

# Uma questão de derrotabilidade

## A matter of defeasibility

SIMONE MARINS

VOL. 5 Nº 1 JANEIRO 2018

[WWW.E-PUBLICA.PT](http://WWW.E-PUBLICA.PT)

## UMA QUESTÃO DE DERROTABILIDADE

### A MATTER OF DEFEASIBILITY

SIMONE MARINS<sup>1</sup>

Universidade de Lisboa

Rua da Horta Seca, 44a – Baixa/Chiado

1200-221 Lisboa – PT

sisimarins@gmail.com<sup>1</sup>

#### Sumário:

#### Introdução

I – Nota prévia

II – Regra, princípios e estrutura normativa

III – Panorama atual da teoria da derrotabilidade

IV – Ponderações de normas e soluções de conflitos

V - Interpretação normativa x Conflito de Normas

VI - Considerações Finais

#### Referências

**Resumo:** O presente artigo, numa sistemática de conflitos de direitos fundamentais, comum aos ordenamentos jurídicos dinâmicos contemporâneos, examina a propriedade da derrotabilidade normativa, tratando do processamento das normas, sua análise e solução jurídica nos casos difíceis. Nesta dicotomia, passa-se pela reflexão de alguns pontos das teorias de Hart, Dworkin e Alexy, a fim averiguar o evoluir e atual panorama que se insere esta dialética. Abordando os critérios que devem o aplicador do direito seguir num conflito normativo em atenção ao equilíbrio da segurança jurídica e adequada solução jurídica, busca-se examinar desde o processo de interpretação normativa para alcance da norma, a estrutura normativa dentro da ótica de lógica monotônica para determinar o seu alcance, até o processo de interação com outras normas no ordenamento jurídico e a chegada da referida colisão, onde são analisados os aspectos do instrumento de ponderação, bem como a instrumentalidade descritiva da lógica jurídica não monotônica.

**Palavras-chaves:** Direitos Fundamentais. Conflito Normativo. Derrotabilidade Normativa. Princípios e Regras. Ponderação.

**Abstract:** This present article, in a system of conflicts of fundamental rights, common to contemporary dynamic legal systems, examines the property of

normative defeasibility, dealing with the processing of norms, their analysis and legal solution in hard cases. In this dichotomy, we go through the reflection of some points of the theories of Hart, Dworkin and Alexy, in order to ascertain the evolution and current panorama that this dialectic inserts. Approaching the criteria that should the right applicator follow in a normative conflict in view of the balance of legal certainty and adequate legal solution, we seek to examine from the process of normative interpretation to reach the norm, the normative structure within the monotonic logic to determine its scope, until the process of interaction with other norms in the legal order and the arrival of said collision, where the aspects of the weighting instrument are analyzed, as well as the descriptive instrumentality of the non-monotonic legal logic.

**Key words:** Fundamental Rights. Normative Conflict. Normative Defeat. Principles and Rules. Weighting.

## Introdução

Indiscutivelmente, é comum o enfrentamento da dialética a respeito de conflitos de normas de direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos complexos e dinâmicos da atualidade. O que - inserido no contexto principiológico do constitucionalismo contemporâneo<sup>1</sup> - suscita debates em torno da aplicação do Direito diante de casos tido como difíceis<sup>2</sup> e o possível afastamento, tão somente no caso específico, de uma das normas *a priori* aplicável. E neste ínterim, imersa na conjuntura de reaproximação do Direito e a Moral, efervesce no âmbito jurídico, em especial no direito constitucional e na filosofia do direito, a discussão acerca da dicotomia segurança jurídica e aplicação do bom Direito, que sintetizada já nas palavras de Gustav Radbruch<sup>3</sup>, traduz-se em não ser a segurança jurídica o único, nem sequer o valor decisivo que tem que realizar o Direito, concluindo-se que é Direito o que traz segurança e tende à justiça.

