

Introdução

A palavra inglesa *defeasibility* é em geral relacionada à ideia de exceções e atrai a atenção de diversas áreas do conhecimento além da teoria do direito e da argumentação jurídica como, por exemplo, a lógica, a epistemologia e a filosofia. A sua utilização para objetos variados, ainda que interligados, produz confusões conceituais que repercutem na plena compreensão do seu estudo.

No âmbito do direito o tema diz com a adequação das normas jurídicas gerais a casos particulares a partir da relação regra/exceção e também é empregado para designar fenômenos jurídicos com significados e objetos distintos. Ainda que se possa vislumbrar um denominador comum - a capacidade de as normas jurídicas acomodarem exceções - há diferenças consideráveis acerca de suas fontes, caracterização, objeto e, ainda, se sua admissão implica rejeição das teses positivistas de separação entre direito e moral.

É comum encontrar referências à derrotabilidade ou superabilidade (a) das normas - característica comum aos princípios e às regras para alguns ou exclusiva das regras para outros -, (b) do raciocínio jurídico e (c) dos conceitos jurídicos. Os eventos remetem a temas como interpretação, aplicação e mutação das normas jurídicas, declaração de inconstitucionalidade, interpretação conforme a Constituição, decisões *contra legem*, decisões judiciais como fonte do direito, racionalidade do direito e da atividade judicial.

Como Herbert L. A. Hart tem sido identificado como o responsável por introduzir a noção de derrotabilidade no âmbito do direito, o objeto central do presente ensaio é apurar o que exatamente Hart sustentava e qual a importância de sua contribuição para o debate atual. O desenvolvimento do trabalho, que utilizará uma abordagem dedutiva, ocorrerá em três etapas. Primeiro, examina-se o surgimento e o significado da expressão *defeasible* no domínio da filosofia da linguagem jurídica de Hart. Após, investiga-se a noção de derrotabilidade em sua obra clássica, *O Conceito de Direito*. Por fim, avalia-se a importância da contribuição de Hart para o debate atual acerca do fenômeno jurídico da *defeasibility* e, ainda, como tal noção adapta-se ao seu conceito de direito.

1. O surgimento e o significado da derrotabilidade para H. L. A. Hart

A doutrina praticamente converge no sentido de que o conceito de *defeasibility* foi inserido pela primeira vez no contexto do direito por Hart no ensaio denominado *The*

Ascription of Responsibility and Rights (1949, p. 171-194) para qualificar ou simbolizar o caráter derrotável dos conceitos jurídicos¹.

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

Nesse sentido, refere que o direito consiste em um conjunto de conceitos jurídicos (v.g., o contrato, o testamento), entretanto a função dos juízes não é responder positiva ou negativamente ao questionamento acerca da inserção dos fatos do caso dentro do escopo da fórmula que define as condições necessárias e suficientes destes (HART, 1949, p. 171).

Isso porque há atributos peculiares aos referidos conceitos jurídicos que inviabilizam conectá-los com a linguagem tradicional das condições necessárias e suficientes, especialmente no *common law*, o qual se caracteriza pela inexistência de fórmulas gerais que definem, por exemplo, o contrato. Os juízes, portanto, tem de recorrer a casos anteriores, gerando vagueza e grande liberdade de julgamento, de modo que existiria apenas um *esboço* de um conceito a partir de casos passados (HART, 1949, p. 173).

Outra característica - e talvez a principal - dos conceitos jurídicos que os distinguem das definições descritivas tradicionais decorre do uso da palavra *unless* (a menos que), pois, além de ser possível negar os fatos que baseiam uma reivindicação ou acusação, também se pode alegar que, embora todas as circunstâncias estejam presentes, o caso particular deve ser reconhecido como uma exceção (*recognised head of exception*), afastando-se ou reduzindo as consequências jurídico-normativas (HART, 1949, p. 175).

Disso resulta que em várias situações os conceitos jurídicos só se explicam com o auxílio de uma lista de exceções ou de exemplos contrários, elucidando esse aspecto com referência ao conceito de contrato. Importante citar o texto tal como escrito por Hart, pois contém a introdução pela primeira vez da palavra *defeasible* no direito:

Quando o estudante aprende no Direito inglês que há condições positivas exigidas para a existência de um contrato válido, ou seja, pelo menos duas partes, uma proposta por um e uma aceitação por outro, um memorando escrito em alguns casos

¹Vasconcellos (2010, p. 53-54) relaciona vários doutrinadores que citam Hart como o criador do conceito, como, por exemplo, Prakken, Sartor, Bayón, Maccormick e Hage. Por sua vez, Pino (2010, p. 09) prefere afirmar que uma das primeiras introduções da derrotabilidade no discurso jurídico foi realizada por Hart, enquanto Bäcker (2011, p. 61) acredita que tal noção foi introduzida por Hart.

