

SOBRE A DERROTABILIDADE JURÍDICA: SUA NATUREZA, SEUS RISCOS, E SUAS CONDIÇÕES DE APLICABILIDADE*ON LEGAL DEFEASIBILITY: ITS NATURE, RISKS, AND CONDITIONS OF APPLICABILITY*João Fett*¹

RESUMO: Este artigo examina o fenômeno da derrotabilidade jurídica, o seu tratamento pela doutrina, os seus riscos para o sistema jurídico, e suas condições de aplicação. Especificamente, são examinados os riscos à segurança jurídica em decorrência da institucionalização da derrotabilidade de normas jurídicas, bem como são examinadas propostas de acomodação do fenômeno e critérios para a tomada de decisão em face da sua instanciação, de acordo com a tese de Humberto Ávila. Conclui-se que a sugestão de Ávila proporciona um modelo decisório coerente e racional, de modo que, na medida em que se tornar conhecida e for aplicada, é razoável esperar que a teoria da derrotabilidade assuma cada vez mais protagonismo e incidência na doutrina e na jurisprudência brasileira.

ABSTRACT: This paper examines the phenomenon of legal defeasibility, its treatment by doctrine, its risks for the legal system, and its application conditions. Specifically, the risks to legal security resulting from the institutionalization of the defeasibility of legal norms are examined, as well as proposals for accommodating the phenomenon and criteria for decision-making in the face of its instantiation, in accordance with Humberto Ávila's thesis. It is concluded that Ávila's proposal provides a coherent and rational decision-making model, so that, as it becomes known and applied, it is reasonable to expect that the defeasibility theory will increasingly assume prominence and impact in Brazilian doctrine and jurisprudence.

PALAVRAS-CHAVE: Derrotabilidade; Normas Jurídicas; Regras; Frederick Schauer; Humberto Ávila.

KEYWORDS: Defeasibility; Legal Norms; Rules; Frederick Schauer; Humberto Ávila.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O fenômeno da derrotabilidade e suas distintas manifestações. 1.1. Derrotabilidade Moral. 1.2. Derrotabilidade Epistêmica. 1.3. Derrotabilidade Lógica. 1.4. Derrotabilidade das Normas Jurídicas. 2. A Natureza da derrotabilidade jurídica e suas causas. 2.1. Ignorância. 2.2. Generalidade. 2.3. Iniquidade. 2.4. Derrotabilidade para quais tipos de normas jurídicas? Regras e/ou princípios? 2.5. Uma absurdidade a ser evitada. 3. A Institucionalização da derrotabilidade nos sistemas jurídicos. 3.1. Os riscos da adoção da derrotabilidade. 3.2. As condições para a derrotabilidade, segundo Humberto Ávila. 4. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Normas jurídicas admitem exceções para as quais não há previsão legal? Podem elas deixar de ser aplicadas devido a outras considerações importantes sobre um caso em questão? Que considerações seriam essas, e quem as administraria? E, ainda, não seria essa excepcionalidade um risco ao sistema jurídico? Quais seriam as medidas necessárias para minimizar esse risco?

É evidente que as normas jurídicas são elementos nucleares e essenciais do Direito. Elas garantem a racionalidade de um sistema jurídico, estabelecendo as condições para a alocação de poderes e para o exercício de direitos, bem como o impedimento de ações contrárias a eles, e as consequências em face de suas violações. É possível observar, no entanto, diversas ocasiões nas quais normas jurídicas deixam de ser aplicadas por razões que supostamente

¹ Doutor em Filosofia (PUCRS). Professor Adjunto na Escola de Humanidades da PUCRS.

fundamentam sua excepcionalização. Nesses casos, caso a norma não fosse desconsiderada, o resultado de sua aplicação revelar-se-ia de algum modo inapropriado, inadequado, equivocado, indesejado.

Esse é o fenômeno denominado *derrotabilidade das normas jurídicas*. Trata-se de uma situação verificável empiricamente, a partir da jurisprudência (majoritariamente *common law*). Ainda que o fenômeno em si, e mesmo algumas explicações embrionárias acerca dele, remontem à Antiguidade Clássica, apenas em meados do século XX começa-se uma reflexão sistemática sobre seu papel na estrutura do raciocínio e da práxis jurídica. Passou-se a falar de *teoria da derrotabilidade*, identificando-se institutos para a sua aplicação e posicionando-a no escopo da argumentação e hermenêutica jurídica. Mais de meio século depois, a literatura anglófona e germânica sobre o tema encontra ecos em âmbito nacional. A doutrina e a jurisprudência brasileira já reconhecem sua relevância, e o interesse na exploração de suas possibilidades de aplicação é crescente.

Nosso objetivo geral neste trabalho é, em primeiro lugar, compreender a natureza mais ampla e genérica desse fenômeno, como ele se manifesta no âmbito jurídico, especificamente em relação às regras jurídicas, e quais seriam suas possíveis causas. Em segundo lugar, desejamos investigar como esse fenômeno é administrado no sistema jurídico – isto é, de que forma ele é institucionalizado, formalizado. Em terceiro lugar, pretendemos investigar um risco da derrotabilidade às aspirações axiológicas do ordenamento jurídico, mais diretamente ao valor da segurança jurídica. Por fim, examinaremos a proposta de Humberto Ávila acerca das condições para a aplicação da derrotabilidade, de maneira a gerenciar os riscos por ela trazidos à tona. Concluiremos que a sugestão de Ávila proporciona um modelo decisório coerente e racional, de modo que, na medida em que se tornar conhecida e for aplicada, é razoável esperar que a teoria da derrotabilidade assuma cada vez mais protagonismo e incidência na doutrina e jurisprudência brasileira.

Nesta seção introdutória, apresentaremos a variedade de aplicações da noção de derrotabilidade em áreas distintas, especialmente nos âmbitos filosóficos da ética, da epistemologia e da lógica, e no âmbito do direito. Percorreremos, para tanto, um breve apanhado histórico do desenvolvimento da teoria da derrotabilidade, de modo a firmarmos a base teórica deste ensaio.

1 O FENÔMENO DA DERROTABILIDADE E SUAS DISTINTAS MANIFESTAÇÕES

1.1 DERROTABILIDADE MORAL

Imagine que estamos às vésperas do Natal e que você prometeu à sua filha que assistiria à representação teatral escolar para a qual ela vem se preparando há semanas. Agora, imagine também que, prestes a sair de casa, você escuta o pedido de ajuda da sua vizinha, uma idosa senhora, residente solitária na casa ao lado. Preocupado, você vai ao encontro dela e, constatando que ela havia sofrido uma forte queda, não pensa duas vezes e decide leva-la ao hospital imediatamente. A caminho do hospital você pensa sobre a promessa de assistir à apresentação de sua filha na escola, pois muito provavelmente ela será descumprida. No entanto, é evidente para você a urgência da condição de sua vizinha, e que, *no caso em questão*, o dever moral de prestar assistência a ela *supera* o dever moral de cumprir a promessa à sua filha.

O caso imaginado acima é um exemplo paradigmático de *derrotabilidade moral*, isto é, um caso em que um dever moral é derrotado – *superado, cancelado, anulado* – por outro dever moral contextualmente mais forte e saliente.