Pode-se dizer que estas questões foram embrionadas com significância nos debates jurídicos travados entre Hart e Dworkin. Isto porque, se de um lado, foi através da teoria *hartiana* que a derrotabilidade das normas<sup>4</sup> passou a ganhar contornos jurídicos mais delineados ao admitir-se que mesmo estando presentes os requisitos necessários e suficientes, uma regra geral teria aplicação *prima facie*. Podendo em dado caso atípico, ser derrotada e ter seus efeitos jurídicos afastados por uma exceção que não poderia ser antecipada, eis que apenas poderiam ser previstas na elaboração de uma regra jurídica as situações comuns e típicas. Assim, segundo Hart, a derrotabilidade como fenômeno jurídico é

---

1. Com este movimento intitulado “era principiológica”, dá-se via entre o direito positivo e o direito natural. Onde, sem deixar de reconhecer a importância científica do positivismo para o Direito, buscou-se romper com o sistema puro, rígido e objetivo de regras deste sistema, com o fim de abrir o Direito novamente para os valores e aproximar, por conseguinte, o Direito e a moral. Assim, os teóricos voltaram-se para elaborar uma ideia de Direito que, não deixando de lado o texto legal, primasse pela realização de valores da sociedade e da condição humana. Objetiva-se, então, uma conciliação entre dois pilares para a ordem jurídica: a justiça e a segurança jurídica através da realização e da concretização de valores e princípios por meio do Direito posto pelo Estado. Se antes, com o positivismo, a preocupação focava-se na garantia da segurança jurídica, com o constitucionalismo contemporâneo esta passa a dividir-se com a promoção da justiça. L. ROBERTO BARROSO, “Introdução a reconstrução democrática do direito público no Brasil”, in: *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*, Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2007, pp. 6-7.

2. Por casos difíceis (hard cases), segundo Dworkin, considera-se as situações litigiosas particulares que não podem ser submetidas a uma clara disposição ou regra legal, estabelecida por alguma instituição com antecedência, ou quando não estabelecida uma regra que dite uma decisão em um ou outro sentido. R. DWORKIN. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 81 e 83.

3. G. RADBRUCH. *Leis que são Direito e Direito Acima das Leis*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 81 e 83.

4. Historicamente, pode-se atribuir a essência da derrotabilidade a Platão, que em *Político*, através do diálogo que cria entre Sócrates e o estrangeiro de Eléia, identifica que o criador das leis deve presidir o rebanho e criar leis de forma geral para a maioria, mas, argumenta ele, quando o resultado dessas generalidades produzirem maus resultados seria absurdo e injusto não proporcionar a devida correção. F. SHAUER, “On the Supposed Defeasibility of Legal Rules,” *Current Legal Problems (M.D.A. Freeman ed.)*, v. 48 (1998), pp. 223-240.

caracterizada pela expressão “ao menos que”<sup>5</sup>.

Por outro, com a análise do emblemático caso *Riggs x Palmer* trazido por Ronald Dworkin em seu livro “O Império do Direito” foi dado contornos jurídicos à atual inserção dos princípios como espécie de norma nos sistemas jurídicos<sup>6</sup>. E consequentemente, através destas reflexões *dworkianas* que atribuiu normatividade aos princípios<sup>7</sup>, dando a norma jurídica caráter de gênero de duas espécies - regras e princípios -, a derrotabilidade foi levada para um plano com contornos mais largos. Isto porque, se nos ensinamentos de Hart a discussão sobre a propriedade da derrotabilidade normativa pairaria sobre as regras e seria consumada exclusivamente mediante a discricionariedade do órgão julgador, com Dworkin ela passa a ser refletida no universo de regras e princípios, podendo uma regra ser afastada por princípios que orientaria o órgão julgador a direção a ser tomada para se concretizar o Direito em um dado caso atípico<sup>8</sup>. Passando o Direito a ser entendido, então, como composto tanto por regras que estabelecem “dever-ser”, quanto por princípios que servirão, entre outras funções, para auxiliar o raciocínio jurídico diante de casos de difícil solução<sup>9</sup>.