e suas considerações, sua compreensão do conceito jurídico de um contrato ainda é incompleta e isso continua assim se aprendeu a técnica dos advogados de interpretação dos termos técnicos, mas ainda vagos, “oferta”, “aceitação”, “memorando”, “considerações”. Estas condições, embora necessárias, não são sempre suficientes e ele ainda tem que aprender o que pode derrotar uma pretensão de que há um contrato válido, ainda que estas condições sejam satisfeitas. O estudante ainda tem que aprender o que pode seguir a expressão ‘a menos que’, que deve acompanhar a declaração destas condições. Não existe no inglês corrente uma palavra para esta característica dos conceitos jurídicos. As palavras ‘condicional’ e ‘negativa’ têm implicações erradas, mas o Direito tem uma palavra que com alguma hesitação eu tomo emprestado e a estendo: esta palavra é ‘derrotável’, usada para um tipo de interesse de propriedade que está sujeita à extinção ou derrota em um número de contingências diferentes mas permanece intacto se nenhuma de tais contingências amadurecer. Nesse sentido, então, um contrato é um conceito derrotável (HART, 1949, p. 174-175, tradução nossa).

Para demonstrar que tal concepção não pode ser definida a partir de um conjunto de condições sempre necessárias e suficientes, Hart oferece uma lista de circunstâncias capazes de derrotar o conceito de contrato, como a coação, a falsidade, o objetivo imoral na sua realização, inclusive algumas que não afetam sua existência e validade como a prescrição, sendo, portanto, imperativo reconhecer que “o conceito é irredutivelmente derrotável e ignorar isso é deturpá-lo” (HART, 1949, p. 176).

E quando existe uma cláusula geral sobre determinado conceito, como ocorre no *civil law*, afirma que tal conceituação somente pode ser útil se o método não for considerado como universal (deve ser entendido como razões para o desenvolvimento do direito), sob pena de ser enganosa se considerados apenas os seus termos, do que decorre que a criação de fórmulas legais também é insuficiente para impor unidade sobre as heterogêneas defesas e exceções passíveis de serem oferecidas, sobretudo na esfera criminal (HART, 1949, p. 176-180).

Essa compreensão do caráter derrotável dos conceitos jurídicos, além de demonstrar a impossibilidade de se falar em condições sempre suficientes, auxilia a interpretar as frases atributivas (e não descritivas) usadas no Direito para explicar as consequências jurídicas que decorre da conexão entre fato e lei (HART, 1949, p. 181).

E o confronto entre a ação dos conceitos jurídicos e a função do juiz também ajuda a esclarecer a razão da teoria descritiva do significado daqueles ser falha: primeiro, porque o juiz invoca os fatos e argumentos que lhe foram trazidos (e não aqueles que poderiam ter sido apresentados); segundo, porque o juiz não descreve fatos nem realiza inferências dedutivas ou indutivas sobre eles, mas sim toma uma decisão que pode ser certa ou errada (confirmada, revertida ou anulada), mas nunca falsa ou verdadeira, ou seja, o juiz nunca realiza uma inferência dedutiva (HART, 1949, p. 182-183).

Após apresentar alguns exemplos de frases como (“isso é seu”, “isso é dele”, “eu fiz isso”, “você fez isso”), afirma que elas representam enunciados em que confessamos ou admitimos responsabilidade, fazemos acusações ou atribuímos responsabilidade, ou seja, o seu uso não é fundamentalmente descritivo, mas sim atributivo por característica e derrotável por natureza, razão de somente ser definido através de exceções (HART, 1949, p. 182-183).

Portanto, quando se faz uma afirmação do tipo “Você fez isso” não se está descrevendo uma ação, mas sim atribuindo uma responsabilidade a alguém, que pode ser afastada com o surgimento de novas circunstâncias que são impossíveis de serem previstas antecipadamente, o que torna necessário refazer o julgamento, agora considerando essas novas circunstâncias. Trata-se de uma responsabilidade *prima facie* que pode ser derrotada².

A tese defendida por Hart, que ele mesmo reconhece ser controversa, é, em síntese, a de que os “os conceitos de ações humanas são atributivos e derrotáveis e que muitas dificuldades filosóficas surgem ignorando as exceções e procurando pelas condições necessárias e suficientes” (HART, 1949, p. 187), ou, conforme MacCormick (2010, p. 30), a ideia principal era de que a “*responsabilidade* ou *direitos* não são aspectos *descritivos* dos seres humanos, mas são *atribuídos* a eles em contextos determinados por regras jurídicas ou por regras sociais”, a qual pode ser anulada em face de circunstâncias excepcionais que não se encontram em uma lista fechada.

O resumo do ensaio evidencia o objetivo de Hart de modificar o modo como os conceitos jurídicos eram ordinariamente empregados, com o abandono do modelo de linguagem descritivo (e, portanto, das condições sempre necessárias e suficientes, que ensejam juízos de verdade e falsidade) em favor de um modelo atributivo de responsabilidade e direitos, tal como se verifica na prática e nos procedimentos dos tribunais – local em que há uma verdadeira conjunção entre fatos e regras e onde também se percebe o caráter eminentemente derrotável dos conceitos jurídicos.

