

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO

**LIMITES DA DERROTABILIDADE JURÍDICA NA COLISÃO DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO**

Mestrado em Direito e Ciência Jurídica

Especialidade de Direito Constitucional

Maria Mariana Soares de Moura

Tese apresentada sob orientação do Professor Doutor David Duarte

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO

**LIMITES DA DERROTABILIDADE JURÍDICA NA COLISÃO DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO**

Maria Mariana Soares de Moura

Orientador: Professor Doutor David Duarte

Tese apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Lisboa como
requisito parcial para a obtenção do
grau de mestre em Direito na
especialidade de Direito Constitucional

Lisboa
2019

À Lidinha, mãe que inspira o conhecimento,
acredita, incentiva e realiza sonhos.

“Mas esforçai-vos, e não desfaleçam as vossas mãos; porque a vossa obra tem uma recompensa.”

2 Crônicas, 15:7

AGRADECIMENTOS

Do Acre, foi preciso muita coragem para atravessar o continente brasileiro e o Atlântico e realizar o sonho do Mestrado, que acabou por se realizar em Lisboa. É definitivamente uma história que eu não teria como escrever sozinha. De cá para lá e de lá para cá, muitas pessoas se fizeram especiais e essenciais de alguma forma para a obtenção deste grau e, mais ainda, para o meu desenvolvimento pessoal ao longo do curso.

À Deus, antes de tudo, meu reconhecimento por me ter capacitado, sustentado com força e saúde e por todas as portas que abriu desde o início dessa jornada.

À minha mãe, Lidinha, a quem dedico esta obra, que de Xapuri, no interior do Acre, com o seu exemplo de dedicação e disciplina, conquistou muito e me deu a oportunidade de durante estes dois anos dedicar-me integralmente à pesquisa científica. Disto tudo, o agradecimento por apoiar, lutar e me permitir sonhar e realizar.

Ao meu pai, Henrique, meu fiel escudeiro, por todo o apoio nos dias longe de casa, por estar sempre disposto a ir ao infinito e além para resolver os entraves que surgiram no caminho e tornar a vida mais fácil.

Ao meu irmão, Henrique, por ser meu parceiro e, mesmo de tão longe, ser incentivo, meu porto de segurança e equilíbrio, meu confidente e não me deixar desistir.

À Luzia e Luma, minha segunda mãe e minha irmã, por toda a dedicação, cuidados e amor por mim, que mesmo sem o contato diário, fizeram-se sentir presentes nesta fase.

Às minhas avós Helena e Maria, pelo legado da força, pela torcida incondicional, pelo poder das suas orações endereçadas a mim.

De cá, em casa, agradeço o acolhimento e amizade da minha “Avó” portuguesa, Adelaide Morais e toda a sua família, que não mediram esforços para que eu me sentisse confortável, mesmo a muitos quilômetros de distância da minha casa.

Ao André Tito Carvalho, meu companheiro, por sua dedicação, amor, cuidados, paciência e apoio de todos os lados na escrita desta dissertação.

À comunidade da Igreja Adventista do Sétimo dia de Alvalade, pelo suporte espiritual e emocional, pelas orações e por me ajudar na adaptação em Lisboa, com a amizade e força.

Na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, agradeço a amizade partilhada em todas as disciplinas do ano curricular, da minha “dupla” de estudos e amigo para a vida, Bruno Sacramento, que enfrentou, apoiou e venceu comigo muitos desafios.

Aos parceiros do Núcleo de Estudos Luso-Brasileiro, que presidi durante um ano, especialmente ao amigo Luiz Ricardo, pelos cuidados, incentivos e parceria durante os anos em Lisboa.

Aos funcionários desta Faculdade, em especial, os dos Serviços Académicos: António Soares, Bertolino Campaniço, Catarina Amaral, Conceição Valente e Mara Nunes, pelo apoio, trabalho e dedicação.

Ao Professor José de Melo Alexandrino, pela contribuição e ensinamentos na pesquisa científica, pelo incentivo às minhas capacidades e pela amizade.

Ao Professor e Orientador deste trabalho, David Duarte, por ensinar com leveza, muita humildade, acreditar e instigar em mim a vontade ainda maior em prosseguir na carreira científica, pela atenção, paciência no decorrer da jornada do Mestrado.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo explorar o fenômeno da derrotabilidade no âmbito da colisão de direitos fundamentais e a possível necessidade de contenção por meio de limites impostos aos julgadores para proceder à derrotabilidade de uma norma. O problema que se impõe é que apesar de a derrotabilidade normativa ser uma característica inerente às normas, na realidade do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, ela pode acontecer com a finalidade de mascarar uma atividade legislativa que não compete à Corte Constitucional quando o sistema jurídico permite que o julgador afaste a aplicação de uma norma, inclusive de direito fundamental, por meio de uma exceção implícita, que, na prática, nem sempre é suficientemente justificada. Daí então, criam-se perigosos rumos para a segurança jurídica, o Estado Democrático de Direito e o equilíbrio da divisão de poderes que têm consequências diretas na restrição de direitos fundamentais. Em vias de analisar este questionamento, para alcançar o resultado pretendido, a pesquisa desenvolveu-se segundo o método hipotético dedutivo, por meio do qual fez-se uma reflexão do fenômeno da derrotabilidade e da estrutura normativa para demonstrar uma moldura conceitual da derrota da norma. Além disso, o estudo desenvolveu-se numa perspectiva estrutural de diferenciação entre regras e princípios para relacionar a possibilidade ou não da derrotabilidade ser aplicada também às normas de direitos fundamentais. Depois, considera-se o conflito normativo como gênese do processo da derrotabilidade e busca-se traçar um caminho que explique como uma norma pode ser derrotada, que parte do ponto inicial conflituoso, passa pela ponderação e, finalmente, chega à derrota e conseqüente restrição do direito fundamental. É nesse sentido que se tratam aspectos do método da ponderação como uma suposta limitação à solução inadequada de conflitos normativos que pode desencadear uma derrotabilidade arbitrária e discricionária por parte dos julgadores. Ainda em busca de respostas, por meio da opção por um caso prático que envolve o Supremo Tribunal Federal Brasileiro faz-se uma abordagem dos critérios utilizados pelos julgadores para a solução de conflitos normativos e as possíveis implicações negativas das escolhas que resultam na derrota de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Derrotabilidade Normativa, Direitos Fundamentais, Conflitos Normativos, Ponderação, Regras e Princípios

ABSTRACT

The aim of the present study is to explore the defeasibility phenomenon in the context of the collision of fundamental rights and the possible necessity of contention by means of limits imposed to judges to execute the defeasibility of a norm. The imposed problem is that, even though the normative defeasibility is an inherent characteristic to norms, in the Brazilian Federal Court System reality, it can happen for the purpose of mask a legislative activity which does not concern the Constitutional Court when the legal system allows the judge to move away the application of a norm, including fundamental right, by means of an implicit exception, which, in practice, not always is justified sufficiently. Thence then, dangerous directions are created to the legal security, the Democratic State of Law and the balance in the division of powers that has direct consequences in the restriction of fundamental rights. In the process of analyzing this questioning, to achieve the desired result, the research has been developed according to the hypothetical deductive method, wherewith has been made a reflection about the defeasibility phenomenon and the normative structure to demonstrate a conceptual framework of norm defeat. Besides that, the study has been developed in a structural perspective of differentiation between rules and principles to relate the possibility or not of the defeasibility to be applied to the fundamental right norms too. Then, the normative conflict is considered the genesis of the defeasibility process and it is sought to trace a path that explains how a norm can be defeated, which begins from the conflicting starting point, is weighted and, finally, it comes to defeat and consequent restriction of fundamental right. It is in this sense that this study deal with aspects of the weighting method as a possible limitation to the inappropriate solution of normative conflicts which can unleash by the judges an arbitrary and discretionary defeasibility. Still looking for answers, through the option of a practical case in which the Brazilian Federal Court System is involved it is made an approach to the criteria used by the judges to the solution of normative conflicts and the possible negative implications of choices which result in fundamental rights defeat.

Keywords: Normative Defeasibility, Fundamental Rights, Normative Conflicts, Balancing, Rules and Principles.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1 UMA NOÇÃO INICIAL SOBRE A DERROTABILIDADE	5
1.1 APONTAMENTOS SOBRE A ORIGEM DA NOÇÃO DE DERROTABILIDADE	5
1.2 A IDEIA DE DERROTABILIDADE EM HART	10
1.3 FACES DA DERROTABILIDADE: A DERROTABILIDADE EPISTÊMICA E DEÔNTICA	21
1.4 A LÓGICA DA DERROTABILIDADE E A DERROTABILIDADE DA LÓGICA	30
1.5 DERROTAR O QUÊ? CONSIDERAÇÕES ESSENCIAIS SOBRE A ESTRUTURA DA NORMA JURÍDICA	44
1.6 UMA TENTATIVA DE MOLDURA CONCEITUAL PARA A DERROTABILIDADE	54
2 AS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: VISÃO ESTRUTURAL NA PERSPETIVA DA DERROTABILIDADE	66
2.1 A NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL: BREVES CONSIDERAÇÕES	66
2.2 A ESTRUTURA NORMATIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: NORMAS REGRAS E NORMAS PRINCÍPIOS	70
2.2.1 A distinção forte entre regras e princípios	73
2.2.2 A distinção fraca entre regras e princípios	93
2.2.3 Além das distinções	97
2.3 SOBRE REGRAS, PRINCÍPIOS E DERROTABILIDADE DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	100
3 UMA PEREGRINAÇÃO: DO CONFLITO E PONDERAÇÃO À DERROTABILIDADE E RESTRIÇÃO	106
3.1 CONFLITOS E COLISÕES NORMATIVAS: ASSIM NASCE UMA DERROTA	106
3.1.2 Do conflito à ponderação – Da ponderação à derrota	118
3.1.3 Da derrotabilidade à restrição dos direitos fundamentais	122
4 A DERROTABILIDADE NUMA PERSPECTIVA PRÁTICA DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO	127
4.1 O MÉTODO DA PONDERAÇÃO E A DERROTABILIDADE: UMA RESPOSTA PARA OS LIMITES?	131
4.1.1 A proporcionalidade ensina: como se faz uma ponderação?	132
4.1.2 Instrumento de análise da ponderação: a fórmula do peso para determinar a prevalência de uma norma sobre a outra	135
4.2 A ATUAÇÃO PRÁTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A DERROTABILIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS	151
4.2.1 O caso do aborto e o Supremo Tribunal Federal: por quê os limites?	163
CONSIDERAÇÕES FINAIS	180
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	184

INTRODUÇÃO

Os sistemas normativos que regem as sociedades contemporâneas compõem-se de inúmeras normas que partilham entre si hipóteses e consequências distintas ou semelhantes que convivem na mesma casa jurídica e, por isso, podem entrar em colisão com outra num movimento natural de coabitação em um espaço complexo que propicia choques entre uma e outra.

O ordenamento jurídico está sujeito ao conflito, ainda que suas normas não se confrontem em concreto, terão sempre um certo grau de vulnerabilidade que, em determinado caso, podem ver-se num momento de contraposição que não encontra uma resolução interna proporcionada pelo sistema, mas precisará, por outro lado, buscar fora um meio de optar pela norma prevalecente na situação conflituosa¹.

É inevitável e, no mínimo, muito difícil que um grupo de normas unidas num mesmo sistema não se depare com o movimento de colisão. Isto perpassa inclusive a própria ideia saliente neste estudo da incapacidade humana do legislador de prever numa perspectiva atemporal todos os resultados possíveis para as normas que impliquem no elenco das infinitas possibilidades de exceções que numa interpretação e aplicação sistemática podem compor previamente a estrutura da norma.

Do conflito, surge uma prevalência, que suscita, mesmo com o preenchimento de todas as condições das hipóteses normativa, a opção pela não aplicação de uma norma, em detrimento da outra, por uma exceção que não

¹ DUARTE, David. Rebutting Defeasibility as Operative Normative Defeasibility. In: *Liber Amicorum José de Sousa Brito*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 161-174, p. 174,

estava prevista pelo legislador, mas foi introduzida naquele caso concreto para a resolução jurídica do conflito normativo que não se resolveria pelas tradicionais normas de solução de conflito inscritas no sistema.

É nesse sentido que se origina a derrotabilidade normativa. A derrota de uma determinada norma requer que se anteceda uma situação de conflito que leve a uma escolha, do sistema jurídico ou do aplicador do direito, sempre em respeito aos princípios gerais que se determina no ordenamento.

Nessa dinâmica, o estudo da derrotabilidade se destaca para auxiliar na compreensão de alguns fenômenos jurídicos em torno da interpretação e aplicação das normas, inclusive sobre os critérios utilizados pelos julgadores para solucionar conflitos e o enquadramento deste fenômeno frente alguns princípios do Estado Democrático de Direito, como a segurança jurídica e o equilíbrio da separação de poderes.

Para compreender, em primeiro lugar, a derrotabilidade, um itinerário é construído nesta pesquisa que envolve questões da origem de uma noção de derrotabilidade e estabelece, antes de mais, um cenário conceitual e funcional do termo aplicado ao objeto da pesquisa, qual seja, a derrotabilidade de normas.

Nesta etapa, destaca-se a teoria *hartiana* sobre o tema, como também questões em volta de lógica e estrutura normativa essenciais para o desenvolvimento posterior deste estudo.

Sem deixar de lado o conceito-chave de derrotabilidade, adentra-se na perspectiva dos direitos fundamentais como normas – regras ou princípios – e o seu comportamento estrutural, aspectos distintivos e como tudo isto pode estar conectado à ideia de derrotabilidade normativa.

Opta-se por uma análise dos direitos fundamentais, dada a sua essencialidade dentro do contexto do ordenamento jurídico, diante das possíveis implicações que a derrotabilidade pode trazer para uma norma de tamanha relevância no sistema.

O debate, nesta altura, gira em torno da derrotabilidade como uma propriedade disposicional das normas², todas elas, inclusive as que são consideradas de direitos fundamentais, sejam elas normas-regras ou normas-princípios.

Feitas estas análises, explica-se o procedimento no qual desde o conflito normativo se propõe, ao final, a derrota de uma das normas do conflito. Esta fase é importante para demonstrar como que a derrotabilidade é um fenômeno comum e até mesmo natural à aplicação normativa, mas, ao mesmo tempo, possui algumas consequências para a estabilidade da norma e a segurança jurídica.

Entender como que se dá o conflito e qual forma de conflito é relevante para o estudo da derrotabilidade normativa com o questionamento que esta pesquisa se propõe fazer no sentido de analisar a necessidade de se impor limites à derrotabilidade especialmente quando se dá no âmbito do Supremo Tribunal Federal brasileiro, envolvendo normas de direitos fundamentais.

Do conflito, passa-se à sua resolução, que pode acontecer por meio da ponderação, critério escolhido nesta pesquisa para analisar a sua operacionalidade no contexto de uma derrota normativa. Depois de realizada a ponderação, com respeito a tudo que lhe é inerente, dá-se a prevalência por uma das normas em conflito e, portanto, a derrota da outra.

² LOPES, Pedro Moniz. The Syntax of Principles: Genericity as a Logical Distinction between Rules and Principles. In: *Ratio Juris*. Vol. 30, n^o 4, December 2017, pp. 471–490, p. 476

Da derrota, impõe-se a restrição de direitos, neste caso fundamentais, e destas restrições um problema que se dá justamente pelo fato de o fenômeno normativo da derrotabilidade poder ser fundamentação para a arbitrariedade e discricionariedade do julgador ao propor a não aplicabilidade de uma determinada norma, acrescentando uma exceção implícita que não se justifica como fenômeno normativo, mas como inovação legislativa que não compete ao julgador.

O que definirá a derrotabilidade normativa de direitos fundamentais um fenômeno legítimo e não reconhecidamente ativista por parte dos juízes é o limite imposto pelos critérios de resolução de conflitos, especialmente a ponderação. A explicação deste método é uma forma de analisar a prevalência normativa com racionalidade e de forma fundamentada, de modo que se tenha robustez na justificação da derrota de uma norma, ainda mais quando é destacada constitucionalmente, como acontece nos direitos fundamentais.

Toda a problemática em torno deste estudo é provada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro em que é possível enxergar na prática o fenômeno da derrotabilidade das normas e a sua interação com o conflito normativo e a restrição de direitos.

A atuação prática recente da Corte Constitucional do Brasil explica a preocupação em torno dos limites: justamente porque os critérios de resolução de conflitos que podem sugerir alguma segurança jurídica nem sempre são respeitados e acabam por criar questionamentos sobre restringir e inovar direitos em torno daquilo que pode ser uma derrota normativa ilegítima e atentadora dos princípios do Estado Democrático de Direito.

1 UMA NOÇÃO INICIAL SOBRE A DERROTABILIDADE

1.1 APONTAMENTOS SOBRE A ORIGEM DA NOÇÃO DE DERROTABILIDADE

A noção de derrotabilidade assume um papel de destaque na compreensão de práticas jurídicas e discussões doutrinárias relevantes. Apesar de ser uma palavra de origem antiga³, o termo derrotabilidade apresenta-se como uma conceção relativamente nova na ciência jurídica. A genealogia da palavra é incerta e a identificação do seu objeto ainda traz alguma controvérsia, por isso, antes de iniciar qualquer estudo que circunde este termo, é conveniente fazer algumas considerações acerca da origem da ideia central da derrotabilidade que se pretende analisar aqui.

Em termos históricos, é atribuído a Platão as premissas da ideia daquilo que mais tarde seria chamado de derrotabilidade, quando o filósofo constata algumas questões em torno das imperfeições das normas da lei, delinea os primeiros pilares da noção de derrotabilidade. Em uma de suas obras – “O

³ O termo derrotabilidade (defeasibility ou defeasible) tem origem em defeasaunce (Anglo-francês, início do Século XV), defaisance (Francês Antigo) e desfaire (Francês moderno), desfazer, destruir. Defeasible: from Anglo-French defeasaunce, Old French defaisance "undoing, destruction," from desfaire (Modern French défaire) "to undo, destroy". Disponível em: www.etymologyonline.com, Acesso em: 16 de jan. de 2017. Defeat tem origem em defeter (Anglo-Francês), desfait (Francês Antigo), passado particípio de desfaire e diffacere (Latim Vulgar), com sentido de “desfazer”, “destruir” e “derrotar” (sentido militar de conquista). Related: Defeated; defeating. Disponível em: www.etymologyonline.com, Acesso em: 16 de jan. de 2017. A palavra foi introduzida no Oxford Universal English Dictionary no ano de 1586 e significa no direito de propriedade inglês a possibilidade de algum instrumento jurídico ser desfeito, desconsiderado ou tornado nulo. O termo “defeasibility” não encontrou nas línguas de origem latina um correspondente adequado, por isso, muitos autores que tratam do tema preferem preservar a raiz etimológica da palavra. Em língua espanhola, italiana e francesa encontramos a tradução “derrotabilidad”, “defettibilità” e “défaisabilité”. Nesse sentido, Cf. BROZEK, Bartosz, *Defeasibility of Legal Reasoning*, Krakow: Zakamycze, 2004, p. 13. Seguindo essa linha, a tradução da língua portuguesa mais próxima ao termo original “defeasibility” e já utilizada em trabalhos anteriores seria “derrotabilidade” para “defeasibility” e “derrotar” para “defeat”. É possível também encontrar referências ao termo traduzido na língua portuguesa como “excepcionalidade”, “excepcional”, “superabilidade” e “anulabilidade”.

Político” - no diálogo estabelecido entre Sócrates, o Jovem e o Estrangeiro é identificada a crítica à insuficiência e limitação das normas ante os fatos sociais.

Neste trecho da conversa, o Estrangeiro reconhece que a lei não consegue garantir o resultado mais justo e mais correto para todas as ocasiões, de modo que a dinâmica e a instabilidade das ações humanas não permitem um “absoluto que valha para todos os casos e para todos os tempos”⁴.

As normas são voltadas para os casos gerais, não abordam as inevitáveis exceções que emergem da vida prática, e, como tal, estão propensas a erros e maus resultados nos casos concretos. Apesar disso, o Estrangeiro reconhece que a governança exige que as regras gerais sejam aplicadas, já que é impossível ao legislador quando estabelece as leis para a comunidade em geral, ou à maioria dos casos, fornecer exatamente aquilo que é apropriado e justo para cada situação individual⁵.

Segundo, ainda, o Estrangeiro, a necessidade de governar utilizando leis gerais não implica a aceitação das consequências ruins que as normas podem trazer em razão da sua característica de generalidade. Quando estes resultados maus surgem, seria um erro absurdo e injusto não prover a necessária correção em cada situação⁶.

Nos diálogos de Platão, em “O Político”, são apresentados, portanto, os primeiros debates acerca da necessidade de prover uma correção judicial a partir

⁴ PLATÃO. *Diálogos de Platão*, Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha, tradução e notas de José Cavalcante de Souza, Jorge Paleikat e João Cruz da Costa, 5. Ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. – (Os pensadores), col. B, p. 242.

⁵ “Sem dúvida, como poderia alguém, Sócrates, a cada momento aproximar-se de cada indivíduo a fim de prescrever exatamente o que ele deve fazer? A meu ver, é claro que no dia em que um ou outro fosse capaz de assim fazer, dentre aqueles que verdadeiramente possuem a ciência real, ele não se restringiria mais ao trabalho de escrever essas pretensas leis”. Ibid. col. A p. 243.

⁶ PLATO, *Statesman*. J. B. Skemp trans., Bristol, England: Bristol Classical Press, 1952, p. 295d-e.

de resultados imperfeitos que são inevitavelmente produzidos pelas normas gerais.

Esta noção de correção judicial baseada nas falhas provenientes da aplicação das normas é uma ideia que normalmente é atribuída a Aristóteles. Em *Ética à Nicómaco*⁷, o filósofo havia constatado que as leis, em virtude de sua generalidade, seriam incapazes de alcançar o melhor resultado em todos os casos do mundo real e elencava como argumento para justificar a necessidade de uma retificação desta lei toda vez a que generalidade da norma resultasse em consequências contrárias à ideia de justiça.

A retificação de que trata Aristóteles é o que convencionou chamar de “equitativo”: a correção da imperfeição advinda da deficiência em razão da universalidade da disposição legal. O equitativo “é justo e é melhor do que uma espécie de justiça”⁸ e se relaciona com a ideia de que nem sempre uma afirmação universal (lei) será correta para todos os casos e, daí então, far-se-ia necessária uma correção da justiça legal.

Assim, quando a lei determina algo de maneira universal e se apresenta uma determinada situação que não se adequa à universalidade, o legislador “falhou e errou por excesso de simplicidade” naquele caso particular. Realizar a correção da omissão significava dizer que caso o legislador previsse aquela determinada circunstância causadora da injustiça da aplicação da lei, teria ele próprio realizado a correção⁹.

⁷ ARISTÓTELES. *Ética à Nicómaco*. Coleção os Pensadores (vol. 2), Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornhein, da versão inglesa de W. D. Ross, São Paulo: Abril Cultural, 1984.

⁸ Ibid, p. 1137a-b.

⁹ Idem.

Por isso, aquilo que é equitativo parece ser justo, e a equidade e justiça transcendem a lei escrita¹⁰.

As omissões podem ser por vezes voluntárias – quando impossível definir detalhes para cada caso particular e os legisladores optam por fazer uma afirmação universal que não se aplica a todos, mas à maioria dos casos – ou involuntárias – nas vezes em que o legislador não teve conhecimento ou acesso para considerar a existência daquela determinada circunstância que justifica a correção legal e o afastamento ou não aplicação de uma norma.

Mas a verdade é que sempre será difícil, se não impossível, dar uma definição exata de todas as situações possíveis inseridas na norma jurídica, porque os casos são infinitos e nem uma vida inteira seria suficiente para o legislador considerar, imaginar e listar todas as possibilidades que poderiam circundar a norma. No segundo, minuto, hora, dia, mês, ano seguinte, uma nova situação sempre poderia aparecer.

Se não existe a capacidade de uma definição exata e, mesmo assim, faz-se necessária a legislação, é preciso recorrer, por um lado, aos termos gerais¹¹ e, por outro, à correção.

Desde então, a linha que se sucede à ideia da correção judicial equitativa encontra uma série de escritos no decorrer da história a debater o tema¹². É claro que não será contemplada aqui a análise de todos os documentos, estudos e

¹⁰ ARISTÓTELES. *Retórica*. Traduzido por Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005, 1374a.

¹¹ Idem.

¹² Os estudos de Cícero em “Das Leis”, a inclusão do instituto da *aequitas* (equidade) no direito romano e o poder do Pretor em Roma, bem como o crescimento das Cortes de Equidade e então o surgimento de um novo direito da equidade na Inglaterra são apenas alguns exemplos do desenvolvimento da ideia que inicialmente havia sido impulsionada pelos escritos de Platão e Aristóteles. SCHAUER, Frederick. Is Defeasibility an Essential Property of Law? In: BELTRAN, Jordi F.; RATTI, G. Battista. *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*, Oxford University Press 2012, p.79.

escritos que a partir de Platão e Aristóteles revisitaram a constatação de que é possível, em razão da generalidade normativa, que em determinados momentos a norma não produza resultados bons e justos ainda que todas as circunstâncias indiquem para que seja aplicada e, por esse motivo, seja menos danoso à sociedade que esta norma naquele caso concreto.

Disto tudo, depreende-se que na busca pela correção das “respostas erradas” dadas pela aplicação de determinada norma jurídica, um ordenamento pode se munir de instrumentos e institutos capazes de reparar as consequências ruins que daí emergem.

No momento em que esses mecanismos estão em vigor, e assim tanto cidadãos individuais quanto instituições possuem o poder de corrigir as experiências recalcitrantes¹³ que se traduzem na inevitável consequência da adoção de normas generalizantes, compreende-se também que as normas jurídicas do sistema são, à primeira vista, derrotáveis¹⁴.

Ou seja, as consequências jurídicas más advindas da generalização podem ser substituídas por outras consequências boas (ou menos piores) quando no caso concreto a obediência à aplicação da norma produz uma resposta injusta¹⁵.

Até então, estes foram os delineamentos impulsionadores de um debate que de tempos muito remotos até hoje é ainda muito relevante na prática da argumentação jurídica e pretende ser retomado neste estudo: as primeiras

¹³ Idem.

¹⁴ Dizer que as normas jurídicas são derrotáveis é, nesse sentido, considerá-las aptas a receberem a inclusão de exceções implícitas que não puderam ser exaustivamente listadas anteriormente pelo órgão criador da norma - sem proporcionar a conclusão absoluta e imediata da incidência da norma em questão ao caso concreto, mas apenas a sua inferência *prima facie*. RATTI, G. Battista; BELTRAN, JORDI F., Defeasibility and Legality: A Survey. In: BELTRAN, Jordi F.; RATTI, G. Battista. *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*, Oxford University Press 2012, p. 11.

¹⁵ Idem.

noções daquilo que depois seria atribuído como um dos conceitos que podem ser aplicados ao termo derrotabilidade.

1.2 A IDEIA DE DERROTABILIDADE EM HART

A compreensão da derrotabilidade pode assumir inúmeras formas – pois se comporta como um conceito polivalente. Na ciência jurídica, o termo passou a ser utilizado e reconhecido a partir de 1948¹⁶, quando Herbert L. A. Hart em seu artigo “*The Ascription of Responsibility and Rights*”¹⁷, nomeia como derrotabilidade o fenômeno no qual as proposições jurídicas podem ter seus efeitos jurídicos afastados mesmo quando presentes todos os requisitos para a sua aplicação e ativação.

Em casos anormais – que não poderiam ser previstos pelo legislador - os efeitos da norma tinham possibilidade de serem afastados/derrotados/superados, pela introdução de uma exceção implícita, ou seja, uma exceção fora da lista de condições normais ou típicas de aplicação elencadas previamente na norma. Por esta razão, Hart afirmava que a norma inevitavelmente trazia no seu fim a expressão “a menos que”.

Num primeiro momento, Hart qualifica a “derrotabilidade (*defeasibility*)” na tentativa de nomear o fenômeno como uma característica dos conceitos jurídicos, por meio do seguinte evento:

¹⁶ É válido anotar que dentro da filosofia moral no início dos anos 1930, David Ross introduziu o conceito de deveres *prima facie*. Esse conceito foi posteriormente formalizado com a utilização de condições normativas que não admitiriam o reforço do antecedente, ou seja, condicionais que representam obrigações que podem ser derrotadas diante de determinadas circunstâncias que não foram exaustivamente listadas antes da aplicação do caso concreto. Há, portanto, um paralelismo, pelo menos numa visão mais intuitiva entre os conceitos de normas *prima facie* ou regras derrotáveis. ROSS, W. D, *The Right and the Good*. Oxford: Clarendon Press, 1930, Reimp. 1967. p. 19.

¹⁷ HART, Herbert L.A. *The Ascription of Responsibility and Rights*. In: *Proceedings of the Aristotelian Society*, v. XLIX. Londres: Harrison & Sons, 1948. pp. 171-194.

Quando o estudante aprende que na lei inglesa existem condições positivas exigidas para a existência de um contrato válido, ele ainda tem que aprender o que pode derrotar a reivindicação de que há um contrato válido, mesmo quando todas essas condições são satisfeitas”, então, “o estudante tem ainda que aprender o que pode seguir as palavras “a menos que”, as quais devem acompanhar a indicação dessas condições. Essa característica dos conceitos jurídicos é uma que não pode ser nomeada por nenhuma palavra no inglês comum. As palavras “condicional” e “negativa” tem a errada consequência, mas o direito tem uma palavra que com alguma hesitação eu emprestei e ampliei: esta é a palavra derrotável, usada para um interesse jurídico que está sujeito a rescisão ou derrota em um número de diferentes contingências, mas permanece intacta se nenhuma dessas contingências amadurecem. Nesse sentido, então, o contrato é um conceito derrotável.¹⁸.

Desse modo, Hart sugere que a derrotabilidade é uma característica dos conceitos jurídicos. Em razão das normas jurídicas não serem aptas a preverem as infinitas situações fáticas, ainda que todos os requisitos estejam presentes para a aplicação de tal norma, sempre será possível vislumbrar uma cláusula implícita de exceção capaz de derrotar a afirmação de que, por exemplo, um contrato é válido, ou de que houve um homicídio, ou ainda de que ocorreu um fato gerador de obrigação tributária.

Tais afirmações, segundo Hart, poderiam ser de duas formas contrapostas ou desafiadas: a primeira diz respeito à forma natural, quando não se verificam os requisitos necessários para a aplicação da norma e a segunda forma é por meio da ideia de que ainda que estivessem presentes todas as circunstâncias necessárias para que essa afirmação fosse aplicada, em

¹⁸ Ibid., p. 152.

determinado caso particular ela poderia não ser acolhida porque verificar-se-ia alguma exceção reconhecidamente capaz de derrotá-la completamente ou reduzi-la¹⁹.

Para compreender melhor a ideia inicial da derrotabilidade dos conceitos em Hart, é importante que se conheça aqui o pano de fundo em que o termo foi descrito e que se faça um apanhado do desenvolvimento da noção de derrotabilidade na obra hartiana.

Primeiramente, no contexto de *The Ascription of Responsibility and Rights* a principal preocupação do autor não era definir se a derrotabilidade era uma característica inerente ao Direito, mas na verdade, Hart afirmava que a função precípua de frases expressas na forma “ele fez isso” não era descrever, mas adscrever²⁰ uma ação ao agente, ou seja, atribuir responsabilidade por determinada ação a alguém²¹.

A forma clássica de um juízo adscritivo funcionaria de modo que alguém afirma a ocorrência de determinado fato e, ao fazer isso em termos jurídicos, atribui a outrem um direito ou uma responsabilidade. Começa-se a dizer: “alguém cometeu um ilícito; houve crime de homicídio”. Nessas afirmações não há descrição das ações, mas adscrição já que “o sentido do juízo é inseparável de uma regra que está na base do conceito”²².

¹⁹ Ibid., p. 147-148.

²⁰ A tradução do termo em inglês: ascription aqui se faz para “adscrição” conforme a tradução do termo em Portugal noutras obras que o utilizam, apesar de tradutores brasileiros, adotarem a tradução “ascrição”, o termo será utilizado na linha adotada por Hart. Nesse sentido, RICOEUR, Paul. *O Discurso da Acção*. Trad. Artur Morão, Lisboa: Edições 70, 1988.

²¹ HART, Herbert. L.A. *The Ascription of Responsibility and Rights*. In: *Proceedings of the Aristotelian Society*, v. XLIX. Londres: Harrison & Sons, 1948. pp. 171-194, p. 171.

²² NEIVA, Carlos Magno de Abreu. *A formação do juízo sobre os fatos na decisão judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) – Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 30.

Não é correto dizer que ao afirmar que “Fulano fez algo” eu descrevo o seu comportamento. Ao invés disso, eu ascrevo a Fulano a prática de um ato e, ao fazê-lo, eu passo para ele a responsabilidade deste ato²³.

A ascrição de uma responsabilidade é o resultado de uma decisão humana e como tal pode também ser incorreta, especialmente quando surgem circunstâncias não consideradas anteriormente. A ideia de ascrição requer que nossos julgamentos não carreguem consigo a característica de finalidade absoluta, eles precisam ser mutáveis ou só consideráveis numa perspectiva *prima facie*.

É neste ponto que a derrotabilidade cumpre seu papel: quando a nossa atribuição de responsabilidade não mais se justifica à luz de novas circunstâncias²⁴, ela não é uma ideia pronta finalizada, e pode ser que ela seja de algum modo derrotada e então “nós precisamos julgar novamente: não descrever novamente”²⁵.

O importante é que Herbert Hart ressalta a ideia de que é sempre um desafio listar todas as condições suficientes e necessárias atribuídas a determinando conceito e ainda que fosse possível fazer essa listagem, era sempre preciso verificar se não existiriam no caso particular outras circunstâncias capazes de excepcionar a aplicação da norma de Direito.

Isto porque nem os conceitos mais delimitados conseguem se livrar de uma “dose” de textura vaga como, por exemplo, quando queremos definir

²³ Desse modo ao relatar a ação de que uma pessoa bateu na outra, não afirmo que “moveu seu corpo e com determinada intenção a acertou”, ou seja um enunciado de modo descritivo, mas posso logo afirmar que “fulano bateu nela” e a presença do verbo demonstra a ação e passa toda a informação ligada ao sujeito de maneira ascritiva, ou seja a ação é imputada ao agente.

²⁴ BROZEK, Bartosz. *Defeasibility of Legal Reasoning*. Krakow: Zakamycze, 2004, p. 15.

²⁵ HART, Herbert L.A. The Ascription of Responsibility and Rights. In: *Proceedings of the Aristotelian Society*, v. XLIX. Londres: Harrison & Sons, 1948. p. 175.

respostas a perguntas como “o que é um contrato?”. Deixa-se sempre aberta uma série de opções infinitas de tudo aquilo que, ainda que não esteja explícito, também possa ser ou não considerado um contrato.

Não é objetivo deste estudo, por óbvio, explicar a noção de Hart sobre adscriver a responsabilidade. Inclusive, a ideia inicial de que todas as ações atribuem responsabilidades, por exemplo, foi posteriormente abandonada e é a razão pela qual o autor não autorizou a reimpressão deste artigo de 1948 junto aos seus outros escritos.

Ainda assim, a compreensão do sentido de derrotabilidade não é deixada para trás nas suas pesquisas. A abordagem continua a ser utilizada na obra “O Conceito de Direito”, onde defende a derrotabilidade como uma propriedade possível do direito, especialmente nos termos do capítulo VII do livro.

Ao tratar do “Formalismo e Ceticismo” das regras jurídicas, Hart demonstra a indeterminação parcial do direito, à medida que “mesmo quando são usadas regras gerais [...] podem em casos particulares concretos surgir incertezas quanto às formas de comportamentos exigidos por elas”²⁶.

Tais incertezas apontadas por Hart provém justamente da capacidade limitada da linguagem geral de direcionar as condutas e acontece pelo fato de que os casos concretos não vêm com “etiquetas apostas”²⁷ predefinidos para aplicação de cada norma geral.

Os casos simples, por exemplo, são aqueles que possuem expressões gerais na regra claramente aplicáveis a eles e, portanto, não necessitam de

²⁶Nesse sentido, Hart continua e afirma que existe um limite inerente à natureza da linguagem, quanto à orientação que a linguagem geral pode oferecer. HART, Herbert. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de. A. Ribeiro Mendes. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 139.

²⁷ Idem.

grandes interpretações, já que o caso parece se subsumir quase que de forma automática às regras e há acordo geral sobre a “aplicabilidade dos seus termos classificatórios”²⁸.

A existência desse núcleo evidente nos casos simples faria possível identificar o direito sem recorrer a considerações valorativas de classe nenhuma e aplicá-lo por meio de um processo de subsunção, quase que mecânico e automático.

Mas o problema surge para além desse núcleo evidente da norma, nos espaços onde já não é possível identificar um acordo geral acerca da sua aplicação num caso particular, onde se instaura uma “crise da comunicação”²⁹, de forma que nessa zona de penumbra, a inclusão ou exclusão de um objeto particular da denotação de um termo se apresenta inevitavelmente como uma escolha entre as alternativas possíveis, ou seja, uma decisão discricionária que a norma geral correspondente deixa indeterminada³⁰ e autoriza essa discricionariedade.

Haverá razões contrárias e a favor da utilização do enunciado geral e não haverá nenhuma firme convenção ou acordo geral que determine a utilização ou rejeição pelo julgador. Para suprimir as dúvidas será preciso que o juiz eleja uma entre as alternativas.

A linguagem da regra, nesse sentido, não consegue se estender a casos que, por faltarem ou por adicionarem outras circunstâncias que não estavam previstas anteriormente, não se aplicariam de forma tão simples e automática assim³¹.

²⁸ Idem.

²⁹ Ibid, p. 141.

³⁰ Idem.

³¹ Ibid, p. 139.

Seguindo essa linha de raciocínio, Hart indica que os casos da prática jurídica terão uma textura aberta à medida que surgirem dúvidas sobre a sua aplicação.³² A partir daí, surge a ideia de que essa textura advém da própria linguagem humana, a qual, inevitavelmente, quando utilizada na forma de termos classificatórios gerais³³ acaba sempre por não abranger todos os casos possíveis³⁴.

E isso acontece simplesmente porque diante da condição de seres humanos somos ignorantes acerca de todos os fatos e circunstâncias infinitas que poderiam surgir e, justamente em razão disso, não somos capazes de prever qual é a regra a ser aplicada a cada caso concreto.

Resolver antecipadamente cada caso e designar uma regra correspondente para solucionar cada um deles significaria considerar que vivemos num mundo finito de possibilidades e, assim, as normas jurídicas seriam rígidas e a sua aplicação necessitaria apenas de um raciocínio dedutivo. Mas este definitivamente não é o mundo que fazemos parte. O conhecimento de todas as combinações possíveis não condiz com a capacidade de nenhum legislador humano.

Não há como escapar da noção de que sempre existirá, na linguagem da regra, um espaço para uma “escolha nova entre alternativas abertas”³⁵. A linguagem da regra geral de conduta estabelecerá determinadas condições necessárias que uma situação deve cumprir para que possa se encontrar no âmbito de aplicação daquela regra.

³² Ibid, p. 141.

³³ Idem.

³⁴ Esse é o resultado natural da nossa busca por legislar “de forma não ambígua e antecipadamente, alguma esfera da conduta por meio de padrões gerais a ser usados, sem directiva oficial ulterior, em ocasiões particulares”. Idem.

³⁵ Idem.

Para ilustrar melhor o que se diz, tenhamos em mente o fatídico exemplo da regra de conduta geral que estabelece a proibição dos veículos no parque, exemplo usado também por Hart³⁶.

A princípio, quando imaginamos um carro de passeio, uma motocicleta ou um autocarro, é fácil determinar que estes veículos não devem circular pelo parque em razão da finalidade do legislador quando optou por realizar essa proibição em prol da “paz e a tranquilidade no parque”³⁷.

Por outro lado, se alguma criança se ferir gravemente e tiver que ser socorrida por uma ambulância dentro do parque, a finalidade da paz no parque determinada pelo legislador entra em confronto com uma situação que não foi por ele considerada antecipadamente. Nesse momento, o caso concreto que não está abrangido na regra geral de conduta, imporá uma questão: o grau de paz e tranquilidade no parque deve ser sacrificado ou respeitado relativamente à vida da criança ferida que necessita de socorro imediato?

A escolha precisará ser realizada mediante o confronto com as soluções disponíveis e a opção final deverá ser feita dentre os interesses em jogo, sendo que um deles, ao fim, irá prevalecer e outro irá ser derrotado. Isto revela a necessidade de um certo exercício de escolha posterior (e infinita) para a aplicação de regras gerais a casos em concreto.

A tentativa de um sistema jurídico de fugir dessa ulterior escolha compreenderia a fixação do sentido da regra geral para que em todo e qualquer caso o significado do termo utilizado seja o mesmo, ou seja, é insistir que certos aspectos existentes nos casos simples “são ao mesmo tempo necessários e

³⁶ Ibid, p. 142.

³⁷ Idem.

suficientes”³⁸ para que todos os casos que os possuam estejam compreendidos pela regra, independentemente de outras características que poderiam ter ou que poderiam não ter e ainda qualquer que fosse a consequência social resultante da aplicação da regra.

Sem dúvidas, fixar significados rígidos levaria à garantia de certeza diante dos casos em concreto, porém, com o sacrifício de conjeturar de forma “cega e preconceituada”³⁹ as soluções para casos vindouros, os quais não se podem saber nem como se formarão, nem quais circunstâncias ou quais consequências resultariam da sua aplicação⁴⁰.

Hart compreendia que não era a forma como se estruturava a regra que definiria se as circunstâncias presentes no caso simples seriam sempre necessárias e suficientes para que todas as situações em que estes aspectos se verificassem fossem abrangidas pela regra – incluindo os casos em que estas circunstâncias estivessem a mais ou a menos - mas o que seria determinante para definir isto era a adoção de uma prática interpretativa em conexão com as formulações normativas⁴¹.

Assim, parece que o próprio processo de decidir cada caso está claramente incluído na suposição factual da "regra formulada verbalmente" ou

³⁸ Idem.

³⁹ Idem.

⁴⁰ Ao adotar essa atitude “seremos forçados (...) a incluir no âmbito da regra casos que desejaríamos excluir, de forma a dar efeito a finalidades sociais razoáveis e que os termos da textura aberta da nossa linguagem teriam permitido excluir, se os tivéssemos deixado rigidamente definidos”. Ibid, p. 143.

⁴¹ A posição de Robert Alexy, neste ponto reafirma a ideia de que é impossível ter certeza de que em um novo caso “não será necessária a introdução de uma nova cláusula de exceção”, mas que é possível “um sistema jurídico que proíba a restrição de regras por meio da introdução de cláusulas de exceção” apesar desse não ser o caso do sistema alemão que permite a “redução teleológica” e “as regras para as quais uma tal proibição não é aplicável perdem seu caráter definitivo estrito”, ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 104. No mesmo sentido, SCHAUER, Friederich. *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 128

se não há alguma outra característica que justifique deixá-lo fora da aplicação da norma, envolve uma avaliação que deveria ser considerada como uma escolha genuína ou uma decisão discricionária, consistindo em encontrar uma solução, à luz das circunstâncias, entre os interesses em conflito, cujo peso varia de caso para caso.