Segundo a concepção de Dworkin, regras e princípios ocupariam o universo das normas jurídicas em dois conjuntos distintos, eis que as regras seriam aplicadas à maneira “tudo-ou-nada” (ou seja, ou seriam válidas ou não válidas), enquanto que os princípios possuiriam uma dimensão que as regras não possuíam, a dimensão dos pesos, onde, diferente das regras, os princípios se entrecruzariam, e aquele que soluciona o conflito tem de levar em consideração a força relativa

---

5. Afirma H. HART 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 “ao menos que”. (H. HART “The Ascription of Responsibility and Rights”. In: *Proceedings of the Aristotelian Society*. v. XLIX. Londres: Harrison & Sons, 1948. pp. 171-194, republicado em *Logic and Language*. Oxford: A.G.N.Flew ed. 1951. pp. 145-166 apud F. ANDREONI VASCONCELOS, *O conceito de derrotabilidade normativa*. Curitiba: UFPR, 2009, nota 94, pp.47).

6. Em continuidade a esta perspectiva, afirma Ronald Dworkin, em crítica aos ensinamentos de Hart, que a abordagem jurídica convencional, ou abordagem positivista do Direito, calcando as normas jurídicas apenas em regras e censurando os princípios a ocupar mero papel de fundamentalismo para as regras, mostra-se incapaz e falha de resolver todos os problemas jurídicos, principalmente naqueles casos tidos como difíceis, em outras palavras, aqueles casos que não possuem uma regra jurídica correspondente, ou possuindo-as, sua aplicação revela-se visivelmente injusta. R. DWORKIN. *O Império do Direito*, 2002, pp.12 e ss.

7. Nas palavras de Jordão Violin, daí a conhecida afirmação de Dworkin, no sentido de que princípios estabelecem verdadeiros direitos, ao contrário de políticas, que estabelecem objetivos, estando os princípios estariam dotados de imperium. Integram o ordenamento e não se restringem a mera recomendação. Ao contrário, por veicularem valores morais juridicalizados. J. VIOLIN, “Defeasibility e a função dos princípios jurídicos como limites interpretativos” in: *Teoria da Derrotabilidade - Pressupostos Teóricos e Aplicações*, 1ª edição, Curitiba: Juruá editora, 2012, pp. 75-77.

8. C. GHIDOLIN. *Classificação em princípios e regras na deliberação jurídica e moral*, Londrina: Scientia Iuris, jul. 2013, v.17, nº .1, pp.179-198.

9. V. SILVA AFONSO DA, “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, 2003, pp. 610-611.

dos demais.

Contudo, sendo alvo de grandes críticas, as concepções *dworkianas* foram aprimoradas por Robert Alexy, entendendo-se a partir dele que (i) normas jurídicas são compostas por princípios e regras; (ii) estas quando derrotadas em um caso atípico não perdem sua validade no ordenamento jurídico, tão somente, são afastadas no caso excepcional, mantendo-se a sua aplicabilidade nos casos ordinários; e (iii) havendo a colisão entre normas num dado caso em que seja necessário ponderá-las não há uma única melhor resposta do Direito, mas a resposta encontrada pelo aplicador do Direito deve ser bem fundamentada à medida de justificar a afetação da norma derrotada.

Evidencia-se que este cenário de diálogos jurídicos vem introduzido à extensa discussão acerca das mais variadas teorias sobre o que é o Direito ao longo de sua existência e de como ele deve ser aplicado atentando-se em preservar a segurança jurídica e em seguimento do evoluir da sociedade.

