

A REPERCUSSÃO DA DERROTABILIDADE DE HART NA TEORIA DOS PRINCÍPIOS

THE REPERCUSSION OF HART DERROTABILITY IN THE THEORY OF PRINCIPLES

Mariana Aires Athayde¹

Nathália Ribeiro Leite Silva²

RESUMO: O presente ensaio busca explicar as repercussões da derrotabilidade de Hart na Teoria dos Princípios. Embora a derrotabilidade das regras jurídicas, e as questões que a permeiam, não sejam um fenômeno desconhecido da prática forense, o universo acadêmico tem se debruçado muito pouco sobre elas e parece ter dificuldades em aceitá-las. Em teorias como a de Dworkin, a derrotabilidade não é aceita. Essa rejeição, entretanto, não ocorre na teoria de Alexy, que permite estudar o fenômeno como uma característica exclusiva das regras jurídicas e propor mecanismos de racionalização e justificação das decisões *contra legem*, frutos da derrotabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Derrotabilidade. Regras. Princípios. Decisões *contra legem*.

ABSTRACT: This essay seeks to explain the repercussions of Hart's defeasibility in the Theory of Principles. Although the defeasibility of legal rules, and the issues that permeate them, are not an unknown phenomenon of forensic practice, the academic universe has researched very little on them and seems to have difficulties in accepting them. In theories like Dworkin's, defeasibility is not accepted. This rejection, however, does not occur in Alexy's theory, which allows to study the phenomenon as an exclusive feature of legal rules and it propose rationalization and justification mechanisms of decisions against laws, fruits of defeasibility.

KEYWORDS: Defeasibility. Rules. Principles. *Contra legem* decisions.

¹ Graduada em Direito (Universidade Federal de Alagoas - UFAL). Mestranda em Direito (Universidade Federal de Alagoas - UFAL). E-mail: ma.aires.athayde@gmail.com

² Mestra em Direito (Universidade Federal de Alagoas - UFAL) E-mail: nathyribeiro@live.com.pt

INTRODUÇÃO

A discussão sobre as espécies de norma jurídica e suas características são temas de grandes controvérsias no universo acadêmico. Em meio a algumas delas, a noção de derrotabilidade tem sido apresentada como uma característica exclusiva das regras jurídicas, reivindicando o atrativo de trazer ao debate questões conhecidas da prática jurídica, mas ainda pouco exploradas dentro dos horizontes da teoria dos princípios, como a possibilidade de colisão de regras e princípios.³

A expressão derrotabilidade foi introduzida na Filosofia do Direito por Harbert Hart, no ensaio *The Ascription of Responsibility and Rights*, de 1948. Desde então, esta tese tem sido considerada uma das maiores contribuições do filósofo para o Direito Contemporâneo.⁴ O conceito se projeta para discussões entre direito e moral, interpretação e aplicação de normas jurídicas, mutação do direito, dentre outras temáticas. Para o presente artigo, interessa sua repercussão diante das espécies normativas.

Ao se investigar essa questão, é possível que se revise ideias de que as regras podem deixar de ser aplicadas mesmo quando satisfeitas todas as condições necessárias e suficientes para sua incidência, dada a existência de uma exceção. Com isso, há a ampliação da forma de se pensar a aplicação das regras, a relação delas com os princípios que darão sustentação à exceção e a liberdade que o juiz tem diante da derrota de uma regra.

A estrutura do presente artigo é bastante simples. Ele apresenta uma parte expositiva sobre as duas bases teóricas sob as quais as discussões envolvendo as espécies jurídicas vêm sendo cada vez mais levadas a cabo, a teoria de Ronald Dworkin e a de Robert Alexy, e sobre o conceito de derrotabilidade em Hart. Em seguida, trabalhar-se-á com a relação que se tem traçado entre as teorias desses doutrinadores e o conceito de derrotabilidade, expondo como essa expressão reivindica ser uma característica exclusiva das regras jurídicas. Em um momento posterior, delinear-se-á as implicações dessa característica, com intuito de estimular o debate sobre o raciocínio jurídico desenvolvido a partir de regras e princípios.

³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 51.

⁴ GRAEFF, Patrícia. **Derrotabilidade, vagueza e textura aberta**: um estudo acerca dos limites do direito segundo Herbert Hart. Dissertação (Mestrado) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015, p. 16.

1 CONSIDERAÇÕES À DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS EM RONALD DWORKIN E ROBERT ALEXY

A distinção entre regras e princípios não é atual, mas reapareceu com certa força no cenário acadêmico moderno a partir das obras de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Essas obras têm servido de ponto de partida para a discussão sobre regras e princípios aqui no Brasil.

É por essa qualidade de ponto de partida e de destaque, que essas obras merecem ser brevemente expostas, permitindo que se possa situar a derrotabilidade em um diálogo com elas. O intuito não será descrever detalhadamente essas teorias. Mas tão somente lançar pontos centrais dessas obras que permitam situar a discussão da relação da derrotabilidade com as diferentes espécies normativas.