W. D. Ross, em 1930, preocupava-se com os conflitos resultantes de deveres morais distintos impostos a um mesmo agente. Tais conflitos colocavam em xeque a ideia, consagrada por Immanuel Kant (1785), segundo a qual deveres morais são absolutos. Os exemplos de Ross exploravam cenas de anulação de deveres. Ele ilustrou esse ponto com um caso similar àquele que recém examinamos: “Se eu prometi encontrar-me com um amigo num determinado horário por uma razão qualquer, eu certamente deveria considerar-me justificado a quebrar minha promessa se, ao fazer isso, eu pudesse impedir um sério acidente ou prestar ajuda às vítimas.” (Ross, 1930, p.18, tradução própria)²

² No original: “If I have promised to meet a friend at a particular time for some trivial purpose, I should certainly think myself justified in breaking my engagement if by doing so I could prevent a serious accident or bring relief to the victims of one”. (Ross, 1930, p.18)

1.2 DERROTABILIDADE EPISTÊMICA

Foi Roderick Chisholm (1964), no entanto, que colocou sob holofotes e examinou em detalhes a noção de derrotabilidade, a partir de sua *Ética da Exigência* (*Ethics of Requirement*). Sua sugestão foi a seguinte: “Podemos dizer que sempre que uma pessoa está sujeita a exigências conflitantes, pelo menos uma dessas exigências é anulada. Pois uma exigência, diferentemente de um dever ou obrigação, no sentido estrito destes últimos termos, pode ser derrotável.” (Chisholm, 1964, p.148, tradução própria).³ É justamente com base na ideia de que a exigência em manter a promessa à sua filha é derrotável que podemos explicar a correção moral da sua atitude ao optar por socorrer a sua vizinha desamparada, ainda que ela seja conflitante com outra exigência moral previamente contemplada. Chisholm formaliza sua sugestão: ‘Exigência’ é assim definida:

$$(Ep) [p \ \& \ (pRq)]$$

32

Isto é: há um possível estado de coisas p , tal que p ocorre, e p exige q – os predicados ‘E’ e ‘R’ estão para ‘existe x ’ e ‘algo x exige (*requires*) algo y ’, respectivamente. Por exemplo, fazer uma promessa à sua filha exige cumprir tal promessa. ‘Exigência derrotada’, por sua vez, é assim definida:

$$(Ep) (Es) [(p \ \& \ (pRq)) \ \& \ (s \ \& \ \sim((p \ \& \ s)Rq))]$$

Isto é: há possíveis estados de coisas, p e s , que são tais que (i) p ocorre e p exige q , e (ii) s ocorre, e a conjunção de s e p já não exige q .⁴ Por exemplo, fazer uma promessa à sua filha exige cumprir tal promessa, porém, se tal promessa é conjugada à situação da queda de sua solitária vizinha (ou seja, tais situações contempladas conjuntamente), o seu cumprimento não é mais exigido.

³ No original: “We may say that whenever a man is subject to conflicting requirements, then at least one of the requirements is overridden. For a requirement, unlike a duty or obligation, in the strict sense of the latter terms, may be defeasible.” (Chisholm, 1964, p.148)

⁴ Veja (Chisholm, 1964, p.148) para os detalhes de sua teoria da derrotabilidade.

Chisholm não apenas consolidou a noção de derrotabilidade na ética, mas também a introduziu na epistemologia (ou seja, na teoria do conhecimento), sugerindo que propriedades epistêmicas, como a *justificação/racionalidade*, também estão sujeitas à derrota – isto é, possuem a propriedade da derrotabilidade – e devem ser examinadas a partir das categorias *prima facie* e *ultima facie*. Para ilustrar esse ponto, imagine que você vê o que lhe parece ser um livro vermelho sobre a mesa à sua frente. Você, neste momento, adquire, uma razão para crer que o livro em questão é vermelho; você tem dados sensoriais que indicam que aquela é a cor exata do livro; você obtém, assim, justificação *prima facie* para crer que o livro é vermelho. No entanto, imagine também que um colega de confiança, familiarizado com as condições do ambiente onde você se encontra, lhe diz que há luzes vermelhas iluminando precisamente o local onde o livro está posto. Você acaba de adquirir um *derrotador* para a justificação da crença de que aquele é um livro vermelho (afinal, se o livro fosse branco, ele continuaria parecendo vermelho a você, devido às luzes mencionadas pelo seu colega). Em uma circunstância normal, ver o que parece ser um livro velho é razão *prima facie* e também *ultima facie* para que crer que o livro é vermelho. No caso sob exame, porém, a razão *prima facie* não se torna razão *ultima facie* devido à presença do derrotador epistêmico oferecido por seu colega. Crer racionalmente, portanto, exige a ausência de derrotadores epistêmicos.⁵

33

1.3 DERROTABILIDADE LÓGICA

A noção de derrotabilidade é penetrante em filosofia, como já se pode ter notado. Além de desempenhar funções explanatórias significativas em ética e em epistemologia, a derrotabilidade caracteriza um gênero de raciocínio, do qual o raciocínio indutivo e o raciocínio abutivo são espécies. Em se tratando do *raciocínio derrotável*, a verdade das premissas de um argumento não garante a verdade de sua conclusão, ainda que a confirme fortemente, vislumbrando, assim, mesmo que de modo inconclusivo, o *desideratum* de preservação da verdade. Dessa forma, sua característica mais definidora é que o acréscimo de informações pode demover quem as aprende de concluir aquilo que, até então, estava autorizada a concluir. Esse

⁵ A teoria da derrotabilidade epistêmica é largamente desenvolvida por Peter Klein (1971), ao longo de quatro décadas. Seu tratamento mais completo do tema encontra-se em (Klein, 1981).

tipo de raciocínio é chamado ‘não-monotônico’ justamente porque as relações de consequência não são preservadas à medida que novas informações são acrescidas ao sistema de crenças do sujeito. Uma vez que formalizar o raciocínio derrotável (*defeasible reasoning*) é uma tarefa que fica aquém das condições da lógica clássica, a derrotabilidade marca o empreendimento da chamada lógica não-monotônica, introduzindo novos operadores lógicos e regras de inferência.⁶ Cabe-nos, agora, procurar entender o papel da derrotabilidade no âmbito jurídico.

1.4 DERROTABILIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS

Em se tratando da noção de derrotabilidade no direito, perguntemo-nos: no que consiste tal ideia? Observando o emprego da noção de derrotabilidade na ética, na epistemologia e na lógica, talvez a resposta mais simples seria a seguinte: *normas jurídicas são derrotáveis*, de maneira que é possível encontrarmos-nos diante de uma norma cuja forma lógica é ‘Se p, então q’, verificarmos que o antecedente p se dá, e verificarmos, igualmente, que o consequente q não se dá.

O célebre caso, de retumbante impacto, *Riggs v. Palmer*, julgado pela Court of Appeals of New York,⁷ exemplifica essa circunstância. A senhora Riggs, uma das filhas de Francis Palmer, ingressa com uma ação contra Elmer Palmer, neto do seu falecido pai Francis Palmer. O neto Elmer assassinou seu avô para receber uma herança, pois encontrava-se na condição de seu beneficiário, estando a herança legada pelo seu avô a ele por testamento. A senhora Riggs também era uma das beneficiárias da herança de Francis Palmer, e voltou-se contra a absurda concessão de parte da herança que caberia a Elmer, afinal ele matou o avô justamente para recebe-la. O fato é que, de acordo com a lei que disciplinava a situação fática em questão, Elmer Palmer era um dos herdeiros legítimos de seu avô. Não obstante, não parecia *razoável* conceder-lhe este direito em face da excepcionalidade da situação. A Corte estava de acordo. Embora o propósito da lei fosse garantir que a vontade do testador fosse respeitada quanto à escolha de seus herdeiros, parecia *impróprio*, em algum sentido muito relevante, cumpri-la em tais

⁶ Um informativo ensaio sobre raciocínio derrotável e seu papel no avanço da lógica não-monotônica encontra-se em (Pollock, 1987).

⁷ Disponível em: https://www.nycourts.gov/reporter/archives/riggs_palmer.htm. Acesso em: 26 de jul. de 2023.

condições. O Juíz Earl J. foi explícito ao escrever que, embora a intenção dos legisladores que conceberam tal lei fosse garantir que os herdeiros recebessem a herança que lhes seria devida, “a intenção deles nunca poderia ter sido que o donatário que assassinasse o testador para tornar o testamento eficaz deveria se beneficiar de algum modo dele” (Court of Appeals of New York, 1889, tradução própria).⁸ A norma jurídica previa: se S é herdeiro, S deve receber a herança; verifica-se que S é, de fato, herdeiro; no entanto, S não recebe a herança. A norma jurídica foi derrotada.

Neste caso, uma regra clara sobre o direito à herança legada pelo avô ao neto parece ser derrotada por considerações acerca da excepcionalidade da situação: seria algo impróprio um neto que assassina o avô beneficiar-se pela herança por este último a ele deixada. A impropriedade pode ter a ver com a aparente injustiça, imoralidade, ou até mesmo com a suposta razão incondizente com o propósito da regra pela qual o neto seria beneficiado. Acerca do juízo de razoabilidade no caso em questão, o Juiz Earl J. escreve: “Os autores das leis nem sempre expressam sua intenção perfeitamente, mas ou excedem-na ou ficam aquém dela, de modo que os juízes devem coletá-la apenas a partir de conjecturas racionais ou prováveis, e isso chama-se interpretação racional” (Court of Appeals of New York, 1889, tradução própria).⁹ O fato é que, seja qual for a causa, houve derrota da norma jurídica no caso em questão.