Atendo-se neste artigo apenas à segunda questão – mais especificamente, aplicação do Direito nos conflitos de direitos fundamentais –, a primeira máxima que se deve ter (tendo em vista ser inevitável o estudo e a releitura de importantes autores e teorias desenvolvidas ao longo de todos estes anos) é o contexto histórico e social que estiveram inseridos. E olhar de onde eles vieram e para onde elas levaram o Direito, reconhecendo a genialidade contida em tais teorias em contraste com o momento da própria ciência jurídica e do contexto histórico e social da qual emanam. Mais que isso é enxergar o quão visionários foram para a época e o quão aproximaram mais o Direito do evoluir da sociedade. Diante da árdua e nobre tarefa de conceituar o Direito, entender a estrutura de suas normas e o funcionar de sua complexa sistemática, por vezes esbarramos em severas críticas a teorias e entendimentos passados, mas tal atuação nunca deve desprezar a contribuição de tais considerações e reconhecer a sua importância para a construção do entendimento atual e da própria concepção do Direito. Assim o Direito na sua concepção atual deve ser visto como resultante de estudos e entendimentos passados, bem como do próprio exercício de análise crítica a estes estudos, tudo como forma de construção do conhecimento e aprimoramento da concepção e aproximação do Direito ao evoluir social<sup>10</sup>.

Dito isto, o presente artigo visa analisar como as normas são comportadas dentro da concepção atual de um sistema jurídico, com o intuito de alcançar como advém a resposta do Direito em determinados casos atípicos em que não se acomoda a mera subsunção da norma (ou seja, simples enquadramento do caso concreto à norma abstrata). Seja porque se depara imediatamente com a incidência *prima facie* de duas ou mais normas que apontam para soluções jurídicas colidentes, seja porque determinada norma de aplicação *prima facie* induz para um resultado jurídico que manifestadamente não se harmoniza no ordenamento jurídico.

A pergunta que se faz, então, é: o sistema jurídico tão qual se mostra e comporta

---

10. Sobre o tema ver a definição do “momento de referência” contido nos estudos de Miguel Galvão Teles. M. TELES GALVÃO, *Escritos Jurídicos, II*, edição, Lisboa, 2012, pag. 161.

as normas atualmente, acomodaria a teoria *dworkiana* para decisões de excepcionalidade normativa? Ou seja, mesmo abandonando a sistemática do autor de aplicação da regra à maneira “tudo-ou-nada”<sup>11</sup>, a derrotabilidade da norma poderia se justificar pela interpretação da lei à luz dos princípios? E ainda, neste sistema persistiria a teoria *alexiana* de que somente as normas de regra seriam derrotáveis?

Após este breve introdutório, passa-se então à análise das normas e o modo de suas interações no sistema jurídico contemporâneo, sendo a mesma direcionada ao objetivo da análise das questões aqui exsurgidas.

## I – Nota prévia

Apesar de claro que as normas jurídicas, e não os textos normativos fazem parte do objeto que vem sendo aqui tratado, a primeira consideração que se tem é que normas jurídicas não se confundem com textos normativos tampouco com o conjunto deles, mas sim tem seus sentidos concretizados após a interpretação sistemática dos textos normativos<sup>12</sup>. Estes, rechaçando a força imperativa do Direito positivo, determinam as fronteiras linguísticas que deverão ser observadas e nunca ultrapassadas na interpretação da norma, fato divisor da problemática jurídica em termos de produção e aplicação/interpretação<sup>13</sup>.

Sendo certo que um texto normativo pode comportar variadas normas jurídicas e uma norma pode ser expressa por diferentes enunciados e decorrer da interpretação de mais de um enunciado<sup>14</sup>. Dito de outro modo, sendo o texto a linguagem e a norma jurídica a revelação, enfatiza-se que a propriedade da derrotabilidade opera-se nas normas jurídicas e não nos textos normativos<sup>15</sup>. Ou seja, não é a lei e tampouco o precedente que são derrotáveis, o que é derrotável nos casos excepcionais é a norma aplicável *a priori* e que é produto da interpretação do texto legal<sup>16</sup>.

Feita esta nota, avança-se então para a abordagem das categoriais normativas.

## II – Regra, princípios e estrutura normativa

Inicialmente, esclarece-se que um sistema jurídico não pode ser constituído apenas

---

11. As regras seriam válidas ou não válidas, ou seja, uma vez derrotadas seriam invalidadas no ordenamento jurídico. DWORKIN. *Levando*, pp.12 e ss, pp. 39-43.