Basicamente a ideia de Hart pode ser resumida em algumas conclusões: a primeira, que se infere de tudo que se comentou até aqui é que o conceito de derrotabilidade segue presente nos escritos hartianos, porém sem ser nomeado com o termo “derrotabilidade”. Depois que Hart reconhece a possibilidade das normas serem derrotáveis dependendo das circunstâncias e da atitude de interpretação que se faz diante do caso concreto, também afirma que num sistema jurídico podem existir “normas derrotáveis e inderrotáveis”⁴² e que uma norma derrotável faz com que o direito se torne aberto, indeterminado, em relação a todos os casos que podem ou não se subsumir à norma.

Por óbvio, resta alguma obscuridade no discurso proclamado por Hart, especialmente com questões relativas ao que seria essa atitude interpretativa e a grande discussão em torno da derrotabilidade ou (in)derrotabilidade das normas ou sobre a relação entre contingência das normas derrotáveis e a capacidade da derrotabilidade de indeterminar o direito ou questionamentos em torno da forma como uma regra que acompanha a expressão “a menos que” implicitamente continua a ser uma regra⁴³.

⁴² Cfr. BAYÓN, Juan Carlos, Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico, *Isonomia*, 13, 2000, pp 87-116, p. 101.

⁴³ Quando se trata de normas, Hart afirma num esboço da derrotabilidade formal das normas jurídicas, que elas podem ter exceções incapazes de serem exaustivamente listadas e, mais tarde, que uma regra ainda que termine com a expressão “a menos que” ainda é uma regra. HART, Herbert. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de. A. Ribeiro Mendes. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 141. Cfr. no mesmo sentido MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Tradução de Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2008, p. 327.

A derrotabilidade dos conceitos, ideia inicial em que o termo se introduziu na obra de Hart, não é expressamente repetida no livro *O Conceito de Direito*, mas Hart traz à baila uma importante fonte de indeterminação do direito que é a textura aberta. É possível visualizar por tudo o que já se conheceu até agora que apesar de não chamar derrotabilidade, muitas vezes Hart traz nada mais ou nada menos que a própria ideia da derrotabilidade traduzida também na noção de que na linguagem natural qualquer termo geral tem um núcleo central de significado determinado e uma zona de penumbra de indeterminação, como já dito anteriormente.

Hart, nesta rápida releitura assegura que os casos da zona de penumbra permanecem sem ser decididos pela norma legislada e a tarefa de modificar a lei seria um espaço deixado à discricionariedade judicial.

Desse modo, a ideia hartiana traz consigo a noção de que ao juiz é permitido expandir o núcleo de significado determinado de uma regra até um certo ponto e à medida que se espera do magistrado que se apresente de forma imparcial para considerar as alternativas de solução para o caso. 7 Avaliando, ainda, o interesse de todos que serão afetados e a preocupação em utilizar sempre algum princípio geral como base da decisão de alterar a regra.

Nesse contexto, apesar da derrotabilidade do *“The Ascription of Responsibility and Rights”* ter sido posteriormente “abandonada” em *O Conceito do Direito*, a falta do uso do termo não significa que não se continuou a desenvolver e discutir na teoria consecutiva questões em torno da derrotabilidade.

A verdade, ao revés, é que desde a introdução da derrotabilidade por Hart, o termo já ganhou diversas aceções, críticas, questionamentos e interpretações e é assiduamente debatido até hoje.

Por isso, após esse breve regresso histórico e apresentação da base em que surgiram as premissas da derrotabilidade na ciência jurídica, é importante que se estabeleçam focos sobre a face da derrotabilidade que serão adotados neste trabalho e para tanto, apresentar-se-ão desde agora algumas delas.

1.3 FACES DA DERROTABILIDADE: A DERROTABILIDADE EPISTÊMICA E DEÔNICA

Até então, sabe-se que a derrotabilidade pode assumir diferentes conceitos e formas – de conceitos, de argumentos, de normas, de fatos ou como textura aberta e muitos outros.

Por isso, a princípio, é importante para situar qual é o foco desta pesquisa considerar dois tipos de derrotabilidade estabelecidos na divisão de Brozek⁴⁴ que são a derrotabilidade deônica e a epistêmica.

A derrotabilidade deônica é aquela que se refere às normas jurídicas e não é muito distante da ideia apresentada por Hart em 1948. Para compreender o que a derrotabilidade deônica é consideremos o artigo 187 do Código Civil brasileiro que leciona: “aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”⁴⁵.

⁴⁴ BROZEK, Bartosz, *Defeasibility of Legal Reasoning*. Krakow: Zakamycze, 2004, p. 24.

⁴⁵BRASIL. Código Civil. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/leis/2002/l10406.htm>, acesso em: 26 de abril de 2018.

A primeira opção para analisar essa norma de modo formal encontra-se na utilização do raciocínio da lógica clássica de implicação material e, segundo Brozek⁴⁶, pode ser descrito do seguinte modo:

$$O(\forall x(Dx \rightarrow R_x))$$

Aqui, O corresponde ao comando “é obrigatório que”, D refere-se a “que por ato ilícito causar dano a outrem” e R a “reparar o dano” e também pode ser escrito sob a forma:

$$\forall x(Dx \rightarrow O(R_x))$$

Continua Brozek a constatar que estas maneiras de formalizar as normas jurídicas carregam consigo inúmeros problemas em torno da utilização da implicação material lógica, o que será apresentado mais detalhadamente adiante.

O conectivo da implicação (\rightarrow) que pode ser traduzido pela expressão “se...então...” permite inúmeras formas possíveis de representar uma afirmação condicional, formada pelo elemento antecedente e o conseqüente, mas não há muita clareza sobre a correção das representações apresentadas acima. Por isso, a opção dos lógicos deônticos⁴⁷ é utilizar a lógica deôntica diádica⁴⁸ que se apresentaria da seguinte forma:

$$O(R_x/D_x)$$

⁴⁶ BROZEK, Bartosz. *Defeasibility of Legal Reasoning*. Krakow: Zakamycze, 2004, p. 25.

⁴⁷ A lógica deôntica é um sistema de fórmulas em que as expressões “é obrigatório” (O), “é permitido” (P), e “é proibido” (F) apresentam-se. Sistemas de lógica deôntica podem ser formados por sistemas de dedução. Diversos cálculos diferem na escolha dos axiomas e nas regras de inferência. A escolha dos axiomas determina a forma que a expressão “é obrigatório que” é entendida. Os estudos da lógica deôntica datam de 1951, quando von Wright formulou o cálculo deôntico, conhecido como clássico. Von WRIGHT, G. *A new system of deontic logics in: Danish Yearbook of Philosophy 1, 1964*, reimpresso In: R. Hilpinen (ed.), *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, Dordrecht, Reidel, 1971, p. 105-119.

⁴⁸ Na lógica diádica, os operadores deônticos (proibição, obrigação e permissão) não se aplicam sobre somente uma frase R, mas sim sobre expressões na forma R/D, que se compõem por duas frases.

Esta expressão $O(R_x/D_x)$ significa que R é algo obrigatório sob a condição D. Se R diz que Maria reparou um dano e D diz que Maria causou um dano a alguém por ato ilícito, então $O(R_x/D_x)$ estabelece que obrigatoriamente Maria repara o dano sob a condição ter sido responsável por causar este dano a alguém por ato ilícito⁴⁹. Uma operação diádica, portanto, deve ser lida na forma que se R é o caso então D deve ser o caso.

Sendo s a frase “você não deve causar dano a alguém” e sendo T uma tautologia, isto é, para toda e qualquer situação o valor lógico será sempre verdadeiro, a expressão $O(s/T)$ significa que Maria está obrigada a não causar danos sob quaisquer circunstâncias. Nesse sentido, a frase $O(R_x/D_x)$ indica que a obrigação R se formaliza apenas sob a condição D, enquanto que $O(s/T)$ afirma que s é uma obrigação incondicional e sempre verdadeira⁵⁰.

A operação diádica, a implicação material e as outras operações demonstram que a formalização da regra busca dividir as condições de uma regra das suas conclusões. As condições são tudo aquilo que é preciso preencher para a aplicação da regra e a ativação do seu efeito jurídico. No caso analisado, a condição da regra é única: D_x (causar um dano a alguém por ato ilícito) e a conclusão da regra é R_x (reparar o dano). Ou seja, nos diz o que é o caso quando a condição D_x é preenchida.

A lógica deôntica derrotável pode ser conceituada como o momento que ainda que presente o preenchimento de todas as condições da regra, o efeito jurídico final não ocorrerá.

⁴⁹TORRE, van der Leendert W. N.; TAN, Yao-Hua. The many faces of defeasibility in defeasible deontic logic. In: NUTE, D. (Ed.). *Defeasible Deontic Logic*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1997, pp. 79-122, p. 81.

⁵⁰ Ibid, p. 81-82.

Nessa ideia, a derrotabilidade deôntica indica que a norma é derrotável porque após preenchidas e satisfeitas todas as condições para acontecer o efeito jurídico predeterminado na norma jurídica, pela inclusão de alguma exceção implícita, o efeito jurídico que naturalmente se seguiria após o preenchimento das condições não ocorrerá.

Esta definição tem estreita correlação com aquilo que Hart afirma sobre derrotabilidade e condições da regra ao afirmar que elas, apesar de necessárias, não são sempre suficientes. O estudante tem que aprender aquilo que pode derrotar a afirmação de que se está diante do conceito de um contrato válido, mesmo quando todas as condições foram satisfeitas⁵¹.

Retornemos para a norma do artigo 187 do Código Civil Brasileiro e pensemos nela como uma norma derrotável, ou seja, pode existir uma circunstância nova, por exemplo S_a , uma ação em legítima defesa, que pode invalidar a consequência R_x ainda que D_x tenha sido verdade.

$$\forall x((D_x \rightarrow R_x) \rightarrow ((D_x \wedge S_x) \rightarrow R_x)$$

Sob um olhar da lógica clássica esta situação se traduziria como uma tautologia e significa que qualquer circunstância que fosse adicionada não alteraria a verdade da fórmula – processo conhecido como reforço do antecedente⁵².

Adicionar uma premissa nova, no caso do reforço do antecedente, a um argumento válido produz um novo argumento válido, se a lógica é clássica e

⁵¹ HART, Herbert L.A. The Ascription of Responsibility and Rights. In: *Proceedings of the Aristotelian Society*, v. XLIX. Londres: Harrison & Sons, 1948. pp. 171-194, p. 175.

⁵² TESTA, Rafael Rodrigues. *Uma análise de algumas lógicas deônticas para a representação de normas jurídicas*. Monografia (Graduação em Filosofia) – Departamento de Filosofia, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2006, p. 37.

monotónica. Entretanto, isto pode conduzir a uma consequência indesejável para o julgador e o sistema jurídico.

Daí então a ideia de aplicar uma lógica não monotónica, o que significa que acrescentar uma premissa nova pode envolver perda de validade, de modo que a circunstância adicionada traga consigo informações capazes de derrotar a conclusão. Esta é a premissa de uma lógica não monotónica e é exatamente a formalização lógica que mais se adequa à noção daquilo que descreve a derrotabilidade deôntica.

No caso citado acima, do artigo 187 do Código Civil, se Maria alega que João causou um dano e por isso deve repará-lo e, ao mesmo tempo, João argumenta e prova que o dano foi causado em ação de legítima defesa, não deve seguir a consequência R_a prevista pela norma requerida por Maria. A situação poderia ser representada pela seguinte forma, numa lógica não monotónica⁵³:

$$\begin{array}{l} \forall x((D_x \wedge S_x) \rightarrow \neg R_x) \\ D_a \\ S_a \\ \hline \neg R_a \end{array}$$

Adiante, a relação entre lógica e derrotabilidade será analisada com maior minúcia. As representações lógicas realizadas até aqui servem apenas para exemplificar aquilo que se conceitua como derrotabilidade deôntica.

Basicamente, as condições ainda que satisfeitas nem sempre serão suficientes para ativar a estatuição prevista na norma jurídica já que estará presente a expressão “a menos que” seguida de uma condição implícita não prevista pelo legislador capaz de derrotar o efeito jurídico trazido pela norma,

⁵³ BROZEK, Bartosz, *Defeasibility of Legal Reasoning*. Krakow: Zakamycze, 2004, p. 29.

mesmo que estejam todas as condições suficientemente preenchidas, como no caso entre João e Maria.

A derrotabilidade deontica tem múltiplas facetas⁵⁴ e por se referir às normas jurídicas, possui estreita relação com o que Brozek chama de “Derrotabilidade de Conceitos”⁵⁵. Defender que um conceito é derrotável está ligado com a afirmação de que uma norma jurídica é também derrotável.

Significa dizer que a norma jurídica diante de um fato é possível concluir que um contrato é válido ou que uma pessoa é obrigada a fazer alguma coisa. Então, se essas normas são consideradas derrotáveis, os conceitos de o que é um contrato válido ou daquilo que se é obrigado a fazer também será derrotável. A derrotabilidade desses conceitos acaba por ser herdada da derrotabilidade das normas jurídicas⁵⁶.

Para ilustrar a diferença entre as formas como a derrotabilidade pode ser entendida, perceba-se o exemplo clássico do pinguim⁵⁷.

O que esta ilustração traz é a ideia de que se estamos diante de um pássaro que chamaremos de Pássaro Pingo e sabe-se que pássaros voam e, portanto, Pingo, por ser um pássaro, deve voar. A afirmação de que os pássaros

⁵⁴ Brozek também relaciona com a derrotabilidade deontica à ideia de “derrotabilidade procedimental”, ou seja, a derrotabilidade é resultado da forma como o processo legal é formado, especialmente no que diz respeito à ideia, por exemplo, da movimentação do ônus da prova. Como uma regra jurídica é derrotável, não há como elencar tudo aquilo que a exceciona, a possibilidade de criar um argumento para combater a outra parte sempre existirá e a movimentação do ônus da prova pode ser um resultado processual dessa possibilidade. Do mesmo modo, fala da “derrotabilidade de argumentos”, que afirma que um argumento é uma cadeia de razões que justificam uma conclusão baseada em determinadas premissas e, portanto, os argumentos intrinsecamente podem se contradizer e derrotar uns aos outros. Além disso, os argumentos utilizam regras para se basearem e se estas são derrotáveis, eles também serão, portanto, derrotáveis.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Ibid, p. 30.

⁵⁷ GEFNER, H.; PEARL, J. Conditional entailment: bridging two approaches to default reasoning. *Artificial Intelligence*, 1992, 53: 209-244 apud TORRE, van der Leendert W. N.; TAN, Yao-Hua. The many faces of defeasibility in defeasible deontic logic. In: NUTE, D. (Ed.). *Defeasible Deontic Logic*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1997, pp. 79-122, p. 82.

voam podem ser derrotadas pelo fato de que Pingo é um pinguim. Consideremos a seguinte formalização:

$$\frac{B_x/V_x}{V_x}$$

Se B simboliza “é um pássaro” e V “voa”. O incumprimento dessa afirmação significa que alterando a variável “x” por “p” de Pingo e sabendo que Pingo é um pássaro (B_p) concluímos prontamente que Pingo voa (V_p) – abaixo da linha horizontal – contanto que podemos assumir isto sem uma informação que contradiga a primeira (V_p) – após a barra⁵⁸.

Imagine-se agora que há uma informação de que Pingo é um pinguim e, portanto, sabemos que por ser um pinguim, Pingo não voa apesar de ser um pássaro, ou seja, $\forall x(P_x \rightarrow \neg R_x)$.

Primeiramente, tínhamos que Pingo era um pássaro, os pássaros voam, portanto Pingo voa. Mas, com a adição da circunstância de que Pingo é um pinguim, e que pinguins não voam mesmo sendo pássaros, é possível concluir que Pingo não voa.

Desse modo, não foi possível inferir a conclusão da primeira premissa quando se adicionou uma nova circunstância que, ao contrário, fez com que a conclusão fosse totalmente diversa da primeira. Isto porque, Pingo após o

⁵⁸ A lógica de default (ou de exceções) de Reiter é utilizada aqui com essa formalização e deve ser lida na forma de que se eu tenho B, posso inferir F (representado pelo F abaixo da linha horizontal) conquanto que eu possa assumir F (representado pela letra após a barra). No caso de alguma informação ser algo diferente de F, ou seja, $\neg F$, o “default” é bloqueado e com isso F não pode ser concluído. Se pensarmos que (1) todo pássaro voa e (2) se um pássaro for um pinguim, ele não voa, a regra (1) pode ser representada pelo default: pássaro (B) / voa (x) / voa (x) e a regra (2): pássaro (B) \wedge pinguim (P) / \neg voa (x) / \neg voa (x). Agora, se temos um pássaro (a) podemos concluir que ele voa, mas se adicionarmos a informação ser um pinguim (Pa) o primeiro default é derrotado pela conclusão do segundo, que é a de que o pinguim não voa e, portanto, não se poderá, nestas circunstâncias inferir que o pássaro voa. BROZEK, Bartosz, *Defeasibility of Legal Reasoning*. Krakow: Zakamycze, 2004, p. 32 e p. 82.

conhecimento de que se tratava de um pinguim derrota a consequência de que pássaros voam, já que pássaros que são pinguins, assim como Pingo é, não voam.

A ideia da derrotabilidade sustenta que não é somente a evidência que alguém possui que faz uma crença ser asseguradamente verdadeira. É relevante também que não existam circunstâncias derrotáveis. Ou seja, para que uma crença seja garantida, ela deve não apenas ser justificada, mas a justificativa deve ser tal que não exista uma verdade, se somada às razões que justificam a crença, que possa fazer com que ela não seja mais justificada⁵⁹.

A derrotabilidade neste contexto, é epistêmica e utilizada para desenvolver a lógica não monotônica, principalmente no contexto da Inteligência Artificial para fins práticos e especialmente servir aos sistemas computacionais, bem como, para compreensão de algumas atividades no modelo de cognição humana⁶⁰. Estes tipos de sistema podem ser comandados por regras derrotáveis por alguma exceção inesperada vinda de um conhecimento adicional.

A derrotabilidade epistêmica define a noção de que o conhecimento não é um conjunto de verdades estáveis, mas sim de hipóteses falíveis que sempre podem ser deixadas por outras melhores. Esta propriedade hipotética e a incompletude do conhecimento faz com que a derrotabilidade seja uma rotina da nossa vida diária.

⁵⁹ KLEIN, P. N. [Concept]. Concept of Knowledge. In: *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, E. Craig ed., vol. 5, 1998, 266-276, p. 269 apud BROZEK, Bartosz, *Defeasibility of Legal Reasoning*. Krakow: Zakamycze, 2004, p. 33.

⁶⁰ O sistema do know-ledge-based utilizado como um programa de computador que raciocina e usa a base do conhecimento para resolver problemas complexos, na tentativa de reproduzir o raciocínio humano e também alguns modelos ligados à cognição são produtos da derrotabilidade epistêmica. *Ibid*, p. 31-34.

Neste ponto, é importante destacar que, apesar das verdades científicas do conhecimento serem instáveis, quando são substituídas por outras não podem se equivar à ideia de normas jurídicas derrotáveis que, apesar de não serem aplicadas àquela determinada situação, não são retiradas do ordenamento jurídico quando a derrota acontece.

Diante disso, é complicado afirmar que todas as áreas do conhecimento podem ter afirmações derrotáveis, na verdade elas são revisáveis, ou seja, podem ser alteradas por outras mais corretas, mas não permanecem intactas, como no caso das normas jurídicas.

Partindo-se da premissa de aquilo que o ser humano conhece é incompleto, este tipo de derrotabilidade - a epistêmica – se mostra presente em situações triviais da compreensão humana. O mecanismo de funcionamento é o mesmo relacionado à Derrotabilidade Deontica, diferenciando-se apenas no fato de uma ser uma característica das normas (portanto chamada de deontica) e a outra de enunciados descritivos (epistêmica).

Esta perspectiva de uma derrotabilidade de várias facetas torna-se importante para definir qual é o ponto focal do presente estudo. Por ser um conceito plurissignificativo, fez-se necessária esta breve explanação para ressaltar que a derrotabilidade de que falaremos a partir de agora é a deontica – porque é aquela que melhor se relaciona com a noção de norma e argumentação jurídica, objetivo desta investigação.

1.4 A LÓGICA DA DERROTABILIDADE E A DERROTABILIDADE DA LÓGICA

Na compreensão da derrotabilidade deôntica, passou-se por estruturas condicionais e formulações lógicas. Antes mesmo de adentrar numa compreensão mais perfuntória do estudo da derrotabilidade normativa, a lógica já reclama atenção. Isto porque, o modo como se estabelece a relação entre uma previsão e uma estatuição dentro da mecânica da estrutura normativa e a forma como se concebe a aplicação das normas nas decisões judiciais é uma ligação inevitavelmente “lógica de implicação material”⁶¹.

Assim, torna-se preliminarmente oportuno fazer algumas considerações, ainda que superficiais, da lógica e a sua relação com o raciocínio jurídico e com o fenômeno da derrotabilidade deôntica que se pretende estudar nesta pesquisa.

A lógica proposicional clássica determina que exista uma correlação dedutiva a partir de um certo conjunto de enunciados tal que o segundo enunciado é consequência do primeiro e continua a ser ainda que sejam agregadas premissas adicionais⁶².

Nestes termos, apresenta-se uma lógica que expressa uma conexão monotónica, ou seja, que firma a ideia de que o acréscimo de uma nova circunstância na previsão não alteraria a conclusão da estatuição.

⁶¹ LOPES, Pedro Moniz, *Op. Cit.*, 2016, vol. I, p. 160.

⁶² RODRÍGUEZ, Jorge L. *Lógica de los sistemas jurídicos*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002, p. 40. Nessa linha, cfr. BROZEK, Bartosz, *Defeasibility of Legal Reasoning*. Krakow: Zakamycze, 2004, p. 74. Também sobre as características da monotonicidade no modus ponens, Pedro Moniz Lopes ensina que “a lógica de implicação monotónica indica que qualquer afirmação de validade da norma x para um caso normal (caso N) continuará a ser verdadeira perante um caso jurídico anormal (caso A) que contenha mais propriedades definitórias do que as propriedades descritas na previsão da norma x, coextensíveis ao caso N. LOPES, Pedro Moniz, *Op. Cit.*, 2016, vol. I, p. 168.

Quando se considera uma norma jurídica, haverá sempre uma falha natural em razão da expressividade do modo universal da norma face à particularidade dos fatos que acontecem no mundo. O agente estatal competente para emitir e regular as normas tem a impossibilidade humana de prever todas as situações cabíveis na previsão normativa para que os casos possam a elas se aplicarem⁶³.

Para que o caso concreto se ligue a uma norma do ordenamento jurídico o mecanismo utilizado não poderia ser a lógica proposicional clássica.

Explica-se:

Na norma hipotética “se *a* deve *b*” em que “*a*” refere-se a *causar um dano* e “*b*” a *indenizar*, de acordo com a estrutura da lógica clássica, o caso se organizaria da seguinte forma:

1 = Norma¹: se [causar dano] deve [indenizar];

2= *P* causou um dano;

3= *P* deve indenizar.

A lógica proposicional não permite que se faça nenhuma ligação entre as proposições 1, 2 e 3. São proposições dissociadas e com sentidos completamente diversos⁶⁴.

Esta lógica que possui implicação monotónica estabelece que se o acontecimento corresponder aos elementos presentes na previsão de uma norma, a conclusão presente na estatuição segue de forma automática, sem considerar a existência de qualquer fator estranho ou circunstância excepcional

⁶³ REIS NOVAIS, Jorge. *As restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 369.

⁶⁴ NAVARRO, Pablo. RODRÍGUEZ, Jorge L. Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas. In: *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 13, outubro de 2000, pp. 61-85, p. 61.

que possa existir e causar um efeito injusto e contrário aos valores prestigiados pelo Direito.

É isto o que leciona a lei do reforço do antecedente: os elementos da previsão da norma são condições suficientes para ativar a estatuição da norma. Isto inviabilizaria qualquer alteração da conclusão normativa e, por isso, se relaciona diretamente com a noção de monotonicidade lógica.

Novamente, perante a norma “matar alguém, deve cumprir uma pena”, a monotonicidade lógica determina que tanto quando *P* mata por cobiça *Q* ou quando *P* é médico e opta por desligar os aparelhos que mantém *Q*, *idoso* em fase terminal para, em detrimento disso, salvar a vida de um jovem acidentado, deverá igualmente cumprir os efeitos jurídicos da norma⁶⁵.

Não parece razoável, todavia, supor que a cobiça e o caso do médico sejam tal-qualmente considerados para obter a solução normativa, o que seria mais adequado era sustentar que esta última hipótese seria uma exceção implícita à norma que penaliza o homicídio, mas é exatamente o contrário disso o que os instrumentos de uma lógica clássica impõem.

A operação de silogismo normativo carrega consigo um formalismo exagerado e o raciocínio do *modus ponens* acaba por afastar o que é próprio do Direito: a valoração e a dinâmica das questões humanas, sejam sociais, jurídicas ou políticas.

Nesse raciocínio, as considerações acerca dos efeitos normativos determinados quando a norma é aplicada, não passariam de uma operação de encaixe quase que mecânica e automática da incidência normativa sempre que

⁶⁵ Exemplo retirado de LOPES, Pedro Moniz, *Op. Cit.*, 2016, vol. I, p. 168.

se verificasse a correspondência dos acontecimentos com as previsões estatuídas na norma.

Como bem explicita Pedro Moniz Lopes, “esta visão resulta quase de uma profissão de fé, mal sucedida, na capacidade das autoridades normativas anteciparem todas as propriedades juridicamente relevantes de um caso”⁶⁶.

A configuração do pensamento lógico formal clássico estabelece uma conexão estrita de implicação normativa entre os elementos da previsão e da estatuição, mas não parece resolver questões mais complexas da atividade interpretativa, como o problema da derrotabilidade.

Como visto, a lógica formal não atende aos reclames de um sistema jurídico, pois desconsidera a vida real que nem sempre exhibe situações fáticas “normais” completamente correspondentes com todas as circunstâncias previstas na norma.

Assim, dadas algumas limitações da lógica clássica, tornou-se premente a busca por outras soluções dentro dos métodos de conhecimento lógico para servir à argumentação jurídica de maneira mais eficaz.

A pesquisa por esta solução alternativa teve grande desenvolvimento nos últimos anos do século XX com o interesse voltado para os estudos da Inteligência Artificial, uma vez que era preciso criar nas máquinas sistemas lógicos que possibilitassem a maior aproximação possível do funcionamento do raciocínio humano.

A partir daí, nos anos 1980, Raymond Reiter e John McCarthy, no Departamento de Ciência da Computação da Universidade de Columbia Britânica em Vancouver e na Universidade de Stanford, na Califórnia, criaram

⁶⁶ Ibid, p. 171.

por meio da programação computacional os chamados sistemas não-monotônicos.

Basicamente, a ideia é que a partir da adição de exceções às regras do sistema, este criaria novas regras de inferência, ou seja, as mentes computacionais teriam a capacidade de alcançar conclusões temporárias quando não houvessem informações contraditórias⁶⁷.

No âmbito da inteligência artificial, da mesma forma que no filosófico, a derrotabilidade é tratada como um raciocínio não monotônico. Esta forma de raciocínio representa o afastamento da lógica clássica monotônica, porque ao contrário do que ocorre na última, dada uma certa norma formada por um conjunto de proposições α , não será necessariamente o que se segue no conjunto β , que é um superconjunto de α ⁶⁸. O raciocínio não monotônico é feito para aprimorar nossa reconstrução do senso comum e das nossas deduções convencionais.

A lógica não monotônica⁶⁹ considera que a afirmação da validade do efeito de uma norma qualquer para um caso normal poderá não ser a mesma quando diante de um caso jurídico anormal que contenha mais propriedades do que as descritas na previsão da norma. A derrotabilidade, desse modo, implicaria numa necessidade “de revisão epistêmica das premissas de uma determinada conclusão produzida *prima facie* a partir dessa mesma norma⁷⁰.”

Entretanto, não é unânime a aceitação da ideia de que a lógica clássica é totalmente contrária ou não se aplica ao raciocínio derrotável, assumindo que

⁶⁷ Grupo de Sistemas Inteligentes. Disponível em: <http://www.din.uem.br/~ia/intelige/raciocinio2/RacNaoMonotHistorico.html>, Acesso em: 19 de fev. de 2017.

⁶⁸ RATTI, G. Battista; BELTRÁN, JORDI F., *Defeasibility and Legality: A Survey*. *Op, Cit*, p. 13.

⁶⁹ BROZEK, Bartosz. *Defeasibility of legal reasoning*. Krakow: Zakamycze, 2004, p. 27.

⁷⁰ LOPES, Pedro Moniz. *Op. Cit.* 2014, p. 179.

uma lógica não monotónica seria sempre uma melhor alternativa para a resolução desse embate.

Há, por outro lado, na doutrina, os defensores de que não seria preciso alterar o método lógico do *modus ponens* e da monotonicidade para assumir ou explicar o fenómeno da derrotabilidade⁷¹.

Os argumentos que apresentam incluem: (i) considerar irracional rejeitar a monotonicidade e permitir o *modus ponens*, desde que o último implique o primeiro, bem como (ii) rejeitar tanto o *modus ponens* quanto o reforço do antecedente envolve uma perda quase total do poder inferencial e, especialmente que (iii) a derrotabilidade pode ser explicada pela conjugação da lógica dedutiva clássica a um sistema de revisão de crenças⁷².

Esta discussão acerca da aplicabilidade ou não de uma lógica não monotónica gira em torno da questão sobre se a lógica clássica é ou não capaz de reorganizar o raciocínio do dia a dia. Na verdade, o que se vê é que a lógica dedutiva clássica parece se apresentar muito mais como um grupo de mecanismos inferenciais organizados para garantir um “certo valor proposicional no raciocínio”⁷³.

Por óbvio, no raciocínio cotidiano são aceitas como justificativas conclusões que são formadas de modo inválido se olharmos pelas lentes de uma

⁷¹ Nesse sentido, veja ALCHOURRON, Carlos; GARDENFORS, Peter; MAKINSON, David. On the logic of theory change: partial meet contraction and revision functions. *Journal of Symbolic Logic*. V. 50, 1985, p. 510-530. Além deles, Jaap Hage, Eugenio Bulygin, Arend Soeteman,

⁷² Este posicionamento é retirado também da posição declarada por ALCHOURRÓN, quando alega que não há necessidade de criar um sistema lógico das normas derrotáveis porque por de trás da ânsia por um novo modelo lógico para a derrotabilidade, assim como a utilização “na moda” pela inteligência artificial, se disfarça uma mistura de por trás da exigência de lógicas não-monotónicas, agora em moda na inteligência artificial, existe uma mistura de uma noção padrão de consequência ou condicional e a mudança de nossas premissas normativas em uma perspectiva dinâmica. Carlos E. Alchourrón.. Philosophical foundations of deontic logic and the logic of defeasible conditionals. In: *Deontic logic in computer science*, John-Jules Ch. Meyer and Roel J. Wieringa (Eds.). John Wiley & Sons, Inc., New York, NY, USA 1994, pp. 43-84, p. 44. Tradução Livre.

⁷³ RATTI, G. Battista; BELTRÁN, JORDI F., Defeasibility and Legality: A Survey. *Op, Cit*, p. 13.

lógica estritamente dedutiva. Aqui, se apresenta um conflito entre a ideia de uma lógica para a derrotabilidade dotada de um poder inferencial quase nulo e, no outro lado, a lógica clássica dedutiva que apresenta limitações em relação à razão prática.

Os defensores da última corrente buscaram construir alternativas que fizessem com que fosse mais plausível a abordagem da derrotabilidade no âmbito da lógica clássica. Uma das mais expressivas contribuições veio justamente da construção doutrinária realizada por Alchourrón, Gardenfors e Makinson, com a teoria do AGM⁷⁴.

Também denominado câmbio racional de crenças ou lógica do câmbio de teorias, a teoria assumiu um papel de grande relevância no âmbito da Inteligência Artificial como um modelo para as atualizações de Bases de Conhecimento, ou seja, a introdução de uma nova conclusão ou crença que não era tida como verdadeira anteriormente. O AGM tem grande relevância porque inaugura uma nova área de pesquisa envolvendo a revisão de crenças (*belief revision*) na perspectiva da lógica clássica dedutiva.

É uma descrição do processo de revisão de crenças ao nível do conhecimento e define alguns critérios racionais que iluminam como deveriam ser guiadas as mudanças nas crenças de um agente racional.

⁷⁴ Antes da teoria do AGM, no ano de 1981, foi publicado o artigo escrito por Alchourrón e Markinson: Hierarchies of Regulations and their Logic, pp 125-148, In: *Collection New Studies in Deontic Logic*, ed. R. Hilpinen, Dordrecht, Kluwer, 1981, que já dava os passos iniciais para o que depois seria a obra que consolidava o AGM e tratava de normas de derrogação e revisão de crenças. ALCHOURRON, Carlos; GARDENFORS, Peter; MAKINSON, David. *Op. Cit.*, p. 510-130. Sobre uma perspectiva mais detalhada da origem e repercussões do AGM na Inteligência Artificial, Cfr. CARNOTA, Raúl; RODRIGUEZ, Ricardo. Carlos Alchourrón y la inteligencia artificial. *Anal. filos.*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, v. 26, n. 1, p. 9-52, mayo 2006. Disponível em: <http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sciarttext&pid=S185196362006000100002&lng=es&nrm=iso>, acesso em: 01 de mai. 2018.

Para tanto, utiliza a lógica proposicional como representação dos estados de crença, que é revelado por meio de um agrupamento de fórmulas ou enunciados, os quais quando inseridos num conjunto apontam para as crenças do agente, ou seja, para sua base de conhecimento naquele instante.

Significa que se temos um enunciado X que está colocado no grupo de crenças Y de um agente, então tem-se que o agente crê em X . Do mesmo modo, se $\sim X$ está inserido em K , o agente rejeita $\sim X$ ou se nem X nem $\sim X$ não estão inseridos em Y , o agente simplesmente o ignora ou a crença é indeterminada. Este conjunto de crenças Y , no entanto, não é imutável, de forma que o agente pode alterá-lo de três formas:

- (1) Contração: perder a crença em X (ou na sua negação), ou seja, retirar X ou $\sim X$ do grupo de crenças Y .
- (2) Expansão: adicionar X ou $\sim X$ ao seu conjunto de crenças Y , quando anteriormente esse enunciado representava para Y uma crença indeterminada.
- (3) Revisão: passar a aceitar uma crença que anteriormente era rejeitada ou, paralelamente, rejeitar uma crença que anteriormente era aceita.

Existe, no modelo do AGM⁷⁵ um critério essencial para essa perspectiva de alteração de crenças: é o critério da mudança mínima e enuncia que as mudanças realizadas nas crenças de um agente devem ser as menores possíveis e o mínimo de informação deve ser rejeitado, isto é, as crenças não devem ser afastadas sem que existam boas razões para que sejam.

⁷⁵ ALCHOURRON, Carlos; GARDENFORS, Peter; MAKINSON, David. On the logic of theory change: partial meet contraction and revision functions. *Journal of Symbolic Logic*. V. 50, 1985, pp. 510-530.

Representativamente, significa a quantidade de fórmulas que permaneceram dentro do conjunto de crenças após a mudança. O modelo AGM se apresenta como um modelo lógico de revisão de crenças que evidenciarão a dinâmica de expansão, derrogação e revisão de contradições normativas dentro do sistema⁷⁶, mesmo sem ser um modelo não monotónico.

Sem o intento de aprofundar as componentes lógico-estruturais da teoria⁷⁷, a ideia se resume no fato de que *a* contribui para *b* se *b* é decorrente de *a*, juntamente com os pressupostos implícitos *K* consistentes com o antecedente, ou seja $b \in Cn(K*a)$, em que *Cn* é o operador de consequência clássica e “*” é um operador de revisão no sentido da teoria AGM⁷⁸.

Nesse sentido, Alchourrón, Gärdenfors e Makinson desenvolveram a operação geral de “contração de intersecção parcial” ou “partial meet contraction”⁷⁹. Em outras palavras, a lógica de revisão de crenças do modelo AGM tenta representar a dinâmica de expansão, derrogação e revisão de contradições de normas do sistema normativo, sob a perspectiva de uma lógica deontica e monotónica.

Toda esta construção em torno do modelo do AGM nos permite compreender que um modelo baseado na lógica clássica deontica pode ser capaz de explicar o fato de que algumas vezes as normas podem ter exceções

⁷⁶ MARANHÃO, Juliano S. A. A lógica en el Derecho: grandes expectativas y algunas desilusiones *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Núm. 32, 2009, pp. 229-254, p. 236.

⁷⁷ Para uma perspectiva mais aprofundada das especificidades da teoria AGM, cfr. MARANHÃO, Juliano S. A. Why was Alchourrón afraid of snakes? *Anal. filos.*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, v. 26, nº. 1, p. 62-92, maio 2006. Disponível em <<http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sciarttext&pid=S185196362006000100004&lng=pt&nrm=iso>>. acessos em 01 jun. 2018.

⁷⁸ MARANHÃO, Juliano S. A. A lógica en el Derecho: grandes expectativas y algunas desilusiones, *Op. Cit.*, p. 243.

⁷⁹ ALCHOURRON, Carlos; GARDENFORS, Peter; MAKINSON, David. *Op. Cit.* 1985, pp. 510-530, p. 512-514. Cfr. também FERNANDES, Diego P. *As Teorias de Revisão de Crenças e os Condicionais Contrafactuais*, Dissertação (Mestrado), Universidade Federal de Goiás, Faculdade de Filosofia, 2012.

implícitas e, por conseguinte, serem derogadas ou rejeitadas dentro de sistemas normativos inconsistentes.

Numa perspectiva crítica, argumenta-se que não há como o modelo lógico clássico ser bem-sucedido na aplicação de uma lógica para derrotabilidade porque não fornece propriamente uma solução para as antinomias. Esta objeção é facilmente rebatida, uma vez que não é função da lógica dedutiva fornecer ferramentas para resolver conflitos normativos. Na verdade, destina-se tão-somente a disponibilizar as ferramentas necessárias para detectá-los.

Outra crítica destinada à utilização da lógica no raciocínio jurídico é que discute a tese da inaptidão da estruturação lógica e consiste em dizer que “as condições suficientes das inferências lógicas não se verificam com respeito ao raciocínio jurídico”⁸⁰. Não é possível com a lógica solucionar problemas de interpretação, ambiguidades, lacunas e incoerências. Então, utilizar a lógica formal seria uma forma de apartar o Direito da dinâmica social.

Nessa linha, a lógica só pode ser aplicada quando as normas jurídicas já foram interpretadas: assim, a lógica só pode determinar quais são as consequências que derivam de aceitar uma certa interpretação, mas não diz nada sobre qual interpretação, entre diferentes interpretações possíveis, deve ser acolhida pelo intérprete⁸¹.

A discussão acerca da aptidão em torno dos modelos lógicos para a representação do processo de interpretação e aplicação de uma norma jurídica não é uma unanimidade na doutrina e envolve questões ainda mais profundas,

⁸⁰LOPES, Pedro Moniz, *Derrotabilidade normativa e normas administrativas*, Tese de Doutoramento, Lisboa, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, vol. I, 2016, p. 28.

⁸¹ RATTI, G. Battista; BELTRÁN, JORDI F., *Defeasibility and Legality: A Survey*. In: BELTRAN, Jordi F.; RATTI, G. Battista. *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*, Oxford University Press 2012, p. 21.

tanto que seria preciso uma dissertação inteira para tratar do tema (e ainda não seria suficiente).

Mas a verdade é que com a expansão da compreensão da derrotabilidade das normas jurídicas, a lógica sobressai na relação com o raciocínio jurídico e demonstra a sua utilidade e pertinência para a argumentação justificativa, que não se dissocia da existência da lógica.

Sem dúvidas, a representação lógica e formal do raciocínio derrotável pode se manifestar de maneiras variadas, monotônicas ou não monotônicas⁸², lógicas do raciocínio derrotável⁸³, mas que, no fim, sempre designem a possibilidade de inserção de novas informações que culminem na derrota das normas.

O que é preciso estabelecer é que em torno do julgador está a atividade de descobrir novos caminhos para a compreensão e decisão final de um caso

⁸² É importante esclarecer que a derrotabilidade é distinta da não monotonicidade. Esta última refere-se a uma propriedade da lógica formal. Para uma dada lógica L é considerada monotônica se e somente se as seguintes condições se sustentarem. Consideremos uma conclusão B que segue logicamente de um conjunto de premissas P. Se este for o caso para qualquer grupo de premissas A', tais que A' é um superconjunto de A, B também segue logicamente. Embora a lógica não monotônica seja uma ferramenta para modelar e representar o raciocínio derrotável, não há uma conexão necessária entre a não monotonicidade e a derrotabilidade. De qualquer modo, a lógica não monotônica captura uma intuição importante que é passada na maioria dos conceitos que a derrotabilidade assume: a introdução de uma nova informação pode levar à derrota de conclusões aceitas anteriormente. HAGE, Jaap. Law and Defeasibility. In: *Studies in legal logic*. Berlim: Springer, pp. 7-32, p. 8.

⁸³ “Essas lógicas foram introduzidas no final da década de 80 por Pollock e rapidamente dominaram as principais correntes, a partir da década de 90, no âmbito da inteligência artificial e do Direito. Existem agora diversos sistemas de argumentação. [...] é possível construir uma relação abstrata de consequências não-monotônicas tomando a noção de argumento como um elemento primitivo e definindo a partir dele as relações de conflito e derrotabilidade (preferência entre argumentos conflitivos) e sobre esta base se define o status de argumentos como justificados, plausíveis ou derrotados. Não é pertinente expor os diferentes sistemas, mas é fácil dizer que é possível construir diferentes lógicas de argumentação a partir da especificação da estrutura do argumento, isto é, como uma dedução de um enunciado a partir de um subdomínio consistente de um domínio possivelmente e preferivelmente inconsistente de regras e proposições. Deste modo, com as lógicas de argumentação, para cada enunciado se identifica, no domínio considerado, argumentos a favor (que derivam do enunciado ou premissas que compõem uma demonstração desse enunciado) e contra (que derivam da negação do enunciado ou da negação de uma premissa que compõe a demonstração desse enunciado que interagem e prevalecem ou sucumbem a partir das relações de preferência estabelecidas entre regras”. MARANHÃO, Juliano S. A. A lógica en el Derecho: grandes expectativas y algunas desilusiones, *Op. Cit.*, Tradução Livre, p. 238.

de forma justificada e racional, mas sempre sem desconsiderar a mutabilidade e o dinamismo de alteração do ordenamento jurídico.

A noção de derrotabilidade seria melhor representada por uma modificação nas premissas e não pelo enfraquecimento da relação de consequência.

Desse modo, Juan Carlos Bayón bem sugere que a formulação de condicionais não pode ser admitida como suficiente, mas sim como derrotável, cujo antecedente se comportaria apenas como condição contribuinte que só se tornaria condição suficiente quando em conjunção com uma série de pressupostos inseridos no contexto do caso, mas não sempre suficiente para a ativação da conclusão⁸⁴.

Cabe, em último lugar, referir a uma terceira perspectiva de lógica que é assinalada por Juliano Maranhão como a terceira geração da lógica⁸⁵. Esta terceira (e última) vincula o assunto da lógica com a concepção de Direito como uma prática interpretativa de regras junto com valorações política e morais. Nesta terceira geração, dois nomes muito conhecidos e atuais são colocados em destaque: Dworkin e Alexy⁸⁶.

