as normas poderão ser aplicadas. Outro aspecto relevante na crítica ao positivismo de Kelsen é a noção de separação do direito e da moral.

Nesse sentido, a lição de Radbruch: “uma norma extremamente injusta não é direito”. Dessa forma, entendia-se que mesmo havendo uma norma positivada, não sendo esta norma justa, não se estaria diante de uma norma jurídica. Considerando ainda a doutrina dos princípios de Alexy, existindo princípios no direito, então existe uma relação entre direito e a moral. (FIGUEROA, 2012, p. 12).

Portanto, para os adeptos da nova corrente, a concepção clássica de positivismo jurídico, deixava lacunas, as quais deveriam ser resolvidas segundo outra concepção de direito.

Ainda, há uma corrente doutrinária que entende ter a derrotabilidade origens no neoconstitucionalismo. Esta concepção é defendida pelo autor espanhol Alfonso Garcia Figueroa. O doutrinador justifica seu posicionamento ao sustentar que a *defeasibility* tem como objetivo a aproximação do direito e da moral, afastando assim, o formalismo jurídico, ou seja, o conceito de norma pura e simples.

Figueroa (2012, p. 13) traz como exemplo uma pessoa que gostaria de abrir uma janela. Entretanto, a casa vizinha fica próxima ao local onde se gostaria de abrir a janela. Nesse caso, faz-se imperativo o artigo 582 do Código Civil espanhol, *in verbis*: “Não se pode abrir janela com vista direta, nem varandas ou semelhantes sobre a propriedade do vizinho, sem pelo menos dois metros de distancia entre a parede na qual se construa a outra propriedade”.

Em um primeiro momento, a norma jurídica parece simples, sob o aspecto formalista. Dois metros de distância, poderia se abrir a janela, menos de dois metros, não

poderia. Ou seja, o formalismo jurídico prevê se a norma, e esta deve ser aplicada. Da mesma forma, decidiu o Tribunal Constitucional Espanhol, na Sentença 959/1995, de 7 de novembro de 1995: "se o caso encontra pleno e claro encaixe no suposto normativo, por mais que se resultem penosas as consequências do restabelecimento da situação jurídica lesada, não há outra alternativa que o respeito rigoroso da norma em questão.

Entretanto, se analisarmos o caso concreto, parece que tal norma poderia ser deixada de aplicar. isso se justificaria se por acaso, ao invés de 2 metros de distância, a janela tivesse apenas 1,95 metros. Ou ainda, se a construção da janela fosse para atender as necessidades de uma criança ou idoso que necessitasse tomar sol. Ainda, poderia se afirmar que, dependendo da situação, a abertura da janela não fosse prejudicial ao vizinho. Portanto, seria justificável afastar a norma, isto é, derrota-la.

Segundo a lição de Figueroa (2012, p. 12) se o argumento da injustiça apresenta uma eficácia redutora do ordenamento jurídico (normas não jurídicas, embora positivas), a teoria dos princípios apresenta, por outro lado, uma eficácia expansiva sobre o ordenamento jurídico, pois apresentam as normas como princípios ao invés de regras.

Assim, verifica-se que o argumentos da injustiça são invocados em casos de extrema gravidade como nos casos de guerra, genocídios ou regimes totalitários; o argumento dos princípios aparece fortemente em situações de normalidade democrática. Percebe-se que o argumento da injustiça se orienta a partir de uma correição mínima de direito, já os princípios, indica um horizonte ideal, aproximando-se da totalidade do direito.

Dessa forma, a derrotabilidade seria uma resposta para as situações em que a regra por si só, é considerada injusta. Ainda, quando a situação concreta não se casa perfeitamente com a regra jurídica.

No entanto, esta concepção, de que a derrotabilidade surgiu como resposta ao positivismo clássico e ao formalismo jurídico divide os estudiosos do tema. Cabe ressaltar que o criador do conceito de derrotabilidade, Herbert Hart, era considerado um positivista moderado.

Sendo assim, cabe a análise mais aprofundada sobre os aspectos da derrotabilidade e da possibilidade das normas serem ou não derrotadas.

3. Aspectos teóricos da derrotabilidade

A derrotabilidade (*defeasibility*) consiste em uma decisão *extra legem*. Entende-se que uma norma pode alojar infinitas exceções e imprevisíveis que em um dado caso concreto

se justifica que sejam afastadas.

3.1 O conceito de derrotabilidade por Herbert Hart

O conceito de derrotabilidade (*defeasibility*) surgiu no artigo de Herbert Hart intitulado *The Ascription of Responsibility and Rights* (1949, p. 171-194) 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.