Uma cena muito mais simples que a anterior é capaz de revelar igualmente a noção de derrotabilidade jurídica que se quer elucidar aqui. Esta é uma versão do célebre caso *No vehicles allowed in the park*, que originou um intenso debate entre H. L. Hart, proponente do caso, e L. Fuller; sua vantagem é evitar desvios para discussões acerca da relação entre moral e direito, inevitavelmente suscitadas em face do caso anteriormente tratado. Suponha que em um certo parque municipal há uma lei que proíbe a entrada de quaisquer veículos no parque (“*No vehicles*

⁸ No original: “The purpose of those statutes was to enable testators to dispose of their estates to the objects of their bounty at death, and to carry into effect their final wishes legally expressed; and in considering and giving effect to them this purpose must be kept in view. It was the intention of the law-makers that the donees in a will should have the property given to them. But it never could have been their intention that a donee who murdered the testator to make the will operative should have any benefit under it.” Earl J, em *Riggs vs. Palmer* 115 N.Y. 506 (Court of Appeals of New York, 1889). Disponível em: https://www.nycourts.gov/reporter/archives/riggs_palmer.htm. Acesso em: 26 de jul. de 2023.

⁹ No original: “The writers of laws do not always express their intention perfectly, but either exceed it or fall short of it, so that judges are to collect it from probable or rational conjectures only, and this is called rational interpretation.” EARL J, em *Riggs vs. Palmer* 115 N.Y. 506 (Court of Appeals of New York, 1889). Disponível em: https://www.nycourts.gov/reporter/archives/riggs_palmer.htm. Acesso em: 26 de jul. de 2023.

allowed in the park”).¹⁰ Porém, suponha também que a cidade está preparando uma celebração em homenagem aos seus veteranos de guerra, incluindo a exibição de parte de seu comboio militar no parque, como alguns caminhões ainda em funcionamento. Ora, certamente a regra que reza “Nenhum veículo é permitido no parque” é derrotada no caso em questão, haja vista que seu *propósito* é zelar pela segurança dos frequentadores do parque, o que seria prejudicado pelo tráfego de veículos. No entanto, a entrada de alguns caminhões para uma exposição, que pressupõe uma posição estática dos veículos em certos locais, bem como o cuidado com o seu manuseio, quando houver, não fere em nada o propósito da regra que parece ser legitimamente derrotada pela exceção trazida à tona. Mais uma vez, parece que estamos diante de uma norma jurídica derrotada. Seu antecedente é o caso (uma vez que há veículos no parque), mas seu consequente (uma determinada sanção) não é o caso.

Há que se examinar em detalhes as manifestações do fenômeno da derrotabilidade no direito, inclusive examinando uma variação de casos similares, para que tenhamos (i) uma compreensão mais madura da complexidade do problema sob investigação, bem como (ii) clareza sobre o seu potencial teórico e poder explanatório em teoria geral do direito.

36

2 A NATUREZA DA DERROTABILIDADE JURÍDICA E SUAS CAUSAS

Como poderíamos caracterizar o fenômeno da derrotabilidade das normas jurídicas, com base nos casos explorados e nas reflexões suscitadas até aqui? Sugerimos iniciar nossa reflexão a partir da seguinte definição: Derrotabilidade é a possibilidade de normas jurídicas deixarem de ser aplicadas por produzirem um resultado impróprio em algum sentido relevante – por exemplo, um resultado injusto, imoral, irrazoável, absurdo ou ineficiente. Um sistema jurídico admite a derrotabilidade de suas normas se nele se pode excetuar certos casos da aplicação de uma norma que, de outro modo, seria a eles aplicável. Tais exceções podem ser aplicadas *ad hoc* ou por meio de algum método específico – exploraremos esse último ponto mais adiante.

¹⁰ Veja (Schauer, 2008), para interessantes considerações a partir do debate entre Hart e Fuller acerca do caso em questão.

Uma sugestão ainda genérica e apenas preliminar, porém importante na literatura, acerca da natureza da derrotabilidade das normas jurídicas é oferecida por F. Schauer, como segue: “[A] propriedade postulada em virtude da qual todas as regras jurídicas possuem uma cláusula implícita do tipo ‘a menos que as circunstâncias exijam o contrário’”¹¹ (Schauer, 1998, p.223, tradução própria). Esse modo de conceber a natureza da derrotabilidade está muito próximo ao modo como a questão foi originalmente apresentada, como veremos em breve.

Há quem compreenda a derrotabilidade jurídica como sendo parte da estrutura do direito, isto é, como sendo uma de suas propriedades essenciais – veja Fuller (1969), por exemplo. Alguns sugerem, inclusive, que a derrotabilidade é inerente à estrutura do direito por ser, em primeiro lugar, inerente à estrutura do raciocínio jurídico – veja Sartor (2012), por exemplo. Por outro lado, há vozes que compreendem a derrotabilidade a partir do fenômeno da interpretação no direito – veja Marmor (2005). No que segue, procuraremos delinear a natureza da derrotabilidade a partir de um breve exame de suas possíveis causas.

37

2.1 IGNORÂNCIA

O exemplo utilizado para introduzirmos a noção de derrotabilidade jurídica, o caso *Riggs v. Palmer*, sugere-nos um primeiro modo de compreender a ideia central em jogo: a incapacidade da norma jurídica de prever todas as exceções ao seu comando. H. L. A. Hart (1951) foi o primeiro a utilizar o termo ‘derrotável’ (‘defeasible’) para expressar tal ideia no âmbito jurídico, em *The ascription of responsibility and rights*.¹² Em sua obra seminal, *The Concept of Law*, ele explicita o que tomava por derrotabilidade:

Nós prometemos visitar um amigo no dia seguinte. Quando o dia chega, acontece que manter a promessa envolveria negligenciar alguém perigosamente doente. O fato de

¹¹ No original: “[T]he postulated property by virtue of which all legal rules possess an implicit ‘unless the circumstances demand otherwise’ clause.” (Schauer, 1998, p.223)

¹² Veja: “When the student has learnt that in English law there are positive conditions required for the existence of a valid contract, . . . 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... [T]he 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 of ‘defeat’ in a number of different contingencies but remains intact if no such contingencies mature.” (Hart, 1951, p.152)

que isso é aceito como uma razão adequada para não manter a promessa certamente não significa que não há qualquer regra exigindo que promessas sejam mantidas, apenas uma certa regularidade em mantê-las. Não se segue do fato de que regras têm exceções incapazes de uma declaração exaustiva, que em toda situação nós somos deixados ao nosso arbítrio e nunca somos obrigados a manter uma promessa. Uma regra que termina com a [expressão] ‘a menos que ...’ ainda é uma regra.¹³ (Hart, 1961, p.136, tradução própria)

A razão pela qual há que se acomodar a noção de derrotabilidade no aparato teórico do direito seria a *incerteza* sobre o futuro ou, mais especificamente, a incerteza sobre se a norma seria capaz de cobrir corretamente no futuro as situações que se propõe disciplinar no presente.¹⁴ F. Schauer (2012, p.77, tradução própria) expressou esta ideia do seguinte modo: “Surgirão situações que não foram antecipadas, e que frequentemente não poderiam ter sido antecipadas mesmo pelos melhores legisladores.”¹⁵

Poder-se-ia encontrar, assim, a fonte da derrotabilidade em um defeito dos legisladores das regras, qual seja, a incapacidade de *saber*, e assim, listar, todas as hipóteses de incidência que cairão sob a regra. Certas hipóteses simplesmente acabam não sendo entretidas. Por exemplo, ao se expedir uma regra que proíbe a presença de animais dentro de hospitais, é possível que não se tenha cogitado a hipótese de cães capazes de eficazmente acalmarem seus donos, de modo que não precisem ser severamente medicados, ou mesmo que não precisem ser submetidos a procedimentos médicos causados por estados nervosos ou psíquicos evitáveis. Há hipóteses que não são sequer concebíveis no momento da promulgação de uma regra. “Uma vez que o Direito prescreve para o futuro com base em seu conhecimento do passado, ele está continuamente correndo o risco de confrontar aquilo que não foi antecipado, e de ser forçado a lidar com os problemas de amanhã usando as ferramentas de ontem.” (Schauer, 1998, p.223,

¹³ No original: “We promise to visit a friend the next day. When the day comes it turns out that keeping the promise would involve neglecting someone dangerously ill. The fact that this is accepted as an adequate reason for not keeping the promise surely does not mean that there is no rule requiring promises to be kept, only a certain regularity in keeping them. It does not follow from the fact that rules have exceptions incapable of exhaustive statement, that in every situation we are left to our discretion and are never bound to keep a promise. A rule that ends with the word ‘unless ...’ is still a rule.” (Hart, 1961, p.136)

¹⁴ Acerca da incerteza no âmbito jurídico, veja (Ávila, 2016), para uma análise altamente informativa e relevante sobre o tema.