Em primeiro lugar, Dworkin considera que é inerente à atividade de interpretação que as normas jurídicas sejam derrotadas por princípios de conteúdo moral ou de políticas públicas ainda quando fossem produzidas as suas condições de aplicação, na medida em que os operadores do Direito não ficam adstritos à análise das circunstâncias presentes na previsão da norma e

⁸⁴ BAYÓN, Juan Carlos. Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. nº 13, p. 92.

⁸⁵MARANHÃO, Juliano S. A. A lógica en el Derecho: grandes expectativas y algunas desilusiones, *Op. Cit.*, p. 236.

⁸⁶ Idem.

consideradas relevantes para o legislador, mas devem considerar as circunstâncias presentes nos casos que podem ser admitidas como relevantes para definir ou não a aplicação daquela norma ao caso⁸⁷.

Em Alexy, a racionalização do discurso jurídico vem com a organização da argumentação por meio de um grupo de regras que constituem um protocolo de discussão crítica específico para o Direito, embora pertencendo ao domínio do raciocínio e argumentação prática. Este processo de balanceamento entre as razões a favor e as razões contra, teria uma dimensão valorativa resistente a formalização e, ao mesmo tempo, desafiadora da dimensão descritiva do sistema de regras⁸⁸.

Esse processo de equilíbrio teria uma dimensão avaliativa, resistente à formalização e desafiando a abordagem descritiva de um sistema de regras. Maranhão sustenta que é concebível um sistema jurídico em que a limitação da regra através da introdução de cláusulas de exceções é proibida⁸⁹.

De qualquer modo, sem estabelecer a prevalência de um modelo lógico por outro, a utilização da lógica contribui para a representação do raciocínio derrotável e, portanto, é imprescindível esta retomada na perspectiva do enquadramento de uma derrotabilidade normativa.

Há diversas manifestações de construção de lógicas derrotáveis⁹⁰. O ponto comum por detrás dessas formulações é que de algum modo as

⁸⁷ Esta consideração é feita a partir de uma análise global da obra de Dworkin, sobretudo DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002 e *O império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. No mesmo sentido é a afirmação de Juliano Maranhão em *A lógica en el Derecho: grandes expectativas y algunas desilusiones*, p. 237.

⁸⁸ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

⁸⁹ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. E. Garzón Valdés. Madrid: C.E.C., 1993, p. 99-101.

⁹⁰ É possível construir diversas lógicas de argumentação a partir da especificação da estrutura do argumento, ou seja, na forma de uma dedução de um enunciado a partir de um subdomínio

inferências são realizadas sobre pressupostos implícitos que podem derrotá-las a partir da inclusão de novas informações⁹¹.

Nas lógicas da terceira geração – as lógicas de argumentação – temos que para cada enunciado se identifica no âmbito delimitado, argumentos a favor (derivados do enunciado ou premissa que compõe a demonstração do enunciado) e contra (derivado da negação do enunciado ou da negação de uma premissa que compõe a demonstração desse enunciado) que interagem entre si e podem prevalecer ou serem derrotados a partir das relações de preferência estabelecidas entre as regras⁹².

Em suma, não é possível estabelecer que há entre a lógica da argumentação, a lógica derrotável, a lógica monotônica baseada na revisão de crenças ou a lógica não monotônica e tantas outras, uma que se aproxime completa e perfeitamente da representação lógica do raciocínio jurídico.

Sem o intento de aprofundar ainda mais o debate que aqui se apresentou, é importante que se reconheça a situação de utilidade da lógica para a realização

consistente de um domínio possivelmente e preferivelmente inconsistente de regras e proposições. Uma representação possível da derrotabilidade dentro de um processo de interação entre argumentos a favor e contra de uma determinada solução normativa é dada pelas lógicas de argumentação derrotável. Segundo essas lógicas, introduzidas por John L. Pollock em *Defeasible Reasoning. Cognitive Science*, 11, 1987, pp. 481-518. É possível construir uma relação abstrata de consequências não monotônicas levando em consideração que o argumento é o elemento primitivo e definindo a partir dele as relações de conflito e derrotabilidade – preferência entre argumentos conflitivos - e sobre este pilar se define o estado dos argumentos como justificados, plausíveis ou derrotados (conforme afirmam A. Bondarenko, P. M. Dung, R. A. Kowalski y F. Toni. An abstract argumentation theoretic approach to default reasoning, *Artificial Intelligence*, 93, 1967, pp. 63-101 apud MARANHÃO, Juliano S. A. A lógica en el Derecho: grandes expectativas y algunas desilusiones, *Op. Cit.*, p. 238).

⁹¹MARANHÃO, Juliano S. A. A lógica en el Derecho: grandes expectativas y algunas desilusiones, *Op. Cit.*, p. 237.

⁹² “Todos esses sistemas podem ser construídos por meio de uma definição semântica ou quase semântica do conjunto de argumentos justificados dentro de um domínio de argumentos e preferências entre argumentos, que se assemelha a um modelo de ponderação ou também a partir de um protocolo ou jogo com regras de interação entre o proponente e o oponente num conflito de argumentos, o que se aproxima do modelo de argumentação crítica”. Tradução Livre. *Ibid*, p. 239.

da ciência, da representação da racionalidade na reconstrução interpretativa dos ordenamentos e do raciocínio jurídico.

Toda essa explanação para relacionar a lógica e o raciocínio jurídico é importante na compreensão do estudo e da representação do fenómeno da derrotabilidade normativa e se faz necessária nesta pesquisa para um melhor desenvolvimento da compreensão acerca do objeto aqui tratado.

1.5 DERROTAR O QUÊ? CONSIDERAÇÕES ESSENCIAIS SOBRE A ESTRUTURA DA NORMA JURÍDICA

A norma jurídica é o objeto que servirá como base para a análise da derrotabilidade deontica. Afinal, como o próprio nome já sugere e já se viu até aqui, esta derrotabilidade deontica está intrinsecamente ligada à ideia de norma que é a “unidade deontica elementar do ordenamento jurídico”⁹³.

Compreender a estrutura da norma jurídica individualmente, portanto, é indispensável para o enquadramento e melhor percepção de como se dará a derrotabilidade normativa.

Quando vem à mente a noção de norma, remetemo-nos logo à ideia de uma obrigação, uma imposição ou um dever de agir de certa forma ou de não agir. Quando se diz que a norma é uma unidade deontica, significa que ela exprime um valor de obrigação ou de permissão, no sentido de um dever-ser. Por isso, é exatamente na forma de um dever-ser que sempre se expressará a representação de uma norma jurídica⁹⁴.

⁹³LOPES, Pedro Moniz, *Derrotabilidade normativa e normas administrativas*, Tese de Doutoramento, Lisboa, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2016, vol. I, p. 38.

⁹⁴RAMIÃO, Rúben Miguel Pereira. O que é uma Norma Jurídica? In: *O direito*. – Lisboa, 1868-. A. 150, n. 1 (2018), pp. 109-118, p. 109.

Quando algo deve-ser, então, naturalmente não significará que já o é. No entanto, o dever-ser de uma norma jurídica não se aparta totalmente do significado daquilo que é de fato descrito na norma. Veja-se que, por exemplo, não cabe a uma norma “*mulheres acreanas devem usar protetor solar*”, sem que se refira ao fato de as mulheres acreanas *deverem usar* protetor solar. Ou seja, a descrição que se faz da norma jurídica está umbilicalmente ligada à norma, numa relação dever-ser e ser⁹⁵.

Por óbvio, não significa que, repise-se, dever ser seja aquilo que é, contudo, a norma não tem o condão de frustrar que seja ou muito menos de que não seja. A ideia de que *as mulheres acreanas devam usar protetor solar* não significa propriamente que assim o façam, mas não faz sentido dizer também que o fato das *mulheres acreanas deverem usar protetor solar* inibe ou “é o contrário” à utilização de protetor solar⁹⁶.

O primeiro ponto que é preciso esclarecer é que apesar de já mencionado aqui que a norma jurídica segue o modelo deontológico do “dever-ser”⁹⁷ dentro da sua formação e estrutura e assim seja capaz de se incorporar como uma representação normativa, existe uma diferenciação elementar que se dá entre

⁹⁵ Ibid, p. 109-110.

⁹⁶ Ibid, p. 110.

⁹⁷ Aqui, é preciso considerar que mesmo que algumas normas jurídicas contenham expressamente o verbo “ser”, trata-se de mera estilística da linguagem, já que o “ser” neste aspecto significa um “dever ser”, como acontece no artigo primeiro da Constituição do Estado do Acre ao aduzir que: Art. 1º. O Estado do Acre, com seus Municípios, **é parte integrante da República Federativa do Brasil**, exercendo os poderes decorrentes de sua autonomia e regulando-se por esta Constituição e leis que vier a adotar (Grifo Nosso). Também no parágrafo primeiro do art. 54 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República Federativa Brasileira ao estabelecer que: Art. 54. Os seringueiros recrutados nos termos do Decreto-Lei nº 5.813, de 14 de setembro de 1943, e amparados pelo Decreto-Lei nº 9.882, de 16 de setembro de 1946, **receberão**, quando carentes, pensão mensal vitalícia no valor de dois salários mínimos. § 1º - O benefício **é estendido aos seringueiros** que, atendendo a apelo do Governo brasileiro, contribuíram para o esforço de guerra, trabalhando na produção de borracha, na Região Amazônica, durante a Segunda Guerra Mundial (Grifo Nosso).

a norma jurídica e o seu enunciado ou texto normativo. Aquela é resultado direto da interpretação deste⁹⁸.

Ou seja, o enunciado é aquilo que exterioriza de forma linguística a norma e, dele, podem-se retirar mais de uma norma. A norma só é assimilada quando se alcança o seu significante (ou enunciado) que é a “representação, também ela mental, da expressão simbólica da norma jurídica”⁹⁹. Há também, por exemplo, a possibilidade de uma norma ser exteriorizada por vários enunciados descritos de formas variadas¹⁰⁰.

Diante disso, é preciso sublinhar que são as normas jurídicas e não o texto/enunciado normativo que são objetos da derrotabilidade, já que o que se pretende derrotar é o resultado da interpretação do texto legal.

Esta consideração é relevante para compreender mais à frente os limites de criação normativa – quando da derrotabilidade de uma norma, por exemplo - do Poder Judiciário na discussão acerca da problemática da interferência institucional e as suas consequências no contexto democrático-representativo de um Estado Constitucional na produção da norma jurídica.

Desta forma, é preciso sublinhar que a criação de um enunciado normativo é reservada ao Poder Legislativo e cabe ao Judiciário, então, orientar

⁹⁸ Neste sentido, cfr. DUARTE, David. *A norma de legalidade procedimental administrativa. A teoria da Norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 72-73.

⁹⁹ RAMIÃO, Rúben Miguel Pereira. *Op. Cit.*, p. 110.

¹⁰⁰ “Por exemplo o mesmo enunciado (z) contém a norma1, a norma2 e a norma3 (...) sendo esta situação de cumulação identificável sempre que existir no mesmo enunciado mais que um operador deontico (permite, impõe ou proíbe), ou seja, a existência de mais do que um operador deontico (od) num específico enunciado normativo (z) é igual à existência de mais do que uma norma (N) nesse enunciado, o que pode ser simbolizado assim: $nod = nN$, sendo n um número inteiro (...). Além de tudo que foi mencionado, convém referir que a alteração da formulação linguística de um enunciado pode não levar a alterações à norma nele contido, ou seja, a norma pode manter-se a mesma em caso de se alterar a formulação linguística do respetivo enunciado”. MARTINS, Tiago Rolo, Estudo de lógica deontica: as normas, a interdefinibilidade deontica e as inferências deonticas, Coimbra: Coimbra Editora, 2013. Pp. 103-162, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. 54, nºs 1-2 (2013), p. 113.

a criação da norma jurídica num ordenamento com infinitas possibilidades interpretativas nos limites do caso concreto e nos sentidos autorizados pelo texto¹⁰¹. Quando assim o faz, inegavelmente se nota o carácter da criação normativa na atividade judicial, já que não se pode falar em interpretação sem criatividade – seja qual nível de criação seja¹⁰².

A norma e o enunciado normativo são autônomos. Por isso, feitos os aportes necessários sobre a diferença entre os dois, interessa-nos agora a identificação da norma por meio da individuação normativa, que se traduz na definição dos elementos que permitem afirmar que estaremos diante de uma norma jurídica, que é o que será derrotado.

Como unidade deôntica, é possível inferir desde já algumas propriedades que auxiliam no processo de individuação da norma, como por exemplo o fato dela carregar consigo um conteúdo prescritivo de dever ser e, por conseguinte, a ideia de que possui uma natureza hipotética que só se concretizará quando se verificarem as condições necessárias para que a norma opere, sendo, em razão disso, uma estrutura condicional.

A norma também traz consigo a propriedade da generalidade, ou seja, possui uma gama indeterminada de destinatários ampla e é impossível determinar individualmente cada um deles¹⁰³.

¹⁰¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Manuale di diritto costituzionale: i sistema delle fonti del diritto*. Torino: Utet, 1988, p. 69.

¹⁰² Cabe aqui anotar as lições de Eduardo García de Enterría ao descrever que: “toda decisión judicial (y esto puede aplicarse a la integridade del processo de aplicación del derecho, aunque no toda tenga la autoridade de la aplicación por el juez) se reproduce necessariamente em mayor o menor medida el proceso de creación o producción del derecho, que em toda interpretación judicial de una norma hay necessariamente una conformación valorativa de esta norma, que toda decisión judicial entraña una decisión originaria sobre el orden jurídico”. ENTERRÍA, Eduardo García de. *Reflexiones sobre la ley y los principios general es del derecho*. Madrid: Editorial Civitas, 1996, p. 21-22.

¹⁰³ Nestes termos, é importante dizer que “a generalidade consistir na indeterminabilidade dos destinatários não significa, no entanto, que esta propriedade se satisfaça pela não identificação dos mesmos: a indeterminabilidade significa, em rigor, que o sentido deôntico em causa produz efeitos sem que se possa, de alguma forma, detetar quem são os sujeitos a que a norma se

Tendo em conta as propriedades da norma, é possível estabelecer os elementos que compõem a estrutura normativa. As normas jurídicas possuem internamente um “esqueleto” que as qualifica como normas.

Primeiramente, há uma celeuma na teoria jurídica sobre a quantidade de elementos em que se subdivide a estrutura normativa que é ora considerada bipartida (previsão e estatuição), ora tripartida (previsão, operador deôntico e estatuição)¹⁰⁴.

A compreensão da norma adotada aqui será a tripartida, que desmembra o esqueleto normativo nos três elementos. É o que compõe uma norma completa: a previsão, os modais deônticos e a estatuição¹⁰⁵.

O elemento inicial a se considerar neste esqueleto normativo é a previsão¹⁰⁶. É na previsão que se encontra a parte da hipoteticidade da norma, ou seja, a descrição daquilo que resultará na operatividade normativa. A previsão é o recorte do mundo fático inserido na norma jurídica. É imprescindível a presença deste elemento no esqueleto normativo, pois representa os fatos da vida real, aqueles que quando verificados, incidirão sobre o seu conteúdo e como consequência resultarão na ativação dos efeitos jurídicos da norma.

dirige”. Mais sobre as propriedades e identificação da norma jurídica, cfr. DUARTE, David. *A norma de legalidade procedimental administrativa. A teoria da Norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 72-75. Na mesma esteira, ainda acerca dos critérios de individuação normativa também. Cfr. DUARTE, David. An experimental essay on the antecedent and its formulation. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*. Coimbra, 2012, p. 119-138. - Vol. 6,

¹⁰⁴ Autores que defendem a estrutura bipartida: Miguel Teixeira de Sousa em *Introdução ao Direito*, 2012, p. 206. e José de Oliveira Ascensão em *O Direito*, 2005, p. 50-51. E os defensores da estrutura tripartida da norma: David Duarte em *A norma de legalidade procedimental administrativa. A teoria da Norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*, 2006, p. 76 e Pedro Moniz Lopes em *Derrotabilidade normativa e normas administrativas*, 2016, Vol. I, p. 38.

¹⁰⁵ DUARTE, David. Os argumentos de interdefinibilidade dos modos deônticos em Alf Ross. *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, 2002, v. 43, n. 1, pp. 278-279.

¹⁰⁶ É descrito também como antecedente, prótase, hipótese ou predicado factual. LOPES, Pedro Moniz. *Derrotabilidade normativa e normas administrativas*, 2016, Vol. I, p. 39.

A previsão, além de ser a “antecedência condicional de produção de efeitos”¹⁰⁷ é também o elemento responsável pela demarcação no universo infinito do mundo dos fatos das condições que quando verificadas operacionalizarão um efeito. Assim, a previsão é aquilo que irá definir o que condiciona a ativação do efeito, delimitando as situações a que se aplica a norma.

O conteúdo da previsão é variável¹⁰⁸ e ela também possui uma organização própria. A previsão possui um elemento subjetivo, traduzido no destinatário da norma – “agente realizador de uma conduta”¹⁰⁹ - e também um elemento objetivo que é aquele que trata da situação fática que será a hipótese para se operar a aplicação da norma¹¹⁰.

A existência da previsão é clara dentro da estrutura da norma e não suscita grandes desentendimentos quanto à sua presença no esqueleto normativo.¹¹¹

O dissenso doutrinário fica a cargo da divisão autônoma ou não do chamado operador deôntico, que conforme defendem os argumentos favoráveis

¹⁰⁷ DUARTE, David. *A norma de legalidade procedimental administrativa. A teoria da Norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 77.

¹⁰⁸ Pode se referir a situações da vida, a comportamentos, a outras normas e podem ser mais abrangentes ou mais restritas. Além disso, o conteúdo da previsão pode estar formulado alternativamente ou pode se somar a outros. Na norma princípio, a previsão engloba condições que ativam a condicionalidade normativa e tais condições podem ser únicas ($a \rightarrow b$), conjuntivas ($a \wedge b \rightarrow c$) e disjuntivas ($a \vee b \rightarrow c$).

¹⁰⁹ LOPES, Pedro Moniz. *Derrotabilidade normativa e normas administrativas*, 2016, Vol. I, p. 42.

¹¹⁰ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao direito*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 207. No mesmo sentido é LOPES, Pedro Moniz. *Derrotabilidade normativa e normas administrativas*, 2016, Vol. I, p. 40.

¹¹¹ Apesar de nem todas as vezes estar expressa e clara a previsão da norma de modo que seja fácil coletá-la dentro da estrutura normativa, ela está sempre onipresente, ou seja “sem previsão não se saberia a que é que a norma se aplica” já que: “(i) a norma é, por natureza, hipotética, pelo que não pode haver um efeito jurídico sem uma condição, (ii) só a previsão dá sentido normativo pleno à norma e (iii) a norma só é aplicável se tiver uma previsão, pois é esta que define a razão de (dever) ser do efeito”. DUARTE, David. *Op. Cit.*, 2006, p. 83-84.

à estrutura bipartida, o elemento deôntico estaria dentro da estrutura da estatuição.

Aqui, ao contrário, considera-se que para uma análise mais apurada da visualização da estrutura normativa e também pela relevância da sua função na norma, é preciso individualizar o elemento operador deôntico, razão pela qual adota-se a noção da estrutura tripartida normativa.

O segundo elemento é justamente este que conecta a previsão com a estatuição e como o próprio nome já sugere é o responsável pelo sentido deôntico da norma. O operador deôntico determina a forma de *dever ser* da norma e é representado pelo modo deôntico da permissão, da proibição e da imposição através dos operadores deônticos: permitir, proibir e impor¹¹².

A norma deôntica, portanto, definirá o *dever ser* de uma ação hipotética que será enquadrado como permitida, imposta ou proibida. Para ilustrar melhor essa afirmação imaginemos o seguinte exemplo:

Norma_x (N_x): *os alunos acreanos podem tomar açaí durante as férias.*

Os alunos acreanos = previsão

Podem = operador deôntico permissivo

Tomar açaí durante as férias = estatuição

Estamos, pois, diante de uma norma permissiva que, caso se altere o operador deôntico para o modo deôntico de proibição teremos a Norma_x na sua forma proibitiva, elaborada da seguinte forma:

Os alunos acreanos estão proibidos de tomar açaí durante as férias.

¹¹² Os modos deônticos permitem classificar as normas como impositivas, proibitivas e permissivas. Sobre os três modos deônticos admissíveis, cfr. AARNIO A., *The Rational as reasonable*, p. 62. Para o modo deôntico de dispensa Cfr. ARAÚJO, Fernando. *Lógica jurídica e Informática Jurídica: da axiomatização deôntica às estruturas não-monotónicas do raciocínio rebatível*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

Embora tenham se utilizado dos mesmos elementos na previsão e na estatuição para reproduzir a nova norma, o sentido da norma agora é proibitivo pela troca do operador deôntico.

Segue-se o raciocínio quando, do mesmo modo, altera-se o operador deôntico para um impositivo ao afirmar que:

Os alunos acreanos devem tomar açaí durante as férias.

Ou seja, foram apresentados três exemplos que se manifestam como normas jurídicas completamente distintas apesar de possuírem a mesma previsão e estatuição, justamente porque em todas elas havia um elemento diferenciador: o modo contido no operador deôntico.

Daí, portanto, a importância de autonomizar a análise deste elemento na estrutura da norma, já que o sentido da norma é completamente dado por ele. A norma jurídica pode ser enunciada então como “se X então é permitido Y”, “se X, é proibido Y” e “se X, então é obrigatório Y”.

Todas estas formas são expressões da forma genérica “se X então deve ser Y”, o que significa dizer que são todas normas impositivas – estabelecem aquilo que é devido¹¹³.

Para completar a análise da estrutura normativa, o último elemento é a estatuição. A estatuição traz consigo os efeitos¹¹⁴ que se desencadearão quando a previsão se verificar. Neste elemento, está aquilo que, por consequência, irá acontecer no momento em que a previsão se preencher, conforme o modo deôntico existente na norma.

¹¹³ RAMIÃO, Rúben Miguel Pereira. *Op. Cit.*, p. 113.

¹¹⁴ A estatuição é unidade que se encontra no interior de um efeito jurídico. E o efeito jurídico se manifesta como a “consequência específica da norma”, caracterizada pela “determinação de uma qualquer coisa que tem de se verificar num contexto específico”. Efeito pode ser tanto uma unidade da estatuição quanto consequência da norma quando se considera efeito a conjugação do operador deôntico à estatuição. DUARTE, David. *Op. Cit.*, 2006, p. 82.

A produção dos efeitos ou consequências jurídicas que o fato contido na norma vai gerar, encontra-se na estatuição. E daí então que o conteúdo da estatuição, numa direção contrária do elemento operador deôntico é, da mesma forma que o é na previsão, variável. Dizer isto é o mesmo que afirmar que a estatuição pode ser cumulada com outras na mesma norma ou ainda apresentado de maneira alternativa¹¹⁵.

Dessa forma, o modo como se examinou a estrutura formal da norma jurídica e a forma como os seus elementos se inter-relacionam, tem-se que a norma jurídica se exterioriza de forma hipotética condicional¹¹⁶ – ou seja, uma prótase e uma apódose, um antecedente que conduz a um conseqüente, unidos por um elo que imputa ou impõe determinada conduta (proibir, permitir ou obrigar).

Compreender as estruturas normativas gira em torno da questão de individuar a norma, que se considera como a união de uma previsão, um operador deôntico e uma estatuição que estejam correlacionados entre si para formar um todo: a norma jurídica.

A estrutura individualizada da norma possui questões muito mais amplas e aprofundadas do que as considerações que foram apresentadas até aqui. Porém, as reflexões iniciais formuladas já são suficientes para iluminar e compreender melhor os contornos do fenómeno da derrotabilidade normativa, objeto deste estudo, principalmente porque na representação lógica da formulação normativa “se $A \rightarrow B$ ”, não significa exatamente que a ocorrência da

¹¹⁵ Neste sentido, confira os exemplos trazidos por David Duarte para demonstrar o conteúdo variável da estatuição com a existência de unidades de efeitos nas normas que se apresentam de forma associativas ou disjuntivas. Ibid, p. 82-83.

¹¹⁶ Von WRIGHT, G. A new system of deontic logics. In: *Danish Yearbook of Philosophy* 1, 1964, reimpresso em R. Hilpinen (ed.), *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*. Dordrecht, Reidel, 1971, p. 105-119.

previsão A será suficiente para ativar a consequência presente na estatuição B, mas apenas que A, o antecedente, somado a um conjunto de pressupostos aceitos no contexto em que o condicional é feito, é condição suficiente para o consequente B¹¹⁷.

Em outras palavras, as generalidades e a própria estrutura contida nas normas as concebem como universais derrotáveis. De modo que as construções na forma “Se A, então B” são normalmente utilizadas de tal maneira que não se tem como objetivo afirmar com elas que o antecedente A é condição suficiente do consequente B, mas apenas que o antecedente somado a um conjunto de pressupostos aceitos no contexto de emissão condicional é condição suficiente do consequente B.

Essa afirmação condicional é derrotada quando algum dos pressupostos implícitos aparece como falso, um condicional é, na verdade, derrotável porque está sujeito a exceções implícitas¹¹⁸.

Portanto, é possível pensar em normas jurídicas como condicionais universais que relacionam consequências normativas à ocorrência de certos fatos ou eventos. Também pode se refletir, com a análise da norma jurídica, que estas estão sujeitas a exceções e, por isso, são estruturas derrotáveis¹¹⁹.

¹¹⁷ ALCHURRÓN, Carlos. Sobre derecho y lógica, *Isonomia: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 13, outubro, 2000, pp. 11-33, p. 23.

¹¹⁸ Idem.

¹¹⁹ DUARTE D'ALMEIDA, Luís. Excepciones y superación. En: LUQUE, Pau (ed.), *Particularismo*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires y São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 133-150, p. 133.

1.6 UMA TENTATIVA DE MOLDURA CONCEITUAL PARA A DERROTABILIDADE

De todas as noções iniciais que esta primeira parte da pesquisa intentou agregar, já é possível que se defina um enquadramento acerca do conceito do termo derrotabilidade normativa para então adentrar ao problema que aqui se pretende debater. Afinal, se queremos tratar de limites da derrotabilidade das normas jurídicas¹²⁰, estabelecer uma definição do conceito da expressão é imprescindível para as próximas questões que serão aqui discutidas.

Como derrotabilidade é um termo plurívoco, abrangente e com uma utilização ainda pouca expressiva na jurisprudência e na doutrina, especialmente na brasileira, pode ser que existam algumas posições divergentes em relação ao enquadramento do seu conceito¹²¹.

Inúmeras aceções do conceito são elencadas na doutrina como por exemplo a derrotabilidade como (1) a interpretação que se atribui a um enunciado normativo em um determinado momento diversa daquela que se atribui em outro momento, de forma que a norma passe a abranger casos e circunstâncias que antes não eram por elas compreendidas ou deixe de ser aplicável a casos antes compreendidos ou (2) a possibilidade de no sistema novos enunciados normativos que alterem a solução normativa estabelecida para um caso ao introduzir exceções antes não abrangidas pela norma.

A derrotabilidade também seria identificada (3) como a ideia de que um conteúdo conceitual de um enunciado normativo não pode ser detalhado sem

¹²⁰ É importante estabelecer que a derrotabilidade tratada nesta pesquisa é a referente às normas jurídicas. Outros objetos podem carregar a propriedade da derrotabilidade como os fatos, crenças, conceitos, enunciados, interpretações e raciocínios. LOPES, Pedro Moniz. *Op. Cit.*, 2014, p. 173- 176.

considerar o contexto em que se formula, de modo que, outros enunciados do sistema podem permitir exceções a respeito de uma norma ou (4) os enunciados normativos estão sempre sujeitos ao problema da textura aberta da linguagem, de modo que não se pode excluir um grau maior ou menor de insegurança em relação à aplicabilidade de uma norma em um caso particular.

Além desses, (5) a noção de que ao legislar, uma autoridade normativa não é capaz de considerar todos os casos possíveis, mas tão-somente os normais, é possível, entretanto, considerar os casos anormais que merecem uma forma diferenciada de solução, e é exatamente por esse motivo que as obrigações e direitos consagrados nas normas gerais devem ser compreendidos como passíveis de abranger exceções implícitas ou (6) o pensamento de que para determinar se alguém está obrigado a fazer algo em um caso particular é preciso descrever a situação que se encontra – descrições diversas levam a qualificações normativas diversas. No caso, como não é possível uma descrição que possa ser verdadeira ou completa, sempre é possível que uma situação em que exista a crença de que o sujeito tem uma obrigação, contenha alguma particularidade que torne cabível uma exceção.

Outra forma de expressão da derrotabilidade (7) é a de que qualquer processo formulado perante um juiz com base num dispositivo normativo pode ser derrotado pela outra parte se ela demonstra que no caso em questão concorre uma exceção que também encontra suporte numa disposição do sistema¹²².

¹²² Os diversos sentidos da derrotabilidade aqui apresentados foram retirados de RODRÍGUEZ, Jorge L.; SUCAR, Germán. Las trampas de la derrotabilidad: niveles de análisis de la indeterminación del derecho. *Doxa*. N. 21, vol. 2 (1998). ISSN 0214-8876, pp. 403-420, p. 405-406. Os sentidos de derrotabilidade se dividem entre a apresentação da derrotabilidade como um problema teórico e um problema prático.

Em que pese os inúmeros conceitos e posicionamentos apresentados pelos autores Rodríguez e Sucar, nem todos serão aplicáveis ou interessantes para o desenvolvimento deste estudo.

A derrotabilidade se restringiria, neste caso, à inaplicabilidade de um enunciado normativo diante de um caso concreto sem que se altere o dispositivo do ordenamento jurídico de uma exceção implícita, que não é retirada da análise literal de outros enunciados jurídicos, mas extraída da carga axiológica ou moral de certas disposições legais e apenas apreciável no contexto da análise de um caso específico¹²³.

Nesse sentido, Pedro Moniz Lopes relaciona o conceito de derrotabilidade normativa com o conceito de normalidade casuística e estabelece “uma correlação entre a normalidade casuística e a “inderrotabilidade” normativa”¹²⁴.

É preciso considerar que ao representar um condicional normativo, a estatuição é compreendida de modo que as circunstâncias que correspondem a esse condicional no caso em concreto são condições normais¹²⁵.

Para melhor elucidar a relação entre normalidade e derrotabilidade, consideremos o clássico exemplo da amostra de gás que diz: “O volume de gás aumenta à medida que a temperatura aumenta”, isto considerando a condição implícita de que a pressão se mantém constante.

¹²³ RODRIGUEZ SANTANDER, Roger Rafael. *Una teoría sobre la derrotabilidad jurídica em el Estado Constitucional*. Teses Doctorales. Universidad Carlos III de Madrid, 2016, p. 16.

¹²⁴ LOPES, Pedro Moniz. *Op. Cit.*, 2014, p. 172.

¹²⁵ “Toda norma general requiere que las relaciones vitales a las cuales ha de ser aplicada efectivamente y que han de quedar sometidas a su regulación normativa, tengan configuración normal. La norma exige un medio homogéneo. Esta normalidad fáctica no es un simple “supuesto externo” que el jurista pueda ignorar; antes bien, es parte de su validez inmanente. No existe una sola norma que fuera aplicable a un caos. Es menester que el orden sea restablecido, si el orden jurídico ha de tener sentido”. SCHMITT, Carl. *Teología política*. Tradução. F.J. Conde y J. Navarro, Trotta, Madrid. Schmitt, 2009, p. 18.

Ocorre que, caso haja uma variação na pressão a proposição condicional da relação volume e temperatura do gás não terá a mesma conclusão de antes, ou seja, a partir da inclusão de uma circunstância anormal não considerada na primeira formulação o aumento do volume não será verificado com o aumento da temperatura e a proposição inicial será derrotada pela circunstância anormal, qual seja, a variação da pressão¹²⁶.

Para as normas jurídicas, descritas de forma análoga à disposição proposicional da ciência natural, a derrotabilidade das normas jurídicas é o fenómeno de verificação de que diante de uma norma $[a \rightarrow b]$ e de um caso em concreto $[a \vee c]$, o efeito normativo b não necessariamente seguirá quando verificadas conjuntamente na previsão as circunstâncias a e c .

A ideia compreendida também das noções iniciais apresentadas até aqui é a de que a inserção de uma circunstância implícita c , não ativará a estatuição b ainda que se verifique juntamente com c a previsão a que se estivesse “sozinha” normalmente ativaria a conclusão b .

Mais uma vez, retoma-se a noção de que é impossível ao legislador elencar e prever todos os modos de aplicação das normas criadas considerando ao mesmo tempo os infinitos fatos que poderão vir a surgir e, de algum modo, alterar o ordenamento jurídico.

Esta é uma consequência natural que decorre da generalização das condições normativas e como generalização poderão sempre deixar de incluir uma circunstância específica que, por sua vez, quando verificada poderá alterar

¹²⁶ Pedro Moniz sugere que o consequente está condicionado à alteração das variáveis fixadas no antecedente. *Op. Cit.*, 2014, p. 174.

a solução jurídica do caso, ou seja, “há um limite inerente à natureza da linguagem quanto à orientação que a linguagem geral pode oferecer”¹²⁷.

Tal limite, que demonstra aspectos de indeterminação parcial do Direito, se manifesta a partir de casos em que determinadas disposições são aplicáveis de forma clara e outras em que a sua aplicabilidade gerará certa incerteza e obscuridade. Esta é a textura aberta do Direito, uma dificuldade que se origina na incerteza linguística das disposições jurídicas que não possibilitam determinar com clareza quando um caso em concreto pode subsumir ao caso contido na previsão de uma norma.

Apesar da textura aberta de algum modo se relacionar com a derrotabilidade normativa¹²⁸, é preciso ter em consideração que nesta última a dúvida em torno da aplicabilidade ou não dos enunciados jurídicos não vem de uma questão linguística, mas de questões de coerência normativa que têm o seu ponto de viragem no conflito com outros enunciados cujo conteúdo moral fornece razões para que o caso concreto se conclua numa solução diferente da que seria determinada na suposição hipotética inicial da norma¹²⁹.

¹²⁷ “Mesmo quando são usadas regras gerais formuladas verbalmente, podem em casos particulares concretos, surgir incertezas quanto à forma de comportamento exigido por elas. Situações de fato particulares não esperam por nós já separadas umas das outras, e com etiquetas apostas como casos de aplicação da regra geral, cuja aplicação está em causa; nem a regra em si mesma pode avançar e reclamar os seus próprios casos de aplicação”. HART, Herbert. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de. A. Ribeiro Mendes. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 139.

¹²⁸ BIX, Brian H. Defeasibility and Open Texture. In: BELTRAN, Jordi F.; RATTI, G. Battista. *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*, Oxford University Press 2012, pp 193-201, p. 200.

¹²⁹ RÓDENAS, Ángeles Calatayud. En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas. In: *Doxa*, n. 24 (2001). ISSN 0214-8876, pp. 63-83, p. 69.

O fenómeno da derrotabilidade está relacionado a um enfoque prático¹³⁰ do Direito e, por esta razão, é possível inferir por meio da argumentação jurídica exceções implícitas para a aplicação das normas.

Nesse sentido, colaciona-se um conceito de derrotabilidade enunciado por Juan Carlos Bayón que bem sintetiza o entendimento construído até aqui e classifica a norma derrotável como aquela sujeita à inserção de exceções implícitas que impossíveis de enumerar exaustivamente de antemão, de forma que não se poderia enunciar antecipadamente as circunstâncias que seriam condições suficientes e necessárias de sua aplicação. Seguindo essa linha, só seria possível enumerar as condições normais ou típicas de aplicação, acompanhadas inevitavelmente por uma cláusula aberta “a menos que”¹³¹.

O conceito de derrotabilidade jurídica, portanto, se conecta com a possibilidade de que uma norma jurídica, preservando sua validade, não se aplique a um caso concreto mesmo que esteja contido na previsão da norma, em razão de questões originadas da argumentação de outras normas jurídicas.

É claro que por ser um termo muito abrangente o conceito de derrotabilidade é rodeado de muita obscuridade e pouco consenso na doutrina. A derrotabilidade possui muitas facetas¹³², por isso é preciso deixar claro aqui qual a noção de derrotabilidade assumida para este estudo.

¹³⁰ Alguns autores optam por diferenciar a análise abstrata e a análise prática do fenómeno da derrotabilidade jurídica. O enfoque prático, por sua vez, possui maior relevância para a análise do Direito. *Ibid.*, p. 19-20.

¹³¹ BAYÓN, Juan Carlos, Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico, *Isonomia*, 13, 2000, pp 87-116, p. 91.

¹³² TORRE, van der Leendert W. N.; TAN, Yao-Hua. The many faces of defeasibility in defeasible deontic logic. In: NUTE, D. (Ed.). *Defeasible Deontic Logic*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1997, pp. 79-122.

Dentre as inúmeras classificações envolvendo a derrotabilidade normativa, destaque-se a que a subdivide em externa e interna.¹³³

A derrotabilidade normativa externa ocorre quando a estatuição das normas aplicáveis ao caso é preterida pela estatuição de outras normas nos casos em que ocorre o preenchimento simultâneo da previsão de ambas as normas¹³⁴.

Em outras palavras, isto quer dizer que ainda que a norma preveja uma solução para o caso, a decisão acerca da aplicação ou não dessa decisão pelo juiz não é definitiva já que, repise-se, as condições de aplicação contêm exceções implícitas com alcance indeterminado.

A aplicabilidade externa de uma norma N1 pode ser definida como: uma norma N1 é externamente aplicável a um caso C quando outra norma N2 estabelece que N1 é aplicável a um determinado grupo de casos, no qual C é um elemento desse grupo. Nesse contexto, a derrotabilidade da aplicação da norma N1 é equivalente à derrotabilidade da norma N2, que define N1 como aplicável.

Vamos observar este conceito a partir de um exemplo básico. Quando eu digo que um dano causado a alguém deve ser indenizado, a estatuição que impõe a ação indenizar ao causador do dano nem sempre será ativada.

A norma do art. 927 do Código Civil Brasileiro impõe que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Esquemáticamente significa que:

¹³³ Para a divisão da derrotabilidade normativa em interna e externa, cfr. RATTI, G. Battista; BELTRÁN, JORDI F., *Defeasibility and Legality: A Survey*. *Op. Cit.* 2012, p. 35. No mesmo sentido, LOPES, Pedro Moniz. *Op. Cit.* 2014, p. 179-185.

¹³⁴ *Ibid*, p. 185.

Se o agente *P* por ato ilícito causar dano a outrem (*a*) então fica obrigado a repará-lo (*b*). A questão central acontece quando o agente *P* por ato ilícito, causa dano a outrem, mas encontrava-se em estado de necessidade (*c*). Aí a questão que se impõe é: deve então, com a adição da circunstância do estado de necessidade (*c*) seguir a consequência (*b*)?

O artigo 24 do Código Penal Brasileiro considera que alguém se encontra em estado de necessidade quando pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se¹³⁵.

Naturalmente, não é difícil concluir que o estado de necessidade constitui uma exceção à norma de reparação de dano.

Perceba que as duas normas do ordenamento jurídico brasileiro (art. 927 do Código Civil e artigo 24 do Código Penal) possuem previsões com condições comuns entre si, sendo que a norma do artigo 24 apresenta uma condição a mais que é praticar o fato para salvar de perigo atual direito próprio ou alheio [...] ¹³⁶.

Quando um caso envolve o dano e o estado de necessidade tem-se que uma norma se configura exceção à outra, que, por conseguinte, levará à conclusão contrária da primeira, ou seja: não deve indenizar porque ao invés de ilícita, sua conduta era lícita.

Esta inferência se dá por meio de uma solução jurídica encontrada numa metanorma ou norma secundária de resolução de conflito dentro do próprio ordenamento jurídico: a de que uma norma especial derroga - e em nosso contexto derrota - uma norma geral. Ou seja, a aplicabilidade do artigo 927 do

¹³⁵ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. *Código Penal Brasileiro*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 04 de maio de 2018.

¹³⁶ Idem.

Código Civil acaba por ser limitada pela norma do artigo 24 do Código Penal¹³⁷, já que quando ocorre simultaneamente o preenchimento da previsão de duas normas o sistema jurídico estabelece que a mais especial deve prevalecer.

Desse modo, vê-se que a derrotabilidade enunciada neste caso específico veio pela preferência da norma excepcional conforme determinado pela norma de conflito da lei especial e não por uma exceção contida dentro da própria norma. Ela é facilmente “derrotada” porque o sistema jurídico já prevê uma solução para este caso, assim como faz com os casos em que são aplicáveis as outras duas normas secundárias de solução de conflito – cronologia e hierarquia.

Por sua vez, a aplicabilidade interna de uma norma N1 consiste na possibilidade de subsumir um caso individual sobre um caso genérico especificado na mesma norma N1. Manter o caráter derrotável da aplicabilidade interna de uma norma é equivalente a sustentar que algumas das consequências lógicas de uma norma não serão válidas, de modo que sua aplicação ao caso em questão é impedida¹³⁸.

Então, diferentemente da derrotabilidade externa, a interna se origina da possibilidade já aqui avultada das normas jurídicas “se encontrarem sempre sujeitas a uma lista aberta de condições implícitas do gênero exceto se”¹³⁹ ou a menos que, como Hart já utilizava quando da análise da derrotabilidade de conceitos jurídicos.

É aqui que se assenta a questão mais problemática e complexa da derrotabilidade das normas jurídicas que se assume neste trabalho: a

¹³⁷ No mesmo sentido, com normas análogas retiradas do ordenamento jurídico português. LOPES, Pedro Moniz. *Op. Cit.* 2014, p. 184.

¹³⁸ RATTI, G. Battista; BELTRÁN, JORDI F., *Defeasibility and Legality: A Survey. Op. Cit.* 2012, p. 35-36.

¹³⁹ LOPES, Pedro Moniz. *Op. Cit.* 2014, p. 186.

derrotabilidade interna autoriza que o julgador a partir da sua interpretação e entendimento acerca de uma condição qualquer como relevante pode alterar completamente a solução jurídica apresentada pela norma aplicável ao caso.

A norma seria, então, flexível e moldável conforme os argumentos eloquentes do julgador que passaria a se empoderar de um poder que não é seu ao criar soluções jurídicas diversas daquelas predefinidas pelo legislador, colocando-se em seu lugar como um criador de leis na aplicação do direito em decisões judiciais¹⁴⁰.

Isto acontece porque ao revés da derrotabilidade externa, a derrotabilidade interna não encontra uma solução dentro do ordenamento jurídico para resolver o conflito, com as normas secundárias de resolução de conflito.

A única forma de resolver o conflito quando da aplicação simultânea de duas normas com estatuições mutuamente excluídas e previsões com condições semelhantes é a utilização da argumentação do julgador a fim de definir a norma prevalente no caso em concreto.

É quase como uma fatalidade indicar que no modelo genérico em que a previsão da norma é construída nem sempre será possível considerar somente os casos definidos antecipadamente pelo legislador mas outros que não integravam a norma jurídica a que se referia o caso ou ainda determinar que

¹⁴⁰ “A derrotabilidade e as lacunas axiológicas dependem simplesmente das valorações dos intérpretes e muitas vezes essas valorações tomam a forma de “teorias” jurídicas, ou melhor, de tesis dogmáticas: algo construído pelos juristas antes e independentemente da interpretação de um ou outro enunciado normativo”. GUASTINI, Ricardo. Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin: derrotabilidad, lagunas axiológicas, e interpretación. Tradução livre. *Doxa*. N. 31 (2008). ISSN 0214-8876, pp. 143-156, p. 152.

casos que à primeira vista eram subsumidos à previsão da norma, mas por possuir alguma anormalidade ficam excluídos da “regulação normativa”¹⁴¹.