2. O fenômeno na obra O Conceito de Direito

Controverte-se na doutrina se Hart abandona a noção de derrotabilidade após receber críticas ao artigo acima tratado, pois em suas obras posteriores, inclusive naquela mais

²Embora o termo – *defeasibility* – fosse novo, a ideia de representação de deveres e obrigações *prima facie* já havia sido referida anteriormente por Sir David Ross (na obra *The Right and the Good*, Oxford: Clarendon Press, de 1930) utilizando a ideia de deveres *prima facie* em contraponto a Kant e sua concepção de deveres absolutos (BELTRÁN e RATTI, 2012b, p. 22).

referenciada - O Conceito de Direito - inexistente menção aos termos *defeasible* ou *defeasibility*, o mesmo ocorrendo no tocante ao caráter derrotável dos conceitos jurídicos.

É possível extrair uma resposta do capítulo VII - Formalismo e ceticismo sobre as regras – do livro O Conceito de Direito, onde é retomado o problema da aplicação de regras gerais a casos particulares a partir de seu confronto com as correntes do formalismo jurídico e do realismo norte-americano. Hart assenta que os modelos existentes (baseados em precedentes ou em legislação) atuam e resolvem a grande maioria dos casos, mas outros casos serão dotados daquilo que se designa de textura aberta.

Para tanto, ressalva inicialmente que há um progressivo reconhecimento na teoria do direito do século XX de que o *civil law* e o *common law*, os quais denomina de “expedientes principais para comunicação de padrões gerais de conduta ou de comportamento” (HART, 2001, p. 139), não são tão diferentes como uma primeira impressão pode aparentar, tanto que ambos padecem – ainda que em níveis diferentes – da mesma dificuldade: revelam-se indeterminados em alguns aspectos e essa textura aberta se revela no momento de sua aplicação pelos tribunais.

Isso acontece porque em todos os campos da experiência há o limite inerente à linguagem e também porque as situações fáticas não aguardam já definidas e separadas uma das outras para seu enquadramento, quer dizer, “nem a regra em si mesma pode avançar e reclamar os seus próprios casos de aplicação” (HART, 2001, p. 139).

Nesse cenário, a textura aberta do direito seria intrínseca às dificuldades que decorrem da linguagem e da impossibilidade de previsão de todas as particularidades fáticas que podem surgir quando da aplicação da legislação ou do precedente, conduzindo o intérprete, ainda que auxiliado pelos critérios de interpretação³, de um modo incerto nos casos (difíceis) em que haveria o que denomina crise de comunicação e tais dúvidas - que representam uma escolha entre alternativas possíveis - devem ser solucionadas por quem detém autoridade para resolvê-las (HART, 2001, p. 140).

Essa problemática não se resolve com a concepção de regras detalhadas, em razão de dois óbices inerentes à conduta humana e que repercutem diretamente na atividade legislativa: “a primeira desvantagem é a nossa relativa ignorância de facto; a segunda a nossa relativa indeterminação de finalidade”. (HART, 2001, p. 141).

³Em suas palavras: “Os cânones de ‘interpretação’ não podem eliminar estas incertezas, embora possam diminuí-las; porque estes cânones são eles próprios regras gerais sobre o uso da linguagem e utilizam termos gerais que, eles próprios, exigem interpretação. Eles, tal como outras regras, não podem fornecer a sua própria interpretação” (HART, 2001, p. 139).

O reconhecimento da textura aberta do direito impõe que o judiciário seja encarregado de definir alguns casos em que a crise de comunicação se apresenta e significa admitir a criação do direito e de regras pelos juízes. Isso quer dizer que há determinados aspectos de um sistema jurídico que necessariamente devem ser deixados para desenvolvimento por parte dos tribunais à luz dos interesses conflitantes e das particularidades fáticas apresentadas, o que não implica prejuízo à segurança jurídica na medida em que a maioria das regras enseja orientações ou padrões de comportamento que não exigem uma nova apreciação conforme a hipótese concreta (HART, 2001, p. 148-149).

Para enfatizar o seu argumento, reitera que os homens não são iguais aos deuses, sendo completamente impossível antever todas as possíveis combinações de fatos a partir das regras, de modo que a textura aberta do direito também significa aceitar a existência de “excepções que não são desde logo exaustivamente especificáveis” (HART, 2001, p. 152).