¹⁵ No original: “Situations will thus arise that were not anticipated, and often could not have been anticipated by even the best of Lawmakers.” (Schauer, 2012, p.77)

tradução própria).¹⁶ As regras que disciplinam situações de consumo e tributação, por exemplo, do “mundo analógico” tornam-se cada vez mais sujeitas à obsolescência em face da apresentação dessas mesmas situações no “mundo digital”. A derrotabilidade deve-se, assim, nesta perspectiva, à *ignorância*, ou, alternativamente, à *incerteza*, isto é, a um estado epistêmico aquém de um estado idealizado em que o agente sabe tudo o que conviria saber.

2.2 GENERALIDADE

Há uma suspeita antiga de que a derrotabilidade das regras não decorra primeiramente da ignorância dos legisladores, mas sim de uma característica estrutural sua: a sua *generalidade*. A ideia de derrotabilidade aparece, embora embrionária, no diálogo *Político*, de Platão (parágrafos 294a–b). O Estrangeiro, na companhia de Sócrates, conclui que o direito jamais poderá decidir com leis gerais o que é ‘bom e correto’ para os indivíduos em suas singularidades, tendo em vista as inúmeras diferenças que há entre eles. Aqui, identifica-se uma causa diferente para o fenômeno da derrotabilidade: a generalidade das normas jurídicas; sua pretensão irrealista de propor uma mesma solução a variedades de casos que, embora muito semelhantes em aspectos gerais, são inescapavelmente diferentes nos detalhes que os constituem, que envolvem sujeitos cujas identidades são únicas em qualquer tempo, que revelam as peculiaridades que apenas a prescrição minuciosa atenderia. A conclusão do Estrangeiro reconhece a necessidade da imposição de normas gerais, dada a incapacidade de se produzir normas tão específicas quanto seria necessário. Contudo, ele também reconhece a necessidade da correção dos maus resultados da aplicação de tais normas gerais, sob pena de se conviver com os resultados impróprios de uma decisão carente.¹⁷

39

2.3 INIQUIDADE

¹⁶ No original: “Because law prescribes for the future based upon its knowledge of the past, it is continuously at risk of confronting the unanticipated, and of being forced to deal with tomorrow's problems with yesterday's tools.” (Schauer, 1998, p.223)

¹⁷ Veja os parágrafos 295d–e de *Político* (*Statesman*), de Platão em (Plato, 1997).

Aristóteles, em sua *Ética a Nicômaco*, alcançou uma conclusão próxima àquela do Estrangeiro em *Político*, de Platão. A generalidade das normas do direito torna-o defeituoso em sua própria natureza. Para isso, é fundamental que o direito conte com um mecanismo capaz de reparar os danos causados pelas más prescrições oriundas de suas normas. Encontramos aqui a ideia que cumpre essa finalidade, em sua concepção: a *equidade*; a ideia de uma correção dos resultados impróprios das normas baseada no critério da justiça para o caso sob tratamento.

Assim, quando o Direito declara uma regra geral, e um caso que é excepcional surge sob ela, então é correto, onde o legislador, devido à generalidade de sua linguagem, errou ao não cobrir o caso, corrigir a omissão regrando tal como o próprio legislador teria se ele estivesse presente lá, e tal como ele teria decretado se ele estivesse ciente das circunstâncias. (Aristotle, 1137a–b, 1984, tradução própria)¹⁸

Ao reconhecer que “equidade é a justiça que vai além da lei escrita” (em sua *Retórica*, parágrafo 1374a), Aristóteles reconhece a falibilidade da norma jurídica, após ter reconhecido a sua causa na generalidade que a estrutura, e, então, sugere a equidade como mecanismo para superar os resultados inapropriados e corrigir a injustiça que o direito promoveria. Assim como é necessária a universalidade no modo de aplicação da norma jurídica, é necessária a correção da injustiça que ela inevitavelmente produzirá. Ao longo da história, a mesma carência foi reconhecida por muitas tradições jurídicas.¹⁹ Não cabe um exame desse aspecto histórico aqui, mas é importante mencioná-lo a fim de evidenciar os ecos de sua motivação: a presença do fenômeno da derrotabilidade, a identificação das suas causas, e o valor que está em jogo ao tratá-lo: a justiça para o caso excepcional.

40

2.4 DERROTABILIDADE PARA QUAIS TIPOS DE NORMAS JURÍDICAS? REGRAS E/OU PRINCÍPIOS?

¹⁸ No original: “So when the law states a general rule, and a case arises under this that is exceptional, then it is right, where the legislator owing to the generality of his language has erred in not covering the case, to correct the omission by a ruling such as the legislator himself would have given if he had been present there, and as he would have enacted if he had been aware of the circumstances . . .” Veja *Nicomachean Ethics* 1137a–b, em (Aristotle, 1984).

¹⁹ Veja, nesse sentido, o capítulo 2 de Schauer (2003).

Neste momento, antes de avançarmos nossa investigação sobre a natureza da derrotabilidade das normas jurídicas, é importante retrocedermos um passo e refletirmos sobre a natureza da própria norma jurídica. Afinal, ao considerarmos a generalidade das normas poderíamos ficar perplexos, caso adotássemos uma teoria do direito segundo a qual apenas as normas do tipo *princípio* são generalistas, ao passo que as normas do tipo *regra* não seriam. Partamos do início.

Ao criticar o positivismo predominante no Direito em meados do século passado, Dworkin (1977, p.22) sugere que a norma jurídica deve ser compreendida como gênero, cujas espécies são as *regras* (*rules*), os *princípios* (*principles*), e as *políticas* (*policies*). As regras são mais precisas e descrevem em mais detalhes os tipos de condutas que regulam. Os princípios estão intrincados com juízos morais e apenas se concretizam nos casos particulares. As políticas são indicações de caminhos para a consecução de objetivos políticos e sociais do Estado. Para os fins deste trabalho, limitaremos o escopo da discussão à diferença entre regras e princípios.

Enquanto as regras são simplesmente aplicadas pelos juízes, os princípios devem ser por eles concretizados, isto é, adequados ao caso concreto. Os princípios são o tipo de norma jurídica mais adequado para lidar com os chamados *casos difíceis* (*hard cases*), quais sejam, aqueles casos onde há diferentes valores a se considerar na tomada de decisão, cada um exigindo uma conduta diametralmente oposta àquela exigida pelo outro. No outro lado do espectro, encontram-se os *casos fáceis* (*easy cases*), para os quais “a regra é clara”, como diz o refrão popular, que são resolvidos com a aplicação pura e simples das regras que os disciplinam. De acordo com Dworkin, as regras são aplicadas no modo “tudo ou nada”, isto é, ou se aplicam integralmente a um dado caso, se elas o disciplinarem, ou não se aplicam absolutamente. Em tese, não haveria margem para qualquer intervenção judiciária ou discricionariedade, de modo a decidir aplicá-la ou não – a menos que haja uma antinomia a ser resolvida. Um exemplo nítido da norma jurídica do tipo regra é uma regra de trânsito; ou se está trafegando em uma via na direção correta, ou se está trafegando na contramão, caso em que se aplicaria a regra que proíbe essa conduta. Os princípios, por sua vez, devem ser aplicados em graus, na medida em que concretizam no caso particular um valor jurídico, uma vez que um princípio será contrabalançado com outros princípios dele concorrentes para disciplinar o caso particular; trata-se da ponderação entre princípios. Um exemplo de princípio, consagrado na Constituição

Federal da República Federativa do Brasil, é a dignidade da pessoa humana. Uma possível situação de colisão evidente seria, por exemplo, a invocação do princípio da livre iniciativa, também consagrado pela Constituição, para a exposição degradante para fins econômicos de pessoas muito idosas em um espetáculo de teatro.²⁰

A ideia de derrotabilidade seria, levando em conta a tese de Dworkin, muito mais natural se aplicada aos princípios, porque estes, de fato, serão derrotados, ainda que parcialmente, em situações de conflito com outros princípios, como recém exemplificamos. Afinal, segundo tal tese, as regras seriam justamente aquelas normas dotadas de especificidade, e os princípios é que gozariam de alguma generalidade. Porém, como vimos a partir do caso sugerido por Schauer e examinado anteriormente, sobre a regra de proibição à entrada de veículos no gramado, mesmo “casos fáceis” (valendo-nos da terminologia Dworkiniana) apresentam manifestações do fenômeno da derrotabilidade sem que haja a invocação de quaisquer princípios, considerando, antes, apenas a impropriedade da aplicação da regra pretensamente incidente.