Por outro lado, apesar da liberdade de modelação do direito pelo julgador ser uma questão complexa e relativamente perigosa para a separação de poderes e outros valores e princípios do Estado Democrático de Direito, não se pode deixar de considerar que tratar as normas como se alheias fossem aos casos excepcionais e aplicá-las só em razão da sua subsunção automática e mecânica à previsão normativa leva-nos a ativar conclusões jurídicas que nem sempre são adequadas.

Neste caso, em posições diametralmente opostas se encontram o rigor da lógica e a possibilidade de aplicar a derrotabilidade das normas jurídicas diante da “adequação de soluções jurídicas a casos anormais”¹⁴². A melhor ideia para resolução do conflito é encaixar o enquadramento formal junto com a justificação utilizando normas do ordenamento jurídico para alcançar uma solução jurídica adequada.

O fenómeno da derrotabilidade de uma norma jurídica é consequência do surgimento de uma exceção implícita a seu conteúdo deontico derivado da moral fundamental incorporada ao Direito¹⁴³.

Desse modo, os sistemas jurídicos têm como pressuposto de validade uma moral interna, razão pela qual, a derrotabilidade de uma norma jurídica é uma propriedade intrínseca ao sistema jurídico, sem considerar o juízo moral

¹⁴¹ Esta é a linha de entendimento expressada em LOPES, Pedro Moniz. *Op cit.* 2014, p. 187.

¹⁴² LOPES, Pedro Moniz. *Op. Cit.* 2014, p. 187.

¹⁴³ RODRIGUEZ SANTANDER, Roger Rafael. *Una teoría sobre la derrotabilidad jurídica em el Estado Constitucional.* Teses Doctorales. Universidad Carlos III de Madrid, 2016, p. 32.

crítico externo. A derrotabilidade é, portanto, uma “propriedade das normas em qualquer sistema jurídico”¹⁴⁴.

Resumidamente, uma moldura conceitual da derrotabilidade pode estabelecer que na derrotabilidade normativa – entendida como um condicional expresso pela forma “se (condições) então (conclusão)” – a conclusão de uma norma não tem que ser necessariamente ativada ainda que todas as condições dessa mesma norma estejam satisfeitas no caso¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Idem.

¹⁴⁵ ARASZKIEWICZ, Michal. Legal Rules: Defeasible or indefeasible? In: Araszkievicz M., Banaś P., Gizbert-Studnicki T., Pleszka K. (eds.) *Problems of Normativity, Rules and Rule-Following. Law and Philosophy Library*, vol .111. Springer, Cham, p. 417.

2 AS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: VISÃO ESTRUTURAL NA PERSPETIVA DA DERROTABILIDADE

2.1 A NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL: BREVES CONSIDERAÇÕES

Ainda dentro da análise do fenómeno da derrotabilidade, um ponto central desta investigação é a relação que se estabelece entre uma norma de direito fundamental e o fenómeno da derrotabilidade normativa.

Preliminarmente, uma norma de direito fundamental não deixa de ser uma norma e é exatamente por isto que compartilha das mesmas características da estrutura da norma já estudadas nesta dissertação. Por ser uma norma, também está sujeita a determinados imbróglis que envolvem a sua aplicação, sobretudo em situações de conflito e derrotabilidade.

As normas de direitos fundamentais são normalmente designadas como normas constitucionais e primárias “que atribuem situações jurídicas de vantagem e como tal são qualificadas”¹⁴⁶.

Inicialmente, nos termos do conceito formal, é considerado direito fundamental aquele que esteja inserido no catálogo da Constituição que delimite a categoria dos direitos fundamentais e, por conseguinte, seja uma norma primária¹⁴⁷ e constitucional que atribua uma situação jurídica de vantagem.

¹⁴⁶ DUARTE, David. *Teoria Geral das Normas de Direitos Fundamentais*, material dado na disciplina de Direitos Fundamentais, no curso de mestrado científico 2013/2014 da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 24.

¹⁴⁷ Hart define que as normas primárias são as que impõem determinado dever, enquanto as normas secundárias são aquelas que estão relacionadas à forma de exercer algum poder ou que conferem algum poder. Por exemplo, as normas que impedem uma pessoa de matar ou de ter atitudes racistas são normas claramente primárias e aquelas que definem regras acerca de quem é competente para criar uma norma ou declará-la legal ou ilegal ou como dever a composição do Senado Federal são normas claramente secundárias. Cf. HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*, tradução A. Ribeiro Mendes, 6ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2011, p. 91.

O fato de serem normas constitucionais faz com que sejam normas superiores e, em situações de conflito normativo, apresentem uma superioridade intrínseca em razão da hierarquia que a posição traz. Estas normas situam-se no cume da pirâmide que define o ordenamento jurídico e vinculam os três poderes estatais¹⁴⁸.

Ainda na concepção formal das normas de direito fundamentais, são consideradas normas primárias porque seu conteúdo é voltado para uma situação fática e empírica do direito, dirigidas a estabelecer condutas aos sujeitos de direito.

Por isso, ao atribuírem situações jurídicas de vantagem, os direitos fundamentais são classificados como normas primárias. A vantagem atribuída aos direitos fundamentais tem a ver com a ideia de que os sujeitos a que a norma se destina estão em uma posição jurídica que busca alcançar a satisfação de um determinado bem ou interesse.

Nessa linha, as normas que instituírem deveres fundamentais, por exemplo, não se encaixariam na classificação de normas de direitos fundamentais. Do ponto de vista formal, reunidos todos esses atributos, é possível qualificar uma norma como de direito fundamental.

Não é difícil perceber que a conceituação formal de direito fundamental encontra algumas deficiências, especialmente pelo fato de haver direitos

¹⁴⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. 2. Ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2007, p. 461. Ingo Sarlet ressalta que da perspectiva formal, os direitos fundamentais são incluídos nos limites de revisão constitucional e que essas normas são aplicáveis de forma direta e vinculam imediatamente as entidades públicas e privadas. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed. Revista e Atualizada. Porto Alegre, Livraria do Advogado: 2015, p. 75-76. No mesmo sentido, MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. 5ª. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 9-14.

fundamentais em outras divisões constitucionais, que não aquela especificamente referente aos Direitos Fundamentais.

Para delinear um conceito de direito fundamental mais abrangente e talvez mais constitucionalmente satisfatório procurou-se então uma definição envolvendo um conceito material. A ênfase deixa de ser a topografia da localização dos direitos e passa à fundamentalidade¹⁴⁹ do que se encontra inserido no conteúdo material deste direito e, por esta razão, pode ou não estar inscrito no texto constitucional.

Esta é uma posição controversa, justamente porque não há um critério unânime que defina exatamente a fundamentalidade para apontar aquilo que deve ser considerado um direito fundamental. A discussão da fundamentalidade formal e material¹⁵⁰ poderia render outra pesquisa da mesma ou até maior magnitude que esta e foge aos objetivos pretendidos.

É exatamente por esta razão que toma-se um atalho aqui para assumir que os direitos fundamentais possuem, ao fim, uma fundamentalidade formal, o que significa dizer que além de serem uma opção constituinte também carregam consigo uma fundamentalidade material.

Definir o direito fundamental dessa forma permite que outros direitos não constitucionalizados sejam considerados fundamentais, abrindo espaço a inclusão de novos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais então poderiam ser formais e/ou materiais¹⁵¹.

¹⁴⁹ “A fundamentalidade está ligada à importância do direito para a dignidade humana”. MIRANDA, Jorge. *Op. Cit.*, p. 12.

¹⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 88 e MIRANDA, Jorge. *Op. Cit.*, p. 9-14.

¹⁵¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1997.

Ou seja, formal e material se além do conteúdo de fundamentalidade estão também incorporados na Constituição e só materialmente fundamentais quando não estiverem constitucionalizados ou só formalmente fundamentais quando estiverem no texto constitucional, mas não expressarem a fundamentalidade necessária a definição dessa espécie de normas.

Nesse sentido, interessante colacionar o entendimento do professor Jorge Miranda ao aduzir que “todos os direitos fundamentais em sentido formal são também direitos fundamentais em sentido material. Mas há direitos fundamentais em sentido material para além deles”¹⁵².

Em resumo, tem-se que os direitos que estão constitucionalmente elencados ou não na categoria “especializada” em direitos fundamentais são material e formalmente fundamentais, mas também existem direitos que não estão previstos na Constituição, mas que podem reivindicar o seu caráter de fundamentalidade, o que exclui completamente a ideia de direitos fundamentais apenas formalmente considerados, ainda que alguns dispositivos tenham conteúdo jusfundamental duvidosos¹⁵³.

As próprias Constituições – brasileira¹⁵⁴ e portuguesa¹⁵⁵ – assumem o reconhecimento desses direitos além do texto constitucional numa verdadeira

¹⁵² MIRANDA, Jorge. *Op. Cit.*, p. 11.

¹⁵³ Exemplos de dispositivos com conteúdo jusfundamental controverso na Constituição da República Brasileira: art. 5º, incisos XXVIII e XXIX, para mais confira SARLET, Ingo. *Op. Cit.* p. 92-93, p. 152-153.

¹⁵⁴ Art. 5º, § 2º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. BRASIL. *Constituição da República Federativa Brasileira*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 04 de maio de 2018

¹⁵⁵ Art. 16º, n. 1, CRP/76: 1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.

abertura do sistema de direitos fundamentais que corrobora a ideia de direitos que possuem fundamentalidade formal e não material.

Porém, sem um interesse prático neste estudo de adentrar em toda a problemática de como descrever os direitos materiais como normas de direito fundamental, inclusive com questões como a busca de um critério preciso que permita identificar que são direitos “imprescindíveis para as estruturas básicas do Estado e para a sociedade”¹⁵⁶.

Na construção de um esboço de conceito de direito fundamental é importante inferir que neste estudo, mais do que definições em torno dos aspectos de positivação e fundamentalidade destas normas, que não permite compor um conceito claro e definido, nem tampouco assumir com certeza uma dessas teorias, o que importa destacar é justamente a natureza normativa destes direitos, para que depois se compreenda as possíveis implicações num contexto de derrotabilidade que se propõe a analisar.

2.2 A ESTRUTURA NORMATIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: NORMAS REGRAS E NORMAS PRINCÍPIOS

A par das dificuldades reais em se encontrar um critério ou conceito exatamente completo e satisfatórios para os direitos fundamentais, é importante assinalar que dentre as características centrais da investigação estrutural de uma norma se encontram a premissa de que as normas de direitos fundamentais têm sua estrutura sob a forma de normas-regras e sobre normas-princípios.

¹⁵⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *A natureza material dos direitos fundamentais*. Brasil Jurídico, 2015. Acesso em: 16 de jul. de 2018. Disponível em: <https://www.brasiljuridico.com.br/artigos/a-natureza-material-dos-direitos-fundamentais.-por-dirley-da-cunha-junior>.

A distinção entre essas duas normas advém de uma classificação normativa, como tantas outras, mas esta é especialmente relevante diante do modo como se realiza o direito¹⁵⁷, por ser um caminho para solução de problemas nucleares da teoria dos direitos fundamentais, inclusive em relação à interpretação e aplicação concreta das normas de direitos fundamentais¹⁵⁸.

Partindo daí, a análise acerca das distinções entre regras e princípios é primordial para o âmbito morfológico das normas de direito fundamental e, por conseguinte, se mostrará também um caminho para alguma justificação teórica da derrotabilidade.

Os inúmeros estudos acerca da distinção que, nas palavras de Humberto Ávila já “virou moda” e alcançou “foros de unanimidade”¹⁵⁹, tornaram a alegação de que as normas possuem determinadas propriedades que definem sua identidade ou como regras ou princípios. Os critérios estabelecidos para essa identificação circundam uma quimera doutrinária ainda distante de algum consenso.

Ouve-se falar que os princípios, por um lado, possuem um grau de abstração muito mais elevado e, ao contrário, as regras têm uma especificidade normativa muito bem definida, ou seja, são normas naturalmente fechadas, densas juridicamente e que “prescrevem imperativamente uma exigência

¹⁵⁷ “A relevância da distinção resulta da constatação “(...) de essas modalidades de normas se reportarem a diferentes formas de regulação jurídica, pois normas de princípio e as normas regras identificam diferentemente a realidade sobre a qual se projectam, resultando daí uma determinação do direito aplicável significativamente distinta”. DUARTE, David. *Op. Cit A norma de legalidade procedimental e administrativa*. p. 129. Mais sobre a importância da distinção: Robert Alexy, *Op. Cit.*, 2008, p. 135-143.

¹⁵⁸ A distinção entre regras e princípios se comporta como uma “[...] clave para solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales”. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. 2ª. Ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2007, p. 465.

¹⁵⁹ “A distinção entre princípios e regras virou moda. Os trabalhos de direito público tratam da distinção, com raras exceções, como se ela, de tão óbvia, dispensasse maiores aprofundamentos”. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 18.

(impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida”¹⁶⁰, enquanto aquelas se expressam de forma oposta.

É também comum, por exemplo, encontrar definições dos princípios como normas que possuem atuação essencial à medida que se revelam como fundamento para inspirar a criação das regras (razões para a regra) e dão ao sistema coerência e racionalidade, consagram seus valores fundamentais, orientam a interpretação e aplicação e são supletivos das fontes do direito.

À primeira vista parece simples e fácil definir qual norma é o quê, mas não é. A diferenciação entre regras e princípios carrega consigo algumas dificuldades em determinar critérios de distinção entre as espécies normativas. Por exemplo, a inexatidão da identidade jurídica “dos enunciados onde constam significados com tom meramente proclamatório, ou afirmativo de objetivos”, ou ainda as inúmeras normas que podem ter a “aparência de princípio” são evidências da dificuldade em se determinar um único critério capaz de categorizar as espécies normativas em regras ou princípios¹⁶¹.

A discussão sobre princípios e regras ensejou a reflexão de inúmeros autores que apesar de existir entre os seus estudos algumas semelhanças, não formam exatamente uma corrente única. O grande problema que tantos teóricos buscam solucionar é a revelação de uma distinção entre as duas espécies normativas e relacionar isto com a questão do emprego de metodologias diversas de aplicação do direito conforme se esteja diante de uma regra ou um princípio.

¹⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2007, p. 1087.

¹⁶¹ DUARTE, David. *Op. Cit.*, 2006, p. 129-130.

Para tratar do tema de forma mais sistemática, optou-se por adotar duas concepções doutrinárias diametralmente opostas: (i) primeiramente, a que adota uma distinção entre as regras e princípios em sentido forte (ou qualitativa), onde as espécies normativas são absolutamente distintas e não se confundem; (ii) e, em seguida, a distinção em sentido fraco, em que se faz uma crítica contundente acerca da diferenciação das espécies normativas.

A premissa é a de que as normas de direito fundamental estão estruturadas tanto na forma de princípios quanto na de regras e esse ponto de vista é relevante para questões inerentes à interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, incluindo a derrotabilidade que será correlacionada mais adiante.

2.2.1 A distinção forte entre regras e princípios

A distinção definida em (i) enuncia uma distinção lógica, de caráter qualitativo e relativamente descomplicada: os princípios enunciam um dever *prima facie* e as regras um dever definitivo e, portanto, são completamente opostos.

Um dos primeiros trabalhos a tratar da distinção entre regras e princípios foi elaborado pelo alemão Josef Esser. Em seus principais estudos elaborou concepções sobre a formação, modificação, natureza jurídica, função no sistema e como se operavam os princípios nas decisões judiciais. Para tanto, sugeria que os princípios deveriam ser analisados por meio da prática judiciária. Contrapunha-se, portanto, à noção do direito codificado e estático para defender um sistema aberto¹⁶².

¹⁶² ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961.

Para Josef Esser, os princípios deveriam ser desvendados pelo julgador no caminho mais justo para solucionar o caso concreto e nem sempre precisariam ser uma norma jurídica em sentido formal, ao contrário, o que importava era o conteúdo. Em suas lições, a comparação entre princípio e norma apenas se daria quando efetivamente a norma fosse aplicada ao caso concreto. Nesse momento, os princípios se distinguiriam das regras pela capacidade destas últimas delinarem os casos em que seriam aplicadas.

Também considera em seus ensinamentos que “a qualidade jurídica de um princípio não pode ser definida em abstrato” e “somente a partir do modo e fim da aplicação podem-se fazer afirmações concretas e objetivas acerca de sua procedência e destino”¹⁶³. O autor criticava fortemente o critério baseado na generalidade, já que muitas regras poderiam estar formuladas de forma genérica, mas nem por isso teriam que receber a qualificação como normas-princípios¹⁶⁴.

Aproximando-se dos ensinamentos de Esser, Karl Larenz destacou que os princípios não são regras fechadas, mas pressupostos iniciais para obtenção das regras, ou seja, bases de justificação da norma.

A distinção dos princípios para as regras se devia ao fato daqueles padecerem do aspecto de proposição jurídica, isto é, de lhes faltar uma conexão entre a previsão e a estatuição, sendo somente orientadores de onde está a regra que há de se encontrar para resolver determinada situação concreta.

¹⁶³ ESSER, 1961, *apud* FELLETT, André. *Regras e princípios, valores e normas*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 48.

¹⁶⁴ ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961.

Desse modo, possuem a função de determinar os valores que transpõem a regulação jurídica para se adequar ao Direito Justo.¹⁶⁵ A tese formulada por Larenz vai buscar sua proximidade com os estudos de Esser, quando destaca que há um equívoco que se estabelece sobre a relação entre princípio e norma ao se basear a distinção no aspecto da generalidade, ao invés da capacidade de justificar a regulação de uma regra, ou seja, não é o grau de generalidade que criará um critério para definir o princípio mas a sua capacidade para ser uma razão fundamentadora. A diferenciação realizada dessa forma ainda se reflete em uma distinção vaga entre as normas.

Já a teoria desenvolvida por Roscoe Pound definia o sistema jurídico composto por regras em sentido estrito, princípios, critérios jurídicos (legal standard) e concepções jurídicas. As regras eram tidas como preceitos que designam “uma consequência legal definida e detalhada a um estado de fatos ou situação de fato definida e detalhada”¹⁶⁶.

Os princípios, por seu turno, não definem nenhuma consequência detalhada a um estado de coisas ou a uma situação de fato e constituem “pontos de partida para o raciocínio e fundamentação jurídica”¹⁶⁷.

Outro papel atribuído à espécie normativa dos princípios seria o de harmonizadores dos conflitos entre as regras, oferecendo a orientação para a sua melhor interpretação. Além disso, quando uma situação fática não estivesse predeterminada em uma regra, os princípios teriam a função de alicerçar a fundamentação jurídica e de indicar a solução do caso.

¹⁶⁵ LARENZ, Karl. *Derecho Justo. Fundamentos da ética jurídica*. Traducción y presentación de Luís Díes-Picazo. Madrid. Civitas, 2001.

¹⁶⁶ POUND, Roscoe. The application of law. In: *An introduction to the philosophy of law*. Revised edition. New Heaven: Yale University Press, 2009. Considerações sobre esse posicionamento em FELLET, André. *Regras e princípios, valores e normas*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 52.

¹⁶⁷ Ibid, p. 116.

Os critérios jurídicos (legal standard) são medidas que serão aplicadas conforme cada caso concreto. Exemplo disso, pode ser o critério da razoabilidade. Por outro lado, as concepções jurídicas são categorias que circunscrevem o rol de aplicação dos princípios, regras e critérios. São exemplos os institutos da fiança, do depósito, da venda.

Os estudos iniciais ainda eram apenas pequenas manifestações a respeito da distinção entre princípios e regras. Apesar da relevância e da influência destes antecessores, o marco real do debate da distinção forte se deu com a tese elaborada por Ronald Dworkin¹⁶⁸, que apresentou critérios mais sofisticados do que os anteriores.

Inicialmente, Dworkin lançou um artigo que fazia uma verdadeira reprovação do positivismo¹⁶⁹. O principal alvo era a teoria positivista de Herbert Hart¹⁷⁰, que tratava o sistema como formado somente por regras e não abrangia a complexidade da argumentação apresentado nos chamados “casos difíceis” (*hard cases*)¹⁷¹, onde se fazia necessária a presença de outras espécies normativas como os princípios e as diretrizes políticas (*principles and policies*)¹⁷².

A tese de Ronald Dworkin rechaça totalmente a ideia de que quando não se consegue identificar no ordenamento a existência de uma regra que se subsuma ao caso concreto ou há indeterminação da norma que seria ali

¹⁶⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª ed. Tradução de Nelson Boeira, 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2010.

¹⁶⁹ DWORKIN, Ronald. The model of rules. *The University of Chicago Law Review*. Chicago (USA), v. 35, 1967, p. 14-46.

¹⁷⁰ HART, Hebert. *O conceito de direito*. Tradução de. A. Ribeiro Mendes. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

¹⁷¹ Para Dworkin, os casos difíceis eram situações “quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição”. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 127.

¹⁷² Ibid, p. 35-46.

aplicável, o juiz deveria decidir discricionariamente. Para Ronald Dworkin, ao contrário disso, nessas hipóteses era preciso recorrer aos princípios jurídicos¹⁷³.

O autor então procura uma distinção qualitativa, firmada nas diferentes indicações que cada espécie normativa oferece nas decisões jurídicas e especialmente pelo fato de que regras e princípios se distanciam estrutural e logicamente por que os últimos são uma aproximação entre o Direito e a moral¹⁷⁴.

Nesse modelo, as regras seguem o sistema “tudo ou nada”. Logo, se ocorrem os fatos tais como descritos na previsão de uma norma regra válida, as consequências jurídicas dela advindas serão aplicadas de maneira automática.

Para Dworkin, o sistema de subsunção das regras aos fatos conforme apresentado acima só não ocorrerá se a regra for inválida ou se houver uma exceção que elimine a aplicação da regra inicial. Assim, uma proposição de uma regra deve enumerar o máximo de exceções nela cabíveis.

Já os princípios, seriam tão-somente as normas que podem ser justificativas para direitos individuais. Têm em si uma reivindicação de igualdade, justiça ou outra perspectiva de moralidade, razão pela qual sua utilização é mais acentuada na solução de casos difíceis (hard cases) ao servir como fundamento das decisões judiciais. Ao invés de determinar resultados, guiam o sentido de uma argumentação.

Os princípios carregam consigo uma dimensão de peso ou importância, e caso entrem em um conflito normativo o julgador deverá medir o peso de cada um para determinar qual princípio prevalecerá.

¹⁷³ Ibid, p. 46-49.

¹⁷⁴ Ibid, p. 39-45.

Perceba-se que, em linhas gerais, num conflito entre regras não seria, à primeira vista, possível estabelecer um critério de mensuração. Ao contrário, o julgador deveria optar por uma regra em detrimento da outra e utilizar a aplicação dos tradicionais critérios de solução de conflitos – hierárquico, cronológico e da especialidade – para definir qual será a regra aplicável ao caso¹⁷⁵.

As regras não possuem uma dimensão de peso, no entanto, podem ser ponderadas quando uma das regras prevaleça sobre a outra em razão do princípio que a fundamenta, quando considerada em conflito com outro princípio¹⁷⁶.

Nessa linha, Ronald Dworkin ressalta ainda que nem sempre seria possível determinar por meio da análise da estrutura da norma jurídica se ela constitui uma regra ou um princípio, mas impõe que o ordenamento jurídico deve considerar a existência de ambas as espécies normativas.

Nesse sentido, considera que as duas espécies normativas podem ter o mesmo papel, mas com formas diferentes. Basicamente, as regras podem vir carregadas de expressões que as fazem semelhantes aos princípios, dificultando o estabelecimento da diferenciação entre um e outro.

A teoria dworkiniana influenciou outras que seguiram almejando aprimorar o estudo da distinção entre regras e princípios. Dentre elas, destaca-se a tese formulada por Robert Alexy que apontou algumas incongruências da teoria de Ronald Dworkin e reformulou a distinção entre princípios e regras.

Robert Alexy parte igualmente da premissa de que o sistema é composto tanto por regras quanto por princípios. Para ele, a tese dworkiniana da aplicação do modelo do “tudo-ou-nada” era controversa, justamente porque afirmava que

¹⁷⁵ Ibid, p. 42.

¹⁷⁶ Ibid, p. 43.

era possível diante de um caso concreto introduzir na regra uma exceção que não estava anteriormente prevista por meio da cláusula “ao menos que”¹⁷⁷.

Ainda assim, Alexy é consonante com Dworkin na ideia de que em termos de resolução de conflitos há uma metodologia totalmente distinta entre princípios e regras.

Como é sabido, para Alexy, os princípios são normas que ordenam algo a ser realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, são mandamentos de otimização que se cumprem em diferentes graus e a medida do cumprimento está subordinada também às possibilidades jurídicas, ou seja, às normas princípios e regras que atuam no sentido contrário¹⁷⁸.

Nessa linha, os princípios são razões acolhidas num primeiro instante (*prima facie*) e só posteriormente verificadas. Ou seja, são justificativas que podem ser distanciadas, conforme o caso concreto, pois esta espécie normativa nunca garante direitos ou impõe deveres definitivos, mas tão-somente direitos e deveres *prima facie*.

As regras, por outro lado, seriam sempre satisfeitas ou não satisfeitas, como normas que definem aquilo que é possível jurídica e faticamente. Deve-se realizar exatamente aquilo que ela prescreve, sem admitir qualquer variação no grau de concretização, o seu cumprimento deve estar precisamente de acordo com o que a norma regra determina, nem mais, nem menos¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Esta afirmação de Alexy nos remete à ideia da própria derrotabilidade normativa. ALEXY, Robert. Sistema jurídico, princípios jurídicos, y razón práctica. *Revista Doxa*, Alicante, nº 5, 1988, p. 141.

¹⁷⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. 2ª. Ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2007, p. 67-68.

¹⁷⁹Ibid, p. 68.

Em síntese, Robert Alexy sustenta que as regras são razões definitivas se não apresentarem alguma exceção, enquanto os princípios são razões *prima facie*¹⁸⁰.

As regras são normas que podem ou não ser cumpridas. Sua aplicação segue o modelo do tudo-ou-nada, por isso são determinações e comportam-se como mandatos definitivos. Dessa forma, tanto nos estudos de Robert Alexy assim como na teoria formulada por Dworkin, há uma clara distinção qualitativa entre regras e princípios. Aqui, toda norma só pode ser ou uma regra ou um princípio¹⁸¹.

Baseado nesta distinção, Alexy propõe que o conflito entre regras e as colisões entre princípios são fenômenos solucionados de modo diverso, ou seja, a diferença estaria também na forma como se resolvem os confrontos normativos. No caso do conflito entre regras, a solução se dá com a declaração de invalidez de uma das regras ou da introdução de uma cláusula de exceção em qualquer delas¹⁸².

Já na colisão entre princípios, por outro lado, a solução se concretiza de maneira diferente: um deles deve prevalecer perante o outro, mas isso não significa declarar a invalidez do princípio perante aquele caso, apenas corrobora a ideia da dimensão de peso dos princípios.

Em outras palavras, não se declara a invalidade de um dos princípios, que é tão somente afastado naquele caso concreto específico que originou a ponderação. Desse modo, quando dois princípios aplicáveis a um mesmo caso

¹⁸⁰ Ibid. p. 106.

¹⁸¹ Ibid, p. 68.

¹⁸² Ibid, p. 91-108.

colidem por serem contrários, um destes terá que prevalecer sobre outra de forma completa ou parcial.

A solução na colisão dos princípios fica à mercê da situação fática e jurídica em que será definido qual princípio deve prevalecer sobre o outro, verificadas as circunstâncias peculiares que aparecerem em cada caso concreto.

Robert Alexy relaciona a solução para o choque entre os princípios com o processo de ponderação em que se analisa o peso que cada um destes princípios assume.

Na lei da ponderação, como os princípios são mandatos de otimização, devem ser cumpridos na maior medida possível, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas. Consiste basicamente na premissa de que à medida que o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio aumentar, aumentará também a importância da satisfação do outro¹⁸³.

Entre o caráter de princípio destinado a uma norma e o princípio da proporcionalidade em sentido *lato*, há uma “relação de implicação recíproca: o caráter de princípio implica o princípio da proporcionalidade e vice-versa”¹⁸⁴.

Nesse sentido, é importante destacar que o princípio da proporcionalidade se subdivide em três subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). A adequação e necessidade definem os princípios de acordo com suas possibilidades fáticas, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito indica que os princípios são mandatos de otimização em relação às possibilidades jurídicas, ou seja, a medida do cumprimento está relacionada aos princípios contrários. Desse modo, quando os princípios estiverem em conflito, a ponderação se faria necessária.

¹⁸³ Ibid, p. 116-120.

¹⁸⁴ ALEXY, Robert. *Op.cit.* p. 116-118.

A contribuição da distinção entre princípios e regras elaborada por Dworkin e Robert Alexy¹⁸⁵ consolidou a noção que o sistema jurídico não era composto somente por regras - em posição às teorias positivistas - e abriu caminho para firmar as bases do pós-positivismo, que estabeleceria na comunidade jurídica a normatividade e o importante papel dos princípios.

O ponto comum das teorias acerca das distinções entre regras e princípios está na afirmação de uma separação forte entre as espécies normativas, que não deixa espaços para situações intermediárias.

Outros enfoques relevantes também rondam a definição de princípios e a distinção de regras com enfoque na morfologia normativa para buscar alguns abismos em relação às duas espécies normativas. Jan Sieckmann, por exemplo, entende que os princípios se transformam em argumentos para ponderar, ou seja, são argumentos normativos no processo de balanceamento.

O balanceamento basicamente é o procedimento de opção para saber qual argumento(s) em conflito com outro(s) deve prevalecer. Sieckmann traz um exemplo clássico para explicar esta prevalência e prioridade de um argumento sobre outro que toma-se emprestado aqui para melhor elucidar a sua dimensão sobre a estrutura dos princípios.

Veja-se o seguinte caso em que A diz que B é um mentiroso.

¹⁸⁵ Apesar de muitas semelhanças entre os critérios colocados para a distinção por Ronald Dworkin e Robert Alexy, algumas diferenças são relevantes, como por exemplo a querela sobre a possibilidade das regras serem ponderadas. De um lado Dworkin acreditava que uma regra pudesse prevalecer por ser fundamentada por princípios mais relevantes (cfr. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 43. Por outro, Alexy aduz que um princípio prevalece sobre o outro quando tem um peso maior, mas as regras não prevalecem quando no caso em concreto o princípio contrário tem um peso maior que o princípio que sustenta aquela regra. (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. 2ª. Ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2007, p. 81).

1) O primeiro argumento é de que há para B o direito à honra e à imagem que requer proteção contra ofensas.

2) O segundo diz respeito à liberdade de expressão de A, que preconiza a autorização para que cada um seja livre para falar o que quiser, inclusive ofensas.

Estes dois direitos não podem coexistir: (1) proibir a ofensa e (2) permitir a ofensa. Estabelece-se um conflito e, para Sieckmann, estabelecer a solução neste caso é inevitável a realização do balanceamento para decidir qual argumento terá mais peso e, por conseguinte, prevalecerá no embate que se impõe.

Tal prioridade, por sua vez, vai ser baseada nos fatos empíricos e jurídicos em torno do caso concreto e no peso dos princípios em conflito. Isto tudo significa que, para além do que se encontra em conflito, deverão ser considerados outros argumentos suplementares em torno do peso relativo e do nível de cumprimento ou não cumprimento dos requisitos dos argumentos em conflito.

Se a alegação de que B é mentiroso é falsa e não há nada que legitime o insulto, o direito à honra merece então prevalecer frente à liberdade de expressão. É uma questão, por óbvio, de análise, avaliar e pesar esses argumentos. É a partir da análise do balanceamento que Sieckmann propõe então um conceito para a estrutura de um princípio.

Primordialmente, apresenta a sua tese principal da reiteração (reiteration thesis) que afirma que os argumentos têm a ver com o que alguém aceita como resultado deste mesmo argumento. Os argumentos são, portanto, normativos e o resultado tem a forma de uma proposição normativa (p) .

Sieckmann continua e alega que o que interessa saber é qual dessas proposições (p) deve ser (O) aceita como certa (ACC) ou qual norma (N) será aceita como válida (VAL).

A estrutura de um argumento pode ser representada então como:

Deve-se aceitar p

A estrutura das normas é, dessa forma:

Deve-se aceitar a validade de N

De sorte que a validade das normas dependem da aceitação de agentes autónomos e a estrutura dos argumentos que dizem respeito à validade da norma será, portanto:

A norma (N) dever ser válida

Esses argumentos incluem critérios de qual norma deve ser aceita com uma validade definitiva, ou seja, são critérios para a validade definitiva da norma. Assim, o argumento normativo é um procedimento em que os indivíduos realizam reivindicações normativas requerendo que uma determinada norma seja aplicada e seguida, isto é, que possua validade definitiva.

O caso apresentado da liberdade de expressão e ofensa, por exemplo, demonstra que o princípio do livre discurso é permitido, enquanto o princípio da proteção da honra requer que um discurso ofensivo seja proibido. Ambos incluem requisitos de validade de uma determinada norma, que é a proibição e a permissão de um determinado discurso.

Os argumentos normativos reivindicam que a norma que ele sustenta seja válida, mas não podem ser afirmações quanto à validade definitiva da norma. Declarações sobre a validade definitiva de uma determinada norma excluem a validade definitiva de normas incompatíveis.

Se num sistema jurídico um discurso ofensivo é definitivamente proibido, não pode ser ao mesmo tempo definitivamente permitido. Assim, a validade definitiva num conflito de normas implica que uma delas exclui a outra e, logo, não podem ser ao mesmo tempo válidas.

Tudo isto para dizer que os argumentos normativos são utilizados somente numa situação de conflito e não podem ter a estrutura de validade definitiva da norma em questão.

Por exemplo, no caso de um discurso ofensivo como o mencionado anteriormente, o princípio da liberdade de expressão exige que o discurso seja permitido. Tal afirmação normativa deve ter alguma forma de validade, mas não pode ser definitivamente válida. Seu caráter de validade é que a reivindicação normativa incluída nela deve novamente ser apoiada por um requisito de validade de ordem superior, dizendo que se deve aceitar a respectiva reivindicação normativa como válida, e assim por diante.

A estrutura de requisitos de validade não possui caráter proposicional e é um primeiro tipo de validade universal. O ponto crucial aqui é que os argumentos normativos têm a estrutura de requisitos de validade e, além disso, não têm caráter proposicional.

Os princípios são, além de objetos de ponderações, razões para os juízos ponderativos, de modo que seriam normas que se comportam como argumentos a favor de juízos de ponderação e a sua estrutura lógica é de mandatos de validade reiterados.

Os princípios, por sua vez, diferenciam-se regras por não serem formulados como proposições normativas, por isso, constituem-se fundamentos

para decisões de ponderação, num contexto de fundamentações jurídicas, enquanto as regras seriam os enunciados normativos produto da ponderação.

Na verdade, a distinção se daria justamente no movimento da colisão normativa, já que na colisão de regras, só se considerariam dois caminhos: a adição de uma exceção implícita ou uma das regras em conflito deveria ser nula, enquanto na colisão dos princípios, nada interferiria na sua validade, já que a resolução seria substancializada numa regra definitiva para aquele caso concreto. As regras são razões definitivas para ponderações e princípios razões *prima facie* para ponderações¹⁸⁶. Ou seja, os princípios se comportam como argumentos normativos que, quando ponderados, tornam-se proposições normativas que equivalem às regras¹⁸⁷.

Sieckmann destaca-se nesse debate de distinção quando realiza inúmeras críticas voltadas ao conceito de mandatos de otimização enunciado por Alexy, já que a regra, na sua concepção, também poderia ser caracterizada como mandado de otimização.

Em outras palavras, a necessidade de um princípio de otimizar ou ser otimizado, assim como nas regras, poderia ser ou não cumprida, de modo que não se destacam diferenças evidentes.

O que acontece neste cenário é que os “papéis são trocados” quando a regra que tem estrutura de mandato definitivo passa a ser aplicada *prima facie* e o princípio, comumente *prima facie*, assume um carácter regulativo definitivo no

¹⁸⁶ Jan-Reinard SIECKMANN. *El modelo de los principios del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 59-79.

¹⁸⁷ LOPES, Pedro Moniz. Princípios como induções deónticas: a previsão indutiva, o défice informativo e a derrotabilidade condicional nos princípios jurídicos. *Revista Nomos*, ed. 1011.1, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, Brasil, 2011, pp. 197-235, p. 215.

caso concreto. O fato é que a regra pode ser aplicada *prima facie* quando, numa situação concreta, é derrotada por um princípio num conflito normativo.

Para Sieckmann, os mandados de otimização possuem as mesmas características das regras, o que não o fazem ser propriamente uma categoria que diferencia uma norma da outra.

Propõe um modelo de princípios que discorda da equivalência de princípios a mandatos de otimização inicialmente proposta na versão alexyana, quando os considera tão-somente regras de segunda ordem que determinam a otimização de princípios em situação de conflito.

Alexy, diante das críticas, reformula o conceito de mandatos de otimização ao diferenciá-los com mandatos a serem otimizados ou mandatos que se otimizam. A ideia de mandato de otimização passa a ser considerada como instruções para aqueles mandatos que se otimizam se realizem na maior medida possível.

Na visão de Sieckmann, os problemas desta significação persistem, porque considera que a noção de que os mandatos que se otimizam são também objetos de otimização de modo que “a característica decisiva que qualifica as normas como razões para as ponderações não está, pois, abarcada pela caracterização das normas como mandatos que se otimizam”.

Tais mandamentos, ao fim correspondem a uma reiteração infinita de um mandamento de validade.

Eles não podem incluir declarações de validade definitiva relativas à norma resultante do balanceamento, mas deve ter alguma forma de validade e não pode ser mera norma num sentido semântico, sem qualquer atribuição de

validade. Nesta situação, a única alternativa plausível é que sua reivindicação de validade se baseie em requisitos de ordem mais alta.

Com relação a cada requisito de validade de uma determinada ordem, deve haver um outro requisito de ordem superior que exige sua validade definitiva. Assim, um conjunto infinito de mandatos de validade reiterados são necessários para constituir um argumento normativo válido.

Nas lições de David Duarte, a distinção entre regras e princípios pode ser extraída não do método de aplicação dessa norma, mas de uma diferença estrutural que se encontraria no antecedente normativo¹⁸⁸.

Há, na verdade, um questionamento sobre a função relevante do antecedente na definição de uma norma como regra ou como princípio.

Numa tentativa de clarificar isso, seguem-se os exemplos trazidos pelo autor que aduz:

Adota-se de partida que as normas definidas em 1 e 2 são princípios:

- 1) NF_1 = Liberdade de Expressão é garantida a todos
- 2) NF_2 = Na sua atividade os órgãos administrativos devem agir de maneira proporcional

E a norma definida em 3 é uma regra:

- 3) NF_3 = É proibido fumar enquanto dirige¹⁸⁹.

Num primeiro momento é possível, ao olhar para a norma, identificar alguns indicadores como por exemplo a regra aplicar a sua consequência de forma completa (a não ser que seja derrotada) e os princípios carregarem consigo um caráter gradual de aplicação. É óbvio que isso não é suficiente.

¹⁸⁸ DUARTE, David. An experimental essay on the antecedent and its formulation. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*. Vol. 6. Coimbra, 2012, p. 119-138, p. 131.

¹⁸⁹ Ibid, p. 131-132. Tradução livre.

Além disso, David Duarte enuncia que uma regra define por si mesmo a própria fronteira e limite de aplicação, enquanto os princípios comportam-se como normas expansivas que estão em constante conflito com outras. O autor não considera que a “capacidade de ser derrotada” é uma propriedade exclusiva da norma princípio, nem tampouco de que o balanceamento só pode ser aplicado a uma dessas espécies normativas.

Na verdade, a diferença vai se estabelecer na determinação ou na indeterminação das ações humanas e dos estados de coisas previstos no antecedente das normas¹⁹⁰. Nesse sentido, os antecedentes das regras definem quais são as ações humanas ou o estado de coisas que ativarão o consequente normativo (antecedente determinado → norma regra) e, por outro lado, os princípios possuem um antecedente que nos impossibilita de prever quais são todas as ações humanas ou estado de coisas que estão previstos na sua estrutura normativa (antecedente indeterminado → norma princípio).

Ainda na perspectiva de que o antecedente pode ser uma saída para definir uma norma como regra ou princípio. Nos princípios, tem-se que os antecedentes indeterminados¹⁹¹ possuem infinitas possibilidades de condições para ativar a consequência ou seja, “qualquer uma das ações humanas previstas inclui todas as suas formas e tipos distintos de exercício sem uma ordem clara com a próxima. Assim, qualquer ação do mundo pode preencher muitas dessas condições”¹⁹². Portanto, isso caracteriza esses antecedentes como expansivos e tendentes a conflitar com outras normas.

¹⁹⁰ Ibid, p. 134 (Tradução livre).

¹⁹¹ O autor chama atenção para não confundir a utilização de conceitos ou termos vagos no antecedente com um antecedente indeterminado. A incerteza semântica não implica necessariamente na indeterminação do antecedente. Ibid, p. 136-137.

¹⁹² Idem. (Tradução livre).

Já os antecedentes determinados¹⁹³, atribuídos às normas regras, demonstram um outro modo de expressão normativo em que o conseqüente é aplicado ou não, e isto só acontecerá quando for ativado por um conjunto definido de condições.

Por fim, David Duarte enuncia que a definição de que uma ação humana ou um estado de coisas previsto no antecedente é determinado ou indeterminado é, por si, um critério muito difícil de se estabelecer porque essa individuação nem sempre é unânime, mas ainda assim, a distinção feita entre os antecedentes pode contribuir significativamente para definir a norma jurídica como regra ou princípio¹⁹⁴.

Uma distinção morfológica das normas regras e dos princípios é defendida também por Pedro Moniz Lopes para estabelecer um comportamento normativo e, especialmente, para compreender decisões que se fundamentam em cada uma das espécies normativas¹⁹⁵.

Ao tratar das normas regra, Pedro Moniz Lopes resgata a noção que é lugar comum de que as regras possuem mais certeza quando da sua interpretação e mais contornos determinados quando se trata da sua aplicação¹⁹⁶, porém uma análise individualizada da norma regra pode levantar alguns questionamentos quanto a essa certeza tão difundida em matéria de distinção normativa.

O problema é que uma norma vem expressa por um enunciado linguístico e a linguagem apresenta, por vezes, incertezas semânticas. A certeza que a

¹⁹³ Mesmo que possam haver regras com condições disjuntivas, elas não são ilimitadas e indeterminadas, cada uma delas enuncia um âmbito preciso, e se houver um continuum, é, na melhor das hipóteses, condições internas e não entre elas. Ibid, p. 136. Tradução livre.

¹⁹⁴ Ibid, p. 137.

¹⁹⁵ LOPES, Pedro Moniz. *Op. Cit.*, 2011, pp. 197-235, p.199.

¹⁹⁶ Ibid, p.200.

regra carrega, portanto, não pode advir da sua expressão linguística, mas tão somente de sua análise a nível dos pressupostos aplicativos.

Isto porque, a regra usualmente determina com exatidão os seus pressupostos de aplicação e, portanto, não se espera que em torno destes surjam algum questionamento quanto a sua aplicabilidade ou que se adicionem novos pressupostos que não foram preestabelecidos pela autoridade normativa considerando a sua determinabilidade exaustiva¹⁹⁷.