Ao exemplificar com um fato cotidiano o fenômeno que está descrevendo e reconhecendo como próprio ao direito e ao raciocínio jurídico, Hart menciona novamente a expressão *unless* (a menos que) e registra um aspecto fundamental que serve para distinguir a *defeasibility* de outros institutos jurídicos: a capacidade das regras jurídicas suportarem exceções sem perder sua força normativa. O registro de suas palavras é relevante:

Prometemos visitar um amigo no dia seguinte. Quando chega o dia, acontece que o cumprimento da promessa implicaria que abandonássemos alguém gravemente doente. O facto de que isto é aceite como uma razão adequada para não cumprir a promessa, certamente não significa que não haja regra que exija que as promessas sejam cumpridas, mas tão-só uma certa regularidade no seu cumprimento. De facto de tais regras terem excepções suscetíveis de afirmação exaustiva, não resulta que em cada situação sejamos deixados à nossa discrição e não estejamos nunca vinculados a cumprir uma promessa. Uma regra que termina com a expressão ‘a menos que...’ é ainda uma regra. (HART, 2001, p. 152-153).

Ciente das implicações que o reconhecimento dessa textura aberta significa para fins de estabilidade e previsibilidade do direito, em especial quanto à importância das funções do judiciário, Hart passa a examinar a teoria realista de que um supremo tribunal sempre terá a última palavra sobre o que é o direito (HART, 2001, p. 155).

A diferença que existe entre estatuir ou não um árbitro oficial (no caso, um tribunal) é ilustrada a partir de uma analogia com as regras de um jogo: a vantagem da institucionalização, em contraponto aos casos em que os próprios jogadores aplicam as regras, é a resolução rápida e definitiva dos problemas que surgem da acomodação das regras a casos particulares, sob o custo de que o árbitro pode errar – intencionalmente ou não –, o que implica a necessidade de estipulação de recurso para uma autoridade superior cuja decisão

será definitiva, mas que manterá o mesmo risco da primeira decisão, concluindo que “é impossível criar regras para a correcção da violação de toda e qualquer regra”, motivo pelo qual o risco na instituição de uma autoridade para definição final pode acontecer em qualquer área (HART, 2001, p. 156).

Então, quando expõe a textura aberta do direito, especificadamente acerca da capacidade de as regras acomodarem exceções não previstas anteriormente - e que serão necessariamente reconhecidas pelos tribunais -, não significa que o direito é completamente indeterminado e aberto, do mesmo modo que não significa que o direito (ou a constituição) é o que o supremo tribunal diz que é, pois este somente define algumas questões particulares sobre as regras, na medida em que estas, em geral, não geram controvérsias quando de sua acomodação aos casos concretos: “em qualquer momento dado, os juízes, mesmo os do supremo tribunal, são partes de um sistema cujas regras são suficientemente determinadas na parte central para fornecer padrões de decisão judicial correcta” (HART, 2001, p. 159).

As regras, portanto, limitam e ao mesmo tempo permitem a atividade criadora dos juízes ao definir padrões de julgamento para uma decisão correta; o judiciário não cria tais padrões, pois apenas se manifesta para mantê-los e delimitá-los cada vez mais, circunstância que ao mesmo tempo afasta a afirmativa de que o direito é o que os tribunais dizem e paradoxalmente confirma que os tribunais “exercem a função criadora que lhes é deixada pela textura aberta do direito contido na lei ou no precedente” (HART, 2001, p. 161).

3. A contribuição de Hart para o estudo da derrotabilidade e a repercussão desta na sua teoria do direito

O capítulo anterior demonstra que não houve o abandono (ou o repúdio⁴) completo da tese da derrotabilidade por Hart, mas sim a não reiteração da doutrina em favor do atributivismo dos conceitos jurídicos, o qual não se confunde com o carácter derrotável das regras jurídicas em virtude da distinção de objetos.

No ensaio inaugural, Hart defende o uso atributivo dos conceitos jurídicos no sentido de que atribuem direito e responsabilidade a quem pratica uma ação, e reconhece o carácter eminentemente derrotável desta ação à luz do surgimento de novas circunstâncias não previstas e, portanto, excepcionais.

⁴MacCormick (2010, p. 30) afirma que o ensaio *The ascription of Responsibility and Rights*, que marca o retorno de Hart à filosofia, foi “posteriormente repudiado”.

Na segunda obra, altera o objeto de estudo da filosofia da linguagem para o direito em sua realidade prática, mantendo o caráter derrotável no sentido de que há exceções implícitas (impossíveis de serem listadas anteriormente) que acarretam nova avaliação e que os tribunais possuem legitimidade para realizar tal tarefa que acarreta criação e desenvolvimento do direito.

O objetivo de Hart ao escrever o capítulo VII era firmar sua concepção de direito como uma alternativa aos extremismos que advinham das correntes de pensamento formalista e do realismo norte-americano, transpondo a ideia original de derrotabilidade dos conceitos jurídicos relacionados às ações humanas para o direito como um todo cujo caráter é eminentemente aberto por dois obstáculos insuperáveis: a linguagem e a natureza humana.

A leitura dos textos com ênfase na problemática atual relativa à derrotabilidade confirma as afirmações de que “a visão de Hart do direito foi formada, sobretudo, na experiência prática, não no mundo acadêmico” e de que houve uma tentativa racionalmente direcionada de construção de uma “ponte diretamente da Filosofia da Linguagem para o Direito prático” (MACCORMICK, 2010, p. 32).