De fato, é mais interessante explorarmos a possibilidade no âmbito das regras jurídicas pois é nesse contexto que não se esperaria encontrar qualquer impedimento à sua aplicação. Como já observamos, supostamente as regras são bem menos genéricas e bem mais diretas que os princípios. Quanto aos princípios, espera-se uma situação de colisão, e antecipa-se a necessidade de ponderação. Quanto às regras, o mesmo não ocorre. Em face da surpresa que se revela a derrotabilidade das regras e da necessidade da explicação e acomodação desse fenômeno na teoria do direito, optamos por restringir o tratamento da derrotabilidade às regras jurídicas.

2.5 UMA ABSURDIDADE A SER EVITADA

Em todos os casos em que a ideia de derrotabilidade é trazida à tona, nota-se que há uma absurdidade a ser sanada. Nas cenas imaginadas por Ross, a absurdidade consistia no dever

²⁰ De acordo com a célebre tese de Robert Alexy (2015), regras são comandos definitivos que disciplinam tipos de condutas com precisão. Para aplicá-las, utiliza-se a técnica da subsunção. Os princípios são, por sua vez, mandados de otimização que indicam a maior realização possível no caso concreto dos valores que consagram. Para aplicá-las, utiliza-se a técnica da ponderação.

de honrar o compromisso de encontrar-me com alguém ainda que outra pessoa em uma situação gravíssima dependesse da minha ajuda (e eu estivesse em posição de ajudar). No caso da derrota epistêmica, a absurdidade consistia na manutenção de uma certa crença mesmo em face de contraevidência forte para ela. Já nas cenas de derrotabilidade de normas jurídicas, a marca da absurdidade não é tão cristalina. Em todos os casos examinados aqui, parece problemática a aplicação de certa norma, a despeito da verificação da sua hipótese de incidência. Porém, não é claro qual seria o problema com o seguimento da norma nesses casos: Iniquidade? Imoralidade? Talvez insegurança jurídica ou ineficiência pragmática (como examinaremos mais adiante)?

Uma das grandes contribuições de Schauer ao debate acerca da derrotabilidade das normas jurídicas é a sua investigação acerca da necessidade dessa noção para a composição da ideia de Direito: Schauer identifica precisamente a sua questão: “[É] a derrotabilidade necessária à legalidade? [...] É a derrotabilidade global—a derrotabilidade de todas as regras de um sistema jurídico—um componente essencial de qualquer sistema jurídico não defeituoso?” (2012, p.77, tradução própria).²¹ Sua resposta é negativa. Segundo ele, a derrotabilidade das regras jurídicas pode ser verificada empiricamente em uma grande gama de casos; talvez seja inclusive desejável que os sistemas jurídicos desenvolvam mecanismos para administrá-la; contudo, é completamente possível conceber um sistema jurídico legítimo (isto é, não defeituoso) sem a sua presença. Embora essa questão seja de altíssima relevância, não será possível tratá-la neste momento. Antes, queremos concentrar nossa atenção nas implicações que a adoção da derrotabilidade das normas jurídicas tem para um sistema jurídico, pois, uma vez que aceitamos a ideia de derrotabilidade, precisaremos saber como operá-la, e quem o fará. Igualmente precisaremos pensar sobre quais valores são mais caros ao nosso sistema jurídico: aqueles valores que decorrem da formalidade da manutenção dos resultados oriundos das normas jurídicas, ou aqueles valores que decorrem da abertura à justiça para o caso concreto.

3 A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA DERROTABILIDADE NOS SISTEMAS JURÍDICOS

²¹ No original: “[I]s defeasibility necessary to legality? [...] Is global defeasibility—the defeasibility of all of the rules of a legal system—an essential component of any nondefective legal system?” (Schauer, 2012, p.77).

De acordo com Schauer (2012, p.79), quando há mecanismos de correção para a generalidade das normas jurídicas, aí sim “podemos dizer que as regras do sistema são derrotáveis”. Nesses casos, há uma institucionalização da derrotabilidade. Tal institucionalização pode se dar de vários modos. Uma autoridade deve fazer a correção, a fim de garantir a equidade? Mas quem a fará? Uma corte diferente daquela que aplicou a norma em um primeiro momento? Não se trataria exatamente da recepção da derrotabilidade da norma jurídica, mas, antes, do sopesamento da equidade sobre a norma (o que talvez esteja compreendido sob a expressão ‘*equitable override*’). Algo muito semelhante ocorre nas cortes da *common law*. Schauer (2012, p.80, tradução própria): “Quando a aplicação do direito – seja uma lei ou uma regra da *common law*, com uma formulação largamente compartilhada – produz um resultado injusto, as cortes da *common law* frequentemente retêm ou reivindicam o poder de anular a regra ou a lei a serviço da justiça.”²² Um caminho para proceder à derrotabilidade das normas precisa ser delineado e polido.

Em face da absurdidade de uma regra que demanda algo *impróprio* (em algum sentido deste termo), há que se resolver o conflito por meio de um *critério* ou *mecanismo* de decisão. Não seria absurdo, por exemplo, imaginar a criação de uma corte que cuidasse justamente desse tipo de situação conflitiva, como recém questionávamos. De fato, como vimos aqui anteriormente, as chamadas ‘cortes de equidade’ (*equitable courts*) procuravam cumprir esse papel. Tratava-se de uma tentativa de institucionalizar a derrotabilidade. Porém, o mais natural é que a decisão quanto a como sanar as circunstâncias em que emergem casos de derrotabilidade seja delegada aos juízes, que resolverão a questão valendo-se de algum método ou, então, discricionariamente. É o que recém vimos aqui, ao citarmos o modelo *common law* de decisão. Há um destaque especial à chamada ‘*razão judicial*’ (*judicial reason*), pois, no fim das contas, caberá ao juiz o veredito de derrotabilidade. Ele, na condição de examinador das suspeitas, alegações, ou evidências de derrota, dirá o que prevalecerá.

A institucionalização da derrotabilidade é, portanto, claramente visível no sistema jurídico *common law*. Alguns exemplos já foram suscitados aqui. Recordemo-nos do caso

²² No original: “When application of the law—whether a statute or a common law rule with a widely shared formulation—will produce an unjust result, common law courts often retain or claim the power to set aside the rule or the statute in the service of justice.” (Schauer, 2012, p.80)

Riggs. vs. Palmers. No momento da aplicação da lei, ao notar-se o mau resultado (tomado como absurdo) que se produzia, a corte pronuncia uma sentença distinta da que podia ser prevista para o caso. No sistema jurídico *civil law*, porém, ainda que a ocorrência de uma situação de derrotabilidade seja mais raramente acusada, parece que o fenômeno é igualmente perceptível. O juiz, confrontado com uma regra que apresenta a clara instanciamento de uma hipótese de incidência, tendo em vista as particularidades do caso concreto, deixa de administrar as consequências previstas pela regra, afastando-a, em nome de uma consideração sistemática ou axiologicamente superior.

Em se tratando dos modos pelos quais a derrotabilidade é operada, Schauer (2012, p.81, tradução própria) escreve:

Às vezes o método de adaptação pode ser uma anulação equitativa pela mesma instituição ou por outra, às vezes será o poder de incluir uma nova exceção a uma regra a fim de impedir um mau resultado, e às vezes será a modificação de uma regra no momento de sua aplicação.²³

45

Vale a pena, para ilustrar o ponto em questão, considerarmos em que medida e como no Brasil se concretiza o apelo à derrotabilidade na jurisprudência.