12. E. ROBERTO GRAU. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*, 2ª edição, São Paulo: Malheiros, 2003, p.9.

13. ANDREONI VASCONCELOS, *O conceito*, pp. 126.

14. ROBERTO GRAU, *Ensaio*, 2ª edição, São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 29 e ss.

15. H. ÁVILA. *Teoria dos princípios*. 10ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2009, pp.22-23.

16. N. MACCORMICK. *Retórica e o Estado de Direito*. Tradução de Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Verissimo, Rio de Janeiro: Campus, 2008, pp.327-328.

por princípios, ou somente de regras, eis que se composto apenas por princípios configurar-se-ia excessivamente flexível, ante a ausência de ditames claros de comportamento, ocasionando problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. Em contrapartida, um sistema apenas composto por regras, aplicadas de modo formalista, seria demasiado rígido, pela ausência de abertura para a acomodação das soluções às particularidades dos casos concretos. Diante disto, temos que os princípios não são mais importantes do que as regras, nem as regras são mais necessárias que os princípios, desempenhando, cada um, funções diferentes e complementares, não se podendo, então, conceber uma sem a outra. Tal compreensão é da mais alta relevância para iniciar-se o estudo de regras e princípios<sup>17</sup>. Em suma, regras e princípios são espécies de normas jurídicas que, enquanto referenciais para o intérprete, não guardam, entre si, hierarquia.

Segundo Robert Alexy (chamada de tese de distinção forte, elaborada em aprimoramento das ideias de Dworkin), a distinção entre regras e princípios seria lógica ou qualitativa, em que as regras seriam razões definitivas, possuindo uma determinação da extensão do seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas, devendo ser excepcionadas em casos extraordinários através da cláusula de exceção “ao menos que”. Enquanto que os princípios seriam razões *prima facie* que não contém um mandamento definitivo, mas sim, são mandamentos a seres otimizados. Ainda, afirma o autor que apenas as regras, por possuírem mandamentos definitivos, no caso de colisão seriam derrotáveis através da inclusão de uma cláusula de exceção. Já os princípios não seriam derrotáveis, eis que não possuíam mandamentos definitivos, mas sim, de otimização. Assim, quando colidentes deveriam ser ponderados e otimizados prevalecendo ou não no caso específico<sup>18</sup>.

Assim, de acordo com a tese qualitativa, regras seriam normas jurídicas cuja estrutura lógico-deontica detém a descrição de uma hipótese de incidência e a previsão da sua consequência jurídica, prevendo um direito ou uma obrigação definitiva<sup>19</sup>. E que princípios seriam normas jurídicas que não descrevem situações jurídicas, seriam mandamentos de otimização, constituindo a enunciação prescritiva de valores a serem seguidos por todos no ordenamento jurídico, prevendo direitos ou obrigações *prima facie*, que assim adquirem validade jurídica objetiva, ou seja, possuem força normativa.

Esta proposição *alexynana* inicial fez jus a algumas críticas feitas por Aulis Aarnio e Jan-Reinhard Sieckmann, eis que a obrigação de um princípio de otimizar poderiam ser cumpridas ou não, assemelhando à estrutura regulativa definitiva proposto para as regras<sup>20</sup>.

Dito de outro modo, uma vez que princípios e regras podem ser simultaneamente

---

17. ÁVILA, *Teoria*, pp. 120 -121.

18. R. ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 85-120.

19. W. S. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, São Paulo: RCS Editora, 2007, pp. 63.

20. A. AARNIO, *Reason and Authority – A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*, Aldershot: Ashgate, 1997, pp. 181-182.



aplicáveis ao mesmo caso concreto, é correlacionando-os com a derrotabilidade, a aplicação da regra pode ser tida apenas *a priori* quando derrotada por um princípio que, então, passaria a ter razão definitiva, não haveria diferença nítida e precisa entre eles como espécies normativas. Devendo-se distinguir a análise desta diferenciação em dois planos, o da abstração e da aplicabilidade concreta. Isto porque diante de um conflito normativo em que uma regra é derrotada por um princípio, tem-se que a regra com mandamento definitivo passa a ter aplicabilidade *prima facie*, enquanto que o princípio passa a ter estrutura regulativa definitiva no caso específico.