E o segundo texto - concernente ao direito tal como ele é encarado na prática dos tribunais - versa não só sobre a textura aberta que decorre das dificuldades inerentes à linguagem e ao raciocínio jurídico como também sobre as regras quando inexiste indeterminação ou vagueza.

Portanto, o atributo da derrotabilidade é mantido no seu caráter principal, inclusive com o emprego novamente da expressão *unless*, na acepção de que a adaptação de regras gerais para casos particulares não pode ser realizada sem se considerar a possibilidade de exceções implícitas que implicam o reexame da própria regra, de modo que não há falar em condições absolutamente necessárias e suficientes da aplicação de uma regra (tal como de um conceito jurídico).

Em realidade, o próprio Hart, no prefácio da coletânea *Punishment and Responsibility*, de 1968, reconhece que algumas críticas dirigidas à tese do atributivismo dos conceitos foram relevantes, entretanto tal confissão não enfraquece a integralidade da tese da derrotabilidade por ser esta absolutamente independente daquela, ou seja, “as razões que lançaram dúvidas quanto à solidez do atributivismo não tem efeitos deletérios para a ideia de derrotabilidade” (GRAEFF, 2015, p. 21).

E há um acréscimo teórico fundamental na obra o Conceito de Direito, que coincide com um dos significados atuais mais relevantes da *defeasibility*: a abertura da regra para

exceções não a descaracteriza enquanto regra, na medida em que sua força normativa é mantida para todos os demais casos. Logo, “a expressão ‘não deixa de ser uma regra’ pode ser compreendida também como tendo a função de marcar a diferença entre o fenômeno da derrotabilidade e o afastamento completo do mundo jurídico ou, em termos técnicos, a revogação ou derrogação de uma regra” (GRAEFF, 2015, p. 24).

O reconhecimento expresso de que a inserção de uma cláusula de exceção na aplicação de uma regra geral a um caso particular não invalida ou modifica o seu conteúdo distingue a derrotabilidade de outros institutos jurídicos como a ab-rogação e a derrogação, assim como a diferencia da declaração de inconstitucionalidade.

Bustamante (2010, p. 169-173) distingue as hipóteses de (a) *conflitos* de normas jurídicas daquelas de (b) *colisões* de normas jurídicas; a primeira ocorre na dimensão da validade da norma, enquanto a segunda incide no âmbito de sua aplicabilidade. A hipótese de reconhecimento da inconstitucionalidade de uma regra, com a sua invalidação e retirada do ordenamento jurídico, configura um *conflito* entre normas, e a superabilidade – introdução de uma exceção à regra – caracteriza uma *colisão* normativa e assim, a inaplicabilidade da regra jurídica somente para aquele caso concreto, ou seja, a validade geral da regra permanece intocada. Em outros termos: “uma decisão deixa de ser *contra legem* para se transformar em uma declaração de inconstitucionalidade quando passa a discutir a validade geral da norma afastada” (BUSTAMANTE, 2010, p. 175).

Nestes casos “excepcionalmente difíceis” o princípio constitucional não geraria razões suficientes para declaração da invalidade da totalidade da regra infraconstitucional, somente justificando a inserção de uma cláusula de exceção em sua hipótese de incidência.

Por outro lado, a derrotabilidade se assemelha à técnica de interpretação conforme a constituição nos moldes em que aplicada pelo Supremo Tribunal Federal. Um caso concreto e relevante auxilia a compreensão de tal afirmativa. Na ADPF 54, julgada em 12/04/2012, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de seus Ministros, julgou, nos termos da ementa, “inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal”.

Sob o ângulo da *defeasibility*, o resultado do julgamento foi o de reconhecer uma exceção implícita à regra jurídica geral de ser proibido o aborto ao não aplicar a consequência jurídica disposta na lei ainda que a hipótese fática se enquadre perfeitamente na descrição hipotética da proposição jurídica. O tribunal, portanto, reconheceu uma exceção implícita que se vincula às outras duas exceções expressas formuladas pelo legislador de se autorizar o

aborto quando não há outro meio de salvar a vida da gestante e em caso de gravidez resultante de estupro. Em uma formulação simplificada, no sistema jurídico brasileiro, hoje, é vedada a interrupção da gravidez, *a menos que* (a) para salvar a vida da gestante, (b) em caso de estupro e (c) na hipótese de o feto ser anencefálico.

Portanto, sendo possível ao tribunal, com amparo no controle concreto e difuso de constitucionalidade que lhe é conferido normativamente, interpretar a lei conforme a Constituição no sentido de que um caso *sub judice* se revele como uma exceção à regra jurídica geral quando preenchida a hipótese normativa abstratamente formulada, a derrotabilidade, então, poderia ser considerada outra técnica ou procedimento argumentativo para examinar a problemática da adaptação das regras gerais aos casos particulares à luz dos princípios e valores institucionalizados na Constituição do Brasil.