1.1 A TEORIA DE RONALD DWORKIN

O marco inicial da teoria de Dworkin é uma crítica ao positivismo analítico de Herbert Hart. Para Dworkin, o positivismo de Hart, baseado em um direito formado exclusivamente por regras, não conseguiria dar respostas adequadas aos casos difíceis, para os quais não fosse possível identificar nenhuma regra jurídica, a não ser com recurso à discricionariedade do julgador.⁵ É em contrário a essa discricionariedade que Dworkin propõe o modelo de princípios. Eles seriam condicionantes e abalizadores da decisão judicial, que permitem a segurança jurídica sem impedir que, diante de um caso difícil, o juiz possa considerar o peso dos valores e dos interesses.⁶

Os princípios são apresentados por Dworkin através de uma distinção lógica em relação às regras. Enquanto elas se submetem a uma aplicação à maneira do “tudo ou nada”,⁷ no âmbito da validade, os princípios comportam uma dimensão de peso ou importância. Uma regra ou se aplica e, portanto, é válida, ou então não se aplica, sendo inválida. Caso duas regras aplicáveis ao caso sejam conflitantes, em um conflito real, uma delas, necessariamente, não será válida. Os princípios, diferentemente, comportam que em uma colisão o intérprete avalie

⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 1, p. 607-630, 2003, p. 610.

⁶ CATÃO, Adualdo de Lima. *Filosofia do direito para concursos*. São Paulo: Método, 2014. [e-book]

⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

a força relativa de cada um para o caso, podendo haver a incidência de um, sem que o outro perca sua validade.⁸

Dentro dessa teoria, por serem aplicadas à maneira do “tudo ou nada”, “uma regra [até] pode ter exceções [...]”. Contudo, um enunciado preciso da regra levaria em conta essa exceção; se não o fizesse, seria incompleto”.⁹ Dworkin ainda considera que não há razão, ao menos em teoria, para que todas as exceções das regras não sejam enumeradas.¹⁰

Em relação aos princípios, Dworkin afirma que os contra-exemplos¹¹ não são tratados como exceções, porque “não podemos esperar apreender esses contra-exemplos simplesmente utilizando um enunciado mais extenso do princípio”. Mesmo em teoria, os contra-exemplos não seriam suscetíveis de enumeração, até mesmo porque isso não contribuiria para um enunciado mais preciso ou completo do princípio.¹²

Com isso, percebe-se que Dworkin propõe uma distinção entre regras e princípios baseada, também, na capacidade de enumeração das exceções possíveis. As regras, ao menos em teoria, são passíveis de enumeração das exceções, levando a um enunciado mais preciso e completo. Os princípios, por outro lado, não são suscetíveis de enumeração de seus contra-exemplos (exceções em *lato sensu*).

Essa distinção levou a alguns¹³ a acreditarem que Dworkin utilizava a noção de derrotabilidade para fundamentar a distinção entre os dois tipos de normas. Diante disso, algumas críticas a essa distinção foram formuladas como se estivessem confrontando a ideia de derrotabilidade. Entretanto, a distinção de Dworkin não se confunde com a noção de que regras jurídicas são derrotáveis. Isso porque, como se desenvolverá mais à frente, a derrotabilidade é um fenômeno no qual as exceções às regras jurídicas não podem ser exaustivamente enumeradas, o que não é admitido por Dworkin, ao acreditar que não há razão, ao menos teoricamente, para que elas não sejam elencadas. Essas propostas são, assim, incompatíveis em certa medida.

⁸DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 42.

⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39-40

¹⁰ *Ibidem*, p. 40

¹¹ Dworking define contra-exemplo com uma explicação bastante simples. Segundo ele: “dizemos que o nosso direito respeita o princípio segundo o qual nenhum homem pode beneficiar-se dos erros que comete. Na verdade, é comum que as pessoas obtenham vantagens, de modo perfeitamente legal, dos atos jurídicos que praticam” (p. 40). Desse modo, ganhar vantagem legalmente por ato ilegal seria um contra-exemplo ao princípio de que ninguém poderia se beneficiar com os erros que comete.

¹² DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 41

¹³ SARTOR (1993) apud BÄCKER, Carsten. Regras, princípios e derrotabilidade. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 102, p. 55-82, jan./jun. 2011, p. 74.

Rejeição dessa ordem não está presente, porém, no modelo de Alexy, para quem, “ao contrário de Dworkin, as cláusulas de exceção introduzidas em virtude de um princípio não são nem mesmo teoricamente enumeráveis”.¹⁴ É a partir de critérios desenvolvidos por essa teoria que se pode formular a proposição de que o termo derrotabilidade, no sentido mais consentâneo com a sua origem, pressupõe, exclusivamente, uma norma do tipo regra.

Disso decorre a necessidade de se revisitar alguns pilares da teoria de Robert Alexy sobre a distinção dos tipos normativos.