Frente aos princípios, Pedro Moniz Lopes assegura que é uma norma, no âmbito ontológico, “sobre a qual incide uma outra norma de otimização [...] uma norma a ser otimizada”¹⁹⁸. Os princípios determinam uma razão para agir ainda que esta não seja determinante de forma que todos os princípios podem ser expressos no “dever-ser” e devem ser interpretados numa linguagem de “dever-agir”¹⁹⁹.

Numa visão estrutural, destaca a generalidade, a “economia explicativa e ordenadora” destas normas num sistema normativo, o déficit informativo e a fundamentalidade da norma. Ainda sugere que estruturalmente a distinção entre regras e princípios estará na previsão normativa que, no caso dos princípios, é mais ampla e permite o preenchimento da previsão de vários princípios (simultaneamente) por determinadas situações fáticas, o que é de fato característica mais limitada nas regras.

Carster Bäcker, por sua vez, realiza uma distinção entre regras e princípios baseada no critério de derrotabilidade, de forma que entende o

¹⁹⁷ Ibid, p. 202.

¹⁹⁸ Ibid, p. 207.

¹⁹⁹ LOPES, Pedro Moniz. *Op. Cit.*, 2011, pp. 197-235, p. 208.

fenómeno como a capacidade de acomodar exceções e as regras e princípios, na sua concepção se distinguem por meio dessa capacidade²⁰⁰.

Em suma, as regras são derrotáveis e os princípios não. Quando se volve para a aplicação das regras é simples perceber que as exceções não conseguem ser totalmente acomodadas na proposição normativa, mas quando se trata dos princípios não porque a perspectiva é de que o princípio, como mandamento de otimização tem sempre espaço para abrigar todas as exceções que podem surgir.

O que Backer coloca é que a norma com forma de regra se derrota porque é capaz de enunciar e prever explicitamente algumas exceções, apesar de ser impossível à capacidade humana que a norma regra preveja de forma completa todas as exceções que podem surgir e serem acomodadas na regra²⁰¹.

É aí que Backer explica o ponto de distinção entre regras e princípios. Os princípios não teriam exceções vez que a estrutura dessa norma abrigaria todas as circunstâncias a serem consideradas toda a vez que um princípio fosse aplicado, o que permitiria então afastar as duas espécies normativas.

Considera a estrutura de princípio como verdadeiro mandamento de otimização e as regras como mandamento definitivo²⁰². Os princípios implicam um mandamento para otimizar e as regras ordenam que algo seja realizado diante de determinadas circunstâncias²⁰³.

Então, otimizar é uma característica intrínseca aos princípios, o que significa que a sua aplicação envolve realizar um fim na maior medida possível

²⁰⁰ BÄCKER, C. Regras, princípios e derrotabilidade. Tradução de Tiago Lopes Mosci. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte. n. 102, p. 55- 82, jan./jun. 2011, p. 60.

²⁰¹ Ibid, p. 68

²⁰² Ibid, p. 70.

²⁰³ Ibid, p. 71.

dadas todas as circunstâncias relevantes. O fato de “todas as circunstâncias relevantes” serem consideradas, para Backer, implica que nos princípios não há espaço para exceções implícitas.

O pensamento de Backer resulta na ideia de que as razões contrárias a um princípio são consideradas na otimização e incluem sempre todas as circunstâncias relevantes conhecidas. As razões para as exceções já estão aí incluídas o que implica na não derrotabilidade dos princípios.

A possibilidade de derrotabilidade ou não de uma determinada norma divide as estruturas em regras e princípios numa separação forte, utilizando o fenómeno da derrotabilidade de forma inovadora para definir um critério que possa distinguir as duas espécies normativas.

2.2.2 A distinção fraca entre regras e princípios

No entanto, a primeira forma de distinção baseada principalmente nas diferenças estruturais e lógicas das normas ensejou algumas críticas, que culminaram na tendência a adotar uma posição mais branda em relação às distinções entre regras e princípios: a tese da separação fraca (ii).

As distinções fracas são como se pode pressupor teorias ligadas à ideia de que não há uma diferença qualitativa entre as regras e os princípios, mas meramente quantitativa, focada na ideia da generalidade da norma princípio em relação à regra.

Aulis Aarnio²⁰⁴ é um dos grandes defensores da falibilidade da distinção forte entre regras e princípios. À primeira vista, rechaça a diferenciação feita sob

²⁰⁴ AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable: Un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

a ótica da formulação linguística da norma, declarando que a imprecisão e a indeterminação podem ser características de expressões encontradas em quaisquer espécies normativas, sejam regras ou princípios. Não há uma demarcação definida, mas uma graduação que vai das regras aos princípios e os classificam entre normas mais específicas ou gerais, o que anula a tese da distinção forte sob o ponto de vista linguístico²⁰⁵.

O referido autor também não enxerga distinções relevantes no nível da estrutura da norma²⁰⁶. Como os princípios são considerados por Robert Alexy mandatos de otimização, não podem ser cumpridos parcialmente e, portanto, assim como as regras, são fenômenos deontológicos e, dessa forma, a formulação linguística em nada interferiria na estrutura normativa²⁰⁷.

Há ainda, na visão do autor uma corrente intermediária conhecida como distinção tênue ou dúctil²⁰⁸. Essa distinção leciona que há na verdade uma zona de penumbra (definida por regras que atuam como princípios e princípios que atuam como regras) estabelecida na demarcação de regras e princípios que impede de categorizar exatamente uma norma como regra ou princípio. A distinção está especificamente no grau²⁰⁹.

A tese da demarcação forte também enfrenta oposição quando trata da forma como regras e princípios vigoram no ordenamento jurídico já que, a priori.,

²⁰⁵ AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable: Un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 143.

²⁰⁶ AARNIO, Aulis. *Reason and Authority – A treatise on the dynamic paradigm of legal dogmatics*. Aldershot: Ashgate, 1997, p. 181-182.

²⁰⁷ AARNIO, Aulis; GARZÓN VALDÉS, Ernesto; UUSITALO, Jyrki. *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa; 1997, p. 24.

²⁰⁸ Sobre a distinção dúctil, no Brasil, destaque para os estudos desenvolvidos por André Rufino do Vale na obra *A estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. 286 f. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) -Universidade de Brasília, Brasília, 2006, p. 125-150.

²⁰⁹ AARNIO, Aulis. *Reason and Authority – A treatise on the dynamic paradigm of legal dogmatics*. Aldershot: Ashgate, 1997, p. 175-186.

são todos válidos quando estão presentes na legislação. Também quando diante de uma situação de conflito as normas dão espaço às disposições contrárias sem que necessitem ser declaradas inválidas²¹⁰.

Para Aulis Aarnio, outra crítica dirigida à tese da demarcação forte estava na distinção que se faz quanto ao papel da norma na argumentação jurídica. Nesse sentido, tanto os princípios como as regras podem apresentar razões *prima facie* ou definitivas, conforme cada circunstância e, portanto, desempenham função semelhante na argumentação jurídica²¹¹.

Tem-se, então, que segundo a teoria de Aarnio, não é possível estabelecer distinções qualitativas entre regras e princípios. De modo amplo, antes de serem interpretadas, ambas espécies normativas fornecem razões *prima facie* e depois da interpretação, oferecem razões definitivas, ou seja, não haviam diferenças relevantes, a não ser a generalidade dos princípios.

Outro expoente da defesa da tese da diferenciação fraca entre regras e princípios é Klaus Günther²¹², que criticou a distinção fundada na estrutura e na validade da norma nos casos de colisão, defendidas por Robert Alexy.

Rebatendo as teorias de Robert Alexy, Günther não admite que a solução do conflito entre regras e da colisão dos princípios esteja vinculada à estrutura normativa. Ao revés, destaca que a diferença estaria no que convencionou chamar de “condições de conversação”²¹³, ou seja, no número de informações passadas em uma conversação sobre as razões da ação.

²¹⁰ AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable: Un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1991, p. 71.

²¹¹ *Ibid*, p. 31.

²¹² GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004, p. 305-322.

²¹³ *Ibid*, p. 309-135.

Conforme o critério de conversação estabelecido por Günther uma norma seria regra quando fosse aplicada desconsiderando os traços desiguais da situação, ou princípio quando aplicada ressaltando todas as circunstâncias fáticas e jurídicas de determinado caso²¹⁴.

Para Luis Prieto Sanchís, a definição de princípio está relacionada mais com a argumentação do que propriamente com uma categoria de normas²¹⁵. Nesta conceção seria inaceitável a ideia de que as colisões entre princípios divergem do conflito entre regras e que os princípios podem ser cumpridos em diferentes graus. Nas lições de Sanchís não há tanta clareza na afirmação de que os conflitos entre regras são solucionados somente pela sua validade e de que os princípios em colisão só podem ser resolvidos por meio da ponderação de seus valores²¹⁶.

Outra ideia, seguindo essa linha de raciocínio, é a de que a distinção entre princípios e regras não pode ser anterior ao processo interpretativo. Desse modo, os princípios não podem ser classificados como uma norma que se identifique no plano abstrato, ao contrário, são normas capazes de assumir uma posição de fundamentalidade no processo de argumentação jurídica²¹⁷.

Basicamente, o contexto em que se estabelece a distinção feita pelo autor conduz a uma fraca diferenciação entre princípios e regras, dado que uma regra pode ser transformada em um princípio conforme a utilização que se faça de cada espécie normativa.

²¹⁴ Idem.

²¹⁵ SANCHÍS, Luis Prieto. *El constitucionalismo de los derechos: ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta, 2013. p. 116-118.

²¹⁶ SANCHÍS, Luis Prieto. *Sobre principios y normas: problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 40.

²¹⁷ SANCHÍS, Luis Prieto. *Op. Cit.*, 2013. p. 116-117.

Um ponto crucial na distinção entre regras e princípios, sejam elas fracas ou fortes, não está na ideia de quais são os critérios aplicáveis de gradação para diferenciar espécies normativas, mas “a tese de que a forma de aplicação não é um parâmetro válido para esse fim”²¹⁸.

2.2.3 Além das distinções

Uma distinção categórica entre regras e princípios nunca será exatamente perfeita, já que sempre estará presente no sistema jurídico algum resquício de indeterminação que não é propriamente intrínseco só aos princípios, mas inclui as regras (por mais que estas sejam indeterminadas menos vezes)²¹⁹.

Como já dito, a utilização da linguagem na representação normativa, sejam regras ou princípios, acaba sempre por causar alguma imprecisão que pode suscitar uma discussão mais apurada sobre a sua aplicação ou não²²⁰.

Por exemplo, fica claro que a previsão de um princípio engloba as condições que ativam o condicional (ou estatuição) normativa.

É assim que se concebe a ideia de que os princípios possuem uma variabilidade na sua regulação, de modo que a previsão dos princípios possui um pressuposto implícito e ilimitado que não pode restringir previamente a quantidade de situações que se enquadram e podem ativar a sua estatuição. Há

²¹⁸ CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais na Espera Privada*. Doutorado em Direito. Tese. Universidade de Lisboa. 2015. p. 260.

²¹⁹ Sobre o tema, bem afirma André Rufino do Vale ao enunciar que “muitas vezes as regras apresentam uma textura aberta e aparecem como critérios hermenêuticos e não como normas específicas e exhaustivamente compreensivas do caso em exame”. RUFINO, André do Vale. *A estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. 286 f. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade de Brasília, Brasília, 2006, p. 108.

²²⁰ GUASTINI, Ricardo. *Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Tradução Jordi Ferrer i Beltrán Barcelona: Gedisa; 1999, p. 147.

possibilidade de expansão da norma para todas aquelas situações que a ela se possam remeter.

Em suma, quando a condicionalidade normativa indica que os efeitos da estatuição só serão ativados quando ocorrerem os casos mencionados na previsão, o carácter de regulação variável faz com que estas normas possuam uma tendência de expansibilidade, de aplicar-se na maior medida possível.

E se imaginássemos que as normas sejam como balões cheios de ar dentro de uma sala fechada, é de se presumir que quanto maior expansividade tiver um balão (mais cheio), mais chance ele terá de se chocar com outros balões na mesma sala. Isto tudo para dizer que as normas de princípio, com o carácter mais expansivo, têm paralelamente, maiores chances de entrar em conflito com outras normas.

Já em relação às regras, naturalmente possuem pressupostos que não conseguem alcançar todas as situações e são, em regra, mais fechados e específicos. Isto não significa dizer que não seja possível que haja um conflito normativo originado de um choque entre regras. O que acontece é que quem propõe uma distinção forte e estática considera que as regras são supostamente tidas como normas completas e não consideradas como normas em que sempre é possível incluir uma exceção²²¹ que pode surgir quando da sua aplicação²²².

²²¹Sobre exceções, confira DUARTE D'ALMEIDA, Luís. Excepciones y superación. In: LUQUE, Pau (ed.), *Particularismo*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires y São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 133-150. Seguindo a mesma linha do texto, o próprio Alexy chega a afirmar que não há segurança em relação à afirmação de que não haverá afastamento da aplicação de uma regra em um novo caso concreto por meio da introdução de uma cláusula de exceção em razão de forças contrárias mais fortes. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 100.

²²² Nesse sentido, são as lições de GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Ontología y función de los mandatos de optimización. Fundación Jurídico Europeo, disponível em: http://www.fcjuridicoeuropeo.org/wp-content/uploads/file/jornada1/3_Garcia%20Figueroa_1.pdf. Acesso em: 16 de maio de 2018.

Mas, sem hesitar, as normas que possuem maior tendência ao conflito são – inclusive por razões estruturais – as normas princípios²²³, bem como estas estão aptas a conflituarem e a regularem de maneira menos definitiva os casos em que se podem aplicar.

Uma das grandes críticas de se querer perseguir uma distinção exata se sustenta no fato de que os princípios podem ir além da regulação de condutas, mas se comportam também como fontes de outras normas ou definição de um estado de coisas ou um fim a ser alcançado.

Essa variedade de tipologia de princípios também aparece nas regras quando são expressas com um conteúdo de finalidade ou ainda num sentido mais vago, quando incorporadas a elas conceitos jurídicos indeterminados. Para Guastini, essa é outra razão pela qual a distinção não consegue nunca ser satisfatória²²⁴.

Tudo isto não nos afasta, repise-se, da ideia de que estas normas possuem diferenças relevantes que nem sempre se manifestam, mas que, em alguns casos, podem auxiliar na definição de se está diante de uma regra ou de um princípio. Esta classificação normativa é especialmente relevante para o estudo da derrotabilidade normativa dos direitos fundamentais, o que se destaca a seguir.

²²³ “Any norm would therefore be subject to an optimization requirement, mainly under partial-partial conflict scenarios. Principles would just so happen to illustrate it more often, but this is a matter of statistics”. LOPES, Pedro Moniz. *Op. Cit.*, 2017, pp. 471–490, p. 476.

²²⁴ GUASTINI, Ricardo. *Distinguendo – Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Tradução Jordi Ferrer i Beltrán. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 143-178.

2.3 SOBRE REGRAS, PRINCÍPIOS E DERROTABILIDADE DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A altura da investigação a distinção entre regras e princípios se conectará com a derrotabilidade das normas de direitos fundamentais, não como um critério distintivo como faz Carsten Backer²²⁵, mas numa perspectiva relacional.

A realidade é que as normas de direitos fundamentais carregam consigo uma complexidade estrutural de modo que saber se ela atua como uma regra ou como um princípio não é uma tarefa simples e matemática, ainda que considerados os critérios de distinção apresentados acima.

Correntes doutrinárias se estabelecerem no sentido de que as normas de direitos fundamentais podem ter a estrutura pura de regras, ou seja, todas as normas de direito fundamental são absolutas e a ponderação não é uma resposta para definição da sua aplicabilidade, de modo que as normas de direito fundamental deveriam ser respeitadas dada a sua fundamentalidade no sistema jurídico²²⁶.

De alguma forma, conceber direito fundamental como regra garantiria mais previsibilidade e segurança jurídica em relação ao conteúdo normativo de grande relevância que estas normas carregam. Porém, esta concepção desconhece que nem sempre é possível definir anteriormente todos os acontecimentos fáticos e jurídicos dentro do sistema, vez ou outra será necessária a aplicação de outros métodos hermenêuticos para solucionar algum

²²⁵ Para uma leitura nessa perspectiva, confira BACKER, Carsten. Regras, princípios e derrotabilidade. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 102, jan/jun. 2011, pp. 55-82.

²²⁶ RUFINO DO VALE, André. A estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. Universidade de Brasília. Dissertação de Mestrado: Brasília, 2006, p. 141-142.

impasse envolvendo estas normas, como acontece na maioria dos casos em que se recorre a ponderação.

Numa visão diametralmente oposta, o modelo puro de princípios estabelece que o direito fundamental carrega a estrutura de um princípio. Assim, os direitos fundamentais pressupõem normas com disposição de princípios e, somente poderiam ser tidas como regras as normas que resultassem da condição de precedência entre os princípios²²⁷. O problema é que o modelo puro de princípios concede uma flexibilização demasiada em relação à aplicação dos direitos fundamentais, inconciliável com o aspecto vinculante da Constituição.

Como nenhum dos dois modelos se apresenta satisfatório, A Teoria dos Princípios, de Robert Alexy, busca conciliar as duas posições ao lecionar um modelo misto e definir dentro do catálogo de direitos fundamentais normas tanto com estrutura de regras quanto com estrutura de princípios, ou seja, os direitos fundamentais assumem um carácter duplo²²⁸. A linha de Alexy estabelece que “um modelo adequado somente é obtido quando as disposições de direitos fundamentais são atribuídas tanto regras quanto princípios”²²⁹.

Assim, uma mesma norma de direito fundamental pode assumir tanto a forma de regra quanto a de princípio, expressando simultaneamente ambas categorias normativas. Parece-nos mais adequado o modelo misto para o sistema de direitos fundamentais no Estado constitucional. Numa rápida análise da Constituição Brasileira de 1988 e da Constituição Portuguesa de 1976, por exemplo, as normas de direitos fundamentais possuem graus diferenciados de

²²⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 139.

²²⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 141.

²²⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 144.

densidade e abertura, razão pela qual compreendem no mesmo catálogo normas regras e normas princípio.

Há também que destacar que a relativização dessa definição de regras e princípios é sugerida por parte da doutrina por meio da ideia da argumentação, interpretação e o caso concreto em que se aplica a norma de direito fundamental. Em outras palavras defende-se que quem define se o dispositivo será considerado regra ou princípio é a atitude do intérprete, por meio da argumentação²³⁰. É claro que não se pode olvidar que há normas que são definitivamente caracterizadas como princípios e outras como regras, mas nenhuma delas, repise-se, está livre de ser derrotável.

Considerado isto tudo, é muito tênue e delicada a linha que separa uma espécie normativa da outra e isto se constata especialmente em normas de direitos fundamentais. Quando se trata de aplicar e concretizar direitos fundamentais, normas de alta complexidade, muitas questões e controvérsias insurgem e a derrotabilidade é uma delas.

A primeira questão que se impõe é: as normas de direitos fundamentais podem ser derrotadas?

A conflitualidade e a expansividade dos princípios são traduzidas no fenómeno da otimização e trazem consigo o que convém chamar de dependência normativa. Isto significa dizer que o princípio só se define depois de uma atividade interpretativa, por meio da inclusão de uma terceira norma, que

²³⁰ Nesse sentido, cfr. Ávila, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 41-43. Nessa esteira também aduz André Rufino do Vale que o intérprete tem o poder de definir o que quer da norma: uma regra ou um princípio, independente da sua estrutura, baseado em mecanismos de argumentação “úteis para a solução do caso concreto”. VALE, André Rufino do. *A estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. 286 f. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) -Universidade de Brasília, Brasília, 2006, p. 115

determinará quais são os pressupostos da previsão do princípio, no qual a sua consequência jurídica se aplicará.

A delimitação de tais pressupostos no caso de colisão dos princípios será indispensavelmente concedida por outra norma na ponderação, onde se definirá então o(s) pressuposto(s) da previsão da norma que prevalecerá no conflito.

É relevante destacar também que a diferença entre a capacidade de uma norma ser otimizada ou não independe da existência de conflitos normativos, porque estes podem acontecer com qualquer das espécies de normas, sejam elas regras ou princípios.

Nesse sentido, o interesse deste estudo está na constatação dos conflitos – envolvendo regras e princípios - que tem como forma de solução o método da ponderação. É o que determinará qual entre as duas normas será aplicável, dado que o ordenamento jurídico nem sempre apresenta previamente uma solução para o caso.

Isto tudo para reafirmar que em termos de expansão, os princípios naturalmente são mais conflitivos e, portanto, tendentes à resolução por ponderação. Por outro lado, as regras igualmente podem ser ponderadas, porém com a ressalva de que são normas ainda menos expansivas e dotadas de maior definibilidade, razão pela qual não é tão comum que se conceba esta espécie normativa como apta à ponderação²³¹.

Mas ainda assim é impossível afirmar que as regras sejam aplicáveis com contornos de definitividade. Relembre-se que não é possível ao legislador antever todas as hipóteses que possam excepcionar as regras. Então, as regras

²³¹ Esta não é uma posição assente na doutrina e há muita controvérsia sobre a possibilidade de as regras serem ponderadas ou não. Cfr. Louis Henkin. Infallibility under law: constitutional balancing. *Columbia Law Review*. Vol. 78, nº 5, jun. 1978, pp 1022-1049, p 1025-1026.

têm também uma perspectiva de regulação *prima facie*, de modo que diante de um caso concreto a sua subsunção fica condicionada à existência de exceções. É a derrotabilidade²³².

A derrotabilidade é uma propriedade disposicional das normas²³³, todas elas, inclusive das normas de direito fundamental, sejam interpretadas como regras ou princípios.

É de se pensar que as normas de direitos fundamentais numa perspectiva conflitiva não podem ter a sua regulação definitiva dentro do ordenamento jurídico, como se não houvesse em todo o sistema um mundo de exceções implícitas capazes de derrotar até mesmo estas espécies normativas jus fundamentais.

Num contexto específico da derrotabilidade das normas de direitos fundamentais, é importante destacar que todo princípio pode atuar como razões para as regras, já que um conflito entre princípios só consegue ser resolvido com o estabelecimento de uma nova regra, resultado de uma ponderação, que define a prevalência de um princípio sobre o outro naquelas condições fático-jurídicas apresentadas no caso concreto.

Os princípios atuam como o pilar mais importante para a interpretação e aplicação de regras jurídicas, porque são aqueles os que fundamentam jurídica e axiologicamente a existência destas²³⁴. Nessa linha, se os princípios são derrotáveis, as regras também seriam. Caso essa afirmação seja admitida como

²³² Cfr. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho. In: *Diritto&Questioni Pubbliche*, n° 3, 2003, p. 197.

²³³ LOPES, Pedro Moniz. *Op. Cit.*, 2017, pp. 471–490, p. 476.

²³⁴ THOMAS BUSTAMANTE. Princípios, regras e conflitos normativos: um modelo para justificação de decisões *contra legem* a partir da teoria jurídica de Robert Alexy. In: *Pensar*, vol. 15, n. 2, Fortaleza, Jul./Dez. 2010, pp. 603-628, p. 607-611.

verdade, qualquer regra vai colidir com outras normas pois o princípio que a fundamenta ou determina está em conflito com outros princípios. Qualquer regra é sempre exposta à influência dos princípios ou moralidade porque a análise de um novo caso pode revelar uma exceção implícita que até então não tinha se manifestado, mas que agora prescreve a não observância das regras²³⁵.

Esta relação entre regras e princípios demonstra também que as regras podem ser o resultado de uma ponderação de princípios pelo legislador²³⁶.

É exatamente por esta razão que a relação entre regras e princípios, ainda como duas espécies normativas distintas, define as normas de direitos fundamentais como aptas a serem derrotadas sejam elas consideradas normas-regras ou normas-princípios, assim como todas as outras que não sejam fundamentais.

De todo modo, a estatuição destas normas pode ser “derrotada” pela introdução de uma exceção à sua aplicação que não estava anteriormente prevista. E isto se dá, especialmente, pela elevada dimensão moral e axiológica que costuma ser atribuída às normas de direito fundamental.

Naturalmente, são normas estatisticamente mais tendentes ao conflito que desencadearão à derrotabilidade normativa, tendo em consideração que no cenário de argumentação jurídica que se tenha um problema de aplicabilidade de normas (e não de validade), ao fim, uma norma prevalecerá e a outra será derrotada naquele caso específico.

²³⁵BERMEJO, Juan Manuel Pérez. Principles, conflicts and defeats: An Approach from Coherentist Theory. In: BELTRAN, Jordi F.; RATTI, G. Batista. *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*, Oxford University Press 2012, p. 289.

²³⁶PECZENIK, A. Saltos y lógica en el Derecho. ¿Qué se puede esperar de los modelos lógicos de la argumentación jurídica? trad. De E. Garzón Valdés. In: PECZENIK, *Derecho y Razón*, México, Fontamara, 2000, p. 78.

Diante de todas estas rápidas considerações a respeito da complexidade e flexibilidade das normas de direitos fundamentais, não há como se esquivar da aceitação de que estas são normas não absolutas que, por conseguinte, estão sujeitas ao fenómeno da derrotabilidade normativa.

Os direitos fundamentais, na forma de regras ou princípios, estão em constante interação, o que resulta em: conflitos, colisões, ponderações e, por fim, derrotabilidade e restrições. Estas inter-relações e suas implicações no sistema dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico serão objeto de estudo do próximo capítulo.

3 UMA PEREGRINAÇÃO: DO CONFLITO E PONDERAÇÃO À DERROTABILIDADE E RESTRIÇÃO

3.1 CONFLITOS E COLISÕES NORMATIVAS: ASSIM NASCE UMA

DERROTA

Desenhado o cenário das origens do termo derrotabilidade, juntamente com as perspectivas iniciais em torno do conceito da derrotabilidade, com o estudo da norma de direito fundamental e da relação entre regras e princípios, passa-se agora à análise de um outro fenómeno que está estritamente ligado à derrotabilidade, ou, em melhores palavras, é a gênese da derrotabilidade: os conflitos normativos.

Existirá um conflito entre normas quando ao obedecer ou aplicar determinada(s) norma(s), outra(s) norma(s) do ordenamento jurídico é necessariamente ou potencialmente violada. Duas (ou mais) obrigações coexistem dentro do sistema, mas podem tornar-se contraditórias entre si em alguma ocasião particular.

A indeterminação em torno de uma decisão judicial decorre da presença, sobre certas premissas, de uma variedade de respostas concorrentes entre si, que tem como consequência o desenho de uma situação de conflito normativo. Instaura-se, a partir de então, a dúvida sobre qual norma será aplicada no caso em concreto. Assim, a derrota de qualquer norma é a consequência de seu conflito com outra(s) norma.

O conflito normativo carrega consigo a noção de inconsistência normativa, ou seja, a ideia de “se, e apenas se, pelo menos um dos casos do ‘Universo de Casos’ desse ordenamento se encontra correlacionado com soluções jurídicas distintas, cuja conjunção configura uma contradição de sentidos de dever-ser”²³⁷.

²³⁷ LOPES, Pedro Moniz. *Op. Cit.* 2014, p. 232.

As causas principais para ocorrer um conflito normativo elencadas por Giovanni Sartor são (i) a dinâmica do sistema jurídico, (ii) a proteção jurídica dos interesses contrários, e (iii) a incerteza sobre o conteúdo de determinadas fontes legais.²³⁸

É natural quando da aplicação das normas na rotina diária dos juristas que se exsurjam conflitos normativos já que as normas válidas nem sempre serão submetidas de forma clara e certa quando estão diante de um mesmo caso concreto. Os conflitos normativos estão a rondar o espaço jurídico a todo tempo.

Para que se identifique um conflito entre duas (ou mais) normas é preciso que haja em um caso concreto condições relevantes que estão simultaneamente enunciadas na previsão de normas com consequências jurídicas incompatíveis, contrárias. A previsão destas duas (ou mais) normas possuem parcialmente ou totalmente condições em comum, mas efeitos jurídicos opostos entre si.

Existem duas formas de conflito normativo: o conflito em sentido estrito e as colisões.

O primeiro ocorre quando não é possível aceitar a validade coexistente de duas ou mais normas em conflito. O conflito em sentido estrito abrange tanto as regras como os princípios jurídicos e só podem ser resolvidos por meio da declaração de invalidade de uma das normas em conflito.

Já a colisão, por outro lado, relaciona-se com a aplicabilidade das normas em situação de conflito e não com a sua validade. Nesse caso é latente a utilização de técnicas como a ponderação dos direitos fundamentais em conflito para solucionar a questão apresentada no caso em concreto.

²³⁸ SARTOR, Giovanni. Normative Conflicts in Legal Reasoning. *In: Artificial Intelligence and Law* June 1992, Vol. 1, Issue 2-3, pp 209-235, disponível em <https://doi.org/10.1007/BF00114921>, acesso em: 20 de maio de 2018, p. 209.

Portanto, são condições necessárias para identificar o conflito normativo (i) a “comunhão de âmbito previsivo (temporal, espacial, pessoal e material) entre duas ou mais normas contrapostas”²³⁹ e (ii) a existência de efeitos jurídicos contraditórios entre elas. A identificação do conflito normativo nem sempre ocorre *prima facie*, mas após a interpretação, como resultado desta.

Para o primeiro critério de identificação da existência de um conflito normativo, as condições de aplicação (hipóteses legais) similares²⁴⁰, é importante trazer a classificação de Alf Ross que divide as relações de comunhão de âmbito previsivo em total-total, total-parcial e parcial-parcial²⁴¹.

Na conexão total-total, identifica-se um conflito em que as normas possuem integralmente as mesmas hipóteses legais com efeitos jurídicos contraditórios e incompatíveis, conforme a representação abaixo, dado que as normas em conflito serão descritas como *N1* e *N2*, o *c* representará as condições do âmbito previsivo, as consequências jurídicas serão tidas por *p* e a sua contradição por $\sim p$:

$$\begin{aligned} N1 &= c1 \cap c2 \cap c3 \rightarrow p \\ N2 &= c1 \cap c2 \cap c3 \rightarrow \sim p \\ \text{Total} &\Leftrightarrow \text{Total}^{242} \end{aligned}$$

A conexão total-total é a coincidência de duas normas completamente idênticas com a mesma previsão, mas que se encontram claramente em conflito porque uma tem como consequência jurídica *p* e outra tem como consequência

²³⁹ LOPES, Pedro Moniz. *Op. Cit.* 2014, p. 237.

²⁴⁰ DUARTE, David. Rebutting defeasibility as operative normative defeasibility in *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito: estudos de direito e filosofia*, Coimbra, Almedina, pp. 161-164.

²⁴¹ ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini. Rev. Alysson Leandro Mascaro. 1ª edição. Bauru: Edipro. 2000, pp. 57-60.

²⁴² Idem.

jurídica o contrário, $\sim p$. Ou seja, apenas uma poderá ser aplicada e escolhida como resposta do conflito.

Especialmente numa conexão total-total, o conflito se resolve por meio de uma norma de resolução de conflito trazida pelo próprio ordenamento jurídico que apresenta alguns critérios solucionadores de conflitos que funcionam como “desempate” para determinar qual dentre as duas normas idênticas será aplicada.

Este critério pode referir-se à hierarquia normativa que dispõe da noção de que quando duas normas absolutamente iguais tiverem em conflito, opta-se por aquela que nas definições da pirâmide Kelseniana estiver no patamar mais elevado e, caso isso não seja suficiente para definir a norma aplicável, passa-se ao segundo critério de resolução de conflitos, que é a cronologia, ou seja, prevalecerá a norma publicada por último.

A segunda divisão da relação entre as previsões normativas em conflito é a conexão parcial, que se subdivide em total-parcial e em parcial-parcial.

No primeiro caso, as previsões normativas são entre si parcialmente similares e, ao mesmo tempo, carregam na sua estatuição consequências jurídicas contraditórias.

Aqui, o que ocorre é que não há absoluta correspondência entre todas as previsões normativas das normas em conflito, mas apenas a algumas (quase todas), porque uma das normas possui mais condições do que a outra e isto a tornará uma norma especial em relação à primeira.

Na modalidade do conflito total-parcial, a solução para dirimir o impasse está em um dos critérios de resolução de conflitos encontrado no próprio

ordenamento jurídico, nas normas secundárias, por meio da preferência da norma mais específica. A especialidade vence.

$$\begin{aligned} N1 &= c1 \wedge c2 \wedge c3 \rightarrow p \\ N2 &= c1 \wedge c2 \wedge c3 \wedge c4 \rightarrow \sim p \\ \text{Total} &\Leftrightarrow \text{Parcial}^{243} \end{aligned}$$

A derrotabilidade que se configura diante de um conflito total-parcial é classificada como uma *derrotabilidade undercutting*²⁴⁴ ou *refutativa*. Como em toda derrotabilidade, é preciso que se configure um conflito entre normas, mas o que a caracteriza como *undercutting* é a forma de como se dá a resolução do conflito: por meio das normas secundárias inseridas no sistema jurídico: *lex superior derogat legi inferiori* (hierarquia), *lex posterior derogat legi priori* (cronologia), *lex specialis derogat legi generalis* (especialidade).

A solução, neste caso, está inserida no próprio ordenamento jurídico e não precisa ser buscada por fora. É um caso de derrota que não requer uma técnica rebuscada para enfrentar o conflito normativo que se instaura. Ao contrário, a escolha da norma prevalente e da derrota não enfrenta grandes dilemas porque a solução já está previamente enunciada no próprio sistema jurídico²⁴⁵.

²⁴³ ROSS, Alf. *Op. Cit.*, p. 159-160.

²⁴⁴ SARTOR, Giovanni. *Defeasibility in Legal Reasoning*. In: BELTRAN, Jordi F.; RATTI, G. Batista. *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*, Oxford University Press 2012, p. 119-126.

²⁴⁵ "(...) the defeasibility schema is totally processed inside the legal system and where in relation to facts and to applicable norms, the legal solution of the case doesn't achieve any specific from that schema. Therefore, normative undercutting defeasibility expresses a sort of defeasibility, if it is possible to say this way, with a low grade of technical operativity". DUARTE, David. *Rebutting defeasibility as operative normative defeasibility in Liber Amicorum de José de Sousa e Brito: estudos de direito e filosofia*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 174.

Não é por isto que a norma deixa de ser derrotada, porque na verdade também será por meio de uma terceira norma. No entanto, isto não instiga nenhum interesse à esta pesquisa, já que, nesta hipótese total-parcial, a derrota é facilmente justificável pela subsunção de uma terceira norma de resolução de conflito que afasta a possibilidade de uma discussão mais complexa para dirimir o conflito posto.

Porém, o mesmo não acontece quando o conflito normativo é dado pela classificação parcial-parcial. De fato, aqui está um ponto crucial do estudo: o conflito parcial-parcial não consegue ser resolvido de forma simples e fácil como se dá com outros conflitos por meio de uma terceira norma prevista no sistema que traz a resposta sobre a escolha da norma que será derrotada.

Isto acontece especialmente porque as normas não são por si mesmas conflituosas num conflito parcial-parcial dentro do sistema jurídico, mas se tornam incompatíveis entre si fora dele diante de um caso concreto²⁴⁶.

Em outras palavras, a verificação do conflito não é uma certeza para as normas N1 e N2 que *prima facie* não estão em choque - o conflito normativo é ainda uma possibilidade. Antes do conflito parcial-parcial se instaurar, as normas convivem harmonicamente no sistema jurídico sem demonstrar que há entre elas um conflito aparente, porque realmente ainda não há.

O conflito só se exsurdiria numa situação concreta quando condições previstas em duas normas de estatuição com efeitos contrários se verificassem simultaneamente.

Nesta hipótese, os fatos são determinantes para definir a existência ou não do conflito normativo. Esta é, portanto, a configuração de conflito mais

²⁴⁶ DUARTE, David. *Op. Cit*, 2009, p. 164.

problemática, porque não encontra uma solução prévia já que o próprio conflito depende de acontecimentos fáticos que, por sua vez, são infinitos e impossíveis de antecipação pelo legislador.

A representação de uma conexão parcial-parcial do conflito apresenta normas que possuem condições previstas simultaneamente e também outras condições que não são compatíveis – ou seja – as condições não possuem correspondência total entre as normas – apenas parcial. Para verificar o conflito, repise-se, é necessário que existam consequências jurídicas contrárias e incompatíveis:

$$N1 = c1 \cap c2 \cap c3 \rightarrow p$$

$$N2 = c1 \cap c2 \cap c4 \rightarrow \sim p$$

$$\text{Parcial} \Leftrightarrow \text{Parcial}^{247}$$

Perceba que ao observar N1 e N2, à primeira vista, não há conflito nenhum. O conflito só se dará quando numa situação concreta se verificar a existência simultânea das condições previstas em N1 e N2. Aí então ter-se-á um conflito normativo e, por conseguinte, a opção pela prevalência de uma e derrota de outra norma.

Cabe aqui, para fins de deixar mais claro como se configura um conflito parcial-parcial, ilustrar a situação com um exemplo imaginário de duas normas do sistema jurídico Y que lecionam:

N1= Mulheres (c1) acreanas (c2) matriculadas na Universidades de Lisboa (c3) podem ir à praia (p).

N2= Mulheres (c1) acreanas (c2) que possuem cabelos negros (c4) não podem ir à praia (~p).

²⁴⁷ ROSS, Alf. *Op. Cit.* 2000, p. 160.

As normas N1 e N2, quando observadas, não apresentam um conflito entre si. É perfeitamente possível que mulheres acreanas matriculadas na Universidade de Lisboa possam ir à praia, assim como essa norma N1 não impede que mulheres acreanas que possuem cabelos negros sejam proibidas de ir à praia.

O problema e o conflito só irão surgir mesmo quando uma “Mulher (c1) acreana (c2) está matriculada na Universidade de Lisboa (c3) possui cabelos negros (c4) e deseja ir à praia. É permitido ou não?”

As previsões normativas de ambas as normas foram simultaneamente preenchidas pela situação fática acima descrita e, daí então, configura-se um conflito normativo que, como todos os conflitos, precisa ser solucionado para definir qual consequência jurídica prevalecerá e qual será derrotada. Neste caso, pelas razões que já foram anteriormente explicadas, a resolução do conflito virá de uma solução externa ao sistema jurídico.

A derrotabilidade que resulta deste conflito é a derrotabilidade *rebutting*²⁴⁸ ou amputativa. Aqui, só se poderia falar em colisão - espécie de classificação do conflito em sentido amplo que se subdivide em colisão e conflito normativo em sentido estrito - que se refere à noção de que ambas as normas permanecem válidas diante da situação de conflito e diferencia-se das situações anteriores (conflito normativo em sentido estrito) em que não é admitida a validade simultânea das normas em conflito no mesmo tempo e lugar²⁴⁹.

²⁴⁸ SARTOR, Giovanni. *Op. Cit.* 2012, p. 119-126.

²⁴⁹ BUSTAMANTE, Thomas. Conflictos normativos y decisiones contra legem: una explicación de la derrotabilidad normativa a partir de la distinción entre reglas y principios. *Doxa*, Alicante, n. 33, 2010, p. 101.

Para estabelecer qual das normas seria aplicável é preciso que o intérprete naturalmente opte por uma delas. Esta solução do julgador não pode ser, por óbvio, tida de forma arbitrária, mas por meio de uma argumentação racional que tenha como finalidade alcançar a solução mais adequada para o caso concreto mediante, por exemplo, um processo da ponderação ou balanceamento de valores, bens e interesses em conflito.

Na colisão, que ocorre no conflito parcial-parcial o problema está em escolher qual norma é aplicável ao caso, mas não qual dentre elas é válida. A derrotabilidade resultará na aplicação de uma norma em detrimento de outra norma jurídica que prevalece por meio da solução externa do conflito utilizando o balanceamento para definir a regra que será utilizada no caso em concreto.

É mais comum visualizar este tipo de colisão entre dois princípios ou entre um princípio e uma regra, especialmente se considerarmos o fato de que os princípios são normas que abrangem mais condições em suas previsões, o que também faz com que sejam mais expansivos e se choquem com outras normas inseridas no ordenamento jurídico.

Quando a colisão se concretiza, é preciso solucioná-la e o resultado final é a derrota de uma norma jurídica.

O conflito pode acontecer quando as normas se encontram no mesmo nível hierárquico ou em níveis hierárquicos diferentes.

No primeiro grupo o conflito normativo em sentido amplo pode acontecer entre um princípio e uma regra, na colisão entre princípios, no conflito entre duas regras e entre dois princípios²⁵⁰.

²⁵⁰Ibid, p. 102.

A primeira hipótese é o conflito ocorrido entre um princípio e uma regra do mesmo nível hierárquico. A resposta para dirimir o problema é, quase sempre, a prevalência da regra sobre o princípio de mesmo nível e isto acontece porque antes o legislador já havia feito a opção de dar maior relevância ao princípio que justifica a regra do que ao outro princípio que com ela colide. Em outras palavras, a existência da regra decorre de uma deliberação prévia do legislador sobre a relação de prioridade entre as normas em conflito²⁵¹.

O segundo caso resulta da colisão de princípios que só pode ser solucionada pela ponderação. A hipótese seguinte, do conflito entre duas regras de mesmo nível hierárquico pode se dar pelas normas de solução de conflitos – especialidade e cronologia, como já mencionado anteriormente – mas também pode desencadear um conflito mais complexo que não se resolve pelas normas internas do sistema de solução de conflito e, naturalmente, o intérprete precisará recorrer aos princípios constitucionais para encontrar a solução para o conflito²⁵².

O último caso, de conflito em sentido estrito entre princípios não é habitual a nível constitucional, mas são resolvidos da mesma forma da hipótese anterior e só ocorrem quando os princípios são tão incompatíveis que é impossível sustentar a coexistência e validade dos dois no mesmo ordenamento jurídico²⁵³.

O outro grupo de conflitos normativos são aqueles que estão em níveis hierárquicos diferentes. Algumas das situações de conflito que se pode elencar neste conjunto são:

²⁵¹ Ibid, p. 102-103.

²⁵² Ibid, p. 103.

²⁵³ “En el campo del Derecho laboral, por ejemplo, difícilmente prodría admitirse la compatibilidad entre el principio de proteccion procesal de la parte, mas débil, adoptado por muchos ordenamientos jurídicos, y um principio de interpretación de los contratos laborales que estableciera una prioridade de los métodos lingüísticos y gramatical em la interpretación de las causas contractuales”. Idem.

- (i) o conflito entre regras constitucionais e infraconstitucionais,
- (ii) a colisão entre uma regra constitucional e um princípio infraconstitucional,
- (iii) conflito entre um princípio constitucional e um princípio infraconstitucional,
- (iv) colisão entre um princípio constitucional e um princípio infraconstitucional,
- (v) conflito entre um princípio constitucional e uma regra infraconstitucional e
- (vi) colisão entre um princípio constitucional e uma regra infraconstitucional²⁵⁴.

Dentre estes, como se trata de conflitos a níveis hierárquicos diversos, é possível que se solucione por meio da aplicação do critério da hierarquia em que a norma superior prevalece sobre a norma inferior, por exemplo as hipóteses elencadas nos pontos (i),(iii) e (v)²⁵⁵.

Os outros casos são solucionados não pela declaração da invalidade de uma outra norma jurídica em conflito, mas por questões em torno da aplicabilidade de determinada norma no caso concreto. No caso da colisão entre um princípio constitucional e uma regra infraconstitucional, por exemplo, é possível vislumbrar com clareza um conflito que acarreta a derrotabilidade normativa. Veja-se:

Há um princípio constitucional designado por P1 que não engendra nenhuma forma de declaração de invalidade da regra em colisão aqui designada

²⁵⁴ BUSTAMANTE, Thomas. Conflictos normativos y decisiones contra legem: una explicación de la derrotabilidad normativa a partir de la distinción entre reglas y principios. *Doxa* , Alicante, n. 33, 2010, p. 103-104.