Até meados de setembro de 2023, a partir de pesquisa de jurisprudência no portal do Superior Tribunal de Justiça, percebe-se que o termo ‘derrotabilidade’ ocorre em 11 acórdãos e 124 decisões monocráticas. A pesquisa pelo mesmo termo no portal do Supremo Tribunal Federal revela a ocorrência de tal termo em 4 acórdãos e 13 decisões monocráticas. Em uma análise jurisprudencial rápida, é possível verificar o emprego da teoria da derrotabilidade em diversas áreas do direito material e processual. Considere, por exemplo, o voto do Ministro Gilmar Mendes no Agravo Regimental no Habeas Corpus 218.300 – veja (Brasil, 2023) –, acerca do furto de um bicicleta de valor estimado em R\$120,00 por réu primário, já devolvida ao proprietário. Em primeiro grau de jurisdição e, posteriormente, em segundo grau de jurisdição por decisão monocrática, bem como no voto do Ministro Relator Edson Fachin, negou-se a incidência de atipicidade ao caso, a partir do apelo da insignificância. O agravo foi

²³ No original: “Sometimes the method of adaptation may be an equitable override by the same or another institution, sometimes it will be the power to engraft a new exception to a rule in order to prevent a bad outcome, and sometimes it will be the modification of a rule at the moment of its application.” (Schauer, 2012, p.81)

desprovido, ao fim. O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, votou pelo provimento do agravo em questão por considerar o princípio da insignificância e as sólidas doutrina e jurisprudência que o suportam, bem como por considerar “a derrotabilidade da hipótese de incidência do texto normativo”, ao examinar a tipicidade formal. O Ministro traz à tona considerações oriundas da teoria da derrotabilidade para atenuar a leitura clássica da tipicidade formal, e salientar a necessária consideração das particularidades do caso concreto. Contextualizando a teoria da derrotabilidade na reação ao positivismo, invocando extensa doutrina sobre o tema e alguma jurisprudência que o reverbera, aplica a teoria da derrotabilidade ao julgar o agravo em questão:

O texto penal estabelecido de modo geral e abstrato não consegue, por definição, dar conta de todas as hipóteses do mundo, exigindo-se, sempre a discussão das condições necessárias e suficientes de incidência. Surgem, assim, situações excepcionais, “a menos que” algo se verifique, no caso concreto, pode-se excluir a hipótese de incidência geral e abstrata, como se verifica nos casos de atipicidade material/insignificância. Embora se possa excepcionar a aplicação do texto ao caso específico, a regra não deixa, necessariamente, de se manter como válida no ordenamento jurídico, apenas não operando efeitos no caso singularizado, dada sua derrota contextual. A tipicidade formal a priori será mantida, enquanto a tipicidade material é derrotada “tendo tudo em conta” (TTC). (p.20)

Embora a subtração possa ser desvalorada do ponto de vista coletivo, para fins de sancionamento, deve-se apurar até que ponto há relevância penal que justifique a incidência do Direito Penal e, também, as consequências da imposição de sanções penais. Longe de se autorizar pequenos delitos abstratamente, o ajuste contextual serve à verificação, em concreto, da efetiva lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico protegido, cujo ônus da prova e argumentativo é atribuído a quem alega (CPP, art. 156). (p.22-23)

Tendo encontrado na teoria da derrotabilidade o fundamento teórico para a sustentação do princípio da insignificância no caso concreto, o Ministro Gilmar Mendes expõe a seguinte síntese:

No caso concreto, deve-se analisar as circunstâncias próprias, afastando-se, desde já, o óbice quanto ao furto noturno, considerando que o paciente é primário, a bicicleta da marca “Cairú”, avaliada em R\$120,00 (cento e vinte reais), foi localizada e devolvida ao proprietário. Embora a Tipicidade Formal esteja presente a priori, a atribuição de responsabilidade penal é derrotada em face da ausência de Tipicidade Material, “tendo tudo em conta” [TTC], a partir da incidência da argumentação antes adotada, em especial os princípios constitucionais, do funcionalismo penal e da Teoria da Derrotabilidade. O caso não apresenta relevância penal suficiente à intervenção estatal, motivo pelo reconhecimento a atipicidade material. (p.31)

O que explicaria a timidez que se percebe na invocação da teoria da derrotabilidade? Isto é, por que não vemos com mais frequência apelos às suas soluções no cotidiano de nossos tribunais? Seria devido à novidade da proposta? Pouco provável. Muito mais razoável é investigar o receio da “infiltração” derrotabilista tendo em vista o conflito normativo que ela instaura entre os valores caros ao formalismo, como segurança e previsibilidade, e aqueles caros ao pós-positivismo, como princípios de dignidade e valores sociais. É justamente o risco oriundo desse contraste que exploraremos na próxima seção.

3.1 OS RISCOS DA ADOÇÃO DA DERROTABILIDADE

Um dos grandes valores buscados ao se disciplinar uma comunidade de agentes por meio de um sistema jurídico é a *segurança* (ou, em outras palavras, a *previsibilidade*). Normas jurídicas, em geral, e regras jurídicas, em particular, se prestam ao trabalho de garantir a estabilidade necessária para que as interações e comportamentos permaneçam conjuntamente harmônicos, a despeito de partirem de indivíduos interessados em seus objetivos particulares. Os cidadãos têm segurança acerca de seus direitos e deveres ao estabelecerem certo tipo de contrato e, assim, podem contar com os resultados do seu cumprimento, ou com as consequências do seu descumprimento. Os empresários de determinado setor de negócios têm segurança acerca de quais tributos serão devidos por eles, de modo que, assim, podem organizar sua atividade econômica com previsibilidade e estimar o que se aplica aos seus competidores no mercado. Considerações dessa natureza aplicam-se igualmente ao direito penal, ao direito do trabalho, ao direito administrativo, etc.

Todavia, a partir do momento em que as situações supostamente disciplinadas por uma regra não são por ela constrangidas, o *desideratum* segurança jurídica é ameaçado. É justamente este o risco da abertura de um sistema jurídico à possibilidade de derrotabilidade. Expectativas depositadas na aplicação de regras são imediatamente frustradas quando estas deixam de ser aplicadas de forma surpreendente. Em se tratando de certos tipos de casos, como os supostos casos de derrota examinados ao longo deste trabalho, é razoavelmente simples persuadir alguém de que o rompimento da estabilidade nesses casos está justificado. Porém, a dificuldade é

encontrar os critérios gerais que justifiquem a relativização da segurança jurídica em favor de outros valores apreciados (justiça, equidade, razoabilidade, etc.).

A respeito deste necessário balanço de valores devido à derrotabilidade de uma regra, Schauer (2012, p.80, tradução própria) observa o seguinte:

“Para que as regras façam o trabalho que é esperado das regras — oferecer previsibilidade, estabilidade, e restrição sobre os tomadores de decisão — o critério para a derrota equitativa de um erro produzido por uma regra deve ser de *extrema* injustiça, ou *demasiada* ineficiência, ou algo do tipo.”²⁴

A preocupação de Schauer aqui é a seguinte: a derrotabilidade não deve trivializar o sistema jurídico, em geral, e não deve trivializar a eficácia das regras jurídicas, em particular. Como já observado anteriormente, as regras cumprem um papel distinto e extremamente importante no ordenamento jurídico. Elas são, como escreve Humberto Ávila (2016, p.139), “instrumentos de solução possível, eficiente e geralmente equânime de conflitos.” Elas afastam a incerteza, afastam a arbitrariedade, impedem que a resolução de um conflito se encaminhe para o recanto dos juízos morais, às vezes insondáveis. As regras performam um papel muito diferente do papel performado pelos princípios – embora tais categorias possuam uma íntima e necessária conexão.

Nosso juízo de ponderação leva-nos à conclusão de que vale a pena que as regras permaneçam fiéis à sua natureza estrita, no entanto, elas não podem ser tratadas com mandamentos divinos, em face dos quais não há qualquer margem para exceção, cancelamento ou superação. Em suma, é importante para um sistema jurídico conciliar a rigidez das regras com a possibilidade de sua superação – o que temos chamado aqui de derrotabilidade. A tarefa que agora se impõe é a investigação acerca das condições para a derrotabilidade das regras.