1.2 A TEORIA DE ROBERT ALEXY

O modelo adotado por Alexy parte da formulação do teorema da identificação exclusiva: “Toda norma é ou uma regra ou um princípio”¹⁵. Nisso se assemelha a Dworkin, mas dele difere, decisivamente, em razão da caracterização dos princípios enquanto mandamentos de otimização.¹⁶

Para Alexy, os princípios são normas que determinam que algo seja realizado na maior medida possível. Por isso, os princípios seriam mandamentos de otimização. Eles são caracterizados por serem satisfeitos em graus variados, segundo possibilidades dos fatos e possibilidades jurídicas determinadas pelos princípios e regras colidentes.¹⁷

Os princípios, então, são aqueles que suas realizações completas podem ser obstadas na medida da realização de outros princípios, sem que isso os invalide ou que lhes seja adicionada uma cláusula de exceção. Essa questão se traduz na ideia de colisão entre princípios, que se resolve a partir do sopesamento. O resultado desse sopesamento sempre dependerá das condições concretas, podendo um princípio ter precedência em face de outro, mas apenas sob determinadas condições. Modificadas tais condições, a questão de precedência pode ser resolvida de outra forma.¹⁸

Disso decorre, para Alexy, o caráter *prima facie* dos princípios, “que não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas”.¹⁹ As

¹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 104.

¹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, 91.

¹⁶ Essa observação é feita pelo próprio Alexy na nota 27 do rodapé da p. 91 da Teoria dos Direitos Fundamentais, Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

¹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90.

¹⁸ *Ibidem*, p. 93.

¹⁹ *Ibidem*, p. 104.

regras, ao contrário dos princípios, são mandamentos definitivos aplicados por subsunção, de maneira que, se uma regra é válida, deve-se fazer exatamente o que ela exige; nem mais, nem menos.²⁰

Visto dessa forma, é possível se imaginar que os princípios seriam mandamentos de otimização sempre com um mesmo caráter *prima facie* e que as regras teriam um mesmo caráter definitivo. Entretanto, para Alexy, um modelo que se resumisse desta maneira seria muito simples, necessitando-se perceber que regras e princípios exibem caráter *prima facie*, mas que são distintos.²¹

Diante disso, do lado das regras, o caráter *prima facie* decorre da possibilidade de se estabelecer uma exceção para uma regra quando da decisão de um caso concreto, sem que nunca se possa ter certeza sobre se não será, em um novo caso, necessária a introdução de uma nova exceção. Isso porque,

Se isso ocorrer, a regra perde para a decisão do caso, seu caráter definitivo. A introdução da cláusula pode ocorrer em virtude de um princípio. Ao contrário do que sustenta Dworkin, as cláusulas de exceção introduzidas em virtude de um princípio não são nem mesmo teoricamente enumeráveis. Nunca é possível ter certeza de que, em um novo caso, não será necessária a introdução de uma nova cláusula de exceção.²²

Como se percebe, embora Alexy não tenha utilizado a terminologia derrotabilidade e não tenha feito em sua obra mais do que uma simples menção à possibilidade de se introduzir na hipótese fática das regras jurídicas uma exceção, seu modelo reconhece e permite que se desenvolva uma análise mais acurada da derrotabilidade como característica exclusiva das regras.

Antes, porém, de se entrar na discussão de que a derrotabilidade é uma característica exclusiva das regras, um breve delineamento sobre o significado de derrotabilidade, ao menos em Hart, deve ser traçado.

2 SURGIMENTO E SIGNIFICADO DA DERROTABILIDADE EM HART

A expressão *defeasibility*²³, aqui traduzida como derrotabilidade, foi introduzida na Filosofia do Direito por Harbert Hart, no ensaio *The Ascription of Responsibility and Rights*,

²⁰ *Ibidem*, p. 91.

²¹ *Ibidem*, p. 104.

²² Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

²² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 104.

²³ Como explica Anizio Pires Gavião Filho e Rosemeri Munhoz de Andrade: “A palavra inglesa *defeasibility* é derivada do adjetivo anglo-francês *defeasible* e do sub-tantivo *defeat*. Ainda que sempre se possam oferecer

de 1948.²⁴ Seu significado é, em geral, atrelado à ideia de exceção e se relaciona com a forma com que as proposições de uma regra jurídica podem ser contrapostas à expressão “a menos que”.

Para Hart, os conceitos jurídicos não podem ser explicados sob a base de um simples conjunto de condições necessárias de aplicação, dadas por meio de uma formulação geral que as denife, uma vez que, como uma de suas características, alguns conceitos jurídicos apresentariam um caráter vago.²⁵

A principal característica para isso, entretanto, estaria relacionada ao uso da expressão “a menos que”. Ela evidencia, segundo Hart, o fato de ser possível refutar a veracidade da preposição jurídica não só pela negação dos fatos, mas também por um tipo de alegação que consiste em considerar que, apesar da ocorrência das condições que habitualmente levariam à consequência jurídico-normativa prevista na regra, existem outras circunstâncias relevantes que fazem o caso particular ser reconhecido como uma exceção, resultando no afastamento (derrota) ou redução da alegação inicial.²⁶

O termo derrotabilidade é, assim, introduzido por Hart como um fenômeno jurídico caracterizado pela expressão “a menos que”.