²⁵⁵ Idem.

por R. O que acontece nesta hipótese é que o princípio P1 apenas adiciona uma exceção anteriormente não prevista na hipótese de incidência da regra R²⁵⁶.

Para solucionar o conflito o que acontece é uma ponderação envolvendo P1, princípio que justifica a introdução da exceção e outro princípio P2 que fundamenta a regra R. As hipóteses incomuns podem fundamentar a criação de uma circunstância excepcional que inserida à regra R, derrota a sua aplicabilidade. Esta dinâmica é a típica expressão do fenómeno da derrotabilidade²⁵⁷.

Existe uma variedade de formas de conflitos entre normas jurídicas. Mas aqui restringiremos o âmbito da derrotabilidade para tratar daquela originada de um conflito parcial-parcial, a derrotabilidade *rebutting*²⁵⁸ ou *amputativa*, que decorre da prevalência de uma norma sobre outra no âmbito de uma ponderação.

3.1.2 Do conflito à ponderação – Da ponderação à derrota

Como se viu, ao intérprete do conflito normativo é preciso que se avulte uma solução ao caso. Imagine-se que a aplicação *prima facie* das normas mostrou-se problemática naquela hipótese e não é possível encontrar uma resposta dentro do sistema jurídico.

A conclusão não se dará numa justificação interna, ao contrário, a solução terá de vir de uma justificação externa, já que os casos de derrotabilidade que

²⁵⁶ Ibid, p. 105.

²⁵⁷ BUSTAMANTE, Thomas. Conflictos normativos y decisiones contra legem: una explicación de la derrotabilidad normativa a partir de la distinción entre reglas y principios. *Doxa*, Alicante, n. 33, 2010, p. 105.

²⁵⁸ Esta é a “espécie” de derrotabilidade que irá ensejar uma questão de relevância jurídica para esta pesquisa científica. DUARTE, David. Rebutting defeasibility as operative normative defeasibility. *Op. Cit*, pp. 161-164.

nos voltamos nessa pesquisa são justamente aqueles que não são subsumíveis pelas normas de resolução de conflitos encontradas no ordenamento jurídico.

Se os critérios de cronologia, hierarquia e especialidade não estão aptos a resolver o conflito, resta solucionar a prevalência de uma das normas por meio de um ajustamento e medição de qual norma será a de maior força²⁵⁹.

Este método de encontrar a solução dos conflitos se manifesta maioritariamente na utilização da ponderação no caso concreto, de modo que a ponderação estabelece “limites para as possíveis soluções dentro de um conflito normativo, agindo como uma espécie de “norma de conflitos” residual”²⁶⁰.

Aqui, lembre-se um exemplo clássico de contrariedade em que:

R1: é obrigatório parar no sinal vermelho x R2: é obrigatório circular em zonas militares.

Novamente, o que se tem é uma contraposição quando uma circunstância (estar diante de um sinal vermelho na zona militar) ativa as duas normas com efeitos jurídicos mutuamente excludentes, de modo que às normas de prevalência não é possível a resolução do caso.

Ainda assim, é preciso que o conflito seja resolvido. A norma₁ deverá prevalecer sobre a outra norma₂ em conflito quando os ganhos compensem as perdas e a quantidade de perdas tenha uma quantidade correlativa de conhecimento epistêmico²⁶¹.

²⁵⁹ A ponderação é convocada quando os conflitos não se enquadram nas normas de prevalência universais nem qualquer outra norma de prevalência que integre o ordenamento jurídico. LOPES, Pedro Moniz, *Op. Cit.*, 2016, vol. I, p. 310.

²⁶⁰ Cfr. 1.4 Proportionality as a “Kind of residual norm of conflicts”. DUARTE, David. Gains and Losses in Balancing Social Rights. In: DUARTE, David; SAMPAIO, Jorge Silva (eds.). *Proportionality in law: An Analytical Perspective*. Springer International Publishing AG, 2018, pp. 49-69, p.51. Tradução Livre.

²⁶¹ ALEXY, Robert. Formal Principles: some replies to critics. In: *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press and New York University School of Law, Vol. 12, No. 3, 511–524, pp 513-514.

Assim, será atribuído um peso a cada norma em conflito (sopesamento) e, ao fim, o intérprete poderia escolher qual será a melhor norma (a norma vencedora), ou a norma mais adequada, necessária e proporcional a ser aplicada no caso que se busca solucionar de modo que a medida de não satisfação ou afetação de uma norma deverá corresponder à medida de satisfação da outra norma que prevalece.

O grau de satisfação da norma prevalecente deve justificar a afetação da outra norma que, ao fim, será derrotada²⁶². O caminho da ponderação envolve um processo de escolha e a solução do conflito no caso concreto resultará numa norma condicionada às propriedades normativas do caso concreto²⁶³ e não numa decisão, mas numa regra que é, portanto, universalizável²⁶⁴.

Isto significa dizer, em outras palavras, que sempre que um conflito normativo se dê diante das mesmas propriedades do caso concreto, é possível retomar o raciocínio ponderatório utilizado num caso anterior que se deu com idênticas propriedades²⁶⁵.

Esta regra, produto da ponderação, portanto, se traduz como que num atestado de vitória de uma norma e da derrotabilidade da outra em que se atribuiu menor peso na interpretação do conflito para aquele caso e para os outros que com ele tiverem correspondência.

O fim da trajetória do processo de ponderação é a derrotabilidade da norma. Antes de ser derrotada, a norma regulava a situação *prima facie* mas a

²⁶² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 116-120.

²⁶³ Para David Duarte, do produto da ponderação entre normas define que todas as demais hipóteses onde estejam as mesmas propriedades normativas conferem ao raciocínio ponderatório que define a solução do conflito a favor de uma norma uma universalização. *A norma de legalidade procedimental administrativa. A teoria da Norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 129.

²⁶⁴ Nesse sentido, cfr. LOPES, Pedro Moniz, *Op. Cit.*, 2016, vol. I, p. 317-318.

²⁶⁵ *Ibid*, p. 318.

definitividade normativa depende de os fatos de uma situação posterior à norma poderem ou não convocar um conflito normativo – neste caso irresolúvel²⁶⁶ - e, ao final da ponderação advinda deste conflito, subverterem a aplicação de seus efeitos ao adicionar uma exceção implícita com a regra de decisão produto do raciocínio ponderatório.

A solução do conflito normativo culmina na derrota da norma. Por isso, o processo que guia a prevalência de uma norma perante outra numa situação de conflito tem relevância para a estatuição de limites na derrotabilidade normativa sobretudo quando se considera que as ponderações podem ter como resultados quase que novas normas (mas fora do conjunto normativo) tendentes a serem aplicáveis a todos os casos com propriedades semelhantes.

Aqui, chega-se a um ponto relevante: não é a derrotabilidade normativa em si que carece de limites, porque, na verdade, este é um fenômeno que é inerente à dinâmica das normas envoltas que define a susceptibilidade de uma norma ser derrotada.

O que pode tornar-se problemático é o processo anterior a ela: a ponderação, que serve como limite²⁶⁷ para as soluções dos conflitos normativos que devem estar conforme os ditames da proporcionalidade, já que o uso incorreto desta ferramenta de resolução de conflitos pelos intérpretes do direito

²⁶⁶ Ibid, p. 310.

²⁶⁷ “A prevalência de uma norma não é proporcional e, portanto, legalmente ilegítima, se alguma das duas leis de balanceamento não for cumprida: (1) os ganhos devem compensar as perdas; e (2) que a quantidade de perdas exige uma quantidade correlativa de conhecimento epistêmico. Se a solução não afetar qualquer um desses dois requisitos, o resultado do balanceamento não é reprovado por proporcionalidade; no entanto, se o fizer, o papel desempenhado pela proporcionalidade dentro da ordem legal é remover a prevalência que foi escolhida. no entanto, se o fizer, o papel desempenhado pela proporcionalidade dentro da ordem legal é remover a prevalência que foi escolhida. Proporcionalidade, então, é de relevância crucial em conflitos de normas: define os limites das soluções dadas a conflitos insolúveis por normas de conflitos.”. DUARTE, David. Gains and Losses in Balancing Social Rights. In: DUARTE, David; SAMPAIO, Jorge Silva (eds.). *Proportionality in law: An Analytical Perspective*. Springer International Publishing AG, 2018, pp. 49-69, p.51. Tradução Livre.

responsáveis pela aplicação normativa pode gerar excessos e extrapolações incompatíveis com o Estado de Direito e perigosas para a separação de poderes, sobretudo num contexto de jurisdição constitucional, conforme se verá no decorrer deste estudo.

3.1.3 Da derrotabilidade à restrição dos direitos fundamentais

Sem dúvidas, as normas de direito fundamental possuem elevado grau de conflitualidade. E é exatamente por isto que os direitos fundamentais podem ser restringidos, regulamentados e relativizados em detrimento de outros.

O conceito de restrição a esses direitos ganha contornos de trivialidade, e apesar disso, é preciso cautela ao definir “possíveis conteúdo e extensão dessas restrições [...]”²⁶⁸. A restrição é, de modo geral, o efeito que vem a partir da redução feita por uma norma ou decisão no âmbito de aplicação de outra norma, neste caso, uma norma de direito fundamental. Em outras palavras, sempre que haja uma limitação ou diminuição do âmbito da norma há uma restrição.

Nos termos da restrição a direitos fundamentais o que se restringe, para Robert Alexy, são os bens tutelados pelos direitos fundamentais e as posições *prima facie* garantidas por princípios de direitos fundamentais²⁶⁹. A resposta dada por Alexy acerca do conceito de restrição é simples: “são normas restritivas da posição *prima facie* de um direito fundamental”²⁷⁰. De tudo isto, infere-se que as restrições são ao fim normas que restringem outras normas.

²⁶⁸ Ibid, p. 276.

²⁶⁹ Ibid, p. 281

²⁷⁰ Idem.

Uma primeira observação a respeito dessa afirmação merece destaque: se as normas se apresentam como restritivas de direitos fundamentais deverão então ser completamente compatíveis com a Constituição. Independentemente de as normas serem regras ou princípios, podem todas se apresentarem como uma restrição a outras espécies normativas.

No caso de uma regra, em consonância constitucional, pode se apresentar como uma restrição a um direito fundamental quando diante da sua vigência no lugar do direito fundamental *prima facie* é colocado algum tipo de redução por um direito contrário de mesmo conteúdo²⁷¹.

Para explicar o conceito de restrição em relação às regras tenha-se em conta o seguinte exemplo: os cidadãos possuem o dever de não conduzir automóveis sob o efeito de álcool.

No momento em que não existia nenhuma regra proibindo a condução sob o efeito de álcool, o sujeito titular do direito fundamental possui uma liberdade geral de ação para optar na sua condição de condutor a ingerir álcool ou não antes de conduzir um automóvel. Mas, depois que a regra da proibição da condução sob o efeito de álcool passa a existir, o sujeito titular não tem mais liberdade em face do Estado a optar sobre ingerir ou não álcool enquanto estiver conduzindo um automóvel²⁷². Ou seja, esta norma restringiu a liberdade geral de ação que antes o condutor possuía.

Do mesmo modo, as normas princípios também podem restringir direitos fundamentais. Ao contrário das regras, um princípio isoladamente não consegue colocar o titular do direito fundamental em uma posição definitivamente

²⁷¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 283.

²⁷² Exemplo análogo ao contido nas lições de Robert Alexy em *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 283.

restringida. Um princípio só consegue ser uma restrição quando exista um sopesamento entre um princípio constitucional e aquele outro princípio que o restringirá²⁷³.

Em outras palavras, os princípios em colisão de algum modo apresentam uma restrição material para as possibilidades jurídicas de realização de outros princípios e, portanto, podem ser um motivo para transformar um direito fundamental *prima facie* em um “não-direito” definitivo de igual conteúdo²⁷⁴.

Seja sob a forma de regra ou de princípio, as normas fundamentais carregam consigo uma previsão que define a abrangência da sua aplicação. Quando a restrição se efetiva, as normas de direitos fundamentais passam a não serem aplicadas total ou parcialmente mesmo quando se verificam todos os pressupostos inseridos na sua previsão.

À medida que a restrição é o produto de uma ponderação entre normas, sendo uma delas de direito fundamental, é preciso que se realize uma justificação de alta carga argumentativa para esclarecer a prevalência de uma norma face à restrição e conseqüente derrotabilidade de outra, já que a própria relativização dos direitos fundamentais juntamente com o seu carácter não absoluto encaminham as normas para a possibilidade de derrota.

Sempre que o julgador resolve um conflito de norma constitucional está a restringir uma destas normas, mas esta mecânica é uma condição necessária da determinação do direito quando se aceita como válida a premissa de que há conflitos não resolvidos pelo legislador.

²⁷³ Ibid, p. 284.

²⁷⁴ Ibid, p.285.

O que significa dizer também que perante um caso concreto uma norma de direito fundamental pode ser derrotada em face de uma outra que se argumente ser mais adequada para solucionar o impasse apresentado.

Em síntese, a restrição se subdivide em diversas categorias, nesta pesquisa nos contentaremos em tratar da modalidade normativa e individual da restrição.

A primeira acontece por meio de uma norma, após uma ponderação abstrata, quando o legislador cria uma nova norma após a ponderação entre direitos fundamentais que estavam em conflito e, daí então, se redefine a previsão da norma por meio da limitação específica dos pressupostos normativos pelo próprio legislador.

A restrição individual, por sua vez, se realiza por meio de uma decisão judicial ou administrativa, logo após uma ponderação. Há um reposicionamento da previsão da norma de direitos fundamentais quando um de seus pressupostos é limitado através da ponderação feita pelo julgador.

As normas regulam ações e têm uma previsão que é a realização dessas ações. Toda a vez que uma norma constitucional tem uma de suas condições diminuídas e suprimidas, sejam quais forem as dimensões, então, há uma restrição.

Oferece-se o seguinte exemplo para ilustrar este raciocínio: o princípio da liberdade de expressão permite que sejamos livres para nos expressar de diversas maneiras. Quando o legislador proíbe que, por exemplo, alguém grite durante uma aula de Direitos Fundamentais na Universidade de Lisboa, tem-se que o princípio da liberdade de expressão compreende a permissão de gritar

numa aula de Direitos Fundamentais, porém, esse pressuposto foi limitado por uma norma infraconstitucional que restringiu a primeira.

Basicamente, uma restrição pode designar um direito aplicável, mas que por algum motivo racionalmente justificado deixa de ser aplicado naquele caso concreto ainda que a sua previsão se subsuma perfeitamente.

Confunde-se, dessa forma, com o mecanismo de ação do fenómeno da derrotabilidade normativa, ou melhor, é a restrição uma expressão paradigmática para descrever uma situação de derrotabilidade dos direitos fundamentais.

O tema da restrição é muito amplo e a sua profundidade não encontra espaço neste estudo. Entretanto, uma breve leitura sobre a sua atuação frente às normas de direitos fundamentais é de expressiva relevância para a resposta ao problema central aqui colocado. Definir e aceitar a noção da derrotabilidade das normas fundamentais não pode de maneira alguma desencadear o enfraquecimento da proteção desses direitos.

A única saída, já que é inevitável que as normas jusfundamentais sejam de algum modo restringidas é garantir que esta restrição se baseie minimamente numa rigorosa argumentação e justificação pelo aplicador do direito.

Ao fim, uma restrição a um direito fundamental só é aceitável se for atribuído aos princípios em conflito um peso maior do que o colocado para o princípio de direito fundamental participante do conflito. Nas lições de Alexy: “é possível afirmar que os direitos fundamentais, enquanto tais, são restrições à sua própria restrição e restringibilidade”²⁷⁵.

²⁷⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 282.

4 A DERROTABILIDADE NUMA PERSPECTIVA PRÁTICA DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO

A derrotabilidade jurídica, após tudo que foi visto até este ponto, pressupõe a impossibilidade de que as normas são capazes de abranger todas as situações de sua aplicação e que dentro de um sistema dinâmico as exceções às normas jurídicas podem se estabelecer conforme cada caso, não é possível ao julgador na totalidade das suas decisões submeter-se sempre a aplicação da norma legislada.

De outro modo, não se pode declarar que o legislativo tenha exclusividade no processo de formação do direito, apesar da prevalência que a este Poder é concedida na criação das normas. Ao contrário, ao juiz se reconhece um poder de adaptação da lei para os casos concretos que enfrenta, de modo que para

dar respostas aos conflitos deve ter ao seu lado um poder “criativo e normativo no domínio do direito”²⁷⁶.

Num aspecto prático, a missão do magistrado é muito mais complexa do que qualquer teoria pode tentar demonstrar. A elaboração das normas só traz as hipóteses mais triviais dos fatos que pretende regular, por isso, não se pode esquivar da oportunidade ao julgador de definir no caso concreto diante das infinitas situações acerca da aplicabilidade ou não de determinada norma, ainda que haja uma perfeita combinação entre os pressupostos da previsão da norma e os fatos que definem o caso concreto.

Nesse sentido, a derrotabilidade pode ser um instrumento para o juiz de correção da lei quando ela, de forma latente, se aplicada, ameaçar consumir uma injustiça.

Não é um trabalho árduo encontrar decisões judiciais envolvendo casos difíceis que clamam ao julgador pela correção legislativa. Ainda que seja necessária uma argumentação muito mais complexa para justificar uma derrotabilidade normativa num conflito irresolúvel, o julgador não pode se esquivar desta escolha sob pena de não solucionar com justiça o caso concreto.

Considerando a tese de que as regras são fruto da ponderação de princípios pelo legislador e, por esta razão, tem consigo um princípio que as fundamenta na sua base axiológica, não se pode aplicar a regra quando este mesmo princípio que a justifica não prevalece quando em conflito com outro.

Significa dizer que, ainda que a regra seja constitucional, diante das circunstâncias do caso concreto a sua aplicabilidade pode levar a uma inconstitucionalidade e injustiça dantes não prevista pelo legislador.

²⁷⁶ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 203.

Veja-se que para definir uma decisão que traz uma nova exceção a uma regra jurídica é preciso que, conforme as lições do professor Thomas Bustamante: (1) esta regra não seja um princípio; (2) esteja inserida no sistema jurídico, em uma lei ou outra fonte formal que tenha o mesmo nível hierárquico; (3) os significados literais das expressões utilizadas pelo legislador não permitam retirar do texto da norma uma norma alternativa que não seja contestada pela decisão; (4) a decisão não pode reconhecer a invalidade da regra, mas apenas distancia a sua aplicabilidade no caso concreto em que ela, normalmente, se aplicaria; (5) não pode haver hesitações de que os fatos que desencadearam a decisão são perfeitamente subsumidos na regra em questão; (6) a autoridade responsável por esta decisão cria uma norma individual em termos universais e, por fim, (7) a decisão cria uma pretensão de juridicidade para a norma individual²⁷⁷.

A questão é que ao mesmo tempo em que uma decisão desta espécie refere-se a análise do julgador para optar pela aplicação ou não da norma no caso em detrimento de uma situação injusta pode, por outro lado, tornar-se uma arbitrariedade na utilização do poder concedido ao juiz para (re)criar o direito quando decide um conflito normativo, mas de forma abusiva, sem a devida fundamentação jurídica e observância dos métodos da ponderação, num discurso argumentativo que forneça racionalmente as razões que subvencionaram a opção judicial de excepcionar a norma legislativa naquele caso concreto.

²⁷⁷ BUSTAMANTE, Thomas. Conflictos normativos y decisiones *contra legem*: una explicación de la derrotabilidad normativa a partir de la distinción entre reglas y principios. In: *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 33 (2010), pp. 79-108, p. 106-107.

Considerando que a derrotabilidade é um fenômeno que não pode ser afastado da prática jurídica, a grande preocupação gira em torno da definição de critérios de justificação capazes de legitimar uma decisão judicial que derrote uma norma.

Sobretudo, quando se tratam de normas na categoria de direitos fundamentais a cautela para fundamentar qualquer tipo de restrição e excepcionalidade a estas espécies normativas deve ser ainda mais observada pelo julgador.

Se a realidade é inseparável da aplicação da norma, abrem-se as portas para um sem número de possibilidades de criar e recriar o Direito posto. Podem restringir, afastar e derrotar. Entretanto, a linha para o abuso e excesso de quem pode aplicar o Direito é muito tênue e sedutora, ultrapassá-la está nas mãos de qualquer julgador, consciente ou não disso. É preciso limitar.

Daí então, o ponto da análise do método da ponderação como controle de argumentação se mostra imprescindível para impor aos juízes alguma limitação para a derrotabilidade normativa, ainda que se admita no Estado Constitucional uma pretensão de correção do Direito e a conseqüente derrotabilidade das normas, não significa que se aceite a derrotabilidade da norma feita ao bel-prazer do juiz, em desconformidade com princípios tão caros ao Estado de Direito como o princípio democrático e a segurança jurídica, além da proteção da dignidade humana dos jurisdicionados.

O que a ponderação, no âmbito da proporcionalidade, tenta resolver são as possíveis respostas que se busca quando neste estudo questiona-se o que torna legítima a opção de prevalência de uma norma e derrota de outra.

Neste sentido, se coloca o papel crucial do mecanismo da proporcionalidade no contexto da derrotabilidade normativa que é justamente um controle de legitimidade suscetível de racionalização para as soluções dadas a conflitos irresolúveis por normas de conflitos internas.

4.1 O MÉTODO DA PONDERAÇÃO E A DERROTABILIDADE: UMA RESPOSTA PARA OS LIMITES?

Como o próprio nome sugere, a ponderação é o justo equilíbrio de forças, de tendências, que atuam em sentidos contrários. É um processo decisório e, portanto, possui uma carga de discricionariedade que é normativamente condicionada e susceptível de racionalização²⁷⁸.

A escolha na prevalência de uma ou outra norma em conflito que possuam efeitos simultaneamente excludentes é realizada por meio de um processo que não é interno ao conjunto normativo, mas exterior e que segue parâmetros de racionalidade para a resolução do conflito normativo.

A ponderação é a resposta última dada pelo ordenamento para normas contraditórias e implica critérios de racionalidade, apesar de possuir um carácter predominantemente estipulativo²⁷⁹.

Tudo isso tem uma conexão muito clara com a atividade jurídica de tomada de decisão, que se traduz na aplicação (ou não) de uma norma a um caso. Uma decisão judicial carrega consigo impreterivelmente as preferências do julgador, mas é preciso que estas escolhas sejam justificadas num contexto

²⁷⁸ Nesse sentido, cfr. LOPES, Pedro Moniz, *Op. Cit.*, p. 317.

²⁷⁹ *Ibid*, p. 319.

de argumentação racional com aceitabilidade para que se torne legítima, ou seja, “nos limites de uma verdade-consenso”²⁸⁰ e à luz dos critérios da racionalidade.

Para explicar melhor, a ponderação consiste na análise da situação concreta, jurídica e individual, ou seja, só pode haver uma resposta quando vislumbradas todas as situações fáticas iminentes ao caso que não são reguladas pelo ordenamento, o intérprete confere o peso que deve ser atribuído a cada norma envolvida no conflito até se obter a solução.

Atribuir-se-ão, os pesos relativos às normas em conflito no plano concreto que são, à primeira vista, irresolúveis. A norma que resultar prevalecente vai conceder à autoridade julgadora o efeito jurídico aplicável.

No entanto, a ponderação é uma operação que não é, ou ao menos não deveria ser, realizada de qualquer maneira apesar de, ao fim, sempre se reduzir numa discricionariedade optativa, mas que carece de ser legitimada, racionalizada e fundamentada de alguma forma.

Os resultados da ponderação em casos difíceis impõem justamente a necessidade de compreender este método como uma solução que traz consigo um resultado controlável, racional e baseado numa justificação fundamentada.

4.1.1 A proporcionalidade ensina: como se faz uma ponderação?

O aplicador do Direito, no uso da ponderação deve, à primeira vista, analisar se a hipótese concreta está abrangida no âmbito de proteção de duas ou mais normas em conflito. Se assim for, o aplicador pode iniciar o processo da ponderação.

²⁸⁰ Ibid, p. 320.

É a norma da proporcionalidade que vai regular todo o mecanismo da ponderação e estabelecer as condições de balanceamento das normas em conflito. Dentro deste contexto, a proporcionalidade estabelece a aferição da razoabilidade e racionalidade no conteúdo das decisões irresolúveis por normas de conflito.

Dessa forma, a ponderação define a prevalência de uma norma sobre outra e só se legitima caso se cumpra a norma de proporcionalidade que compreende a (i) adequação, (ii) necessidade e (iii) proporcionalidade em sentido estrito da escolha de preferência de uma norma sobre outra²⁸¹.

Os dois primeiros, como já visto, implicam respectivamente, (i) no fato de que a opção por uma norma em detrimento de outra envolvida no conflito deverá ser suficiente para atingir a satisfação do efeito da norma que prevalece²⁸² e (ii) da decisão entre duas formas que permitam a realização de uma norma, dentre aquela que interfira minimamente na outra, ou seja, a satisfação da norma que prevalece não deve criar uma afetação desnecessária à norma repelida, de modo que a avaliação da necessidade abrange, inicialmente, o exame da existência de mais de um meio que promova equitativamente o fim e, só depois, a verificação de qual meio tem menor potencial restritivo, caso se opte pelo meio mais penoso, a ponderação não respeitou a proporcionalidade e é, portanto, ilegítima.

Em (iii) é o contexto em que verdadeiramente a ponderação acontece. Neste momento, o intérprete deverá, conforme as situações fáticas, comprimir

²⁸¹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 135.

²⁸² “Se M1 não é adequado para a promoção ou obtenção do fim exigido por P1 ou idêntico a P1, ou seja, para P1 é igual se utilizar M1 ou não. Se, em outras circunstâncias, M1 afeta a realização de P2, então no que diz respeito à otimização com relação às possibilidades fáticas, M1 está proibido por P2”. Ibid, p. 114-115.

reciprocamente os bens tutelados pelas normas em conflito, a fim de se alcançar um ponto equilibrado em que a restrição a cada bem seja a menor imprescindível a sua coexistência com o outro, ou seja, é preciso que a satisfação do efeito da norma escolhida seja razoável diante da afetação da norma rejeitada.

Em outras palavras, a proporcionalidade em sentido estrito é o processo de ponderação propriamente dito e consiste em equilibrar os benefícios e prejuízos advindos do emprego de uma determinada medida.

É a partir dessas premissas que Robert Alexy enuncia a lei geral da ponderação que consiste em: “quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”²⁸³.

A lei da ponderação consiste em afirmar que o nível de afetação de uma norma em conflito está condicionado ao nível de relevância da satisfação da outra norma. Assim, a lei demonstra a regra formadora do mecanismo que tem como fim fundamentar a primazia que um princípio terá sobre o outro no contexto do caso concreto.

Ainda sobre a construção da lei da ponderação, é possível examinar a ponderação em três etapas:

- (i) A primeira é a comprovação do grau de descumprimento de um princípio. Para tanto, é necessário que se determine todos os dados fundamentais que constituem as colisões. É a fase de identificação do objeto do balanceamento, por meio da verificação de todos os argumentos envolvidos. Aqui, o aplicador do direito tem o dever de revelar a existência do conflito normativo e, logo após, conjugá-los conforme a solução apontada para a situação concreta.

²⁸³ Ibid, p. 136.

Neste processo de identificação dos elementos em conflito, somente podem ser considerados como objeto da ponderação os interesses que estejam fundamentados no ordenamento jurídico.

(ii) A segunda etapa da ponderação, por sua vez, traz a necessidade de comprovar a relevância do cumprimento do princípio em sentido contrário. É neste momento que a ponderação acontece e deve expressar a relação de precedência entre os princípios.

(iii) A última fase da ponderação consiste na comprovação de que a realização do princípio em sentido contrário justifica o não cumprimento do outro.

Ao mesmo tempo que a estrutura da ponderação se sujeita a regras e regulações que demarcam limites para a atividade jurisdicional, especialmente por meio da norma da proporcionalidade, é ela mesma também limitada pela justificação para controlar tanto o resultado final da decisão de prevalência de normas quanto ao caminho utilizado para alcançar esta conclusão²⁸⁴.

4.1.2 Instrumento de análise da ponderação: a fórmula do peso para determinar a prevalência de uma norma sobre a outra

Para se atingir o objetivo final da ponderação é preciso antes de mais nada atribuir pesos. Daí então a criação de uma fórmula que não é exatamente precisa, como seria uma fórmula de ciências exatas, mas que funciona como um

²⁸⁴ Alexy, Robert. *Op. Cit.* 2008, p. 173.

mecanismo para considerar circunstâncias relevantes na decisão de prevalência de uma norma: a fórmula do peso²⁸⁵, assim definida²⁸⁶:

$$WP_{i,j} = \frac{I_{Pi} \cdot W_{Pi} \cdot R_{Pi}}{I_{Pj} \cdot W_{Pj} \cdot R_{Pj}}$$

I = grau de interferência ou intervenção

W = peso abstrato do princípio

R = confiança na premissa fática

A fórmula traduz a ideia de que o peso da norma em conflito (P_i) em comparação com outra norma em colisão (P_j) é resultado do coeficiente entre o produto da afetação do princípio P_i em concreto (I_i), que representa a intensidade da interferência com P_i , com o seu peso abstrato e a segurança das premissas empíricas relativas a sua afetação (R_i), e, na outra parte, o produto da afetação do princípio P_j em concreto, seu peso abstrato (W_j) e a segurança das premissas empíricas relativas a sua afetação (R_j).

Primeiro, atribui-se um grau de não satisfação da norma₍₁₎ de conflito dentro de uma escala que se subdivide em: leve, médio ou intenso por meio de um valor numérico que representa cada grau, respectivamente: 2⁰, 2¹ e 2².²⁸⁷

Esta atribuição é feita tanto ao grau de interferência quanto ao valor designado ao peso abstrato da norma em conflito. Já às variáveis que se referem

²⁸⁵ Para efeitos deste estudo, a fórmula do peso será considerada na sua aceção mais tradicional e curta, utilizada para conflitos bi-normativos, deixando de lado as propostas relevantes de melhoramentos, refinamentos e o próprio formato mais estendido da fórmula para conflitos pluri-normativos. Para considerações do refinamento da fórmula do peso:

²⁸⁶ Alexy, Robert. *Op. Cit.* 2008, p. 262.

²⁸⁷ Bernal Pulido, Carlos. Estructura y límites de la ponderación, In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Núm. 26, 2003. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005, p. 228. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc1v5t1>, acesso em: 25 de mar de 2019.

à segurança das premissas fáticas podem ser: seguras (2^0 ou), plausíveis (2^{-1} ou $1/2$) ou não evidentemente falso (2^{-2} ou $1/4$)²⁸⁸.

Desse modo, imaginemos o seguinte caso clássico para compreender, na prática, como funciona a fórmula do peso no processo de ponderação: uma criança A é Testemunha de Jeová, sofre um acidente automobilístico grave e necessita de transfusão de sangue. Os pais, em razão da convicção religiosa que estabelece a proibição da transfusão sanguínea, negam levar a criança ao hospital, ainda que corra risco de morte.

Aqui, o embate ocorre entre: o direito à vida da criança A e a liberdade de culto no direito a professar livremente sua religião. A princípio, os pais têm liberdade para decidir conforme as suas crenças se levam ou não os filhos ao hospital. No entanto, nesta situação está em jogo também o direito à vida da criança. A incompatibilidade dos efeitos jurídicos dos direitos fundamentais que protegem ambas as situações está posta formando um conflito irresolúvel pelas normas de conflito.

Naturalmente, será resolvido por ponderação – na forma proposta por Alexy conforme optamos tratar neste estudo - de forma que o peso que se deve atribuir ao direito à vida da criança é o mais alto nível da escala – intenso ou 4 – o mesmo se faz com o peso abstrato conferido ao direito à vida que também é intenso (4) e, quanto a segurança das premissas empíricas em relação a afetação deste princípio também é fácil compreender que se deve conferir o valor de maior certeza (1) tendo em vista que caso esta norma seja preterida no conflito, a criança tem chances de perder a vida.

²⁸⁸ Ibid, 230.

De outro lado, a satisfação do princípio que defende a liberdade de crença dos pais tem um grau médio (2), bem como o seu peso abstrato também é médio (a concepção de religião não mataria os pais) e a seguranças das premissas sobre sua afetação no direito dos pais como o valor de maior certeza (1), já que quando for realizada a transfusão de sangue para satisfazer o direito à vida da criança, é certo que afetará a liberdade de culto dos pais.

Assim, a fórmula do peso se formaria de modo que aplicada ao direito à vida da criança, o resultado final quedaria em:

$$WP_{\text{vida, crença}} = \frac{4 \cdot 4 \cdot 1}{2 \cdot 2 \cdot 1} = \frac{16}{4} = 4$$

Assim, o resultado da ponderação define que a norma de direito fundamental que protege a liberdade de crença é derrotada pelo direito à vida, de modo que os pais têm liberdade para exercer suas crenças e decidir por não levar seus filhos ao hospital em razão delas, *a menos que* estejam em uma situação de risco de morte, quando serão obrigados a levar a criança ao hospital.

Nesse sentido, é preciso atribuir valores a importância de satisfação à norma⁽²⁾ em conflito para então se concluir sobre se a importância da realização de uma norma⁽¹⁾ legitima a não satisfação da outra norma⁽²⁾. Faz-se uma avaliação quanto ao grau de afetação de uma norma sobre a outra e também o de insatisfação de uma norma quando prevalece sobre a outra.

O peso abstrato é visto não só na importância que a norma assume no ordenamento jurídico independente do caso, que é uma avaliação discutível mas que pode ser analisado numa perspectiva relacional que se aplica ao valor das normas em abstrato mas consideradas no contexto do conflito. Considera-se

também a fiabilidade das assunções empíricas que envolvem os aspectos fáticos e empíricos da ponderação.

O elemento da fórmula do peso é utilizado na ponderação para estabelecer algum nível de racionalidade argumentativa da estrutura lógica advinda de juízos quanto à relação entre intervenção e satisfação das normas em conflito.

Por óbvio, a fórmula do peso ora apresentada não garante um resultado sempre certo em todas as hipóteses que se utilizarem dela²⁸⁹, mas em algumas outras situações é possível justificar uma decisão de forma racional a partir do método da ponderação utilizando a fórmula do peso. De qualquer modo, mesmo que o método não direcione uma solução exata para o caso, ele não permite que o resultado seja estabelecido totalmente conforme a vontade do juiz: é preciso justificar.

O objetivo final da fórmula do peso é garantir ao aplicador do Direito um procedimento de justificação e argumentação que conduza o raciocínio do julgador de forma pertinente com a conclusão final. A fórmula possui uma utilidade prática na argumentação jurídica no contexto da imposição de limites para a derrotabilidade das normas jurídicas, inclusive as de normas de direitos fundamentais.

É exatamente por esta razão que a ponderação assume uma função especial no Estado Constitucional, ao fazer da fundamentação judicial uma ciência com regras e axiomas capazes de determinar a validade de uma decisão judicial, ainda que ela opte por derrotar normas jurídicas.

²⁸⁹ Numa situação de empate, a ponderação não apresenta uma solução, diz-se que se existe um espaço de ponderação estrutural situado entre competências do tribunal constitucional e as do poder legislativo. Alexy, Robert. *Op. Cit.* 2008, p. 143.

O problema é que a fórmula do peso não é uma operação necessariamente acompanhada da ponderação. Ela pode ser um instrumento que racionaliza mas não vincula a ponderação na precedência de uma norma sobre outra, também não é uma garantia totalmente lógica e inferencial, por mais que a matemática esteja presente nesta operação, sempre é precedida de uma decisão com algum gosto de discricionariedade do julgador.

Assim, apesar da ponderação, no sentido da fórmula do peso trazida por Robert Alexy ser um instrumento de limite para a ponderação, não é algo indispensável para validar ou legitimar as ponderações. O que não poderá faltar como limite e controle para o estabelecimento da preferência normativa, resultado da ponderação, entretanto, é a argumentação jurídica manifestada na justificação do ato decisório.

4.2 JUSTIFICAÇÃO INTERNA E EXTERNA DAS DECISÕES PONDERATÓRIAS

Falar em justificação conduz a uma especificidade da argumentação jurídica que é a contribuição de razões nas decisões que indicam de forma racional e razoável como o julgador chega àquela determinada decisão. Em outras palavras, impõe-se para tornar legítima uma decisão judicial que enfrente um caso de conflito normativo de direitos fundamentais, fundamentá-la num exercício adequado de argumentação sólida e coerente.

A decisão judicial deve ser racional e a racionalidade vem justamente da justificação. No contexto apresentado por Jerzy Wróblewski²⁹⁰, a decisão judicial se justifica com a identificação dos argumentos pertencentes ao discurso jurídico, de modo que uma justificação²⁹¹ poderá ser interna - que tem a ver com o raciocínio silogístico da decisão - de forma que deve-se inferir a conclusão da decisão a partir das premissas ou, externa - que tem a ver com a veracidade das premissas utilizadas na decisão judicial²⁹².

Nessa linha, uma decisão é internamente justificada quando racionaliza os fundamentos internos utilizados para se chegar àquela decisão final. Falar de uma decisão que se racionaliza externamente, por outro lado, tem a ver com a justificação ser aceitável para a comunidade externa²⁹³.

Justificar internamente uma decisão consiste basicamente em explicitar as premissas e as regras de inferência que o julgador considera válida, ou seja, esta decisão é consistente quando suas premissas são colocadas de forma apropriada e se há um conjunto de regras que comprovem essa consistência²⁹⁴.

Uma justificação externa, por sua vez, se baseia nos estandartes aceitos pela comunidade jurídica, a verificação é de se as regras e premissas utilizadas são com eles compatíveis, aqui as premissas vão ser qualificadas efetivamente como corretas ou equivocadas²⁹⁵.

²⁹⁰ WRÓBLEWSKI, Jerzy. Justificación de las decisiones jurídicas. In: WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Traducción de Arantxa Azurza. Madrid: Civitas, 1985.

²⁹¹ O termo justificação é aqui utilizado no seu sentido mais amplo. Há ainda justificação formal e não formal, Cfr. WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Sentido y hecho en el derecho*. Trad.: Francisco Javier Esquiaga Ganuzas; Juan Igartua Salaverría, Distribuciones Fontamara: Mexico, 2008, p. 45-60.

²⁹² WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Op. Cit.*, 1985, p. 57.

²⁹³ WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Op. Cit.*, 2008, p. 52.

²⁹⁴ *Ibid*, p. 65.

²⁹⁵ *Ibid*, p. 61.

Nesse sentido, Robert Alexy identifica a relação do discurso jurídico com a justificação de um caso especial de afirmações normativas²⁹⁶. Daí então a ideia tangente à de Wróblewski de que a argumentação jurídica pode ser dividida em duas manifestações de justificação: a primeira é a chamada justificação interna e a outra é a justificação externa.

Na interna, as premissas de fundamentação devem ser inferidas a partir de uma decisão e, diante disso, organiza-se a estrutura argumentativa conforme as regras formais das regras ou dos princípios. Disso decorre um tipo de regra e forma do discurso jurídico.

Para Alexy, no âmbito da justificação interna quando se tem a fundamentação de uma decisão judicial é preciso ao menos a apresentação de uma norma universal e esta norma deve estar acompanhada por outras proposições. O problema é que esta regra nem sempre pode ser aplicada nos casos difíceis onde não há uma subsunção clara da norma a ser aplicada ao caso²⁹⁷.

Desta forma, quando houver dúvida é preciso que se apresente uma regra que seja a resposta ao conflito, para tanto a argumentação deve apresentar as etapas de desenvolvimento que desencadearam a conclusão daquela aplicação de modo a não haver discussões a respeito da sua aceitabilidade naquela hipótese concreta.

²⁹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad.: Zilda Hutchinson Schild Silva. 2ª ed. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 217;

²⁹⁷ *Ibid*, p. 218.

Por último, a justificação interna requer que se elenque a maior quantidade possível de etapas de desenvolvimento da fundamentação judicial, garantindo mais racionalidade às premissas²⁹⁸.

A justificação externa, por sua vez, descreve uma etapa da argumentação que consiste em justificar e corrigir as premissas descobertas na fase anterior, quando serão fundamentadas²⁹⁹.

Nesse sentido, a justificação de uma decisão judicial deve minimamente fundamentar a norma aplicada ao caso de modo que aquilo que a justifique resulte num conjunto de argumentos que não tenham entre si qualquer contradição.

A preocupação da justificação externa está em fundamentar o processo e as premissas utilizadas na justificação interna. Aqui, efetivamente se constatará sobre o nível de racionalidade aplicado à decisão judicial.

Os métodos de justificação de uma premissa envolvem desde critérios de validade jurídica – quando a premissa é uma norma do ordenamento jurídico – até técnicas empírico-científicas – quando a premissa é uma constatação empírica - ou quando a premissa é uma reformulação de norma, o método de justificação é a argumentação jurídica³⁰⁰.

A função que as regras de justificação assumem é justamente a de traçar o caminho para a verificação da correção das premissas e dos resultados obtidos por meio de uma atividade de argumentação jurídica capaz de racionalizar o discurso jurídico e legitimar as decisões judiciais³⁰¹.

²⁹⁸ Ibid, p. 224.

²⁹⁹ Ibid, p. 225;

³⁰⁰ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 168.

³⁰¹ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2001. p. 10.

A justificação externa é ainda estruturada por Alexy em seis categorias de regras e modos de fundamentação, quais sejam: a interpretação, a argumentação dogmática, o uso de precedentes, a argumentação prática geral, a argumentação empírica e, especialmente, a argumentação no processo de justificação judicial.

O argumento interpretativo se subdivide em mais seis categorias: semânticos, genéticos, históricos, comparativos, sistemáticos e teleológicos³⁰². O destaque desse argumento é a possibilidade que agrega de fundamentar as interpretações normativas, ou seja, de “justificar a passagem de R a R¹”³⁰³. Nesse sentido, destacam-se algumas das regras criadas por Alexy de prevalência na utilização dos cânones de interpretação.

Por exemplo: os argumentos que tratam do desejo do legislador histórico ou da literalidade da lei têm preferência sobre todos os outros a menos que existam outras justificativas fundamentadas racionalmente para destinar a prevalência de outros argumentos. Caso estes mesmos argumentos sob formas diferentes entrem em conflito é preciso solucionar por meio da utilização das regras da ponderação.

Além destes, Alexy define que é necessário ter em conta todos os argumentos possíveis de se propor naquele caso e que estes, pela sua forma, sejam incluídos nos cânones da interpretação e, por fim, que toda a forma de argumento interpretativo deve resultar saturada³⁰⁴.

O argumento da dogmática jurídica tem uma capital importância na teoria de Alexy. O autor atribui à dogmática jurídica a função de estabilização, de

³⁰² ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, 2001. p. 227-228.

³⁰³ ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 208.

³⁰⁴ *Ibid*, p. 210.

progresso, de descarga, de técnica, de controlo e heurística³⁰⁵. Na concepção alexyana, a dogmática jurídica é o conjunto de enunciados que tem relação tanto com as normas definidas no ordenamento jurídico quanto com a aplicação do Direito, mas que não podem ser identificados com a sua descrição. Estes enunciados se relacionam entre si mutuamente, são criados e debatidos no contexto de uma ciência jurídica institucional e ostentam conteúdo normativo.