Hart (1949, p. 171) chama a atenção para o conceito ordinário da linguagem cuja função primária não é descrever coisa, eventos ou pessoas, mas reconhecer, reivindicar e atribuir direitos. Sua principal proposta era sugerir que a análise filosófica das ações humanas tinha sido inadequada e confusa, porquanto entendia que a linguagem tradicionalmente considerada *descritiva*, era na verdade *ascriptive*, ou seja, atributiva.

Pela teoria apresentada por Hart (1948, p. 171-172), a linguagem *ascriptive*, tem como principal função a atribuição de responsabilidade pelas ações. Ou seja, para o doutrinador, a função da linguagem não é apenas descrever fatos, mas atribuir responsabilidade para estes. Explicando melhor, o autor defendia que através da linguagem seria possível reconhecer, reivindicar, atribuir e admitir direitos. Ou seja, através da linguagem, era permitido ao falante, reivindicar direitos, ("isto é meu"), reconhecer direitos quando reivindicados por outros (“muito bem, isto é seu”), atribuir os direitos reivindicados ou não (“este é o seu"), reconhecer os direitos de transferência ("isto é agora seu"), e também admitir, atribuir ou fazer acusações de responsabilidade ("eu fiz isso", "ele fez isso", "você fez isso")., através de frases como “isto é meu”, reconhecer direitos ("isto é meu"). Portanto, Hart afirma que a função da sentença não é apenas descritiva, mas atributiva, pois tem a função de atribuir direitos através das afirmações apresentadas.

Pode-se afirmar que, segundo a lição do autor, cada julgamento é uma composição da mistura dos fatos e da lei. Isso se deve uma vez que as reclamações e as acusações realizadas juntos aos tribunais também são misturas de fatos e leis. Através dessa mistura de fatos e leis, as acusações e julgamentos são diferentes uns dos outros. Dessa forma, há várias características do elemento legal nesta composição de fato e norma que leva o julgador a decidir de uma determinada maneira, de refutar ou não a norma. Pela lição de Hart (1948, p. 172):

> Such a judgment is therefore a compound or blend of facts and law; and, of course, the claims and the indictments upon which law courts adjudicate are also blends of facts and law, though claims, indictments, and judgments are different from each

> other. Now there are several characteristics of the legal element in these compounds or blends which conspire to make the way in which facts support or fail to support legal conclusions or refute or fail to refute them unlike certain standard models of how one kind of statement supports or refutes another upon which philosophers are apt to concentrate attention.

Entende-se que, devido a vagueza da linguagem, poderá ocorrer uma distorção a respeito da interpretação da regra. Isso ocorre uma vez que havendo conceitos jurídicos vagos, é possível haver equivoco entre as conexões da linguagem e as condições necessárias.

Para melhor explicar, o autor traz como exemplo o a definição de "contrato". Na Inglaterraa não há definição legal para o termo. Sendo assim, ao deparar-se com um julgamento sobre um contrato, o juiz deverá decidir com base nos julgados anteriores que versam sobre o tema, assim dispondo de ampla liberdade para julgar a questão. A larga interpretação sobre a definição de o que seja um contrato, demonstra a vagueza dos conceitos legais, porquanto o não há uma regra verbal que defina o contrato, apenas um esboço. Dessa forma, para não ser induzido em erro, deve se ter como referência os principais julgados que tratam do assunto, acrescidos da palavra "atecetera". (HART, 1948, p. 173-174).

Um dos principais fatores a respeito do tema da derrotabilidade, versa sobre a obrigatoriedade da inserção cláusula "a menos que". Isso ocorre uma vez que, a fim de caracterizar um contrato, embora estando presente as condições necessárias, estas nem sempre se mostram suficientes. Dessa forma, admite-se a possibilidade de derrotar a regra. Em outras palavras, a teoria de Hart é baseada na impossibilidade de constituir uma lista de condições necessárias para serem aplicáveis ao caso concreto. Demonstra que, apenas em condições normais, bastaria a existência das condições necessárias. Dessa forma, seria necessário acrescentar a cláusula "a menos que" referindo-se as exceções que não poderiam ser antecipadas. (HART, 1948, p. 175).

O doutrinador defende ser função do estudante aprender o significado da expressão "a menos que", devendo estar acompanhada das condições necessárias para a exigência do contrato. Isso se deve posto que, inexiste em no direito inglês, uma palavra que defina os conceitos jurídicos comuns. Por si só, o termo contrato já é derrotável, haja vista ser possível haver circunstancias que ensejam sua derrotabilidade. (HART, 1948, p.176)

Ademais, afirma Hart (1948, p. 178) que existem elementos psicológicos como condições necessárias no contrato, como o consentimento total e livre. Esses elementos encontram dificuldades a serem provados nos tribunais, ou seja, é custoso provar em juízo que as partes celebraram o contrato de total acordo e livremente. Isso é questão de ônus da prova, sendo esses argumentos utilizados para provar que o contrato é, na verdade inexistente.