Quando o estudante aprende que no direito inglês há condições positivas para a existência de um contrato válido, [...] sua compreensão do conceito legal de um contrato é ainda incompleta [...]. Pois tais condições, embora necessárias, não são suficientes, e ele ainda tem que aprender o que pode *derrotar* a alegação de que há um contrato válido, mesmo que todas essas condições sejam satisfeitas. O estudante ainda tem que aprender o que implica a expressão “a menos que”.²⁷

objeções às traduções, pois se trata de um procedimento hermenêutico, que talvez não forneça uma única resposta correta, costuma se encontrar a tradução do verbo *to defeat* para derrotar e do substantivo *defeat* para derrota. Na especificidade da linguagem do Direito, a tradução normalmente rastreada remete para os ver-bos anular, cassar, revogar. O adjetivo *defeasible* tem sido empregado em inglês para significar *capable of being annulled or terminated* ou, ainda, *capable of being defeated or rendered void*. Essas formulações podem ser traduzidas para o português como capacidade de ser derrotada, anulada, cassada ou revogada. Nas poucas formulações da dogmática brasileira sobre o assunto, a *defeasibility* norte-a-mericana tem sido traduzida por *derrotabilidade* [Cf. VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *Hermenêutica jurídica e derrotabilidade*. Curitiba: Juruá, 2010] ou *superabilidade normativa* [Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: 14ª ed., 2013, p. 135; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação contra legem*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 232]. Poderia, ainda, cogitar-se da tradução para *excepcionalidade* ou *excepcionalizabilidade normativa*” (GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; MUNHOZ DE ANDRADE, Rosemeri. *Superabilidade das Regras Jurídicas*. In: PIMENTEL, Alexandre Freire; BARROSO, Fábio Túlio; GOUVEIA, Lúcio Grassi (org.). **Processo, hermenêutica e efetividade dos direitos**. Recife: APPODI, 2015, p. 178.

²⁴ Anizio Pires Gavião Filho e Alexandre Prevedello (2019, p. 04) afirmam que Vasconcellos relaciona vários autores que citam Hart como o criador do conceito, como, por exemplo, Henry Prakken, Giovanni Sartor, Juan Carlos Bayón, Neil MacCormick, Jaap Hage e Ronald P. Loui. Por sua vez, Pino (2010, p. 9) prefere afirmar que uma das primeiras introduções da derrotabilidade no discurso jurídico foi realizada por Hart neste ensaio de 1949, enquanto Bäcker (2011, p. 61) “acredita” que tal noção foi introduzida por Hart.

²⁵ HART, Herbert Lionel Adolphus. *The Ascription of Responsibility and Rights*. **Proceedings of the Aristotelian Society**, New Series, v. 49, 1948-1949, p. 172-173.

²⁶ *Ibidem*, p.174.

²⁷ *Ibidem*, p. 174-175.

Como se percebe, o ponto central do argumento de Hart é que um conceito jurídico até pode ser definido sob condições necessárias e suficientes para sua aplicação, mas elas não serão sempre suficientes.²⁸ Nesse ponto está o caráter derrotável dos conceitos jurídicos, dado pela possibilidade de sempre poder existir uma exceção não prevista.

Embora Hart tenha inicialmente trabalhado com o termo conceito jurídico, posteriormente ele o abandona e passa a se referir às regras jurídicas. Em sua obra *The Concept of Law*, a derrotabilidade dos conceitos e do raciocínio jurídico foi substituída pela derrotabilidade de regras.²⁹ Dessa maneira, Hart passa a assumir que uma regra jurídica tem a capacidade de acomodar exceções não previstas anteriormente, sendo derrotada.

Pelo que se percebe, a derrota não se dá no âmbito da validade, mas sim da aplicação da norma ao caso concreto, afastando os efeitos jurídicos da regra naquela situação específica. Tanto que, segundo Hart, “uma regra que termina com a palavra ‘a menos que’ ainda é uma regra”.³⁰

Visto dessa forma, a regra não perde sua validade por não deixar de ser uma regra, ou seja, ela não se descaracteriza e não deixa de pertencer ao ordenamento jurídico, mesmo tendo exceções não enumeráveis. Também não tem, em face da derrotabilidade, sua aplicação resumida à completa discricionariedade do julgador. “Não se segue do fato de que tais regras tenham exceções incapazes de declaração exaustiva, que em cada situação somos deixados a nossa discricionariedade e nunca estamos obrigados a cumprir uma promessa”. Isso porque, as regras limitam e ao mesmo tempo permitem a atividade criativa do juiz, na medida em que são consideradas como “padrões a serem seguidos na decisão, suficientemente determinados, apesar de sua textura aberta, para limitar o caráter discricionário, embora sem eliminá-lo”.³¹

Para Hart, a razão para essa característica derrotável das regras seria a limitada capacidade humanada de prever as circunstâncias futuras. É essa a razão apresentada para o fenômeno ao analisar a textura aberta do direito:

A primeira desvantagem é a nossa relativa ignorância de facto; a segunda a nossa relativa indeterminação de finalidade. Se o mundo em que vivemos fosse caracterizado só por um número finito de aspectos e estes, conjuntamente com todos os modos porque se podiam combinar, fossem por nós conhecidos, então poderia estatuir-se antecipadamente para cada possibilidade. Poderíamos fazer regras cuja aplicação a casos concretos nunca

²⁸ *Ibidem*, p. 181.