Um de seus benefícios é a apresentação do raciocínio jurídico da decisão sem eufemismos, em consonância com o princípio da segurança jurídica (previsibilidade e estabilidade do direito) e, do mesmo modo, com clareza na orientação dos destinatários (cidadãos e juízes) acerca do novo regramento. Justifica-se claramente a necessidade da introdução de uma cláusula de exceção a uma regra geral a partir de considerações das particularidades diferenciadas de um caso concreto cujo resultado ensejará a criação de uma nova regra geral que deve valer para todos os casos iguais (princípio da igualdade material).

A compreensão de que as regras jurídicas⁵ acomodam exceções implícitas sem perder sua força normativa é uma das acepções mais importantes e polêmicas da teoria da *defeasibility* (BELTRÁN e RATTI, 2012a, p. 01), pois significa a aceitação ou o reconhecimento sem subterfúgios de que o judiciário profira legitimamente decisões *contra legem*⁶ ou que não aplique uma regra jurídica válida quando absolutamente aplicável (GAVIÃO FILHO e MUNHOZ DE ANDRADE, 2015, p. 179).

Por outro lado, embora Hart reconheça que as regras do direito não podem determinar completamente a decisão correta na medida em que fatores relevantes podem justificar a apresentação de uma exceção, ele não responde à pergunta sobre “quais *standarts*

⁵Nesse domínio específico há uma importante controvérsia quando se adota a teoria dos princípios como uma teoria normativa: alguns doutrinadores sustentam que a *defeasibility* seria característica das normas jurídicas em geral (VASCONCELLOS, 2010, p. 75-78), enquanto outros afirmam que se trata de categoria jurídica aplicável somente às regras, inclusive no sentido de oferecer um critério hermenêutico seguro para fins da distinção normativa entre princípios e regras (BÄCKER, 2011, p. 55-82).

⁶A juridicidade das decisões *contra legem* é definida por Bustamante (2010, p. 152-180) como um dos capítulos mais controvertidos da ciência jurídica e sobre o qual reina uma espécie de silêncio. Com fundamento na obra de Alexy, afirma que os casos de superabilidade – no sentido da introdução de exceção a uma regra jurídica – são sempre casos de decisões *contra legem* e que podem ser justificados nas hipóteses de colisão entre um princípio e esta regra, mas para tanto é imprescindível uma argumentação jurídica especial.

além das regras entram na justificativa das decisões”, isto é, “ele aponta na direção certa, mas não nos leva longe o bastante” (MACCORMICK, 2010, p. 169-171).

O que se quer dizer com isso é que Hart não desenvolveu uma teoria da argumentação da decisão judicial, isto é, não assinalou quais seriam as justificativas satisfatórias para as decisões judiciais que reconheçam uma exceção à regra não prevista em precedente vinculante ou em lei, motivo pelo qual sua contribuição para o tema da derrotabilidade é a de ter realizado um esboço da teoria, ou melhor, ter demonstrado que tais casos necessariamente ocorrerão em razão da textura aberta do direito, suscitando o interesse de inúmeros doutrinadores que objetivam desde questioná-la a desenvolvê-la, seja por positivistas, seja por não positivistas⁷.

MacCormick (2010, p. 172) inclusive ressalta que Hart em determinado momento “afirmou que, de modo geral, ele aceitava as ideias expostas em Argumentação Jurídica e Teoria do Direito e considerava-as compatíveis com as suas próprias opiniões”, inclusive no tocante aos princípios jurídicos⁸.

A interpretação que o jurista escocês⁹ apresenta acerca da obra de Hart também encontra suporte na descrição deste acerca do fenômeno da *defeasibility*, pois como se reconheceria a não aplicação das consequências jurídicas de uma regra jurídica absolutamente aplicável ao caso concreto sem o recurso a princípios ou valores jurídicos?

A falta de um desenvolvimento sobre a argumentação jurídica que justifique e legitime o reconhecimento judicial de exceções *contra legem* não minimiza a importância da contribuição de Hart, na medida em que a teoria desenvolvida da necessidade de reconhecimento da imprecisão e da textura aberta do direito esclarece racionalmente porque se deve reconhecer a impossibilidade de as regras solucionarem sozinhas e adequadamente todos os problemas jurídicos.

Outro ponto importante é que o resgate das ideias de Hart acerca da *defeasibility* trouxe à tona um aspecto pouco explorado e interessante acerca do famoso debate Hart-Dworkin: o conceito de derrotabilidade foi usado pelo segundo como um argumento contra o

⁷Não obstante afirme que Hart renegou o conceito de *defeasibility*, como já apontado no decorrer desse trabalho, MacCormick (2008, p. 310-311) destaca que o tema lhe gerou significativo interesse, tanto que defende - em contraponto às condições necessárias e suficientes do silogismo jurídico - a ideia de condições ordinariamente e presumivelmente suficientes.