Da necessidade de se fundamentar estes enunciados dogmáticos, Alexy formula algumas regras para a atribuição desta categoria de argumento, quais sejam: (i) em caso de dúvida, todo o enunciado dogmático deverá se fundamentar por meio de ao menos um argumento prático de tipo geral; (ii) os enunciados dogmáticos devem poder ser comprovados sistematicamente em sentido amplo e em sentido estrito; (iii) se há a possibilidade de utilizar os argumentos dogmáticos, eles devem ser atribuídos.

Em comum com a argumentação dogmática está a argumentação que envolve o uso de precedentes. Alexy enuncia duas regras para a utilização dos precedentes que são: (i) quando for possível citar um precedente a favor ou contra uma decisão, isso deve ser feito; (ii) sempre que alguém se afastar do precedente deverá assumir a carga da argumentação³⁰⁶.

A argumentação prática geral se enquadra no caso especial da justificação externa da argumentação jurídica quando fundamenta a escolha de diferentes formas de argumentos que acarretem resultados distintos, para justificar a análise de enunciados da dogmática jurídica, bem como de premissas normativas imprescindíveis à saturação das diversas formas de argumento e na

³⁰⁵ Idem.

³⁰⁶ Ibid, p. 211.

“justificação de casos de *distinguir e prevalecer*, diretamente na fundamentação dos enunciados aplicados na justificação interna”³⁰⁷.

Ao tratar da argumentação prática geral, que constitui a base da argumentação jurídica Alexy formula, entre outras, as regras fundamentais, as regras da razão, as formas dos argumentos, as regras da fundamentação e as regras de transição³⁰⁸.

Por exemplo, a regra de que nenhum falante pode se contradizer ou todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades, ou a de que quem ataca uma norma que não é objeto da discussão deve dar uma razão para isso, ou ainda as consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem poder ser aceitas por todos, há também a regra de que é preciso respeitar os limites de possibilidade de realização de dados de fato e, por último, a regra de transição de que para qualquer falante e em qualquer momento, é possível passar para um discurso da análise da linguagem³⁰⁹.

Tais regras são a representação de critérios mínimos para um modelo de argumentação jurídica com pretensão de correção. Apesar da criação das formas de argumentos e as regras em torno do procedimento de justificação, é difícil se esquivar completamente do problema da ausência de racionalidade no discurso jurídico para obtenção de uma única resposta correta.

No que se trata da argumentação empírica é incontestável a sua importância no contexto da argumentação jurídica, porém não há na teoria

³⁰⁷ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. São Paulo: Landy, 2001. p. 266.

³⁰⁸ ALEXY, Robert. Teoría de la Argumentación Jurídica. Trad. Manuel Atienza e I. Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989. Apêndice, p. 283-287.

³⁰⁹ As regras e formas do discurso prático geral podem ser estudadas de forma mais completa na análise feita nas Razões do Direito por ATIENZA, Manuel. As Razões do Direito: Teoria da Argumentação Jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 195-201.

nenhuma regra nem forma específica a respeito desta categoria de argumentação, dada a amplitude do conhecimento empírico que necessitava ser primeiro enfrentado para que depois se relacione diretamente com a argumentação jurídica.

O momento que se passa de um argumento empírico para um discurso jurídico também não pode ser renegado, em muitas decisões judiciais o conflito não está nas normas, mas tão somente nos fatos que as fundamentam, concedendo aos argumentos empíricos relevância no processo de argumentação.

Por último, Alexy enuncia três formas de argumentos jurídicos especiais inseridos na metodologia jurídica: o argumento *a contrario*, a analogia e a redução ao absurdo. O uso desses argumentos só encontram racionalidade quando forem saturados e ainda os enunciados tidos em consideração para a saturação possam ser justificados no discurso jurídico³¹⁰.

Sem dúvida que a questão da justificação interna e externa vai muito além do que estas rápidas explicações, o mesmo se aplica, como já dito anteriormente, à exposição feita até aqui da argumentação jurídica como discurso racional representada na teoria de Alexy.

O discurso jurídico possui limites, de modo que uma solução para um caso concreto que tenha sido obtida com obediência a uma regra positivada é uma decisão dotada de racionalidade, porém não se pode afirmar que sempre a aplicação dessa regra em todos os casos concretos garantirá que seja esta a resposta mais correta e justa.

³¹⁰ Ibid, p. 212.

O que significa dizer que diante de um mesmo caso é possível que se chegue a respostas que sejam contraditórias entre si mas que podem de igual modo se fundamentarem discursivamente³¹¹. Isto ocorre, principalmente porque, o discurso se inicia a partir das convicções próprias de cada um dos participantes³¹² e, além disso, não há uma regra predefinida acerca das etapas a serem seguidas no processo de argumentação. Assim, o discurso prático não permite exatamente que sempre se encontre uma única resposta correta ou o consenso perante o caso discutido.

Seguindo essa linha de raciocínio, qualquer pretensão de correção da norma, inclusive quando traduzida no fenômeno da derrotabilidade deve ser limitada tanto pela própria lei como pelo limite das regras do discurso jurídico, dos participantes do discurso e do momento temporal³¹³.

O procedimento de busca para uma resposta certa por meio da teoria da argumentação jurídica possui uma relevância prática que só se efetiva inserida numa teoria geral do Estado e do Direito, juntando dois modelos diversos de sistema jurídico: aquele que se apresenta como sistema de procedimento e um outro como sistema de normas.

O sistema de procedimentos inclui os discursos práticos, jurídicos e o próprio processo judicial. Na perspectiva das normas, o Direito engloba tanto as regras quanto os princípios - "normas que ordenam que algo seja realizado na

³¹¹ Ibid, p. 213.

³¹² "Toda a discussão tem de ter um ponto de partida. [...] Esse ponto de partida consiste nas convicções normativas dos participantes faticamente existentes. A Teoria do discurso não é nada mais que um procedimento para o seu tratamento racional. E, aqui, cada convicção normativamente relevante é um candidato para uma modificação baseada numa argumentação racional. ALEXY, Robert. La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica. In: GARZÓN VALDÉS, E., org. *Derecho y filosofía*. Alfa, 1985, Barcelona – Caracas, pp. 43-57, p. 51. *Apud* ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 215.

³¹³ ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 214.

maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”³¹⁴

- todos igualmente inseridos no ordenamento jurídico.

Daí então, a elaboração da forma de aplicação dos princípios de maneira ponderada para que a sua utilização seja livre de qualquer arbítrio e suficientemente justificada para, por fim, se tornarem fundamentos nas decisões judiciais. A ponderação nem sempre conduz a uma resposta correta mas aproxima o discurso jurídico a um maior grau de racionalidade, que pode ser controlado pela argumentação jurídica.

Regra, princípio e procedimento, são para o professor alemão o modelo de Direito que conecta da melhor maneira as normas, as decisões judiciais e a pretensão de correção.

Por óbvio, a teoria alexyana não se esquivou de ser atacada por inúmeras críticas. O objetivo deste estudo, no entanto, não é uma análise perfunctória das objeções ao modelo de argumentação prática geral de Alexy, mas sim uma apresentação de breves apontamentos do seu entendimento acerca da argumentação jurídica.

Apesar disso, cabe aqui referenciar que as críticas destinadas à Teoria giram em torno da concepção habermesiana de racionalidade prática e inclui questões como a afirmação de que o procedimento discursivo não constitui, para Habermas e Alexy, o caráter de correção ou verdade dos enunciados, ou ainda a obscuridade da compreensão de Alexy acerca do discurso jurídico³¹⁵.

Além desses, um ponto muito questionado é relativo à utilidade e ao alcance da teoria proposta por Alexy. A falta de assertividade do método para

³¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. 2ª Ed, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 67-68.

³¹⁵ Para uma análise mais detalhada das críticas dirigidas à Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy, conferir ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 219-252.

obter uma única solução correta em todos os casos práticos não delimita os inúmeros contextos do discurso jurídico e deixa de especificar as suas peculiaridades.

De um ponto de vista ideológico, a crítica é de que ao apresentar as regras do discurso prático geral, o autor inicia com uma visão normativa e, quando trata do discurso jurídico, a análise torna-se predominantemente descritiva. A verdade é que a dogmática jurídica “mais do que como uma instância situada que opera dentro dos limites do Direito positivo, ele tende a apresentar como a instância que marca os limites para este”³¹⁶. À parte disso, há uma verdadeira idealização por parte de Alexy das instituições centrais do Direito.

O fato de Alexy constantemente evitar discutir a questão sobre o que exatamente quer dizer a ideia de argumentar juridicamente diante de normas jurídicas que se possam considerar injustas num caso concreto é um ponto de crítica da sua proposta de Teoria da Argumentação. Junte-se a isso também a controversa já mencionada acerca da necessária relação alegada por Alexy entre Direito e Moral e as consequências advindas dessa afirmação no sistema jurídico.

As objeções em relação à tese alexyana são, por muitas vezes, pertinentes. Algumas foram refutadas pelo próprio autor e outras são ainda lacunas, mas independentemente disso, o que se deve reter é que a Teoria busca aquilo que de igual modo se pretende delimitar neste estudo: é possível alcançar uma fundamentação racional de decisões judiciais que envolvam a colisão de direitos fundamentais e sua consequente derrotabilidade?

³¹⁶ Ibid, p. 250.

Mesmo que a Teoria não responda completamente a esta questão, é importante saber que ela conduz a um caminho para um procedimento racional de justificação judicial que possa se não garantir uma resposta possível, limitar uma atuação arbitrária do Poder Judiciário num Estado Constitucional, sobretudo quando se está diante de uma possível derrotabilidade normativa.

Derrotar uma norma jurídica faz parte da atividade judicial. Derrotabilidade é uma propriedade disposicional normativa³¹⁷. Ela pode acontecer sempre, ou às vezes, ou não acontecer nunca, no entanto sempre poderá acontecer. Mas dentro de um Estado Constitucional, a derrota de uma norma deve ser limitada seja pela supremacia dos princípios formais e pela própria argumentação jurídica – instrumentos que não facilitam uma atitude inconstitucional ou abusiva do Poder Judiciário diante do fenómeno da derrotabilidade.

O que se provará adiante é que nem sempre o procedimento de derrotabilidade normativa numa decisão judicial cumpre com um caminho metodológico que permita a justificação racional da opção de não aplicar uma norma em detrimento de outra.

É esse o perigo que se alerta neste estudo: se feita de qualquer modo, presenciemos a (re)construção de uma função para o Judiciário: a produção legislativa ilimitada, que a par de qualquer insegurança, monta e desmonta o sistema jurídico.

4.2 A ATUAÇÃO PRÁTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A DERROTABILIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS

³¹⁷ LOPES, Pedro Moniz. *Op. Cit.*, 2017, pp. 471–490, p. 476.

A derrotabilidade, como envolve aplicação normativa, está ligada eminentemente à atividade dos magistrados, em todos os níveis. Para efeitos de análise prática de casos em que se possa visualizar a derrota de uma norma numa decisão judicial, opta-se por selecionar sentenças feitas pelos ministros do Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF).

Esta escolha não é em vão. Explica-se. Ao tratar de possíveis implicações negativas a um Estado Democrático de Direito quando da derrotabilidade normativa injustificada e ilimitada por um juiz numa postura ativista e arbitrária, nada pode ser mais inseguro quando tais decisões partem de um tribunal constitucional, guardião máximo da Constituição, e das normas ali contidas.

Atribuir a jurisdição constitucional um poder significativo e sem controle, ainda que seja para corrigir eventuais injustiças por meio da derrotabilidade é, no mínimo, arriscado. A jurisdição constitucional deve, acima de tudo, se orientar por uma forma minimamente racional de argumentação.

No Brasil, ainda mais: os fatores são inúmeros e de diversas facetas, mas para este estudo nos apegaremos às questões do protagonismo legislativo, mediático e político do Supremo Tribunal Federal.

A primeira coisa que se deve considerar é que a crise de representatividade política enfrentada no país, traz para o Supremo Tribunal uma verdadeira expansão³¹⁸ da confiança da população que se vê mais representada

³¹⁸ O Ministro do STF, Luís Barroso, referencia ser esta uma das causas do agigantamento e protagonismo assumido pelo poder judiciário nos últimos anos, de modo que considera ser a crise do legislativo diretamente proporcional ao expansionismo destinado ao papel da Corte Constitucional. BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. In: Synthesis, v. 5, n. 1, 2012. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>.

em um poder judiciário do que no próprio Legislativo – que seria o seu natural órgão de representação.

É desse modo que a Corte Constitucional assume uma função de protagonismo exacerbado que provoca a transferência de poder das instâncias representativas para as judiciais. O movimento de agigantamento do Supremo Tribunal Federal – “supremocracia”³¹⁹ - resultou no crescimento também da sua autoridade perante os outros Poderes, especialmente no papel de guardião e até mesmo criador de normas constitucionais (papel atípico de poder normativo do judiciário), numa atuação marcada pelo ativismo judicial³²⁰.

O STF hoje pode debater e decidir sobre questões relevantes social e politicamente, muitas vezes escusadas da discussão legislativa. Mais ainda, tem poder de “legislar” sobre essas questões tão sensíveis, seja por meio da súmula vinculante³²¹, do mandado de injunção³²², da utilização das sentenças aditivas³²³, dos casos de mutações constitucionais e até mesmo da “assunção

³¹⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, nº 2, jul.-dez. 2008, pp. 441-463.

³²⁰ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2010.

³²¹ Introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/2004 (a Reforma do Judiciário), está prevista no artigo 103 da Constituição Federal e regulamentada pela Lei nº 11.417/2016. Ao Supremo Tribunal Federal é permitido criar súmula que trate sobre a validade, interpretação e eficácia de determinadas normas que sejam objeto de uma controvérsia que possa gerar grave insegurança jurídica e a multiplicação de processos. É a clara determinação de uma função legislativa destinada à Corte Constitucional, especialmente quando são construídas sob a base de aplicação de princípios constitucionais em conflito, sendo verdadeiras substitutas de uma norma de criação legislativa ainda por nascer. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2ª ed. São Paulo. Saraiva, 2015, pp. 260-269.

³²² Traduz-se como um instrumento de controle concreto de omissões legislativa. É autorizado ao STF regulamentar a questão omissa de forma concretista geral, de modo a, inclusive, atribuir eficácia erga omnes à decisão. *Ibid*, p. 319-320.

³²³ Para saber mais sobre a sentença aditiva., cfr. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. pp. 1352 e ss. No mesmo sentido, a doutrina portuguesa tras os ensinamentos de Carlos Blanco de Moraes sobre as sentenças substitutivas quando afirma que são “[...] uma das mais expressivas manifestações de ativismo dos tribunais constitucionais. Pressupondo que o legislador deva prever uma coisa e acabe por prever outra diversa que se mostre desconforme com a Constituição, estas sentenças procedem à substituição do segmento normativo contrário à Lei Fundamental por outro que lhe seja afeiçoado”. MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. In: MORAIS, Carlos Blanco de. (Coord.) *As Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional: Estudos Luso-Brasileiros de Direito Público*. Lisboa: AAFDL, 2009, p. 71 e 72.

da responsabilidade pela concretização de direitos sociais prestacionais em desconsideração ao poder de conformação legislativa e às consequências financeiras [...]”³²⁴.

Além do protagonismo legislativo, essencial para perceber uma ameaça à separação de poderes e à estabilidade institucional, o perigo provocado por destinar ao STF uma gama exacerbada de poder vai além.

Uma outra relação muito criticada é a do protagonismo assumido pela Corte no relacionamento com os veículos de comunicação. A exposição é tanta que as sessões de julgamento e os votos dos ministros são acompanhados em directo e transmitidos em rede nacional. Numa certa medida, a transparência e a publicidade não são tão positivas quanto possam parecer, porque acabam por influenciar o destino final destes julgamentos³²⁵ e aumentam-se os riscos de se estabelecer um verdadeiro populismo judicial: *a populisprudência*³²⁶.

A abertura televisiva e a constante exposição dos Ministros do Supremo Tribunal Federal nas mídias sociais passam de um instrumento de democracia e controle social para um verdadeiro espetáculo, que ameaça a legitimidade do

³²⁴ SACRAMENTO, Bruno. Déficit e disfunções no controle de constitucionalidade em Portugal e no Brasil. In: ALEXANDRINO, José Melo. (Coord.). Estudos sobre o constitucionalismo no mundo de língua portuguesa. Vol. II. Brasil e Portugal. pp. 303-354, p. 345.

³²⁵ Este é um alerta recente da doutrina, mas que se torna cada vez mais contundente quanto mais se percebe, em tempos de informações tão rápidas, que a influência midiática pode afetar o julgamento. Sobre o tema, cfr. NOVELINO, Marcelo. A influência da opinião pública no comportamento judicial dos membros do STF. *Constitucionalismo e Democracia* FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Org.). Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 265-328.

³²⁶ É a *populisprudência* um dos corolários do ativismo judicial e está muito próximo da atuação da Corte, apesar de constantemente negado pelos Ministros. O termo foi utilizado em artigo de Conrado Hubner Mendes no sítio eletrónico “Os Constitucionalistas” e aduz basicamente que: “a *populisprudência* sintoniza sua antena na opinião pública e no humor coletivo e “transcende” a lei quando esta não estiver afinada com uma causa maior. Convoca apoiadores e lhes agradece publicamente pela mobilização em defesa da “causa”. Adere à cultura de celebridade, aceita prêmios em cerimônias chiques, tanto faz quem as organize ou quem sejam seus companheiros de palco. Frequenta gabinetes políticos e a imprensa, onde opina sobre a conjuntura política, alerta sobre decisões que poderá tomar em casos futuros e ataca juizes não aliados à “missão”. A *populisprudência* é televisionada e tuitada, não está só nos autos.” Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/populisprudencia>.

argumento jurídico e o próprio Estado de Direito³²⁷. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal tornaram-se grandes conhecidos da sociedade brasileira – amados ou odiados.

O protagonismo midiático expõe o material jurídico e o próprio magistrado responsável pelo caso a fatores extrajurídicos como o ponto de vista da sociedade. O enunciado probabilístico que se faz nesse contexto, resume bem o que se quer transmitir: “quanto maior a gravidade da crise institucional e/ou a perda de prestígio do tribunal perante o público, maior a probabilidade de influência da opinião pública”³²⁸ ou ainda “quanto maior o grau de indeterminação do direito em casos de alta saliência social e/ou midiática, maior a probabilidade de influência da opinião pública”³²⁹.

Este ponto é especialmente relevante para o estudo dos limites da derrotabilidade normativa nas decisões judiciais principalmente porque o comportamento de membros de tribunais constitucionais, quando é influenciado por opinião pública (o que acontece frequente e visivelmente no Brasil), pode em contextos decisórios difíceis tender para preferências normativas não fundamentadas em busca de atender um clamor e causar um delírio popular para fazer jus à sua função “iluminista” de Corte constitucional “empurradora da história”³³⁰.

³²⁷ NOVELINO, Marcelo. O Supremo Tribunal Federal brasileiro e a opinião pública. In: *Revista do Ministério Público*. A. 37, nº 146, Abr.-Jun. 2016, pp. 77-107.

³²⁸ *Ibid*, p. 101.

³²⁹ *Idem*.

³³⁰ “Por fim, em situações excepcionais, com grande autocontenção e parcimônia, cortes constitucionais devem desempenhar um **papel iluminista**. Vale dizer: devem promover, em nome de valores racionais, certos avanços civilizatórios e **empurrar a história**. São decisões que não são propriamente contramajoritárias, por não envolverem a invalidação de uma lei específica; nem tampouco são representativas, por não expressarem necessariamente o sentimento da maioria da população. Ainda assim, são necessárias para a proteção de direitos fundamentais e para a superação de discriminações e preconceitos”. Discurso proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso em palestra sobre os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. Daí se retira um pensamento bem presente nos ministros do Supremo Tribunal Federal que demonstra que as decisões judiciais podem ser pouco legítimas

É nesse contexto que se atribui a cada Ministro um verdadeiro super-poder especial, vestem-lhes com a capa de heróis, são capazes de proteger o Direito, de corrigir as lacunas dos demais Poderes e serem os construtores do maior nível de justiça. Eles estão unidos para vencer qualquer atentado aos ditames constitucionais, são os “Guardiões da Galáxia” normativa brasileira numa “guerra infinita” para concretizar os mais altos direitos fundamentais e assegurar a estabilidade da ordem jurídica.

São fortes, gigantes, são perspicazes, os salvadores da pátria, são paladinos da moralidade, os “iluministas”: um conjunto de heróis unidos por detrás de uma toga e uma Constituição. Como arma principal: a caneta, que pode construir caminhos nunca pensados dantes. Um herói pode tudo e eles juntos formam a Liga da Justiça – só que Constitucional.

Este último trecho poderia ser apenas uma analogia sobre o poder do juiz constitucional e a atribuição, por parte do jurisdicionado, de um aspecto heróico deste Poder frente às injustiças e corrupções realizadas no Legislativo e Executivo. Mas a ideia deste Supremo Tribunal fiel, bondoso e com características muito parecidas a qualquer herói dos filmes hollywoodianos é uma realidade constante³³¹. E até aí não haveria problema algum, a não ser pelo fato de que heróis não existem.

num contexto de divisão de poderes e de legitimidade do direito. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>. Em sentido contrário a essa afirmação é o posicionamento de Bruno Torrano em *Contra A 'Função Iluminista' Do Supremo Tribunal Federal (Against the 'Enlightenment Role' of Brazilian Supreme Court)* (December 17, 2015). Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2705223> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2705223>.

³³¹ Em 27 de novembro de 2013, a Revista Veja, de grande circulação no país, publicou como matéria de capa uma foto do Ministro do Supremo Tribunal Federal Joaquim Barbosa, de costas, vestido com a toga negra, semelhante às vestimentas utilizadas por um super-herói (o Batman). As letras indicam ele como “A Lei...”. E os vilões por ele derrotados como “os foras da lei”. Disponível em: <https://www.gp1.com.br/colonistas/revista-veja-deste-sabado-traz-a-seguite-manchete-a-lei-e-os-fora-da-lei-326270.html>. O mesmo Joaquim Barbosa foi seriamente cotado para, depois da reforma do STF, assumir em 2018 uma posição na corrida presidencial brasileira. Em pesquisas de preferência do Instituto Datafolha, do dia 14 de abril de 2018, mesmo sem ser

E se existissem, os Ministros do Supremo Tribunal Federal não estariam assim tão próximos de assumir esse papel. Ao contrário do que se coloca, a Corte Constitucional, vez ou outra, apresenta alguma atuação que carece de legitimidade³³² e ataca a estabilidade institucional do Estado brasileiro e a segurança jurídica³³³.

É o que se vê muitas vezes no protagonismo político exercido pelo Supremo Tribunal Federal: mais uma razão que faz com que essa Corte Constitucional seja um caso interessante para a análise dos limites da derrotabilidade normativa.

A judicialização da política, ou seja, a decisão, em última instância, pelo Poder Judiciário sobre questões socialmente relevantes envolvendo algum aspecto moral, social e/ou político é a expressão da transferência de poder para os órgãos judiciais, responsável pelo agigantamento do poderio da Corte Constitucional que tratamos nas últimas páginas³³⁴.

pré-candidato, Joaquim Barbosa aparece com até 10% das intenções de voto. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/04/14/politica/1523729933579711.html>.

³³² LEITE, Glauco Salomão. *Separação de Poderes e ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal: do guardião da Constituição ao diálogo institucional*. Tese de Doutorado em Direito. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2014.

³³³ LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O STF na crise institucional brasileira*. São Paulo: Malheiros, 2009.

³³⁴ O artigo 202 da Constituição da República Portuguesa afirma que: Os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo e não em nome próprio, já uma expressão da representatividade jogada ao Judiciário. OTERO, Paulo. *Direito Constitucional Português: Organização do Poder Político*. Coimbra: Almedina, 2010, vol. II, p. 409. Além disso, Bruno Torrano afirma que a legitimidade dada ao Supremo Tribunal Federal para discutir e decidir inclusive sobre questões de destaque, com a transferência de poder que seria reservado – em grande parte – ao Legislativo, vem do: “(i) [...] inconformismo psicológico pelo fato de uma determinada teoria pessoal ou grupal de Justiça não ter sido encampada pelas normas legais; (ii) na maior facilidade média de influenciar, com teses moralmente corretivas e apelo às emoções do julgador, um ou poucos juízes do que grandes assembleias legislativas; ou (iii) na pressuposição arbitrária e a priori de que magistrados possuem arsenal intelectual privilegiado para lidar com problemas morais complexos”. TORRANO, Bruno. *Contra A 'Função Iluminista' Do Supremo Tribunal Federal (Against the 'Enlightenment Role' of Brazilian Supreme Court)*. (December 17, 2015). Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2705223> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2705223>.

A forma como esse protagonismo político se expressa de modo mais incisivo está no controle constitucional das leis e atos administrativos pelo Supremo e na adoção de uma interferência relevante em questões políticas de repercussão social. Obviamente, surge daí um conflito de representatividade democrática traduzido na judicialização da política e no ativismo judicial.

Na judicialização da política, a crise no Poder Legislativo e Executivo concedeu ao Supremo um empoderamento ainda maior, de modo que a intervenção em casos sensíveis que antes não estavam à disposição da sua “palavra final”, passaram a fazer parte da rotina diária do ministro julgador.

Desde o *impeachment* de uma Presidente da República até o afastamento do Presidente do Senado e mais inúmeros outros exemplos³³⁵, o STF se colocou à frente no cenário político brasileiro e contribuiu para promover uma instabilidade institucional e insegurança jurídica³³⁶.

Estritamente conectado ao protagonismo e à judicialização política é também o ativismo judicial³³⁷ encampado claramente pela Corte quando adota uma atuação de proatividade e criação do Direito na interpretação constitucional³³⁸, sobrepondo a competência de outros Poderes.

³³⁵ Vedação ao nepotismo, não admissão da Lei de Imprensa, demarcação da Reserva Raposa do Sol, aborto de feto anencefálico, anulação de nomeação de Ministro de Estado, prisão de pré-candidato – líder nas pesquisas – à Presidência da República e mais outras inúmeras questões que não cabem nesta pesquisa mas que podem ser facilmente encontradas na atuação rotineira do Supremo Tribunal Federal.

³³⁶ RECONDO, Felipe. FALCÃO, Márcio. STF: Árbitro ou protagonista na crise política em 2016? In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diogo Werneck; RECONDO, Felipe. *Onze supremos: o supremo em 2016*. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Supra: Jota: FGV Rio, 2017, pp. 29-34.

³³⁷ Ativismo judicial, governo dos juízes, são utilizados como expressões sinônimas. Ao mesmo tempo, não é correto afirmar que toda a criação judicial baseia se numa postura ativista porque os níveis de interferência podem ser distintos. URBANO, Maria Benedita. *Criação judicial e Ativismo Judicial: as duas faces de uma mesma função?* In: Tribunal Constitucional. 35º aniversário da Constituição. Vol. II. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 7-8.

³³⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: *Revista Synthesis*. 2012, vol. 5, nº 1, jan-fev. pp. 24-32, p. 25. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>.

Basicamente, uma das faces do ativismo judicial pode se colocar na transferência do poder de julgador para o de criador do Direito, com a interferência incisiva na efetivação de valores constitucionais e direitos fundamentais.

Essa conexão entre os dois conceitos vem da ideia de solução pela caneta do magistrado a problemas não enfrentados pelos outros poderes, sobretudo com a utilização predominante (e muitas vezes indiscriminada) de princípios em suas decisões para justificar o posicionamento ao expandir ou ultrapassar alguns limites do texto normativo na concretização de algum fim, por eles considerado constitucional.

E isto, à primeira vista, pode parecer bom, como um preenchimento às lacunas deixadas por um Poder em crise moral de representatividade por uma instância judicial, que de forma moderna, impulsionadora e progressista toma para si competências que não são suas e atropela a Constituição para, paradoxalmente, prezar pela sua maior efetividade e defesa.

Nessa esteira do ativismo judicial, o magistrado ultrapassa todas linhas delimitantes do texto constitucional que estabelece as competências destinadas à função jurisdicional quando se impõe à frente de funções reservadas aos Poderes Legislativo e Executivo.

O juiz, então, utiliza-se das decisões judiciais para se contrapor ou para substituir e até mesmo impor políticas públicas frente a inércia ou as opções dantes feitas pelo legislador: é a verdadeira transformação de um juiz (ativista) em um agente político³³⁹.

³³⁹ POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo. In: *Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: PUC, vol. 9, nº 17, ago/dez, 2000, p. 2.

O que não se pode olvidar, é a concepção de que os juízes constitucionais no atributo da função de declaração de inconstitucionalidade das normas ou na criação de normas para os casos devem estar sempre vinculados à Constituição e à legislação e, principalmente, a todos os princípios a ela adjacentes – inclusive o da separação de poderes e o democrático³⁴⁰. E isto é especialmente importante para afastar uma decisão judicial de qualquer arbitrariedade e falta de legitimidade³⁴¹.

O que será melhor percebido logo a seguir quando da análise um pouco mais detalhada de um caso decidido pela Corte Constitucional é que, de alguma forma, atuação do Supremo Tribunal Federal nos leva a questionar os riscos da judicialização política, do ativismo judicial e, por conseguinte, também da derrotabilidade normativa, que poderá ser usada em muitos casos como fenómeno justificador das opções arbitrárias e ativistas dos ministros da Corte Constitucional.

O magistrado não se deve esquivar de solver os casos quando é provocado e também não deve necessariamente aplicar a lei de forma mecânica quando se o ordenamento jurídico e as hipóteses fáticas fossem sempre perfeitamente justos e adequados.

O juiz tem o poder-dever de extrair do enunciado normativo o seu melhor sentido, e o que se propõe não é o contrário disso, mas sim o estabelecimento

³⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Um olhar Jurídico-constitucional sobre a judicialização da política. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas – Atlas, n. 245, 2007, p. 91.

³⁴¹ Nas palavras do próprio Ministro do STF, Luís Roberto Barroso: “o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes”. Em artigo: *Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*, 2008, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacaoativismolegitimidadedemocratica?pagina=11>.

de critérios e limites específicos antes de adotar uma postura expansiva de interpretação de princípios constitucionais e de posicionamentos institucionais que alteram o rumo de questões políticas cruciais, muito além de mera interpretação constitucional³⁴².

É exatamente o que ensina a doutrina da autocontenção judicial, uma resposta da doutrina ao ativismo judicial fora da legitimidade constitucional: a interferência do magistrado em questões políticas deve ser restrita e limitada.

Em direção contrária ao ativismo judicial, a ideia da autocontenção insere algumas barreiras ao “oba-oba”³⁴³ do julgador, que consiste, na prática, em não interferir na definição e promoção de políticas públicas, utilizar critérios rigorosos para a atividade de legislador negativo e evitar a aplicação direta da Constituição nos casos em que não estejam expressamente definidos o âmbito de incidência e aguardar o posicionamento do legislador ordinário, são exemplos de critérios para frear o ativismo³⁴⁴.

Este é um movimento que refuta completamente a legitimidade do Poder Judiciário em decidir questões de natureza política e afasta as intromissões judiciais no âmbito de liberdade do legislador, de modo que restringe a função jurisdicional à atividade de explicar o significado e o alcance da norma com a

³⁴² FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. Mudanças informais da Constituição Brasileira de 1988 e a mutação do Supremo Tribunal Federal. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. *Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988: análise crítica*. São Paulo: Saraiva, pp. 131-149., p. 139-142.

³⁴³ Expressão utilizada pelo constitucionalista Daniel Sarmento ao definir um problema do ativismo judicial que é “[...] o lado do decisionismo e do “oba-oba”. Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça -, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta “euforia” com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo”. SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Org.) *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007, p. 144.

³⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª ed. São Paulo. Saraiva: 2012, p. 7.

finalidade de concretizá-la, correspondendo ao conteúdo da norma contida na lei abstrata³⁴⁵.

O que é um conceito muito diverso de destinar ao juiz um “livre e irrefreado poder interpretativo da Constituição objectivamente e da lei, que lhe permita dizer o que a Constituição objectivamente não diz”³⁴⁶.

A atividade criativa judicial traça o limite do sentido da norma e, naturalmente, pode culminar na criação de uma norma jurídica pelo movimento da aplicação nos casos concretos, mas não pode ser um livre-trânsito para violar os princípios democráticos e de separação dos poderes³⁴⁷. Aceitar a função judicial como criadora do direito não é admitir que esta função seja absolvida de limitações.

O Supremo Tribunal Federal não pode se tornar (mais um) violador da Constituição, muito menos dos princípios basilares tão caros ao Estado Democrático de Direito.

Por óbvio, situações que envolvem casos difíceis, no âmbito da decisão judicial conclamam que a interpretação vá além da subsunção mecânico-formal do texto e que o magistrado busque uma fundamentação nos princípios para preservar uma resolução razoavelmente justa da controvérsia.

O problema é quando um texto normativo se subsume perfeitamente à hipótese fática e, mesmo assim, o julgador desconsidera a sua aplicação para prezar a justiça e a equidade e decide *contra legem* numa atitude de derrotabilidade normativa. O ponto torna-se ainda mais crítico quando se trata

³⁴⁵ LUHMAANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Gustavo Bayer (Trad.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 168.

³⁴⁶ MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com Efeitos Aditivos. In: MORAIS, Carlos Blanco de. (Coord.) *As sentenças intermédias da Justiça Constitucional: Estudos Luso-brasileiros de Direito Público*. Lisboa: AAFDL, 2009, p. 102.

³⁴⁷ Idem.

de uma decisão controversa capaz de modificar toda a realidade da sociedade, inclusive a política.

Eis os perigos de uma derrotabilidade normativa no contexto de atuação prática do Supremo Tribunal Federal, justificados pelos protagonismos assumidos com tanta força pela Corte Constitucional que junto a um cenário de ativismo judicial exacerbado e possível predador do princípio da separação dos poderes e da harmonia constitucional leva-nos de volta à um alerta habitual da atuação da justiça constitucional brasileira: é preciso impedir que o Tribunal extravase a sua função judicante e torne-se um super-poderoso grupo de juízes-legisladores que tem, em conjunto e até mesmo individualmente, em mãos o destino da vida dos brasileiros quando definem questões socialmente cruciais.

A seguir, apresentam-se algumas situações emblemáticas (apenas a título de exemplo) de decisões judiciais, com questões altamente controversas e cruciais para a sociedade que envolvem casos em que se verificou a derrota da norma, que pode acontecer como decorrência natural, mas também pode ser uma derrota “forçada”, máscara para uma arbitrariedade judicial.

Antes de prosseguir, um aviso: para o leitor que não está habituado a grandes ativismos judiciais, os casos aqui destacados podem parecer assustadores, fantasiosos ou até mesmo cômicos, mas sim, são reais.

4.2.1 O caso do aborto e o Supremo Tribunal Federal: por quê os limites?

Bom, que o Supremo assume uma atividade jurisdicional bastante atípica e duvidosa, já se sabe. Não é surpresa também que a atividade judicial exija – vez ou outra – que uma norma seja derrotada numa situação de conflito

normativo. Também temos em consideração que até a Corte Constitucional chegam questões cruciais e desacordos morais razoáveis³⁴⁸.

O que é problemático, como já dissemos, não é a derrotabilidade normativa em si, mas perceber até que ponto o julgador extravasa um argumento sinalizador da derrota e compreende a seriedade deste fenómeno de isentar um caso. Um dos mais representativos exemplos de como isso pode ocorrer é justamente o que envolve a questão do aborto. Vejamos.

Já foi decidido pelo Supremo, no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54³⁴⁹, no ano de 2012, a descriminalização do aborto nas hipóteses de uma gravidez com feto anencefálico. Mais recentemente, no final de 2016, outra discussão em torno do aborto também volta a rondar o Supremo, mas agora o motivo da interrupção seria o tempo de gestação, conforme uma primeira decisão tomada pela 1ª Turma do STF, mas

³⁴⁸“Cláusulas constitucionais como direito à vida, dignidade da pessoa humana ou igualdade dão margem a construções hermenêuticas distintas, por vezes contrapostas, de acordo com a pré-compreensão do intérprete. Esse fenómeno se revela em questões que são controvertidas em todo o mundo, inclusive no Brasil, como, por exemplo, interrupção de gestação, pesquisas com células-tronco embrionárias, eutanásia/ortotanásia, uniões homoafetivas, em meio a inúmeras outras. Nessas matérias, como regra geral, o papel do direito e do Estado deve ser o de assegurar que cada pessoa possa viver sua autonomia da vontade e suas crenças. Ainda assim, inúmeras complexidades surgem, motivadas por visões filosóficas e religiosas diversas. Sobre desacordos morais”, BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf, acesso em: 18 de jan. de 2019. Sobre desacordos morais razoáveis, cfr. McMAHON, Christopher, *Reasonable Disagreement: A Theory of Political Morality*, Cambridge UP, 2009 e WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2001. No sentido utilizado neste estudo, SACRAMENTO, Bruno. Desacordos razoáveis e discricionariedade legislativa: um estudo a partir da teoria principialista dos direitos fundamentais. *e-Pública*, Lisboa, v. 5, n. 1, p. 241-275, Jan. 2018. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2018000100012&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 04 jan. 2019.

³⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54*. 12 abr. 2012. Feto anencéfalo – interrupção da gravidez – mulher – liberdade sexual e reprodutiva – saúde - dignidade – autodeterminação – direitos fundamentais – crime – inexistência. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, DF: STF. n. 80. p. 19-20. 30 abr. 2013.

ainda não discutida em Plenário³⁵⁰, que será posteriormente analisada neste estudo.

Sem espaço para entrar em todas as questões de mérito que envolvam a questão do aborto a análise será estrita à forma como a derrotabilidade normativa foi operacionalizada pelo Supremo e exsurge nestas decisões judiciais para identificar questões como necessidade de correção jurídica, insegurança e limites para a derrotabilidade.

Para entender o caso é preciso tecer algumas considerações. Primeiramente, o aborto é, em resumo, a interrupção da vida intra-uterina com o extermínio do produto da concepção³⁵¹. Esta interrupção da gravidez, no Brasil, é crime tipificado nos artigos 124 a 128 do Código Penal brasileiro, onde foram elencadas pelo legislador todas as hipóteses de aplicação da norma, bem como as exceções que considerou pertinente incluir³⁵².

³⁵⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 124.306*. R, Primeira Turma, Voto Vista, Min. Roberto Barroso, Proferido em 29/11/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 12 de setembro de 2018.

³⁵¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte especial*. São Paulo: Atlas, 24ª ed., 2006, p. 62

³⁵² Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de catorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Forma qualificada

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - Se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - Se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Dentre as hipóteses de tipificação criminal e as respectivas exceções, nenhuma enquadra o caso da interrupção da gravidez de feto anencefálico, tampouco o limite de tempo da gestação até o primeiro trimestre para autorizar o procedimento. Bem ou mal, são lacunas legislativas, opções feitas propositalmente ou não (não olvidar que é impossível ao ser humano imaginar todas as hipóteses excepcionais “a menos que” capazes de ser abrangidas por uma norma) pelo legislador.

E daí então, a partir desse caso, apresenta-se o nosso primeiro questionamento, de grande relevância na filosofia jurídica, mas muitas vezes pouco debatido na doutrina brasileira, que consiste em: definir os limites do Judiciário perante um caso que envolva um conflito entre normas desencadeado por uma circunstância não explicitamente colocada pelo legislador.

No primeiro caso, do aborto pela interrupção da gravidez do feto anencefálico, merecem destaque: (i) os artigos 124 e 126 do Código Penal brasileiro, que criminalizam o aborto – de forma geral – provocado por terceiro, com consentimento ou pela própria gestante e (ii) o artigo 128 que elenca as hipóteses de exceção à pena da prática de aborto, dentre as quais não está incluído o aborto em razão da gestação de feto anencefálico.

Toma-se uma situação hipotética em que uma mulher carrega em seu ventre um feto anencefálico e realiza o aborto. Numa visão mecânica e silogística da aplicação normativa, a punição estaria claramente configurada por não ser a gravidez anencefálica uma exceção positivada na legislação penal. Mas pode haver uma saída na derrotabilidade e o que o Supremo Tribunal faz? Considera

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/decreto-lei/Del2848.htm>, acesso em: 04/09/2018.

ser esta uma exceção implícita, impossível de ser prevista pelo legislador no momento da criação normativa, mas que agora pretende uma correção.

Assim, o aborto de feto anencefálico não seria mais crime apesar de continuar a existir a redação original do Código Penal sem adicionar a exceção ao texto normativo, o STF decide que a partir de então, a exceção implícita deve ser considerada para isentar a mulher que aborta nestes casos específicos.

Uma coisa é certa: não havia meios para, à época da edição do Código Penal (nos anos 40), se imaginar a viabilidade dos exames médicos preverem o diagnóstico de anencefalia do feto ainda no útero materno. Era muito difícil prever essa possibilidade numa altura em que não se consideravam tantos avanços tecnológicos na medicina.

Esta, portanto, era uma situação inovadora que não estava no âmbito de consideração do legislador, o que torna a derrota um pouco menos complexa do que nos casos em que o legislador poderia prever a exceção, já que aqui a posição é de corrigir uma norma dentro dos padrões do sistema jurídico, adicionando uma nova exceção e não criando direito novo.

Mas esse é um argumento insuficiente para justificar a derrota normativa, afinal se está a afastar a aplicação de uma norma expressamente positivada, válida e legítima, não pelo próprio poder legislador, mas por uma atuação judicial de uma Corte Constitucional, ainda que seja num caso específico e anormal, sem alteração do texto normativo, mas que altera uma situação jurídica na prática³⁵³. É preciso mais.

³⁵³[...] é que um arranjo construído com base em regras jurídicas, ou algum estado de coisas jurídico que emerge a partir de um conjunto de regras e eventos, pode ter uma aparência de validade e, no entanto, este arranjo ou “fato institucional” pode ainda estar sujeito a algum tipo de intervenção que o invalide. Aquilo que inicialmente era reconhecida ou aparentemente válido, torna-se aberto à contestação e passível de perder sua validade, ou mesmo revelar-se inválido desde sempre, apesar de todas as aparências. Em outras palavras, o arranjo (ou seja, lá o que

Um começo inicial no processo de imposição desses limites, gira em torno da própria derrotabilidade normativa. Lembre-se que para ocorrer uma derrota é preciso de alguns critérios, como por exemplo, que exista uma exceção implícita não prevista pelo legislador suficientemente relevante para justificar a não aplicação da norma e a conseqüente derrotabilidade no caso concreto anormal.

Além dessa, uma outra aresta virá de uma necessária argumentação jurídica racional e suficientemente fundamentada dada pelo magistrado (e principalmente) ministro do Supremo Tribunal quando considera viável afastar a aplicação normativa, num movimento de derrotabilidade.

Repise-se, nesse momento, o fundamental papel da argumentação jurídica na derrotabilidade. Ou seja, é imprescindível que os argumentos dentro da decisão judicial estejam devidamente racionalizados a ponto de deixar claro como se operaram as ponderações consideradas entre as normas em conflito para se chegar à conclusão de que o caso concreto pode se evidenciar uma circunstância capaz de adicionar uma exceção implícita legítima dentro do sistema jurídico.

A análise da ponderação entre os princípios subjacentes ao caso concreto deve ser suficientemente robusta e explicativa para convencer o jurisdicionado que as razões postas pelo julgador estão amparadas por outra norma que se revelou mais forte e, em razão disso, a outra foi derrotada.