Dessa forma, torna-se possível o afastamento da norma jurídica, ou seja, a derrotabilidade.

De acordo com o pensamento de Hart, a consideração a respeito dos conceitos jurídicos ajuda a estabelecer a conexão entre o fato e a lei, ou seja, a consequência legal dos fatos. Em particular, demonstra como seria equivocado o alinhamento às teorias de significado, das quais entendem que um contrato pode ser considerado existente a partir de suas condições necessárias. Essa teoria, portanto, revela-se insuficiente para expressar as condições do contrato. Vale destacar que, às vezes, as condições necessárias são suficientes para considerar a existência do contrato, entretanto nem sempre isso ocorre (HART, 1948, p. 181).

Hart considera que os fundamentos para afastar uma regra não poderiam ser baseados apenas na falta de condições necessárias, pois, estar-se-ia reduzindo as decisões judiciais a um caráter meramente descritivo. Por outro lado, para manter o contrato é necessário que as condições necessárias estejam presentes. Dessa forma, o autor sustenta que o uso específico das regras legais não é somente descritivo, mas atributivo, haja vista o sujeito que pratica uma determinada ação é atribuída uma consequência jurídica (HART, p. 182-183).

Segundo Hart, a sentença tem caráter atributivo (*ascriptive*) e não meramente descritivo, ainda que em alguns casos o julgamento seja realizado apenas embasado na lei, fato este que poderia indicar o caráter descritivo da sentença. Entretanto, só seria possível admitir essa circunstância em situações mais simples, apenas citando a lei. As sentenças do tipo “isso é dele” ou “isso é seu” adquiriram o caráter puramente descritivo para significar fatos normais como adquirir posse. No entanto, deixam de explicar a peculiaridade do caso concreto, cometendo o erro de ignorar as razões para a sua aplicação. (HART, 1948, p. 187).

O caráter atributivo para reconhecer do direito, é efetuado através de sentenças simples, cujos termos são: “isso é teu”, “isso é dele”, realizando a associação descritiva no uso desses termos nas sentenças. Em outras palavras, ao proferir as sentenças “isso é teu” ou “isso é dele” não se está apenas reconhecendo a propriedade, mas atribuindo as responsabilidades decorrentes dessa propriedade. (HART, 1949, p.187).

Explicando melhor, Hart defende que as ações humanas são atributivas e não apenas descritivas. Para o autor, muitas das dificuldades filosóficas são resultado de se ignorar o caráter atributivo da ação. Isto quer dizer que as sentenças “eu fiz isso”, “tu fizeste isso/aquilo”, “ele fez isso” são primeiramente sentenças que não atribuímos responsabilidade, confessamos ou acusamos. O sentido no qual nossas ações pertencem a nós é muito similar a situação em que dizemos que a propriedade é nossa, mesmo que a

conexão necessariamente vincula a uns uma responsabilidade sobre a lei no sentido positivo. (HART, 1948, p. 187-188).

Em síntese Hart defende, nesse primeiro estudo, que não é possível a definição dos conceitos jurídicos apenas através das condições necessárias, haja vista que poderão surgir exceções ou situações contrárias em que os conceitos jurídicos serão derrotados. Por isso considerou que os conceitos jurídicos deveriam vir acompanhados da expressão "a menos que". Ainda, sustenta que os conceitos jurídicos, inicialmente considerados de caráter descritivo, são, na verdade atributivos. Portanto, para Hart, era necessário atribuir reponsabilidades pela prática da ação.

Vale destacar que em um momento posterior, surge o pensamento de que Hart teria abandonado a teoria da derrotabilidade. No entanto, o que se verifica é que em sua principal obra, intitulada "O Conceito de Direito", o autor prossegue a investigação acerca das exceções da regra e as aplicações ao caso concreto. De acordo com Patrícia Graeff (2015, p .21), ainda que o termo derrotabilidade não apareça no estudo, as evidencias textuais demonstram que Hart não abandonou a questão, mas passou a tratar sob o prisma da "textura aberta do direito".

O instituto da derrotabilidade surge no ordenamento jurídico com a finalidade de acomodar as exceções, haja vista a impossibilidade da previsão de todas as situações no caso concreto. Portanto, a derrotabilidade da regra jurídica passa a ser admitida quando as particularidades do caso concreto, tiver variáveis que justificam o afastamento da regra geral.