Os princípios, segundo Pedro Moniz Lopes, como norma que é, também determinam uma razão para agir, mesmo não sendo uma razão determinante para agir. Clamando, em verdade, por uma necessidade prática de transposição do campo do “dever-ser” para o “dever-agir”, todos os princípios, afirma o autor, “enquanto sentidos de “dever-ser” podem ser expressos, e devem ser interpretados, em linguagem de “dever-agir”<sup>21</sup>.

Prosseguindo, em oposição ao entendimento majoritário<sup>22</sup>, Aulis Aarnio afirma que o caráter deontológico das regras e princípios seria similar, sendo que em situações de conflito, tanto regras como princípios podem ceder diante de regras e princípios opostos, sem que tenham de ser declarados inválidos. Ademais, tanto regras como princípios podem ser considerados razões para justificar uma decisão<sup>23</sup>.

Esclarece-se que não se nega serem as regras normas de caráter mais fechado quando comparados com os princípios de caráter mais aberto e com maior grau de abstração anterior a interpretação. Contudo o debate engendrado em torno de que, em decorrência desta característica aberta, não comportariam exceções e não seriam, então, derrotáveis, parece não ter muita razão de ser.

Este equívoco relacionado com a estrutura e a interação dos princípios pode ser explicado, talvez, pelo fato de que o sistema jurídico positivo baseado, tão somente, em norma de regra possa ter enraizado ao raciocínio jurídico a simples subsunção do raciocínio dedutivo.

Tal ponto merece uma melhor atenção. Ao analisar a estrutura da norma individualmente, temos que uma norma completa é composta de previsão,

---

21. P. MONIZ LOPES. “Princípios como induções deonticas: a previsão indutiva, o *défice* informativo e a derrotabilidade condicional nos princípios jurídicos”, edição 1011.1, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, Brasil (2011), pp. 197-235

22. Neste sentido, por exemplo: C. BACKER, “Regras, Princípios e derrotabilidade”, em *revista brasileira de estudos políticos*, Belo Horizonte, nº 1022, pp.55-82, jan./jun. 2011; PENG-HSIANG WANG. “Defeasibility in der juristischen Begründung”, *Baden-Baden: Nomos*, 2004, pp.174; T. BUSTAMANTE. “Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões contra legem”. *Direito, Estado e sociedade*, nº 37, jul/dez. 2010; J. V. GARCIA YZAGUIRRE. “La Validez Prima Facie y el Principio de Derrotabilidad de Las Normas Jurídicas”, *Dikaion - ISSN 0120-8942*, ano 26 - v. 21 nº 2 - Chía, Colombia, - 2012, disponível em <http://www.scielo.org.co/pdf/dika/v21n2/v21n2a07>.

23. A. AARNIO. “Las reglas en serio”. In: Aarnio, Aulis; Garzón Valdés, Ernesto; Uusitalo, Jyrki (Comp.). *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997., pp. 17-35

modais deôntico e de estatuição<sup>24</sup>. Configurando-se na estrutura *se-então* – modelo “hipotético-condicional” segundo classificação de VON WRIGHT – a norma jurídica de um ponto de vista formal pode ser representada da seguinte forma: *Se é A, deve ser B. Dado A deve ser B*<sup>25</sup>.

E seus elementos estruturais podem ser descritos, por exemplo, assim:  $a(\text{todos}) \vee b \rightarrow c [o(\text{alguns}) \wedge d(\text{um})]$ , sendo a previsão “a” para todos disjuntiva com “b” que prevê um estado de coisas, impondo a obrigação “c” para alguns que desencadeia seu direito para determinado sujeito. Trata-se de descrição lógica que apresenta uma condição ou fato antecedente (suporte fático) e uma consequência ou fato consequente (jurídica) unidos por um nexos como vínculo de imputação ou de atribuição (“*dever-ser*” ou relação de imputação)<sup>26</sup>. E na primeira parte que parece estar concentrado alguns problemas no entendimento da norma princípio.