Aqui, retornamos à sugestão de Schauer para o tratamento dos alegados casos de derrotabilidade jurídica: “o padrão/o critério para anulação/derrota equitativa de um erro produzido por uma regra deve ser de extrema injustiça, ou demasiada ineficiência, ou algo do tipo.” É possível notar na observação de Schauer a preocupação que recém descrevíamos, a

²⁴ No original: “In order for the rules to do the work that rules are expected to do—provide predictability, stability, and constraint on decision-makers—the standard for equitable override of a rule-produced mistake must be one of extreme injustice, or great inefficiency, or something of that variety.” (Schauer, 2012, p.80)

saber, a trivialização das regras no sistema jurídico. Por razões também já mencionadas aqui, há que se constranger a derrota a justificações muito fortes para a sua excepcionalização. ‘Extrema injustiça’ e ‘demasiada ineficiência’ são expressões que revelam a força que terá de ser feita para aplicar uma regra cuja hipótese de incidência se verifica. No entanto, a simples percepção de injustiça ou ineficiência não é um guia preciso para a tomada de decisão. É preciso encontrarmos um modelo mais explícito, específico e transparente para condicionar a derrotabilidade, de modo que a sua ocorrência não fique à mercê do que parece injusto, ineficiente ou absurdo ao Poder Judiciário. Ávila completa o que fora esboçado por Schauer quanto ao ponto sob exame. Vejamos a sua proposta acerca das condições para a derrotabilidade das regras jurídicas.

3.2 AS CONDIÇÕES PARA A DERROTABILIDADE, SEGUNDO HUMBERTO ÁVILA

Ávila parte de uma reflexão acerca da importância das regras e da obediência a elas em um ordenamento jurídico. A natureza das regras contribuiria para a consolidação de valores caros ao direito, especialmente a segurança jurídica, a paz e a igualdade. Graças à estabilidade, à confiabilidade e à previsibilidade trazidas pelo caráter rígido e mecânico das regras, é possível que haja segurança para que se estabeleçam relações jurídicas e para que se possa agir com o amparo da proteção ao direito. A segurança jurídica está intimamente ligada à previsibilidade das consequências decorrentes dos comportamentos, e a paz é produto, em grande parte, da presença de expectativas legítimas e da garantia do cumprimento de tais expectativas. Por fim, a igualdade relaciona-se com ambas nenhuma delas poderá prescindir desta última.²⁵

Como pode-se perceber, segurança jurídica é o valor por excelência a ser promovido pela existência de regras em um ordenamento. Não é surpreendente, assim, que o risco à segurança jurídica seja o critério decisório para a derrotabilidade das regras – o que Ávila chama de ‘*superabilidade*’. Segundo ele, para que uma regra seja derrotada, é necessário que ela cumpra requisitos materiais e procedimentais, de modo a proteger o valor da segurança jurídica, a reforçar a racionalidade do sistema jurídico, e a favorecer um modelo decisório

²⁵ Veja (ÁVILA, 2021), para um exame detalhado e cuidadoso acerca da noção de segurança jurídica, sua natureza e suas implicações, com incidência direta sobre o tema que ora nos ocupa.

universalizado, em vez de um modelo particularizado. O seu ponto é resumido da seguinte forma: “Sendo as regras instrumento de solução previsível, eficiente e geralmente equânime de conflitos, sua superação será tanto mais flexível quanto menos imprevisibilidade, ineficiência e desigualdade geral ela provocar.” (Ávila, 2018, p.141-142)

Ávila (2018, p.141) descreve sua proposta para o tratamento da derrotabilidade como um ‘modelo bidimensional’, uma vez que leva em conta requisitos materiais e requisitos procedimentais. Além disso, trata-se de um modelo criterioso, ao possibilitar o discernimento sobre quando e em quais condições uma regra pode ser derrotada.

Quanto aos requisitos materiais do modelo ora examinado, parte-se da seguinte alegação de Ávila (2018, p.141-142): a superação das regras “será tanto mais flexível quanto menos imprevisibilidade, ineficiência e desigualdade geral ela provocar.” A derrota da regra será admissível na medida em que tal derrota (i) não prejudica a promoção da finalidade subjacente à regra, e (ii) não prejudica a promoção da segurança jurídica. A cláusula (i) garante que a derrota da regra não acarretará uma infidelidade à sua razão de ser, respeitando, assim, o que fora disciplinado pelo Poder Legislativo. A cláusula (ii), por sua vez, defende a natureza axiológica das regras, isto é, preserva o valor mais caro pelo qual elas existem em primeiro lugar, a saber, a segurança jurídica garantida. Ainda, Ávila sugere que o modo de mensurar o prejuízo da promoção da segurança jurídica exige analisar se a circunstância particular, a ação ou estado de coisas possibilitado pela derrota da regra, não seria facilmente reproduzível ou alegável em outros casos nos quais a regra incidiria. As cláusulas (i) e (ii) garantiriam, portanto, que o valor substancial (ligado à finalidade subjacente à regra) e o valor formal (ligado à segurança jurídica) da regra não seriam solapados pela sua derrota.

Para ilustrar esse ponto, Ávila apresenta-nos dois interessantes casos. Consideremos o primeiro deles:

Uma regra condicionava o ingresso num programa de pagamento simplificado de tributos federais à ausência de importação de produtos estrangeiros. Os participantes do programa não poderiam efetuar operações de importação, sob pena de exclusão. Essa a hipótese da regra. O caso concreto diz respeito a uma pequena fábrica de sofás que efetuou uma importação e foi, em decorrência disso, sumariamente excluída do programa. Ocorre, no entanto, que a importação foi de quatro pés de sofás, para um só sofá, uma única vez. Mediante recurso, a exclusão foi anulada com base na falta de aplicação razoável da regra. Nesse caso, o fato previsto na hipótese da regra ocorreu, mas a consequência do seu descumprimento não foi aplicada (exclusão do regime

tributário especial) porque a falta de adoção do comportamento por ela previsto não comprometia a promoção do fim que a justificava (estímulo da produção nacional por pequenas empresas). (Ávila, 2018, p.142)

Eis um caso de derrota, sendo a absurdidade que a explica algo como a ineficiência do seu cumprimento em face da sua finalidade. Vejamos que no caso em questão as cláusulas (i) e (ii) expostas anteriormente para a admissibilidade da derrota são satisfeitas. A derrota da regra em questão não implica prejuízo à finalidade subjacente a ela (estímulo da produção nacional por pequenas empresas); pelo contrário, a exceção nesse caso é um instrumento para consecução dessa finalidade, pois somente podendo contar com essa pequena importação de produto estrangeiro é que a empresa seria capaz de comprar grandes quantidades de outras peças necessárias à fabricação de seus sofás, estimulando a produção local. Igualmente, verifica-se ausência de prejuízo à segurança jurídica, pois não seria facilmente reproduzível ou alegável em outros casos nos quais a regra incidiria, dada a sua especificidade. Considere, agora, este outro caso apresentado por Ávila:

51

Uma regra condicionava a apresentação de determinado recurso à juntada de cópias legíveis da decisão recorrida e dos documentos que comprovassem a discussão existente nos autos. O caso concreto diz respeito a um recurso apresentado sem a juntada de cópias da petição e do despacho que a indeferiu. Inconformado com o indeferimento, o recorrente interpôs recurso, alegando violação ao princípio da universalidade da jurisdição e excessivo formalismo na interpretação da regra que exigia a juntada de documentos. O tribunal, contudo, manteve a decisão, sob o argumento de que o recorrente deve instruir seu recurso com todas as peças essenciais ao entendimento do assunto nele tratado, já que essa exigência não está a serviço do formalismo inconsequente, mas da segurança das partes e da garantia do devido processo legal.¹⁶⁴ Nesse caso, o fato previsto na hipótese da regra ocorreu, e a consequência do seu descumprimento, apesar do prejuízo da parte, foi aplicada (inadmissão do recurso interposto), porque a falta de adoção do comportamento por ela previsto comprometia a promoção do fim que a justificava (segurança das partes). (Ávila, 2018, p.143)

Percebe-se aqui uma situação diametralmente oposta à situação anterior. A regra exigindo a ausência dos documentos referidos para impetrar o recurso não pode admitir exceções, uma vez que tais exceções comprometeriam a sua finalidade (garantia das peças essenciais ao entendimento do caso e atenção ao devido processo legal), bem como comprometeriam a segurança jurídica, uma vez que a mesma excepcionalidade poderia ser

facilmente alegada em um sem número de casos, custando muito ao Poder Judiciário e aos que o acessam buscando a tutela de seus direitos.