3.2 Fundamentos derrotabilidade da regra jurídica

A *defeasibility* consiste na possibilidade de afastar a regra geral tendo em vista uma condição excepcional que possibilita sua derrota. Não se trata, pois, de "revogação" ou mesmo "derrogação" dos preceitos, e, sim, da aplicação do direito de modo adequado ao contexto físico e jurídico, ou seja, fático, não sendo o caso da defesa de relativismos ou subjetivismos. Nesse contexto surge a derrotabilidade, instituto do qual prevê a exceção, ou seja, a não aplicação de uma norma jurídica ao caso concreto.

Segundo a lição de Casten Bäcker (2011, p. 61-61): "a derrotabilidade deve ser entendida como a capacidade de acomodar exceções". De acordo com o autor, as normas jurídicas são passíveis de acomodar exceções. Entretanto, essas exceções não podem ser listadas de forma taxativa posto que não poderão ser previstas todas as circunstâncias para a

aplicação ou não da regra nos casos futuros. Assim, uma vez que as regras jurídicas são passíveis de acomodar exceções, são, portanto, derrotáveis. Os princípios por sua, vez, não estão passíveis de acomodar exceções nesse sentido. Nenhuma exceção poderia surgir na aplicação dos princípios, portanto não são derrotáveis.

Nessa linha, entende-se que uma regra possa ser derrotada, haja vista a impossibilidade da previsão de todas as exceções que ensejariam a não aplicação da regra geral. Por outro lado, os princípios não poderão ser derrotados. Uma eventual colisão entre princípios deverá ser resolvida através da ponderação. Assim, torna-se evidente a importância da distinção entre regras e princípios.

No mesmo sentido, Bustamante (2010, p. 24) afirma que a derrotabilidade é caracterizada pela decisão *extra legem* através de admitir a exceção da aplicação de uma regra jurídica. Para admitir a não aplicação da regra, faz-se necessária a distinção entre regras e princípios. Isso se explica pois, em um sistema jurídico de natureza mutável, as regras vigentes na legislação infraconstitucional não são absolutas. Em outras palavras, as normas não são fechadas a ponto de não permitir exceções. Ao adotar a distinção entre regras e princípios, permite-se o reconhecimento de que as regras podem ser superadas. Dessa forma, torna-se possível afastar a incidência da norma jurídica através da análise dos princípios, porquanto existem duas características dos princípios que são de destacada relevância para admitir a superalidade da regra: primeiramente, verifica-se que os princípios, diferentemente das regras, constituem uma institucionalização imperfeita da moral, haja vista estabelecerem somente uma finalidade ou valor a ser encontrado, embora na máxima medida possível; em segundo lugar, os princípios, levando-se em conta o seu caráter axiológico mais relevante, representam o fundamento das regras jurídicas.

Dessa forma entende-se que a derrotabilidade, ou superabilidade, pelas palavras de Bustamente consiste em adequar as exceções ao caso concreto devido a impossibilidade da previsão de todas as situações em que seria admitida a sua não aplicação. Ainda, vale destacar seu caráter excepcional, ou seja, nas situações normais as regras deverão ser aplicadas. Sendo assim, entende-se que a regra geral implica na aplicação da norma jurídica, a derrotabilidade será, portanto, uma exceção.

Em contrapartida, Dworkin (2002, p. 28) não admite a derrotabilidade. Para o autor, o conjunto das regras jurídicas é coextensivo com o direito, de maneira que, se o indivíduo não estiver claramente coberto por uma regra, então o direito não está sendo aplicado. Nessas condições, diante da ausência de uma norma jurídica válida, não haveria a obrigação jurídica. Quer dizer que, quando o juiz decide uma matéria controversa exercendo sua discrição, não

está fazendo valer um direito jurídico correspondente a essa matéria.

A concepção de Dworkin ao se contrapor a derrotabilidade é bastante simples, fazendo-se urgente a concepção de um sistema diferenciado, da qual se admita a ideia da regra ser superada. O modelo mais diferenciado é necessário porque é sempre possível introduzir na motivação de uma decisão jurídica uma cláusula de exceção (em uma das regras). Quando isso acontece, então a regra perde seu caráter definitivo para a decisão do caso concreto. (BUSTAMANTE, 2010, p. 161).