²⁹ Nesse sentido Cf. GRAEFF, Patrícia. **Derrotabilidade, vagueza e textura aberta**: um estudo acerca dos limites do direito segundo Herbert Hart. Dissertação (Mestrado) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

³⁰ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. pp. 152-153.

³¹ *Ibidem*, p. 161.

implicasse uma outra escolha. Tudo poderia ser conhecido e, uma vez que poderia ser conhecido, poder-se-ia, relativamente a tudo, fazer algo e especificá-lo antecipadamente através de uma regra. Isto seria um mundo adequado a uma jurisprudência «mecânica». Simplesmente esse mundo não é o nosso mundo; os legisladores humanos não podem ter tal conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer.³²

Importante, nesse ponto, é que ao conceber a teoria da derrotabilidade, Hart a diferencia do caráter aberto dos conceitos jurídicos.³³ Uma coisa é o caráter vago dos conceitos decorrentes das dificuldades intrínsecas à linguagem e da vontade do legislador transferir para o intérprete certa margem de criatividade; outra é a derrotabilidade das regras ocorridas por essa incapacidade humana de antever todas as circunstâncias fáticas que circundam a aplicação da norma, fazendo com que surja uma exceção a uma regra que, normalmente, seria aplicável. Essa distinção é importante para que se evite confusões conceituais na análise da derrotabilidade em relação às regras e aos princípios.

Como dito acima, o intuito desse tópico era um breve esboço sobre a derrotabilidade como originalmente formulada. É claro que, dada a limitação de espaço, muitos detalhes não vieram a ser discutidos. Entretanto, as explanações são suficientes para permitir que se avance para a análise de como a derrotabilidade interagi com a teoria dos princípios. A análise que se segue importa principalmente porque, embora no fim de sua obra Hart tenha admitido a existência de princípios, ele não trabalha com eles.

3 REGRAS, PRINCÍPIOS E DERROTABILIDADE: UMA CARACTERÍSTICA EXCLUSIVA DAS REGRAS JURÍDICAS

Como explanado anteriormente, Alexy concebe os princípios como mandamentos de otimização aplicados por meio de ponderação. As regras, em contrapartida, são mandamentos

³² *Idem.*

³³ Nesse sentido, Graeff também defende que “a textura aberta do Direito, nesta leitura, abrange diversos fenômenos que concorrem para a indeterminação do Direito: (1) a derrotabilidade, que é a capacidade de acomodar exceções que não poderiam ser vistas de antemão quando da formulação da regra geral; e, (2) a textura aberta da linguagem (vagueza intensional real) e a vagueza (extensional e atual) dos termos gerais, que acarretam os chamados “problemas de penumbra”, diante dos casos-limite de aplicação de um termo geral e, consequentemente, de uma regra. Assim, defendi que o conceito de textura aberta do Direito de Hart não se reduz à textura aberta da linguagem. As interpretações que costumam tratar a textura aberta do Direito e a textura aberta da linguagem como propriedades idênticas têm, em sua origem, uma confusão indevida entre casos-limite e exceções. Aqui vale lembrar a explicação de Carpentier segundo a qual “a derrotabilidade designa o problema das exceções à regra, enquanto que a existência de casos-limite (de textura aberta, vagueza ou outra) deve-se a características inevitáveis da formulação da regra (CARPENTIER, 2013, p. 547).”

GRAEFF, Patrícia. **Derrotabilidade, vagueza e textura aberta**: um estudo acerca dos limites do direito segundo Herbert Hart. Dissertação (Mestrado) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015, p. 91.

definitivos aplicados por subsunção. Nessa formulação, um princípio sempre tem que ser otimizado, ou seja, um princípio é uma norma que ordena que algo seja realizado na maior medida possível até que se atinja um resultado ótimo. Isso faz com que se possa conceber que a aplicação dos princípios, necessariamente, conduz a ter que se considerar todas as circunstâncias dadas, diante do caso presente, para atingir o resultado ótimo. Em outras palavras, “as circunstâncias dos casos futuros, juntamente com outras condições – como, por exemplo, princípios concorrentes –, já estão implícitas no conceito de otimização, e são, portanto, parte integral da própria aplicação do princípio”.³⁴ Com isso, princípios não seriam derrotáveis.