⁸MacCormick (2010, p. 173) afirma que a “teoria de Hart das regras sociais comporta uma extensão para abranger princípios e valores como *standards* em sim mesmos e vários outros tipos de *standarts* sociais. Como regras jurídicas são uma espécie de regras sociais na teoria de Hart, não há motivo para negar a possibilidade de que haja princípios jurídicos, valores jurídicos como *standarts* e outros *standarts* jurídicos além das regras jurídicas”.

⁹MacCormick (2010, p. 178) insiste que “o reconhecimento e a aceitação de outros *standarts* jurídicos além das regras é totalmente compatível com a abordagem teórica de Hart”.

primeiro no sentido de que tal concepção demonstraria a inviabilidade de sua teoria conceitual acerca do direito (BELTRAN; RATTI, 2012b, p. 22).

De fato, o caso *Riggs versus Palmer* (1889) citado por Dworkin (2002, p. 37) para distinguir princípios de regras e para demonstrar que a sua teoria era mais adequada que a do positivismo jurídico inclusivo de Hart amolda-se perfeitamente à noção de *defeasibility* constante na obra deste último, pois significa o reconhecimento pelo tribunal de uma exceção que não era especificada na legislação ou nos precedentes.

Isso porque o tribunal, em sentido contrário à disposição específica da lei (decisão *contra legem*, portanto), decidiu ser inviável atribuir a herança ao beneficiário após ele ter atirado no testador para impedi-lo de alterar o testamento sob a justificativa da preponderância do princípio jurídico de que é vedado ao sujeito beneficiar-se de sua própria torpeza – o direito atribuído ao herdeiro pelas disposições legais foi excepcionado pelo princípio jurídico materializado. Em outros termos: o judiciário acrescentou uma exceção à regra geral de que a herança deve ser conferida ao beneficiário, a menos que (*unless*) este tenha agido de modo a beneficiar-se de sua própria torpeza ao tentar provocar a morte do testador.

O mesmo caso é citado por MacCormick (2008, p. 313) como um exemplo de uso corrente sobre o fenômeno da *defeasibility*, onde uma disposição que tem por finalidade atingir certos efeitos jurídicos deixa de operar em razão de fatos atípicos, complementando que atualmente “o Direito jurisprudencial em relação a testamentos é tão bem estabelecido que essa exceção pode ser vista como uma regra estabelecida no dado contexto”.

Logo, é possível afirmar que a derrotabilidade das regras jurídicas também pode ser considerada como um fator que aproxima as obras de Hart e Dworkin, acrescentando-se outro argumento para aqueles que - tal como o primeiro - não vislumbram concepções de direito tão agudas quanto dispôs o segundo em seu ataque geral¹⁰.

Por fim, as considerações de Hart em seu pós-escrito de que a proposta da obra o Conceito de Direito foi de fornecer uma teoria geral e descritiva do direito como um sistema normativo regido por regras, a partir de um ponto de vista externo, assim como a sua admissão de que “disse demasiado pouco no meu livro sobre o tópico do julgamento e do raciocínio jurídico e, em especial, sobre os argumentos retirados daquilo que os meus críticos

¹⁰Bustamante (2010, p. 176), examinando a questão sem mencionar o fenômeno da derrotabilidade na obra de Hart, afirma que “para se reconhecer a possibilidade de decisões *contra legem* – sem o que não tem sentido falar em superabilidade das regras legais – é necessário reconhecer não apenas que Hart estava correto em descrever o direito como uma prática social, mas também que Dworkin está correto ao qualificar essa prática social como uma prática argumentativa”.

designam como princípios jurídicos” (HART, 2001, p. 300-301) são definitivamente adequadas e pertinentes à sua contribuição acerca da *defeasibility of legal standards*.

E o referido fenômeno também serve para corroborar outras manifestações de Hart (2001, p. 312 e 332) no sentido de que a sua doutrina não possui óbice na aceitação dos princípios como parte do direito, desde que incorporados pelo próprio direito, pois, como observado acima, a superação de uma regra geral no sentido de se reconhecer uma exceção pressupõe necessariamente interferência e influência daqueles na argumentação da decisão.

À vista do exposto a *defeasibility* evidencia o desenvolvimento do direito e das próprias regras jurídicas a partir de um dado autorizativo e exemplos de sua aplicação se reproduzem diariamente na prática dos tribunais, não se olvidando que a ideia de reconhecimento de exceções no direito aparenta ser uma inimiga da segurança jurídica (PINO, 2010, p. 09).

Assim, para que as decisões que reconhecem exceções implícitas, especialmente no *civil law*, possam ser consideradas antes decisões *contra legem* e depois decisões conforme o direito, é imprescindível que se aplique tal fenômeno racionalmente e não de um modo casuístico, quer dizer, no sentido de que a exceção seja também considerada uma regra geral para os demais casos semelhantes.