Muito embora não haja um consenso geral acerca do termo derrotabilidade, entende-se que haver um ponto compartilhado pelos juristas em seu conceito, o qual entendem que a norma jurídica pode ser afastada, em virtude de um fato, circunstancia ou interpretação que tornam a regra incompatível. Pela lição de Peng- Hsiang Wang, a derrotabilidade consiste em uma estrutura de exceção à regra. Em geral, se as condições de uma regra forem satisfeitas, então a conclusão se verifica. A conclusão é frustrada se surge uma exceção. Dessa forma, entende que a solução pode ser frustrada mesmo que as condições de uma regra estejam satisfeitas. A derrotabilidade é a possibilidade de uma regra ser derrotada devido as exceções. (BÄCKER, 2011, p. 63).

Para Neil McCornick, as normas poderão desenvolver uma teoria que explica o direito como um sistema de normas superáveis, isto é, derrotáveis. Por sua teoria, as ideias que tem a finalidade de demonstrar que a lei, em seu esquema conceitual genérico e abstrato, não é capaz de prever todas as situações e exceções que poderão ocorrer no caso concreto. A intenção do autor é indicar regras para a superação desses problemas. (BIM, 2009, p. 76).

A derrotabilidade reporta-se a normas jurídicas e não a textos inseridos no direito positivo. Dessa forma, quando não houver identidade entre texto de norma e norma jurídica e o processo de concretização de direitos ocorrerá por ato do intérprete, e não do legislador.

No mesmo entendimento, Cristiano Chaves de Farias (2014, p. 31):

> Sublinhe-se por oportuno, que a derrotabilidade é da norma-regra e não do texto normativo. Até mesmo porque não se pode confundir o texto normativo com a norma estabelecida: um único texto pode conter diferentes normas e as normas, por seu turno, podem emanar diferentes textos.

Torna-se possível a derrotabilidade pelo fato de não haver um encaixe perfeito do texto normativo com a norma jurídica no mundo dos fatos. Assim, argumenta-se que no texto normativo não existe derrotabilidade, no entanto, a nível das normas jurídicas, a derrotabilidade estará presente.

De acordo com Hart, toda regra estaria sujeita a uma clausula *unless*, que

representaria a possibilidade da abertura da regra em situações excepcionais, impossíveis de serem listadas anteriormente, capazes de derrotar uma concepção determinada pretensão jurídica. Como afirma Carlos Augusto Daniel Netto (2017, p. 86): “as inferências jurídicas não são dedutíveis por natureza, mas retratáveis e ampliáveis, de modo que elas se mantem apenas nos casos que não surjam fatores fortes o suficiente em favor da derrota”.

Vale destacar que a derrotabilidade deve ser admitida em casos de excepcionalidade, ou seja, as regras *prima facie*, devem ser aplicadas. Pelas palavras de Fernando Vasconcelos (2008, p. 53-54):

> “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 prevêem deveres/obrigações *prima facie*.”

Assim, percebe-se que teoria tradicional dogmática não possui condições de tutelar todas as situações reais, pois há casos que as normas são insuficientes ou mesmo divorciadas da realidade. A derrotabilidade surge para atingir essas situações, partindo do pressuposto que as normas jurídicas preveem condições *prima facie*.

A especificação e a determinabilidade da norma-regra podem gerar inconveniências para a aplicação da norma jurídica. Tal fato ocorre uma vez que as regras válidas e compatíveis com o sistema jurídico podem eventual e esporadicamente, se colocar em rota de colisão com os ideais pretendidos pelo sistema jurídico como um todo. (FARIAS, 2014, p. 29). Pelas palavras de Fernando Vasconcelos (2008, p. 50):

> “Em termos processuais pode-se falar em fatos impeditivos, modificativos ou extintivos capazes de infirmar a norma “prima facie”, derrotando-a a fim de permitir a aplicação de uma norma excepcional, diferente daquela prevista a priori a partir da literalidade textual.”

O autor afirma, portanto, que, em relação ao processo, é possível admitir fatos que impedem, modificam ou extinguem a aplicação da norma conforme a literalidade do texto. Isto é, a norma que prima facie deveria ser utilizada, pode ser derrotada se houver fatos impeditivos, modificativos ou extintivos.

Conforme pode ser observado, os problemas jurídicos não podem ser resolvidos conforme um prisma monotônico, como se fossem equações matemáticas. Isso ocorre em virtude do grande número de variáveis envolvidas na complexidade de relações humanas que podem produzir resultados distintos a depender desta equação. Assim, leciona Durval Carneiro Neto (2013, p. 92):

> A lógica jurídica estaria a impor que uma regra criada pelo legislador, para incidir em situações problemáticas abstratamente previstas, deixe de ser aplicada num determinado caso concreto quando surgirem outras variáveis que não tenham sido levadas em conta pelo legislador quando da edição da regra e com força argumentativa suficiente para produzir outra solução do problema.