As regras, diferentemente, ordenam que algo seja feito sob certa condição. Não é inerente à estrutura da regra que se considere todas as circunstâncias apresentadas pelo caso para sua aplicação. Se a condição é satisfeita, segue-se, normalmente, a conclusão. Só diante dessa estrutura seria possível acrescentar a expressão “a menos que”, visto que só diante de uma estrutura que já estabeleça de forma definida e coesa as circunstâncias do mandamento normativo (hipótese fática) é que se pode dizer que surge uma circunstância não prevista que afasta o consequente estabelecido. Por dispor dessa estrutura, portanto, regras seriam derrotáveis.

Nas palavras de Carsten Bäcker, “a condição em uma regra é sempre um conjunto mais ou menos complexo e coesivo de circunstâncias das quais o resultado se segue, independentemente de outras circunstâncias que estão em jogo”.³⁵ Disso decorreria que, “quando regras são aplicadas, uma condição ‘a menos que’ pode surgir daquelas circunstâncias que não fazem parte da condição. A regra é, então, derrotada, devendo ser revisada”.³⁶

Desse modo, princípios não são derrotáveis, porque sua aplicação pressupõe considerar todas as circunstâncias relevantes do caso concreto; já as regras são derrotáveis porque possuem uma condição prévia e geral que não considera todas as circunstâncias possíveis, podendo, por isso, surgir uma circunstância não prevista que coloque a regra em linha de exceção, afastando a consequência jurídica prevista.

Diante dessa formulação, argumentos como os de Hage e Peczenik, no sentido de que tanto regras como princípios seriam derrotáveis, porque “se um princípio é superado em peso por outro, ele é derrotado”,³⁷ não procedem. E é assim, porque a ponderação entre princípios

³⁴ BÄCKER, Carsten. Regras, princípios e derrotabilidade. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 102, p. 55-82, jan./jun. 2011, p. 56.

³⁵ *Ibidem*, p. 71.

³⁶ *Idem*.

³⁷ *Ibidem*, p. 77.

concorrentes ou regras conflitantes é parte das circunstâncias relevantes a serem, necessariamente, consideradas no momento da realização dos princípios.³⁸ Daí que, um princípio, enquanto mandamento de otimização, não é derrotado, dado que a sua realização só ocorre, necessariamente, após um sopesamento em relação ao princípio concorrente.

Nesse sentido, Alexy explicita que, “se dois princípios colidem [...], um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção”.³⁹ Assim, não é porque dois princípios colidem, com a prevalência de um deles, diante do caso concreto, que o princípio cedente será derrotado.

Na doutrina nacional, Bustamante, inicialmente, também chegou a sustentar que tanto regras quanto princípios seriam derrotáveis.⁴⁰ Para o autor, princípios se caracterizavam por uma “superabilidade imanente”, enquanto as regras seriam dotadas de uma “superabilidade excepcional”. Esse entendimento, entretanto, foi revisado para se admitir que o raciocínio anterior:

Não levava em consideração o fato de os princípios serem normas cuja institucionalização é parcial (já que falta a determinação dos comportamentos concretos que se seguem dessas normas) e, por conseguinte, não poderem ser superadas porque elas não estabelecem nenhuma hipótese de incidência. Os princípios estabelecem apenas uma obrigação de otimizar. Se a superabilidade for definida como a possibilidade de se inserir exceções em uma norma jurídica, então deve-se necessariamente presumir que essa norma tenha a estrutura de uma regra que permita a subsunção de certos fatos ou condutas em sua hipótese de incidência.⁴¹

Com isso, parece razoável supor que, ao menos em um sistema jurídico dinâmico, a derrotabilidade é uma característica exclusiva das regras e não dos princípios. Essa reflexão tem algumas implicações que merecem ser exploradas, principalmente em um sistema também composto por princípios.

4 IMPLICAÇÕES DO RECONHECIMENTO DA DERROTABILIDADE COMO CARACTERÍSTICA EXCLUSIVA DAS REGRAS

A assunção de que as regras jurídicas são derrotáveis, leva a se admitir a existência de decisão *contra legem*.⁴² Essas decisões nada mais são do que resultados da derrotabilidade, que

³⁸ *Ibidem*, p. 77.

³⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 93.

⁴⁰ BUSTAMANTE, Thomas. **Argumentação contra legem**: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 220.

⁴¹ *Ibidem*, p. 153.

⁴² *Ibidem*, p. 104.

se justificam, modernamente, a partir de princípios. Isso quer dizer que a juridicidade dessas decisões depende de uma justificação desenvolvida a base de um procedimento que considera a colisão entre as diferentes espécies normativas – entre regras e princípios. Colisão essa que é o “ponto mais complexo e menos explorado da teoria dos princípios”.⁴³

Como aponta Virgílio Afonso da Silva,⁴⁴ uma das soluções oferecidas à questão, bastante problemática, consiste em considerar que entre regras e princípios se realiza, diretamente, um sopesamento. Isso afasta o caráter definitivo das regras e envolve a dimensão de peso, que não é característica das regras, para não dizer da insegurança que gera diante da derrota da regra por um simples sopesamento, tal qual o dos princípios. Outra alternativa, também problemática, supõe que a colisão entre regras e princípios seria resolvida no plano da validade. Nesse caso, seria necessário aceitar que quando um princípio tiver que ceder em razão de uma regra, ele terá que ser excluído do ordenamento, afetando a dimensão de peso dos princípios.