Parece uma solução simplista, mas como a argumentação jurídica não tem respostas prontas sobre critérios objetivos para se fundamentar uma decisão, é arriscado que o julgador caia numa linha muito tênue que confunde a

for) em questão é excepcionável (*defeasible*), e os eventos invalidantes provocam a exceção (*defeasance*)". MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Tradução de Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2008.

ponderação de princípios com a consciência do julgador e a sua vontade de legislar – colocando-se num cenário de instabilidade jurídica.

Na ADPF 54 em que se discutiu a inclusão dessa exceção implícita à norma do Código Penal brasileiro, é possível verificar alguns indícios do comportamento da Corte Constitucional quando na resolução de um caso difícil – um conflito normativo – que desencadeia na derrota de uma norma.

Não será feita aqui uma análise minuciosa voto a voto (são onze ministros e dez votos em razão de um ter se declarado impedido, sendo oito deles a favor da descriminalização/derrotabilidade e dois contra). O que se pretende demonstrar é que diante de um caso difícil de conflito normativo entre direitos fundamentais, a derrota normativa pode ter caminhos não tão retos, especialmente no Supremo Tribunal Federal.

Há muitas outras questões envolvidas nesse julgamento, mas que são muito extensas e já foram exaustivamente tratadas em outros trabalhos acadêmicos, por isso nos atemos apenas para demonstração de como se deu essa derrota, possíveis problemas sobre a sua legitimidade e o que a derrotabilidade normativa representada em termos de atuação do Supremo Tribunal Federal.

A situação conflituosa estava posta: o embate se daria entre a proteção à vida e dignidade da pessoa humana do feto anencefálico e a dignidade da pessoa humana da mulher (incluindo também autonomia da vontade, direito à saúde)³⁵⁴.

³⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição inicial referente à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54*. Brasília, 2004.

O exame da ponderação e a posterior definição de qual direito deveria prevalecer seria então o resultado sobre a derrota ou não da norma penal discutida.

Até aí, o Supremo precisava dirimir a questão posta (apesar de ser discutível sua atuação em uma contenda político-social desta magnitude) e, sobretudo, se utilizar de algum meio para encontrar a solução para esse caso difícil. Em suma, a opção final do Supremo Tribunal Federal foi para derrotar a norma que criminalizava o aborto por entender que era cabível a interpretação com uma nova exceção, por oito votos a dois.

A forma como os ministros optaram por derrotar a norma é que pode ser ou não problemática: como saber se os fundamentos escolhidos para o afastamento são suficientes e se a ponderação é uma resposta satisfatória.

A questão está ligada também à legitimidade assumida pela posição dos julgadores e os desafios postos giram em torno do fato de que a derrotabilidade normativa não se torne um mecanismo para disfarçar o impulso legislador dos juízes mas seja tão-somente um fenômeno de afastamento da norma por uma exceção implícita trazida por outra. A dificuldade estará em perceber se o legislador optou por estar silente naquela situação ou se se trata fielmente de uma exceção implícita.

Em determinados casos isto pode ser mais claro e em outros nem tanto. A norma do aborto é um exemplo bom porque congrega dois casos de derrota diferentes, mas ambos propõe fundamentos que não são completamente assertivos quanto a sua posição de exceção implícita. É o que se vê quando da análise dos votos acerca do aborto do anencefálico e, posteriormente, de outro caso enfrentado no Supremo Tribunal Federal em torno da derrota desta norma.

A ponderação foi um método amplamente adotado pelos julgadores da Suprema Corte quando da construção de seus votos para chegar a uma decisão final. Claramente, a opção se dá porque uma das opções para solução de conflitos normativos entre direitos fundamentais é a ponderação alexyana, predominantemente utilizada, sobretudo no Brasil.

A ministra Rosa Weber, por exemplo, definiu que a dúvida sobre os direitos do feto era superior a afectação sobre o direito da gestante: a proibição do aborto, diante do exame da proporcionalidade realizado em seu voto o princípio da dignidade humana se sobrepõe à proteção à vida do feto quando colocados em conflito normativo. Ao fim, opta pela descriminalização no caso do feto anencéfalo com a derrota da norma que, em outras situações, definiria esta conduta como penalizável³⁵⁵.

Igualmente, o ministro Celso de Mello busca a solução do conflito na aplicação do princípio da proporcionalidade e na ponderação. Um dos fundamentos utilizados para justificar a solução escolhida envolve os riscos desse tipo de gravidez para a vida da gestante e, assim, infere que não há justificativa para obrigar a mulher a levar a gravidez ao fim em detrimento da vida frágil do feto³⁵⁶.

Existe no decorrer dos votos uma alternância dos valores ponderados pelos julgadores e esta percepção pode gerar resultados opostos. Quando o ministro Cezar Peluso, por exemplo, escolhe colocar em conflito de um lado o sentimento transitório da dor e de outro a vida do anencéfalo, excluindo o direito

³⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54*. Relator: MELLO, M. A. de. Publicado no DJ de 12/04/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 17 jan. 2019.

³⁵⁶ Idem.

à saúde da mãe como elemento a ser considerado e decide por não acolher a nova hipótese do aborto, inclusive por considerar uma competência legislativa e não do Supremo Tribunal Federal³⁵⁷.

Numa outra discussão recente também sobre o aborto, mas que ainda não chegou ao Plenário da Suprema Corte, uma decisão causou inquietação e reacendeu o embate dos limites do STF em derrotar as normas³⁵⁸.

O Ministro Luís Roberto Barroso proferiu uma decisão igualmente polêmica que apontou a inconstitucionalidade da norma do crime de aborto quando realizado até o terceiro trimestre da gestação. Esta é mais uma boa análise para um caso de derrotabilidade proclamado pelo STF.

No âmbito de um *habeas corpus* com pedido de medida cautelar, após rejeição do mesmo instrumento pelo Superior Tribunal de Justiça, a questão chega ao STF e consistia num caso em que os pacientes do *habeas* foram presos em flagrante delito, no ano de 2013, por trabalharem em uma clínica clandestina de aborto, e por isso, foram a eles diretamente imputados os crimes

³⁵⁷ “Não temos, deveras, legitimidade para criar judicialmente, essa hipótese legal. A ADPF não pode ser transformada em remédio absoluto que franqueie ao STF a prerrogativa de resolver todas as questões cruciais da vida nacional, responsabilizando-se por inovação normativa que a arguente e os adeptos de sua tese sabem muito bem que, na via própria da produção de lei, talvez não fosse adotada pelo Congresso Nacional, como intérprete autorizado dos interesses e das aspirações da maioria silenciosa do povo, que representa”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54*. Relator: MELLO, M. A. de. Publicado no DJ de 12/04/2012, p.376-433. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 17 jan. 2019.

³⁵⁸ Esta não foi uma decisão feita pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, com a votação de todos os ministros e posterior eficácia vinculante e erga omnes. É um voto no âmbito do julgamento do Habeas Corpus 124.306/RJ, pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Apesar disso, igualmente será utilizado este exemplo para demonstrar a atuação do STF em situações de possibilidade de derrota normativa. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 124.306*. R, Primeira Turma, Voto Vista, Min. Roberto Barroso, Proferido em 29/11/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 12 de setembro de 2018.

contidos na norma penal que condena a realização de aborto por terceiros ainda que com consentimento da gestante (artigo 126), além da formação de quadrilha.

A discussão girava em torno basicamente dos requisitos da prisão que, conforme argumento da defesa, não era cabível neste caso concreto. A Primeira Turma do STF, por meio do relator Ministro Marco Aurélio, reconheceu o *habeas corpus* e decidiu pelo afastamento da prisão provisória.

Acontece que, o Ministro Luís Roberto Barroso pediu voto vista e também decidiu pela inexistência, naquele caso, dos requisitos da prisão preventiva. Mas, o que nos interessa, na verdade, é a outra parte da decisão do Ministro que levanta argumentos sobre uma possível inaplicabilidade da norma que criminaliza o aborto no primeiro trimestre de gestação, por meio de uma interpretação conforme a Constituição das normas do Código Penal (art.º. 124 e art.º. 126).

E daí então começa a construção do Ministro Barroso para justificar a não aplicação da tipificação da interrupção voluntário no primeiro trimestre de gestação e busca demonstrar que existe um conflito entre a vida (ou não vida) protegida pela norma penal e algumas normas de direitos fundamentais.

Desse modo, afirma:

A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria³⁵⁹.

³⁵⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 124.306*. R, Primeira Turma, Voto Vista, Min. Roberto Barroso, Proferido em 29/11/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 12 de setembro de 2018.

O conflito está posto. O resultado final será a decisão entre derrotar a norma ou não derrotar. Claramente, os direitos fundamentais estão em colisão com outros princípios constitucionais. Como todas as normas, os direitos fundamentais, repise-se, estão sujeitos a serem em algum momento derrotados, delineados seus limites e restrições na atividade jurídica ou legislativa.

O Ministro Barroso se utiliza então do princípio da proporcionalidade³⁶⁰ para proceder à solução do problema conflituoso. Perceba que o voto-vista do Ministro se afasta um pouco do mérito de um *habeas corpus*³⁶¹ que se restringia a legalidade dos requisitos da prisão preventiva não serem preenchidos no caso concreto, mas por vislumbrar a constituição do fato criminoso como requisito para a prisão, Barroso decide ir além e discutir uma inconstitucionalidade - a qual é discutível o STF ser chamado a fazer - mas assim o faz imbuído da crença de que os direitos fundamentais possuem aplicabilidade direta e imediata, o que

³⁶⁰ No voto, o ministro aponta para a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy e para o artigo de Aharon Barak, *Proportionality: constitutional rights and their limitations*, para tratar do tema da proporcionalidade e considera também os subprincípios – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Em trecho, o Ministro afirma que “a proporcionalidade, irmanada com a ideia de ponderação, não é capaz de oferecer, por si só, a solução material para o problema posto. Mas uma e outra ajudam a estruturar a argumentação de uma maneira racional, permitindo a compreensão do itinerário lógico percorrido e, conseqüentemente, o controle intersubjetivo das decisões”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 124.306*. R, Primeira Turma, Voto Vista, Min. Roberto Barroso, Proferido em 29/11/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 12 de setembro de 2018.

³⁶¹ Há uma controvérsia formal nessa situação muito peculiar que diz respeito à forma processual dever ser um recurso ordinário constitucional e não um *habeas corpus*. Não há clareza sobre se o HC foi convertido num recurso constitucional, e argumentar como fundamento para análise do mérito a relevância da matéria ou a afetação de direitos fundamentais é incompatível com a jurisprudência firmada na Primeira Turma do STF e não concede legitimidade para discutir a inconstitucionalidade do tipo penal no caso concreto, já que o HC não admite dilação probatória, indispensável para apreciação do mérito. "Apenas em adendo, no presente *habeas* registra-se claramente que o mesmo deve ser extinto sem julgamento de mérito pelo equívoco procedimental, ou seja, em nenhum momento ele foi recebido como se fosse um instrumento diferente, no caso um recurso ordinário. Se, por ventura, ocorresse a conversão do *habeas* em recurso, ao menos deveriam ser levantados os fundamentos processuais penais, que se encontram no artigo 579 do Código de Processo Penal, bem como a alusão à aplicabilidade do princípio da fungibilidade, o qual seria inserido em uma zona cinzenta acerca da manifestação jurisdicional." GERVASONI, Tássia Aparecida; DIAS, Felipe da Veiga. *Jurisdição Constitucional e a Questão do Aborto a partir do HC 124.306/RJ*. *Revista Estudos Institucionais*, Vol. 3, 2, 2017, pp. 1293-1294.

concederia legitimidade para a atuação da jurisdição constitucional na proteção desses direitos nos casos de ação ou omissão legislativa e é claro da certeza da sua função de empurrador da história, iluministas da sociedade.

Mas deixando essa “pequena” intromissão de lado. Entremos na discussão sobre como o Supremo Tribunal Federal, neste caso representado pelo Ministro Barroso, se posiciona num caso em que ocorre a derrotabilidade de uma norma, numa situação de colisão envolvendo um direito fundamental, objeto central deste estudo.

Vejamos como se dá o conflito.

Primeiro, o ministro Barroso enumera os direitos fundamentais violados com a norma da criminalização do aborto: (Pi) a autonomia da mulher como núcleo essencial da liberdade individual e da dignidade humana³⁶², (Pii) a integridade física e psíquica da mulher (prevista no artigo 5º *caput* e inciso III, da Constituição Federal)³⁶³ e (Piii) os direitos sexuais e reprodutivos da mulher³⁶⁴ e de outro lado (Qi) o direito à vida do nascituro.

³⁶² “[...] quando se trate de uma mulher, um aspecto central de sua autonomia é o poder de controlar o próprio corpo e de tomar as decisões a ele relacionadas, inclusive de cessar ou não uma gravidez.” BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 124.306*. R, Primeira Turma, Voto Vista, Min. Roberto Barroso, Proferido em 29/11/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 12 de setembro de 2018. Estes princípios foram extraídos do art. 1º, inciso III, da Constituição

³⁶³ “A integridade física é abalada porque é o corpo da mulher que sofrerá as transformações, riscos e consequências da gestação. Aquilo que pode ser uma bênção quando se cuide de uma gravidez desejada, transmuda-se em tormento quando indesejada. A integridade psíquica, por sua vez, é afetada pela assunção de uma obrigação para toda a vida, exigindo renúncia, dedicação e comprometimento profundo com outro ser. Também aqui, o que seria uma bênção se decorresse de vontade própria, pode se transformar em provação quando decorra de uma imposição heterônoma. Ter um filho por determinação do direito penal constitui grave violação à integridade física e psíquica de uma mulher.” Idem.

³⁶⁴ “O tratamento penal dado ao tema, no Brasil, pelo Código Penal de 1940, afeta a capacidade de autodeterminação reprodutiva da mulher, ao retirar dela a possibilidade de decidir, sem coerção, sobre a maternidade, sendo obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada. E mais: prejudica sua saúde reprodutiva, aumentando os índices de mortalidade materna e outras complicações relacionadas à falta de acesso à assistência de saúde adequada.” Idem.

Por outro lado, aduz que o comportamento incriminado não constitui exercício legítimo de um direito fundamental e que deve haver, por isso, uma proporcionalidade entre a ação praticada e a reação estatal³⁶⁵.

É então que o Ministro decide fazer uma ponderação nos moldes da teoria principialista dos direitos fundamentais para solucionar a questão que invocava a constitucionalidade da norma penal que criminaliza o aborto e coloca duas situações fáticas: a interrupção da gravidez e os direitos fundamentais supostamente violados da mulher.

Nesse sentido, o Ministro segue corretamente, em geral, os caminhos da proporcionalidade. Analisa em um primeiro momento a adequação da norma para proteção do direito à vida do nascituro que não era medida suficiente para impedir a realização de abortos na sociedade, além de colocar outras medidas que poderiam ser mais eficazes como o impulsionamento pelo Estado da educação sexual, associado à distribuição e informação geral sobre métodos contraceptivos, por exemplo.

Após, quando toca na proporcionalidade em sentido restrito, efectivamente opta por ponderar:

Direito fundamental à vida do feto (Qi) x Direitos fundamentais das
mulheres (Pi, Pii, Piii)

Ao fim, entende que a norma que trata o aborto como crime merece mais uma exceção, uma hipótese a mais para a cláusula “a menos que” além daquelas já elencadas e entende que até as doze semanas (três meses) de gestação, a criminalização, consequência normativa, não deve se impor já que conclui a

³⁶⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 124.306*. R, Primeira Turma, Voto Vista, Min. Roberto Barroso, Proferido em 29/11/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 12 de setembro de 2018.

restrição ao direito fundamental das mulheres em detrimento da vida do nascituro uma medida desproporcional.

O Ministro Barroso assume, assim, a inconstitucionalidade do dispositivo baseado na derrotabilidade da norma penal de criminalização do aborto ao na aplicação da lei a um caso concreto, com efeitos *inter partes*, implantar uma nova exceção que não estava prevista anteriormente pelo legislador.

Num caso real praticado pelo Supremo Tribunal Federal, um tribunal constitucional é possível identificar claramente a derrota normativa que, esquematicamente, passa a ser:

<u>Norma antes da derrotabilidade</u>	<u>Norma depois da derrota</u>
<p>Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:</p> <p>Pena - detenção, de um a três anos.</p>	<p>Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque <u>a menos que a gravidez seja de feto anencefálico e a menos que, seja realizado por opção da mulher nas primeiras doze semanas de gravidez.</u></p> <p>Pena - detenção, de um a três anos.</p>
<p>Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:</p> <p>Pena - reclusão, de três a dez anos.</p>	<p>Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:</p> <p>Pena - reclusão, de três a dez anos.</p>
<p>Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:</p> <p>Pena - reclusão, de um a quatro anos.</p> <p>Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debilitada mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.</p>	<p>Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante, <u>a menos que a gravidez seja de feto anencefálico e a menos que seja realizado, por opção da mulher, nas primeiras 12 semanas de gravidez.</u></p> <p>Pena - reclusão, de um a quatro anos.</p> <p>Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debilitada mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência</p>
<p>Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:</p>	<p>Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:</p>

<p>I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;</p> <p>II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal</p>	<p>I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;</p> <p>II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal dico:</p> <p><u>III – A MENOS QUE a gravidez seja de um feto anencefálico</u></p> <p><u>IV – A MENOS QUE seja realizado, por opção da mulher, nas primeiras 12 semanas de gravidez.</u></p>
---	---

Uma questão relevante que se impõe é como esse fenómeno normativo se impõe na dinâmica prática de um tribunal constitucional. As implicações da derrotabilidade de uma norma que comporta exceções infinitas trazem inúmeras problemáticas como um poder demasiado despejado nas mãos dos juízes, em especial, juízes constitucionais na revisão da legislação.

Não é a derrotabilidade que será problemática. A derrotabilidade, repise-se, existe porque a norma existe. As exceções vão continuar a aparecer. A aplicação da lei não vai poder sempre se restringir à letra pura do texto.

O ponto é que é preciso definir algumas limitações para a adição das exceções implícitas, decorrentes do processo de derrotabilidade de uma determinada norma. Isto em razão de nem sempre esta derrotabilidade se impor como correta e ser, inclusive, de legitimidade democrática duvidosa.

A própria ponderação, que precede a derrota, traz consigo mecanismos para estruturar e impor fundamentos que limitam o dispor do poder julgador das normas ao seu bel-prazer.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal brasileiro criou uma forma especial e própria de aplicar a teoria dos princípios³⁶⁶ que muitas vezes ignora a limitação trazida pela ponderação, que antecede a derrota e acaba por se tornar uma máscara de racionalidade para os julgadores serem arbitrários e não decidirem conforme uma argumentação racional, mas sim pessoal. Isto é naturalmente contrário a um Estado de Direito que preza pela segurança jurídica, bem como pela separação de poderes.

A partir das mesmas variáveis a ponderação pode ter resultados diametralmente opostos. E por quê? Porque apesar de objetivar ser um procedimento racional, traz consigo alguma carga de discricionariedade que impede que esse “cálculo” seja exato.

Na situação específica do Supremo Tribunal Federal, as inúmeras críticas que os julgadores recebem advém do contato constante que estes tratam com soluções para normas em conflito, especialmente de direitos fundamentais.

O que se tem é que, na verdade, por mais que se assuma a derrotabilidade das normas numa perspectiva geral, a norma não pode ser tratada como um conselho sem relevância onde esta admita uma flexibilidade tamanha que permita que o decisor a coloque da forma que ache mais adequada quando diante de uma situação concreta, ou seja, ainda que esteja preenchida pelas propriedades, não seja aplicada por ser considerada depois descabida por meio de uma operação que determina vantagens e desvantagens dos efeitos de normas em conflito³⁶⁷.

³⁶⁶ STRECK, Lenio. *A Estória da Katchanga Real*, disponível em <http://www.leniostreck.com.br/site/2012/02/10/a-estoria-da-katchanga-real-por-lenio-streck/>. Acesso em: 05 de mar. de 2019.

³⁶⁷ LOPES, Pedro Moniz. Derrotabilidade normativa e jurisdição constitucional. In: LOPES, Pedro Moniz. *Estudos de Teoria do Direito*. Vol. 1. Lisboa: AAFDL Editora, pp. 275-286, p. 280.

A principal crítica em torno disto é a problemática da segurança jurídica e da afectação que a admissibilidade de uma derrota injustificada pode ter para a norma jurídica.

A solução para limitar e conter o ativismo judicial e assegurar a legitimidade da jurisdição constitucional é o controle exercido pelo método da ponderação, mas o que se vê, por exemplo, no atual contexto do Supremo Tribunal Federal brasileiro, é que tal instrumento não é aplicado de forma suficiente para garantir que uma determinada derrota se limite à medida da atuação da justiça constitucional no contexto de equilíbrio dos poderes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema da derrotabilidade, sem dúvida, desperta inúmeras problemáticas e abrange perspectivas diversificadas. Neste estudo, a derrotabilidade apresentou-se na sua forma normativa e como uma propriedade ligada à própria existência da norma num sistema jurídico envolto por algumas complexidades.

Não significa dizer que toda a norma é derrotada, mas que está sujeita a esta dinâmica por todos os motivos enunciados até aqui. A derrotabilidade

demonstra a ideia de que as normas não estão livres de serem afastadas por alguma circunstância que possa justificar a sua não aplicação num caso em que naturalmente seria subsumida.

Não há, de todo, absolutos. Nem mesmo para as normas de direitos fundamentais que, apesar da fundamentalidade inscrita na sua essência, possuem uma estrutura normativa semelhante às demais normas e, nesse sentido também se colocam como sujeitas diante de um conflito, a serem igualmente derrotadas.

Tanto enquanto regras, quanto como princípios, as normas são derrotáveis e é dessa forma que, apesar de alguma tentativa na doutrina de distinção das normas em função do caráter derrotável, defende-se que derrotabilidade se aplica simplesmente de forma geral a todas elas.

Viu-se que a derrota é uma consequência natural e propriedade da norma e permite que, em casos concretos, acresça-se à ponderação feita pelo legislador alguma exceção que, todavia, não poderia ser prevista por ele em razão da impossibilidade humana de imaginar todas as situações que podem surgir na infinita combinação social de fatos.

Nessa linha, a ideia de conflitos normativos que são o ponto de partida para a derrotabilidade de uma norma é relevante no sentido de compreender o mecanismo pelo qual se concretiza o movimento de derrota de uma norma. A prevalência de uma norma no conflito implica justamente a derrota da outra.

É por isto que foi essencial no desenvolvimento desta dissertação a análise do conflito normativo para perceber como a opção pelos critérios utilizados para o solucionar pode interferir na ideia de uma derrotabilidade da norma derrotável ser problemática.

O caminho traçado foi claro: do conflito, nasce a necessidade de solução, a solução vem por algum método que possa assim fazê-la da melhor forma em consonância com os princípios do sistema jurídico e, neste caso, optou-se pela ponderação na forma proposta por Robert Alexy.

Da realização da ponderação segue, enfim, a derrota final da norma com a escolha de uma que prevalecerá sobre a outra. A ponderação fundamenta e justifica a restrição da aplicação de uma norma quando em conflito e isto acontece de uma maneira muito clara no caso de conflito entre normas de direito fundamental.

O que se tem é que a ponderação, no papel de procedimento que antecede a derrotabilidade da norma é um método que garante racionalidade e limites para que não seja a derrota utilizada de forma indiscriminada para justificar que qualquer condição subverta a aplicação da norma e coloque em xeque a sua estabilidade e a segurança jurídica do sistema.

As implicações disto podem ser, teoricamente, apenas uma dinâmica como já se disse, própria da norma que resulta na sua derrota. Contudo, a ponderação apesar de atuar até certo ponto como uma contenção à derrotabilidade normativa aplicada pelo julgador no caso concreto, pode, ser utilizada também exatamente para o propósito contrário.

É o que acontece no caso brasileiro em que a ponderação muitas vezes é utilizada de uma maneira peculiar, apartada das suas bases epistemológicas originais. O caso analisado do aborto, demonstra a dimensão que se coloca quando uma norma é derrotada pela Corte Constitucional.

Uma ponderação feita sem critérios predefinidos resulta na ausência de limites para flexibilizar normas e deixa aos julgadores a possibilidade de optar

como bem quer sobre quais normas devem prevalecer em conflitos. É uma abertura para que as normas sejam derrotadas em condições que não deveriam ser e conceder esta possibilidade na mão de poucos julgadores fora da sua competência, num sistema democrático, é especialmente perigoso.

Por fim, o que se tem é que por mais que se assuma a derrotabilidade das normas numa perspectiva geral, a norma não pode ser tratada como um conselho sem relevância e se admita uma flexibilidade tamanha que permita que o decisor constitucional a coloque da forma que ache mais adequada quando diante de uma situação concreta, ou seja, ainda que esteja preenchida pelas propriedades, não seja aplicada por ser considerada depois descabida por meio de uma operação que determina vantagens e desvantagens dos efeitos de normas em conflito³⁶⁸.

A principal crítica em torno disto é a problemática da segurança jurídica e da afectação que a admissibilidade de uma derrota injustificada pode ter para a norma jurídica.

A solução para limitar e conter o activismo judicial e assegurar a legitimidade da jurisdição constitucional é o controle exercido pelo método da ponderação, mas o que se vê, por exemplo, no atual contexto do Supremo Tribunal Federal brasileiro, no caso do aborto enfrentado pela Corte, conforme analisado é que tal instrumento não é aplicado de forma suficiente para garantir que uma determinada derrota se limite à medida da atuação da justiça constitucional no contexto de equilíbrio dos poderes.

³⁶⁸ LOPES, Pedro Moniz. Derrotabilidade normativa e jurisdição constitucional. In: LOPES, Pedro Moniz. *Estudos de Teoria do Direito*. Vol. 1. Lisboa: AAFDL Editora, pp. 275-286, p. 280.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable: Un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

_____. *Reason and Authority – A treatise on the dynamic paradigm of legal dogmatics*. Aldershot: Ashgate, 1997.

_____; GARZÓN VALDÉS, Ernesto; UUSITALO, Jyrki. *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa; 1997.

ALCHOURRON, Carlos. Philosophical foundations of deontic logic and the logic of defeasible conditionals. In: *Deontic logic in computer science*, John-Jules Ch. Meyer and Roel J. Wieringa (Eds.). John Wiley & Sons, Inc., New York, NY, USA 1994, pp. 43-84.

_____; GARDENFORS, Peter; MAKINSON, David. On the logic of theory change: partial meet contraction and revision functions. *Journal of Symbolic Logic*. V. 50, 1985, p. 510-530.

_____. Sobre derecho y lógica, *Isonomia: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 13, outubro, 2000, pp. 11-33.

ALEXY, Robert. Formal Principles: some replies to critics. In: *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press and New York University School of Law, Vol. 12, No. 3, 511–524.

_____. La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica. In: GARZÓN VALDÉS, E., org. *Derecho y filosofía*. Alfa, 1985, Barcelona – Caracas, pp. 43-57.

_____. Sistema jurídico, principios jurídicos, y razón práctica. *Revista Doxa*, Alicante, nº 5, 1988.

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad.: Zilda Hutchinson Schild Silva. 2ª ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

_____. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Trad. Manuel Atienza e I. Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

_____. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. 2ª. Ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2007.

ARASZKIEWICZ, Michal. Legal Rules: Defeasible or indefeasible? In: Araszkievicz M., Banaś P., Gizbert-Studnicki T., Pleszka K. (eds.) *Problems of Normativity, Rules and Rule-Following. Law and Philosophy Library*, vol .111. Springer, Cham.

ARAÚJO, Fernando. *Lógica jurídica e Informática Jurídica: da axiomatização deontica às estruturas não-monotónicas do raciocínio rebatível*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

ARISTÓTELES. *Ética à Nicómaco*. Coleção os Pensadores (vol. 2), Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornhein, da versão inglesa de W. D. Ross, São Paulo: Abril Cultural, 1984.

_____. *Retórica*. Traduzido por Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

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

BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática, 2008. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacaoativismolegitimidadedemocratica?pagina=11>. Acesso em: 12 de dez. de 2018.

_____. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª ed. São Paulo. Saraiva: 2012.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: *Revista Synthesis*. 2012, vol. 5, no 1, jan-fev. pp. 24-32. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>.

_____. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf. Acesso em: 18 de jan. de 2019.

BAYÓN, Juan Carlos, Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico. In: *Isonomia*, nº 13, 2000, pp 87-116.

BERMEJO, Juan Manuel Pérez. Principles, conflicts and defeats: An Approach from Coherentist Theory. In: BELTRAN, Jordi F.; RATTI, G. Batista. *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*, Oxford University Press 2012.

Bernal Pulido, Carlos. Estructura y límites de la ponderación, In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Núm. 26, 2003. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc1v5t1>. Acesso em: 25 de mar de 2019.

BIX, Brian H. Defeasibility and Open Texture. In: BELTRAN, Jordi F.; RATTI, G. Battista. *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*, Oxford University Press 2012, pp 193-201.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 124.306*. R, Primeira Turma, Voto Vista, Min. Roberto Barroso, Proferido em 29/11/2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 12 de setembro de 2018.

_____. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/leis/2002/110406.htm>, acesso em: 26 de abril de 2018.

_____. *Constituição da República Federativa Brasileira*. (1988) Brasília: Congresso Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 04 de maio de 2018.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/decreto-lei/Del2848.htm>, acesso em: 04/09/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54*. Relator: MELLO, M. A. de. Publicado no DJ de 12/04/2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Petição inicial referente à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54*. Brasília, 2004.

BROZEK, Bartosz, *Defeasibility of Legal Reasoning*, Krakow: Zakamycze, 2004.

BUSTAMANTE, Thomas. Conflictos normativos y decisiones contra legem: una explicación de la derrotabilidad normativa a partir de la distinción entre reglas y principios. In: *Doxa*, Alicante, nº 33, 2010.

_____. Princípios, regras e conflitos normativos: um modelo para justificação de decisões *contra legem* a partir da teoria jurídica de Robert Alexy. In: *Pensar*, vol. 15, n. 2, Fortaleza, Jul./Dez. 2010, pp. 603-628.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1997.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2007.

_____. Um olhar Jurídico-constitucional sobre a judicialização da política. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas – Atlas, nº 245, 2007.

CARNOTA, Raúl; RODRIGUEZ, Ricardo. Carlos Alchourrón y la inteligencia artificial. In: *Anal. Filos*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, v. 26, n. 1, p. 9-52, mayo 2006. Disponível em: <http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sciarttext&pid=S18519636200600010002&lng=es&nrm=iso>, acesso em: 01 de mai. 2018.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais na Espera Privada*. Doutorado em Direito. Tese. Universidade de Lisboa. 2015.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *A natureza material dos direitos fundamentais*. Brasil Jurídico, 2015. Acesso em: 16 de jul. de 2018. Disponível em: <https://www.brasiljuridico.com.br/artigos/a-natureza-material-dos-direitos-fundamentais.-por-dirley-da-cunha-junior>.

DUARTE D'ALMEIDA, Luís. Excepciones y superación. In: LUQUE, Pau (ed.), *Particularismo*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires y São Paulo: Marcial Pons, 2015.

DUARTE, David. *A norma de legalidade procedimental administrativa. A teoria da Norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*, Coimbra: Almedina, 2006.

_____. An experimental essay on the antecedent and its formulation. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*. Vol. 6. Coimbra, 2012, p. 119-138.

_____. Gains and Losses in Balancing Social Rights. In: DUARTE, David; SAMPAIO, Jorge Silva (eds.). *Proportionality in law: An Analytical Perspective*. Springer International Publishing AG, 2018, pp. 49-69.

_____. Os argumentos de interdefinibilidade dos modos deônticos em Alf Ross. *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, 2002, v. 43, n. 1, pp. 278-279.

_____. Rebutting Defeasibility as Operative Normative Defeasibility. In: *Liber Amicorum José de Sousa Brito*, Coimbra, Almedina, 2009.

_____. *Teoria Geral das Normas de Direitos Fundamentais*, material dado na disciplina de Direitos Fundamentais, no curso de mestrado científico 2013/2014 da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª ed. Tradução de Nelson Boeira, 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. The model of rules. *The University of Chicago Law Review*. Chicago (USA), v. 35, 1967.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *Reflexiones sobre la ley y los principios general es del derecho*. Madrid: Editorial Civitas, 1996.

ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961.

FELLET, André. *Regras e princípios, valores e normas*. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. Mudanças informais da Constituição Brasileira de 1988 e a mutação do Supremo Tribunal Federal. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. *Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988: análise crítica*. São Paulo: Saraiva, pp. 131-149.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. La incidência de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho. In: *Diritto&Questioni Pubbliche*, n° 3, 2003.

_____. Ontología y función de los mandatos de optimización. Fundación Jurídico Europeo, disponível em: http://www.fcjuridicoeuropeo.org/wp-content/uploads/file/jornada1/3_Garcia%20Figuerola_1.pdf. Acesso em: 16 de maio de 2018.

GEFFNER, H.; PEARL, J. Conditional entailment: bridging two approaches to default reasoning. *Artificial Intelligence*, 1992, 53: 209-244.

GERVASONI, Tássia Aparecida; DIAS, Felipe da Veiga. Jurisdição Constitucional e a Questão do Aborto a partir do HC 124.306/RJ. *Revista Estudos Institucionais*, Vol. 3, 2, 2017.

Grupo de Sistemas Inteligentes. Disponível em: <http://www.din.uem.br/~ia/intelige/raciocinio2/RacNaoMonotHistorico.html>, Acesso em: 19 de fev. de 2017.

GUASTINI, Ricardo. *Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Tradução Jordi Ferrer i Beltrán Barcelona: Gedisa; 1999.

_____. Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin: derrotabilidad, lagunas axiológicas, e interpretación. Tradução livre. *Doxa*. N. 31 (2008). ISSN 0214-8876, pp. 143-156.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

HAGE, Jaap. Law and Defeasibility. In: *Studies in legal logic*. Berlim: Springer, pp. 7-32.

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

_____. *O conceito de direito*. Tradução de. A. Ribeiro Mendes. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

_____. *O conceito de direito*, tradução A. Ribeiro Mendes, 6ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2011.

_____. The Ascription of Responsibility and Rights. In: *Proceedings of the Aristotelian Society*, v. XLIX. Londres: Harrison & Sons, 1948.

HENKIN, Louis. Infallibility under law: constitutional balancing. In: *Columbia Law Review*. Vol. 78, nº 5, jun. 1978, pp 1022-1049.

Jan-Reinard SIECKMANN. *El modelo de los principios del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito – Introdução e Teoria Geral*. Lisboa: Almedina, 13ª Ed., 2017.

LARENZ, Karl. *Derecho Justo. Fundamentos da ética jurídica*. Traducción y presentación de Luís Díez-Picazo. Madrid. Civitas, 2001.

LEITE, Glauco Salomão. *Separação de Poderes e ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal: do guardião da Constituição ao diálogo institucional*. Tese de Doutorado em Direito. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2014.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O STF na crise institucional brasileira*. São Paulo: Malheiros, 2009.

LOPES, Pedro Moniz, *Derrotabilidade normativa e normas administrativas*, Tese de Doutorado, Lisboa, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, vol. I, 2016.

_____. Derrotabilidade normativa e jurisdição constitucional. In: LOPES, Pedro Moniz. *Estudos de Teoria do Direito*. Vol. 1. Lisboa: AAFDL Editora, pp. 275-286.

_____. Princípios como induções deónticas: a previsão indutiva, o défice informativo e a derrotabilidade condicional nos princípios jurídicos. *Revista Nomos*, ed. 1011.1, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, Brasil, 2011.

_____. The Syntax of Principles: Genericity as a Logical Distinction between Rules and Principles. In: *Ratio Juris*. Vol. 30, nº 4, December 2017, pp. 471–490.

LUHMAANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Gustavo Bayer (Trad.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

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

MARANHÃO, Juliano S. A. A lógica en el Derecho: grandes expectativas y algunas desilusiones *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Núm. 32, 2009, pp. 229-254.

_____. Why was Alchourrón afraid of snakes? *Anal. filos.*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, v. 26, nº. 1, p. 62-92, maio 2006. Disponível em <<http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sciarttext&pid=S185196362006000100004&lng=pt&nrm=iso>>. acessos em 01 jun. 2018.

MARTINS, Tiago Rolo, Estudo de lógica deôntica: as normas, a interdefinibilidade deôntica e as inferências deônticas, Coimbra: Coimbra Editora, 2013. Pp. 103-162, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. 54, nºs 1-2 (2013).

McMAHON, Christopher, *Reasonable Disagreement: A Theory of Political Morality*, Cambridge UP, 2009.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte especial*. São Paulo: Atlas, 24ª ed., 2006.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. 5ª. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. In: MORAIS, Carlos Blanco de. (Coord.) *As Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional: Estudos Luso-Brasileiros de Direito Público*. Lisboa: AAFDL, 2009.

NAVARRO, Pablo. RODRÍGUEZ, Jorge L. Derrotabilidade y sistematización de normas jurídicas. In: *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 13, outubro de 2000, pp. 61-85.

NEIVA, Carlos Magno de Abreu. *A formação do juízo sobre os fatos na decisão judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) – Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

NOVELINO, Marcelo. A influência da opinião pública no comportamento judicial dos membros do STF. *Constitucionalismo e Democracia* FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Org.). Salvador: Juspodivm, 2013.

_____. O Supremo Tribunal Federal brasileiro e a opinião pública. In: *Revista do Ministério Público*. A. 37, nº 146, Abr.-Jun. 2016, pp. 77-107.

OTERO, Paulo. *Direito Constitucional Português: Organização do Poder Político*. Coimbra: Almedina, vol. II, 2010.

PECZENIK, A. Saltos y lógica en el Derecho. ¿Qué se puede esperar de los modelos lógicos de la argumentación jurídica? trad. De E. Garzón Valdés. In: PECZENIK, *Derecho y Razón*, México, Fontamara, 2000.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PLATÃO. *Diálogos de Platão*, Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha, tradução e notas de José Cavalcante de Souza, Jorge Paleikat e João Cruz da Costa, 5. Ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. – (Os pensadores), col. B.

_____. *Statesman*. J. B. Skemp trans., Bristol, England: Bristol Classical Press, 1952.

POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo. In: *Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: PUC, vol. 9, nº 17, ago/dez, 2000.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. (1976). Lisboa: Assembleia da República. Disponível em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada-/lc/34520775/view>. Acesso em: 04 de maio de 2018.

POUND, Roscoe. The application of law. In: *An introduction to the philosophy of law*. Revised edition. New Heaven: Yale University Press, 2009.

RAMIÃO, Rúben Miguel Pereira. O que é uma Norma Jurídica? In: *O direito*. – Lisboa, 1868-. A. 150, n. 1 (2018), pp. 109-118.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2ª ed. São Paulo. Saraiva, 2015.

RATTI, G. Battista; BELTRÁN, JORDI F., Defeasibility and Legality: A Survey. In: BELTRAN, Jordi F.; RATTI, G. Battista. *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*, Oxford University Press 2012.

RECONDO, Felipe. FALCÃO, Márcio. STF: Árbitro ou protagonista na crise política em 2016? In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diogo Werneck;

_____. *Onze supremos: o supremo em 2016*. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Supra: Jota: FGV Rio, 2017.

REIS NOVAIS, Jorge. *As restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

RICOEUR, Paul. *O Discurso da Acção*. Trad. Artur Morão, Lisboa: Edições 70, 1988.

RÓDENAS, Ángeles Calatayud. En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas. In: *Doxa*, n. 24 (2001). ISSN 0214-8876, pp. 63-83.

RODRIGUEZ SANTANDER, Roger Rafael. *Una teoría sobre la derrotabilidad jurídica em el Estado Constitucional*. Teses Doctorales. Universidad Carlos III de Madrid, 2016.

RODRÍGUEZ, Jorge L. *Lógica de los sistemas jurídicos*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.

_____.; SUCAR, Germán. Las trampas de la derrotabilidad: niveles de análisis de la indeterminación del derecho. *Doxa*. N. 21, vol. 2 (1998). ISSN 0214-8876, pp. 403-420.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini. Rev. Alysso Leandro Mascaro. 1ª edição. Bauru: Edipro. 2000.

ROSS, W. D, *The Right and the Good*. Oxford: Clarendon Press, 1930, Reimp. 1967.

RUFINO DO VALE, André. *A estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. 286 f. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) -Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

SACRAMENTO, Bruno. Déficits e disfunções no controle de constitucionalidade em Portugal e no Brasil. In: ALEXANDRINO, José Melo. (Coord.). *Estudos sobre o constitucionalismo no mundo de língua portuguesa*. Vol. II. Brasil e Portugal. pp. 303-354.

_____. Desacordos razoáveis e discricionariedade legislativa: um estudo a partir da teoria principialista dos direitos fundamentais. *e-Pública*, Lisboa, v. 5, n. 1, p. 241-275, Jan. 2018. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2018000100012&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 04 jan. 2019.

SANCHÍS, Luis Prieto. *El constitucionalismo de los derechos: ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.

_____. *Sobre principios y normas: problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed. Revista e Atualizada. Porto Alegre, Livraria do Advogado: 2015.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Org.) *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007.

SARTOR, Giovanni. Normative Conflicts in Legal Reasoning. In: *Artificial Intelligence and Law* June 1992, Vol. 1, Issue 2-3, pp 209-235, disponível em <https://doi.org/10.1007/BF00114921>, acesso em: 20 de maio de 2018.

SCHAUER, Friederich. Is Defeasibility an Essential Property of Law? In: BELTRAN, Jordi F.; RATTI, G. Battista. *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*, Oxford University Press 2012.
_____. *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Clarendon Press, 1991.

SCHMITT, Carl. *Teología política*. Tradução. F.J. Conde y J. Navarro, Trotta, Madrid. Schmitt, 2009.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao direito*. Coimbra: Almedina, 2012.

STRECK, Lenio. A Estória da Katchanga Real, disponível em <http://www.leniostreck.com.br/site/2012/02/10/a-estoria-da-katchanga-real-por-lenio-streck/>. Acesso em: 05 de mar. de 2019.

TESTA, Rafael Rodrigues. *Uma análise de algumas lógicas deônticas para a representação de normas jurídicas*. Monografia (Graduação em Filosofia) – Departamento de Filosofia, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2006.

TORRANO, Bruno. *Contra A 'Função Iluminista' Do Supremo Tribunal Federal* (Against the 'Enlightenment Role' of Brazilian Supreme Court) (December 17, 2015). Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2705223> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2705223>.

TORRE, van der Leendert W. N.; TAN, Yao-Hua. The many faces of defeasibility in defeasible deontic logic. In: NUTE, D. (Ed.). *Defeasible Deontic Logic*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1997, pp. 79-122.

URBANO, Maria Benedita. *Criação judicial e Ativismo Judicial: as duas faces de uma mesma função?* In: Tribunal Constitucional. 35º aniversário da Constituição. Vol. II. Coimbra: Coimbra, 2012.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, nº 2, jul.-dez. 2008, pp. 441-463.

Von WRIGHT, G. *A new system of deontic logics in: Danish Yearbook of Philosophy 1, 1964*, reimpresso In: R. Hilpinen (ed.), *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, Dordrecht, Reidel, 1971.

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Justificación de las decisiones jurídicas. In: WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Traducción de Arantxa Azurza. Madrid: Civitas, 1985.

_____. *Sentido y hecho en el derecho*. Trad.: Francisco Javier Esquiaga Ganuzas; Juan Igartua Salaverría, Distribuciones Fontamara: Mexico, 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Manuale di diritto costituzionale: i sistema delle fonti del diritto*. Torino: Utet, 1988.