Praticamente todos os estudos de lógica até o início dos anos 1980 eram baseados na lógica clássica de caráter monotônico. Com a finalidade de encontrar meios para representar formalmente o estudo de uma norma a ser afastada, o fenômeno da derrotabilidade passou a atraiu a atenção dos teóricos do Direito. Com a quebra do sistema monotônico do raciocínio jurídico acarretou igual destino ao *modus ponens* e do reforço do antecedente. (NETTO, 2017, p. 87).

Um dos pontos de maior destaque acerca da derrotabilidade se refere sobre sua incidência de diversas variáveis não previstas em lei. Em certos casos, conquanto o caso em pauta se amolda a norma, há considerações de suma importância a ser levada em consideração.

Nesse sentido, a derrotabilidade admite que as normas jurídicas não são taxativas, ou seja, é impossível ao legislador prever todas as situações no mundo dos fatos, muito embora a legislação tenha muitos conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais.

De acordo com Eduardo Bim (2009, p. 77):

> A derrotabilidade, que nada mais é do que a constatação de que as normas jurídicas estão sujeitas a cláusula de final aberto e a exceções não taxativamente enumeráveis, é inerente ao direito, pois é da natureza das coisas que toda regra existe exceção. O que esta teoria visa acentuar é que não é possível ao legislador aprioristicamente todas as exceções, embora uma legislação recheada de conceitos indeterminados e cláusulas gerais seja uma tentativa de o legislador deixar à cargo do juiz a sintonia fina daquilo que o tipo legal visa regular.

De acordo com Alfonso Garcia Figueroa (2012, p. 22), a derrotabilidade surge com a finalidade da razão prática, uma vez que “nossos juízos devem ser passíveis de revisão para podermos enfrentar satisfatoriamente às particularidades do caso que não poderemos prever”.

Assim, entende-se que instituto da derrotabilidade surge no ordenamento jurídico com a finalidade de acomodar as exceções, haja vista a impossibilidade da previsão de todas as situações no caso concreto. Portanto, quando o caso concreto não corresponde a regra, admite-se o afastamento desta.

4. Derrotabilidade no caso concreto

O afastamento da regra no caso concreto, vem sendo utilizado nos tribunais

brasileiros. Muito embora, via de regra, tem-se omitido o termo derrotabilidade ou *defeasibility*, os tribunais têm admitido sua aplicação.

Um dos casos mais emblemáticos envolvendo a derrotabilidade ocorreu na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54[1] sobre a interrupção da gravidez quando o feto tem anencefalia. Muito embora a anencefalia não constitui os casos permitidos em lei para a interrupção da gestação, a decisão proferida pela Suprema Corte foi no sentido que nesse caso, não poderá ser considerado como tipo penal. "Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal."

Envolvendo a polêmica acerca da questão, segundo Manuel Sales Fonteles (2016, p. 74) à luz do princípio da reserva legal, não seria admitida a derrotabilidade *in malam partem*. Explica o autor:

> Na hermenêutica jurídica, quando o intérprete presume que o legislador não normatizou determinada hipótese por um esquecimento, mas, se o tivesse feito, teria criado uma norma semelhante àquela que regula a situação análoga, tem-se o emprego da analogia. Diversamente, quando o legislador se expressa aquém que desejou, mas sua intenção era abarcar a hipótese não normatizada *(dixit minus quan voluit)*, opera-se na interpretação extensiva. Nenhuma delas pode ser prejudicial ao réu.

Nesse contexto, entende-se que na esfera penal, a derrotabilidade poderá apenas ser usada para beneficiar o réu. Nas outras esferas do direito, verificamos que a defeasibility tem sido utilizada para beneficiar a parte.

Um exemplo de grande relevância do uso da *defeasibility*, para beneficiar a parte ocorreu envolvendo a alteração da ordem cronológica para o pagamento de precatório de aproximadamente R$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais), envolvendo pessoa portador de neoplasia maligna. O Estado da Paraíba ingressou com Reclamação contra o sequestro de valores para pagamento da pessoa portadora de doença grave, por entender que a alteração na ordem cronológica contrariava o artigo 100, § 2º, da Constituição Federal e pedia a suspensão do sequestro de valores para pagamento. Na decisão do Agravo Regimental interposto na Reclamação n.º 3.034-2109[2] o Supremo Tribunal Federal negou o pedido formulado pelo Estado da Paraíba. O relator, Ministro Eros Grau, reconheceu a efetividade e aplicação do dispositivo constitucional, no entanto entendeu que, no caso concreto, por tratar-se de pessoa

---

[1] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012. Disponível em < http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 22. jul. 2018.