Uma terceira solução, que tenta evitar esses problemas, não sem críticas, é oferecida por Alexy.

Para o autor, em um conflito dessa ordem, a ponderação não acontece entre uma regra e um princípio, já que regras não são ponderáveis. Ela acontece entre um princípio jurídico constitucional e o princípio que fundamenta e constitui a própria razão de ser da regra jurídica.⁴⁵ Mas não é só, uma regra não poderia ser superada apenas por uma simples ponderação desses princípios. Isso porque, na visão do autor, toda regra é fruto de uma ponderação entre princípios realizada pelo legislador, que tem a pretensão de ter colocado termo no assunto, gerando a pretensão de definitividade e a segurança jurídica da regra instituída.

Diante disso, Alexy acrescenta à ponderação princípios formais, como o princípio democrático, “o princípio do Estado de Direito e os demais princípios que justificam as regras do processo legislativo”.⁴⁶

Com isso, estabelece-se uma carga de argumentação especial para o intérprete que buscar fundamentar a não aplicação de uma regra jurídica a uma situação coberta por sua

⁴³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 51.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 51.

⁴⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 105.

⁴⁶ BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões contra legem. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 37, p. 152-180, jul./dez. 2010, p. 162.

hipótese de incidência, pois sempre haverá princípios formais que trabalham em favor da manutenção das consequências da regra estabelecida pelo legislador.⁴⁷

Como se vê, essa é uma proposta de racionalidade procedimental mais elaborada para lidar com os conflitos entre regras e princípios, porque incrementa um ônus argumentativo ao intérprete que desejar derrotar a regra. Esse ônus acaba favorecendo a manutenção da regra e, em certa medida, apresenta-se como um elemento a mais contra a insegurança jurídica oriunda da derrotabilidade. No entanto, esse procedimento não põe um fim à reflexão sobre como trabalhar com o fenômeno. Seria mesmo esse o máximo de segurança jurídica que se poderia ter diante da aceitação da derrotabilidade? Seria o caso de não aceitá-la? Para alguns críticos, mesmo se devendo aceitar a derrotabilidade, a proposta de Alexy não seria o ideal para lidar com a questão. Isso porque ela “dá a entender que o aplicador do direito está sempre livre [...] para afastar a aplicação de uma regra por entender que há um princípio mais importante que justifica esse afastamento”,⁴⁸ criando um alto grau de insegurança jurídica. Ocorre que, ao que parece, ainda que se possa admitir que é preciso desenvolver a proposta de Alexy, ela apresenta, ao menos, um grau de maturidade e um norte satisfatório, ainda que primário, para se analisar à justificação das decisões *contra legem* atualmente.

Inclusive, aceitar que se possa amadurecer sobre o assunto, não quer dizer que se deva retroceder no caminhar doutrinário para se assumir uma postura excessivamente formalista, que venha a negar a derrotabilidade das regras e a realidade das decisões *contra legem*.

Em um Estado neoconstitucional, em que a Constituição assume o epicentro do ordenamento jurídico e os princípios constitucionais são reconhecidos como normas, não se pode aceitar uma aplicação cega e absoluta de regras jurídicas. É preciso, antes, desenvolver mecanismos que compatibilizem as exigências de abertura do Direito, dentre as quais se insere a derrotabilidade, com a segurança jurídica.

Tais mecanismos só podem ser desenvolvidos, no entanto, reconhecendo-se o direito como uma prática argumentativa, um exercício dinâmico, que está sempre em construção e nunca previamente definido. Nesse aspecto, não existe um direito a ser descoberto, desvendado, o Direito como atividade argumentativa implica defender que ele é constituído dentro de um processo linguístico de construção e desconstrução de argumentos.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 161-162.

⁴⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 52.

É estranha ao pensamento filosófico contemporâneo a ideia de regras e de princípios estanques a serem descobertos ou escolhidos.⁴⁹ Não se pergunta mais sobre a “essência das coisas ou dos entes (ontologia), nem tampouco a reflexão sobre as representações ou conceitos da consciência ou da razão (teoria do conhecimento)”⁵⁰ – o que se coloca em evidência é a linguagem enquanto relação intersubjetiva imersa em um contexto de racionalidade.

Por certo, a racionalidade que se deva reconhecer não se confunde com o modelo de racionalismo moderno.⁵¹ A pretensão não é recorrer a um modelo ideal e estático de valores para resolver as questões morais relacionadas ao Direito, tampouco se limita a busca do verdadeiro conteúdo da lei. Em outras palavras, não cabe defender, ao menos nessa perspectiva, uma racionalidade absoluta, fechada e, de certa forma, ingênua.