Passemos, agora, ao exame dos requisitos procedimentais presentes no modelo avançado por Ávila. Ele retoma a ideia consagrada por Schauer, segundo a qual “as regras têm eficácia de trincheira, pois, embora geralmente superáveis, só o são por razões extraordinárias e mediante um ônus de fundamentação maior.” (Ávila, 2018, p.146). Os requisitos procedimentais são justamente aqueles que dizem respeito à justificação da derrotabilidade. Ávila cita três elementos: (i) uma justificativa condizente, (ii) uma fundamentação condizente, (iii) uma comprovação condizente.

Uma justificativa condizente para a derrota (ou superação, no jargão preferido por Ávila) diz respeito ao juízo de assertividade que deve ser feito acerca do alcance da finalidade da regra pelo seu cumprimento; isto é, é fundamental justificar por que razão, na circunstância particular sob análise, embora verifiquemos a hipótese de incidência da regra, aplicá-la não conduz ao alcance da sua finalidade. Pode ser uma questão de ineficiência, como no caso do sofá, recém descrito, ou mesmo uma questão de justiça, ou razoabilidade, como nos casos examinados ao início deste trabalho. O fato é que será necessário justificar esse descolamento entre o cumprimento da regra e o alcance de sua finalidade. Igualmente, será necessário justificar o não comprometimento da segurança jurídica pela excepcionalização da regra; isto é, será necessário explicar por que razão a derrota da regra no caso particular não trará o risco de que o mesmo se alegue em muitos outros casos, comprometendo a energia do poder judiciário inoportunamente.

Quanto à fundamentação condizente, trata-se da exposição das razões que sustentam a derrota da regra. É necessário que haja um controle público acerca da racionalidade das alegações que baseiam a derrota da regra.

E quanto à comprovação condizente, é necessária a apresentação das evidências que garantam que a derrota da regra não afetará a segurança jurídica ao permitir a proliferação de alegações de exceção à regra e a criação de problemas de carga indevida ao poder Judiciário; nas próprias palavras de Ávila (2018, p.147) é necessário comprovar “a ausência do aumento excessivo das controvérsias, da incerteza e da arbitrariedade e a inexistência de problemas de coordenação, altos custos de deliberação e graves problemas de conhecimento”.

Uma lição importante a ser recolhida do modelo proposto por Ávila, que acabamos de apresentar em detalhes, é a necessária conciliação entre a promoção de justiça para o caso particular, de um lado, e a promoção de justiça para a maior parte dos casos, de outro lado. Ao valorizar a finalidade subjacente à regra como critério para a derrotabilidade, Ávila compõe parte do mosaico, pois traz à tona a importância da razão de ser da regra no caso concreto e a possibilidade de sua excepcionalização caso essa razão de ser não esteja sendo favorecido pela aplicação da regra. A segunda parte do mosaico é composta pelo peso dado à segurança jurídica, e aqui coloca-se sobre a mesa a justiça para a maior parte dos casos como o critério orientador da decisão de conceder exceção a uma regra ou não. Enfim, o ponto é bem resumido no seguinte excerto:

As regras são, portanto, instrumentos de justiça geral. O grau de resistência da regra deverá ser tanto superior quanto mais a tentativa de fazer justiça para um caso mediante superação de uma regra afetar a promoção da justiça para a maior parte dos casos. E o grau de resistência da regra deverá ser tanto inferior quanto menos a tentativa de fazer justiça para um caso afetar a promoção da justiça para a maior parte dos casos. (Ávila, 2018, p.145)

53

Em suma, nota-se na proposta de Ávila a busca pela Aristotélica justa medida como indicador da conciliação da justiça particularizada com a justiça universalizada. A derrotabilidade (ou superabilidade) revela-se uma importante ferramenta para o polimento de um sistema jurídico pautado pela segurança, inspirado pela justiça, e guiado pela racionalidade exprimida em seus critérios de decisão.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscamos, ao longo deste trabalho, apresentar o fenômeno da derrotabilidade em suas variadas manifestações, com especial atenção àquela que se observa no âmbito jurídico, em relação ao tratamento de suas normas. Situamos a teoria da derrotabilidade historicamente, explorando suas invocações na doutrina (com maior ênfase) e seus reflexos na jurisprudência (com menor ênfase), examinando suas possíveis causas, sua institucionalização nos sistemas jurídicos, e os riscos oriundos de tal movimento, especialmente o risco à segurança jurídica. Em se tratando deste último ponto, investigamos critérios de acomodação e aplicação da

derrotabilidade propostos por Humberto Ávila. Percebemos a qualidade das sugestões de Ávila, sua coerência, e seu inerente apoio sobre o *desideratum* de racionalidade dos procedimentos de decisão do Direito. Encerramos este trabalho com uma nota positiva, tendo em vista o trabalho de Ávila, especialmente; seguros da viabilidade de sua explicação e certos de sua provável capilarização na doutrina, haja vista a qualidade com que organiza o antigo desafio de conjugar a justiça universalizada com a justiça particularizada. Em linhas mais gerais, é razoável esperar que a teoria da derrotabilidade assuma cada vez mais protagonismo no cotidiano jurídico e torne-se objeto de grande interesse ao levarmos em conta o horizonte de soluções que ela pode encerrar.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ARISTOTLE. *Nicomachean Ethics*. IN: *The complete works of Aristotle*, ed. BARNES, J. Princeton: Princeton University Press, 1984.
- ÁVILA, H. *Certainty in Law (Law and Philosophy Library 114)*. Suíça: Springer, 2016.
- ÁVILA, H. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. – 18. Ed. São Paulo: Malheiros, 2018.
- ÁVILA, H. *Teoria da segurança jurídica*. – 6ª Ed. Salvador: JusPODIVM, 2021.
- BELTRAN, J. F.; RATTI, G. B. Defeasibility and Legality: A Survey. IN: *The Logic of Legal Requirements*, eds. BELTRAN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni Battista. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. *AG. REG. NO HABEAS CORPUS 218.300 RONDÔNIA*. Relator Ministro Edson Fachin. Julgamento em 06 mar. 2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur478232/false>. Acesso em: 01 out. 2023.
- COURT OF APPEALS OF NEW YORK. *Riggs vs. Palmer 115 N.Y. 506*. Disponível em: https://www.nycourts.gov/reporter/archives/riggs_palmer.htm. Acesso em: 26 de jul. de 2023.
- CHISHOLM, R. The Ethics of Requirement. *American Philosophical Quarterly*, 1 (2):147–153, 1964.
- DWORKIN, R. *Taking rights seriously*. Harvard University Press, 1977.
- FULLER, L. L. *The Morality of Law*. New Haven, Connecticut: Yale University Press, 1969.
- HART, H. L. A. The Ascription of Responsibility and Rights. IN: *Logic and Language*, 145–66, FLEW, A.G.N. (ed.). Oxford: Blackwell, 1951.
- HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1961.
- KANT, I. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa, Portugal: Edições 70, (2007) 1785.
- KLEIN, P. A proposed definition of propositional knowledge. *Journal of Philosophy* 68 (16):471-482, 1971.
- KLEIN, P. *Certainty: a Refutation of Scepticism*. University of Minnesota Press, 1981.

- MARMOR A. *Interpretation and Legal Theory*. 2nd ed. Oxford: Hart, 2005.
- PLATO. Statesman. IN: COOPER, J.; HUTCHINSON, D. *Plato: Complete Works*. Hackett Publishing Co., 1997.
- POLLOCK, J. L. Defeasible Reasoning. *Cognitive Science* 11 (4):481-518, 1987.
- ROSS, W. D. *The Right and the Good. Some Problems in Ethics*. Oxford: Clarendon Press, 1930.
- SARTOR, G. Defeasibility in Legal Reasoning. IN: *The Logic of Legal Requirements*, eds. BELTRAN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni Battista. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- SCHAUER, F. A Critical Guide to Vehicles in the Park. *New York University Law Review*, 83, 2008.
- SCHAUER, F. Is Defeasibility an essential property of law? IN: *The Logic of Legal Requirements*, eds. BELTRAN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni Battista. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- SCHAUER, F. *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2003.
- SCHAUER, F. On The Supposed Defeasibility of Legal Rules, *Current Legal Problems*, Volume 51, Issue 1, Pages 223–240, 1998.

Submissão: 141023
Aceito para Publicação: 26/11/2025
DOI: 10.22456/2317-8558.141023