[2] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 3034 AgR, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2006. Disponível em < http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 22. jul. 2018.

portadora de doença grave, era possível a alteração da ordem cronológica.

Na mesma via, admitindo a derrotabilidade para beneficiar o postulante, o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas[3] reconheceu a derrotabilidade da norma, ao conceder a pensão por morte de filho maior de 21 anos, matriculado em curso superior. A decisão foi proferida no sentido de admitir a derrotabilidade, pois r que, embora restou comprovado que, muito embora o filho já estivesse ultrapassado idade limite para receber a pensão por morte (21 anos), ainda possuía insuficiência econômica. Entendeu o colegiado, ser necessário "a utilização de um raciocínio jurídico que admita que as normas são dotadas de exceções implícitas, e esse raciocínio é a derrotabilidade *(defeasibility*)". Dessa forma, admitiu o afastamento da regra geral diante da incompatibilidade entre a hipótese descritiva da norma e sua finalidade (*mens legis*). Destarte, reconheceu o Tribunal ser possível o afastamento da norma, quando incompatível com a finalidade.

Outro julgado expressivo acerca do tema foi proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região [4]. No caso em tela, discutia-se a respeito da esposa de empregado de sociedade de economia mista que sofreu transferência compulsória. A Requerente cursava jornalismo em instituição privada e seu cônjuge foi transferido compulsoriamente para local em que o curso apenas era oferecido pela universidade federal. Segundo o dispositivo legal, transferência compulsória para instituição de ensino congênere a que se refere o art. 99 da Lei 8.112 /90, somente poderá ser efetivada de estabelecimento público para público ou de privado para privado, salvo a inexistência, no local de destino, de instituição de ensino da mesma natureza. Entendeu o Tribunal Regional Federal da Primeira Região que a vedação em causa é "derrotável", porquanto o legislador ao editar o dispositivo (inexistência no local de destino de instituição da mesma natureza), não considerou essa circunstância do caso concreto. Ainda, assegurou que as normas restritivas devem ser interpretadas restritivamente.

Entretanto, cabe ressaltar que a derrotabilidade deve ser usada em situações excepcionais, sob pena de insegurança jurídica.

Por esse entendimento, reconhecendo o caráter excepcional da derrotabilidade, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal[5] entendeu não ser caso de afastar a regra geral em

---

[3] AMAZONAS. Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. Apelação / Pensão por Morte (Art. 74/9) APL 07124355720128040001 AM 0712435-57.2012.8.04.0001 (TJ-AM). Relator: Maria do Perpétuo Socorro Guedes Moura, Data de Julgamento: 26/10/2015, Segunda Câmara Cível. Disponível em < https://tj-am.jusbrasil.com.br/jurisprudencia >. Acesso em 23. jul. 2018.

[4] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região - EDAMS: 5553 GO 2001.35.00.005553-9, Relator: Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, Data de Julgamento: 16/03/2005, SEXTA TURMA. Disponível em < https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em 22. jul. 2019.

[5] DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. TJ-DF - APC:

relação a um pedido de matrícula de menor de 18 anos em curso supletivo. A Lei das Diretrizes Educacionais, prevê que apenas a partir de 18 anos é permitida a matrícula em curso supletivo. Decidiu o colegiado no sentido de que, para ser possível o afastamento da norma constante na referida lei, é necessário o amadurecimento intelectual do postulante, fato este que não estava configurado no caso em questão.

Na mesma via, não reconhecendo a *defeasibility*, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo[6]. O caso trazido à baila tratava-se de multa de trânsito, onde o proprietário do veículo deixou de indicar o condutor. Apesar de o agravante sustentar que não procedeu conforme preconiza o art. 257, § 7º, do Código de Trânsito Brasileiro pela falta de tempo hábil para tanto, entendeu não ser justificável a derrotabilidade da norma, uma vez que os fatos narrados não restaram comprovados.

Assim, sendo, entende-se que a derrotabilidade é um importante instrumento para resolver questões que fogem do sistema monotônico (caso-regra). Entretanto, é possível a sua aplicação apenas em casos específicos e excepcionais.

Assim sendo, certifica-se que as normas jurídicas devem ser aplicadas *prima facie*. Todavia, há casos em que a realidade exige respostas adicionais, não contidas no texto de lei, porquanto a finalidade do direito é sobretudo, a manifestação da justiça.

A derrotabilidade manifesta-se no ordenamento jurídico com a finalidade de preencher lacunas, ou seja, adaptar o caso concreto a norma jurídica. Entretanto, seu emprego deve ser utilizado com cautela, sob risco de insegurança jurídica. Vale ressaltar que não existe uma solução fixa para definir quais situações será admitida a derrotabilidade. Dessa forma, faz-se necessária ao aplicador do direito o uso de ponderação, a fim de que a solução para os conflitos seja decidida de acordo com os princípios fundamentais constantes no ordenamento jurídico.