A ideia é reconhecer a possibilidade de se controlar minimamente o procedimento de decisão judicial por meio da justificação. Essa não só se realiza de maneira interna, ligada ao âmbito formal e lógico, mas também se demonstra de forma externa, ao evidenciar o caráter consensual na busca por “alcançar concordância sobre as valorações que influenciam a interpretação e as ideias finalísticas sobre as consequências”.⁵²

Parece ser nesse pano de fundo argumentativo, como faz Alexy, que não nega certa existência de espaços de subjetividade ao intérprete, mas que também reconhece a existência de elementos objetivos capazes de racionalizar as decisões, que as repercussões da derrotabilidade na teoria dos princípios devem ser tratadas.

CONCLUSÃO

A derrotabilidade é um fenômeno que tem repercussões significativas na teoria dos princípios. Sua incursão nessa teoria reivindica reavivar debates sobre o conflito entre regras e princípios e a existência de decisões *contra legem*.

⁴⁹ LINS NETO, José Ribeiro. **Dogmática e argumentação jurídica: perspectivas retóricas para uma leitura da teoria do discurso de Robert Alexy**. Dissertação de mestrado apresentada ao PPGD da Faculdade de Direito de Alagoas em abril de 2016, p. 19.

⁵⁰ OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 4 ed. São Paulo: Loyola, 2015, p.13.

⁵¹ CATÃO, Adrualdo de Lima. **Filosofia do direito para concursos**. São Paulo: Método, 2014. [e-book].

⁵² KRELL, Andreas J. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista Direito GV**, São Paulo, ano 10, n. 19, p. 295-320, jan./jun.2014. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/entre-desdem-teorico-aprovacao-pratica-metodos-classicos-de-interpretacao>. Acesso em: 06 dez. 2016.

Embora inicialmente formulada na teoria de Hart, que não pressupunha a divisão normativa entre regras e princípios, a derrotabilidade dialoga com essa divisão, acentuando que esta é uma característica exclusiva das regras.

Derrotabilidade significa capacidade de acomodar exceções. Regras, em geral, têm exceções. Essas exceções não podem ser, nem teoricamente, enumeradas, pelo fato de que não se tem como prever todas as circunstâncias que podem surgir nos casos futuros. Com isso, regras possuem a capacidade de acomodar exceções, sendo derrotáveis. Princípios, entendidos como mandamento de otimização, têm como pressuposto considerar todas as condições possíveis no momento de sua aplicação. Adotado esse ponto, princípios não podem apresentar exceções. Logo, princípios não são derrotáveis.

A característica das regras jurídicas de serem derrotáveis se justifica, nos moldes das teorias analíticas modernas, pela força irradiante dos princípios por todo o ordenamento. Se é assim, há de se admitir que exista entre regras e princípios um conflito, cujo resultado pode ser a derrota da regra jurídica. Uma das formas de resolução desse conflito tem sido a ponderação entre princípios constitucionais de um lado, e princípios formais e os que dão sustentação a regra, do outro. Embora algumas críticas possam ser feitas a essa proposta, estando a resolução desse conflito em processo ainda de desenvolvimento, é possível se perceber que isso não autoriza um retorno ao formalismo radical que não admite a ideia de derrota das regras a partir de princípios. Ao contrário, demanda mais estudo e análise sobre a matéria, para fins de se conciliar segurança jurídica, com a necessária abertura aos valores do Estado democrático de Direito, o que só é possível se essa discussão for levada a cabo dentro de uma proposta de Direito enquanto prática argumentativa.

Assim, as relevantes implicações da derrotabilidade na teoria dos princípios, demonstra a necessidade de cada vez mais se discutir sobre esse conceito para se apresentar respostas compatíveis a complexidade social do mundo contemporâneo neoconstitucional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

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

BUSTAMANTE, Thomas. **Argumentação contra legem**: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

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

CATÃO, Adrualdo de Lima. **Filosofia do direito para concursos**. São Paulo: Método, 2014. [e-book].

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

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; MUNHOZ DE ANDRADE, Rosemeri. Superabilidade das Regras Jurídicas. In: PIMENTEL, Alexandre Freire; BARROSO, Fábio Túlio; GOUVEIA, Lúcio Grassi (org.). **Processo, hermenêutica e efetividade dos direitos**. Recife: APPODI, 2015. p. 178-199.

GRAEFF, Patrícia. **Derrotabilidade, vagueza e textura aberta**: um estudo acerca dos limites do direito segundo Herbert Hart. Dissertação (Mestrado) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

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

HART, Herbert Lionel Adolphus. The Ascription of Responsibility and Rights. **PROCEEDINGS OF THE ARISTOTELIAN SOCIETY**, New Series, v. 49, 1948-1949, p. 172-173

KRELL, Andreas J. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista Direito GV**, São Paulo, ano 10, n. 19, p. 295-320, jan./jun.2014. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/entre-desdem-teorico-aprovacao-pratica-metodos-classicos-de-interpretacao>. Acesso em: 06 dez. 2016.

LINS NETO, José Ribeiro. **Dogmática e argumentação jurídica**: perspectivas retóricas para uma leitura da teoria do discurso de Robert Alexy. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Alagoas, 2016.

OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 4 ed. São Paulo: Loyola, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 1, p. 607-630, 2003.