Este é mais um entre tantos fatores que demonstram a necessidade de instituição de precedentes no sistema jurídico pátrio, de modo a se garantir estabilidade da ordem jurídica também a partir da atuação do judiciário, sobretudo porque, não obstante a estrutura jurídica existente a partir do conteúdo jurídico constante da Constituição e das leis, a “segurança última se encontra na efetivação judicial e nada mais” (MACCORMICK, 2008, p. 321).

Enfim, ainda quando necessário o estabelecimento de condições e exceções detalhadas, tal como ocorre em determinadas áreas do direito (matérias penais e tributárias), sempre haverá o risco contínuo da derrotabilidade, pois, conforme MacCormick (2008, p. 330), trata-se de uma característica permanente do direito, razão da necessidade de estabelecimento de *standarts* ou critérios argumentativos que a justifiquem racionalmente.

Considerações finais

Embora impossível assegurar que Hart foi quem primeiro apresentou a noção de *defeasibility* ao âmbito do direito, não há equívoco em afirmar que o termo foi cunhado por

ele e seus estudos, em especial o ensaio *The Ascription of Responsibility and Rights*, foram os responsáveis por despertar o interesse da doutrina que posteriormente desenvolveu o tema.

E a trajetória da derrotabilidade é consentânea com uma característica comum à integralidade da obra de Hart de construir uma ligação entre a filosofia da linguagem e o direito tal como aplicado pelos tribunais: primeiramente advoga pelo caráter derrotável dos conceitos jurídicos e depois transpõe tal propriedade para as regras jurídicas.

A modificação no objeto da *defeasibility* é muitas vezes ignorada pela doutrina que apenas menciona o ensaio de 1949 sem destacar o importante acréscimo à teoria constante no capítulo VII do livro *O Conceito de Direito*; do mesmo modo, muitos que tratam da obra de Hart ou do debate Hart/Dworkin sequer citam tal noção. A resposta para tais omissões provavelmente esteja na não reiteração do termo por Hart e, assim, na errônea consideração de que houve o abandono completo da teoria. E a indagação do motivo porque Hart deixou de utilizar a expressão derrotável encontra uma resposta plausível no fato de terem sido relevantes as críticas dirigidas exclusivamente à tese do atributivismo (*ascriptive*).

Portanto, a doutrina da imprecisão e da textura aberta do direito para Hart e sua problemática relativamente à acomodação das hipóteses gerais aos casos concretos não se limita a problemas de linguagem e de interpretação, pois há referências a casos em que tais dificuldades não ocorrem, mas mesmo assim não se deve aplicar a regra jurídica. Assim, incumbe aos tribunais reconhecer em casos tidos como difíceis exceções impossíveis de serem listadas anteriormente e quando o fazem, mediante a utilização da cláusula “a menos que”, a regra jurídica excepcionada ainda assim será uma regra válida para os outros casos.

Tal formulação coincide com uma das mais acepções mais conhecidas e discutidas atualmente acerca do fenômeno descrito pelo termo *defeasibility* e, portanto, a que melhor se coaduna com a origem da expressão. Configura, desse modo, outro legado importante da obra de Hart, ainda que sua contribuição foi descrever o fenômeno como próprio do direito legislado ou consuetudinário, ou seja, Hart somente formulou o ponto inicial de uma teoria que tem recebido extraordinário desenvolvimento nos últimos anos.

As considerações acima evidenciam que, ao contrário do exposto por alguns de seus críticos, o conceito de direito de Hart como um sistema jurídico embasado em regras não é fechado e estático, mas sim aberto e dinâmico, ou seja, amolda-se aos acontecimentos sociais relevantes e se desenvolve continuamente a partir das decisões judiciais.

Referências

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

BELTRÁN, Jordi F. e RATTI, Giovanni B. Legal Defeasibility: An Introduction. *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*. Great Britain: Oxford University Pres, 2012, p. 01-07.

_____. Defeasibility and Legality: A survey. *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*. Great Britain: Oxford University Pres, p. 11-38, 2012.

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

DWORKIN, Ronald Myles. *Levando os direitos a sério*; tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. e MUNHOZ DE ANDRADE, Rosemeri. Superabilidade das Regras Jurídicas. *Processo, hermenêutica e efetividade dos direitos I* [e-book] / organizadores Alexandre Freire Pimentel, Fábio Túlio Barroso, Lúcio Grassi Gouveia. - Recife: APPODI, 2015, p. 178-199.

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

HART, H. L. A. The ascription of responsibility and rights. *Proceedings of the Aristotelian Society*, n. 49, 1948-1949, p. 171-194.

_____. *O conceito de Direito*. 3 ed, tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*; tradução Cláudia Santana Martins; revisão técnica Carla Henriete Beviláqua. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

_____. *Retórica e o estado de direito*; tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

PINO, Giorgio. Neil MacCormick on Interpretation, Defeasibility, and the Rule of Law. Paper presented at the *Conference Legal Reasoning and European Laws: the Perspective of Neil MacCormick* (European University Institute, Florence, 21 May 2010).

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