5. Considerações Finais

No estudo desenvolvido procurou-se apresentar a teoria da derrotabilidade e seus aspectos mais relevantes.

20130110185090 DF 0005296-77.2013.8.07.0001, Relator: Teófilo Caetano, Data de Julgamento: 18/12/2013, 1ª Turma Cível. Disponível em < jusbrasil.com.br/jurisprudência>. Acesso em 22. jul. 2019.

[6] ESPIRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. TJ-ES - AI: 00032359820158080050, Relator: Eliana Junqueira Munhos Ferreira, Data de Julgamento: 06/10/2015, Terceira Câmara Cível. Disponível em < jusbrasil.com.br/jurisprudência>. Acesso em 22. jul. 2019.

Em um primeiro momento, verificou-se a derrotabilidade a partir da crítica ao positivismo jurídico. Logo após, abordou-se os aspectos teóricos acerca do tema, através da análise doutrinaria. Em um terceiro momento, foi analisada a derrotabilidade através da jurisprudência de tribunais brasileiros.

Dessa forma, verificou-se que as soluções jurídicas são não monotônicas, isto é não se resolvem tal qual uma equação matemática. Assim, é papel dos juristas encontrar soluções para casos não previstos na norma vigente.

A derrotabilidade tem por objetivo a solução para situações em que o caso concreto não se ajusta a norma jurídica. Conforme visto, uma norma pode assentar inúmeras exceções implícitas e situações imprevisíveis, em que, diante de um caso concreto destoante, justifica o afastamento da regra. Nesse contexto, insta salientar a derrotabilidade apenas é aceitável em situações excepcionais.

Na *defeasibility* a norma geral continua vigente e eficaz, entretanto seus elementos constitutivos afastam sua aplicação ao caso concreto. igualmente, o texto não poderá ser derrotado, apenas a norma nele contida.

O maior desafio para a derrotabilidade é a não existência de situações pré-estabelecidas nas quais autorizam ou não o afastamento da regra geral. Portanto, tornam-se indefinidas as situações em que o afastamento da norma geral será justificável. Essa definição ficará a critério do operador do direito, que deve-se valer dos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BÄCKER, Carsten. **Regras e princípios da derrotabilidade**. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, n. 102, jan/jun 2011, p. 61-72.

BIM, Eduardo Fortunato; Maidame, Márcio Manoel. **Restrições ao poder geral de cautela e derrotabilidade.** Revista de Processo, São Paulo, v. 34, n. 175, p. 34-86, set. 2009.

BUSTAMANTE, Thomas. **Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem***. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 37, jul/dez 2010, p. 152-180.

CARNEIRO NETO, Durval. **Críticas à teoria da derrotabilidade das regras jurídicas.** Coleção Jornadas de Estudo da ESMAF, Brasilia, v. 21, p. 89-102, fev 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Derrotabilidade das normas-regras (legal defeseability) no direito das famílias: alvitrando soluções para os extreme cases (casos extremos).** Revista do Ministério Público, Rio de Janeiro, n. 53, p. 19-47, jul/set 2014.

FONTELES, Samulel Sales. **O dilema do Ministério Público diante da derrotabilidade das regras (defeasibility).** Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 79, p.55-84, jan./abr. 2016.

FIGUEROA, Alfonso Garcia**. Neoconstitucionalismo, derrotabilidade e razões práticas.** Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 20, vol. 79, p. 11-33, abr-jun/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GRAEFF, Patrícia: **Derrotabilidade, Vagueza e Textura Aberta: Um estudo acerca dos limites do Direito segundo Herbert Hart.** Orientador: Paulo Baptista Caruso MacDonald. Coorientador: Alfredo Carlos Storck. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Porto Alegre, 2015.

HART, H. L. A. **The Ascription of Responsability and Rights**. Procedins of Aristotelian Society. New Series, vol. 49, (1948-1949), p. 171-194.

NETTO, Carlos Augusto Daniel. O “mínimo existencial” como condição de derrotabilidade das regras tributárias. Revista de Direito Tributário, n. 37, São Paulo, p. 84-105, 2017.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **O conceito de derrotabilidade normativa**. 2008, 132 p. Mestrado acadêmico. Programa de pós graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná. Disponível em < https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/18639/O%20conceito%20de%20derrotabilidade%20normativa%20-%20Fernando%20Andreoni%20Vasconcellos.pdf?sequence=1> . Acesso em 08.jun.2018.