Isto porque a previsão compreende as condições que acionam a condicionalidade da norma, sendo classificados internamente como pressupostos que podem ser (i) únicos, onde  $a \rightarrow b$  ou (ii) variados e organizados de forma conjuntiva, onde  $a \wedge b \rightarrow c$ ; disjuntiva, onde  $a \vee b \rightarrow c$ ; ou mista, onde  $a \wedge b \vee c \rightarrow d$ .

Se as regras se inserem em um modelo dedutivo em que se chega a uma verdade particular e/ou específica a partir de outra mais geral ou abrangente, em que o enquadramento do fato à norma dar-se por simples subsunção. Por outra via, parece que os princípios exigem, via de regra, o raciocínio indutivo, em que se percorre um caminho, observando casos particulares, isolados, procuramos neles um padrão, ou uma lei geral que os explica e se aplica a todos os casos isolados análogos aos observados<sup>27</sup>. Neste aspecto, ainda é comum dos princípios trabalharem, muitas vezes, em seu antecedente, com não condições dentro de condições infinitas, o que acentua a confusão sobre o tema.

Dois são os pontos que merecem ser superados neste aspecto: (i) acomodar-se a necessidade de realização do não tradicional raciocínio indutivo, e depois, (ii) entender que a acomodação de não condição no antecedente não se confunde com o fenômeno da derrotabilidade normativa.

Explicando o segundo, enquanto que a não condição passa a integrar a norma em sua estrutura, ou seja, é geral e transforma a norma que passa a ter normatividade em espaço amostral mais restrito após sua inserção. A derrotabilidade – propriedade da norma não do elemento ou parte da norma, não de seu antecedente – excepciona a norma tão somente no caso específico. Sendo nítido tratarem de fenômenos jurídicos distintos e com consequências distintas no ordenamento jurídico<sup>28</sup>.

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

25. G. H. VON WRIGHT, “Deontic Logic”, *Mind* 60 (1951), pp.1-15. Reprinted in *logical Studies* (by G. H. von Wright), Routledge and Kegan Paul, London, 1957, pp.58-70.

26. D. DUARTE. “An Experimental Essay on the Antecedent and Its Formulation”.i-Lex: *Rivista di Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive ed Intelligenza Artificiale*. 2012,16. 37-60.

27. Sobre o tema: MONIZ LOPES, FDUFC, pp. 197-235

28. Segundo Giovanni Sartor, as regras e princípios são derrotáveis, limitando-se a distin-

Enfrentando, por fim, o último ponto quanto a teoria *alexiana* de que os princípios não seriam derrotáveis, mas sim otimizados, ressalta-se que a premissa dos princípios terem antecedentes de maior vagueza/abstração dar-se antes da interpretação ao caso<sup>29</sup>. E, então, argumentar que os princípios não comportam exceções por não determinarem pressupostos em sua previsão, ou seja, não possuírem suporte fático fechado, está se afirmando, novamente, que a derrotabilidade paira na dimensão da hipótese de incidência<sup>30</sup> e não da norma. Sendo certo, ainda, que a indeterminabilidade da previsão dos princípios acomoda, como visto, um número ilimitado de pressupostos e não a ausência deles. Assim, o caráter mais aberto dos princípios leva como consequência, tão somente, a incidência deles em um número de casos consideravelmente maior, por óbvio<sup>31</sup>.

Conclui-se, dizendo que o ordinário é que princípios e regras ao integrarem o ordenamento jurídico complementem-se numa relação circular, como bem dito por Marcelo Neves<sup>32</sup>, formando um sistema único no qual se apresentam em constante interação harmônica, contudo em determinado caso excepcional em que haja a colisão entre eles e após ponderados, princípios poderão excepcionar princípios, princípios poderão excepcionar regras, regras poderão excepcionar princípios, e regras poderão excepcionar regras com o fim exclusivo de adequada

---

ção apenas quanto a “*prevalência dos aspectos que cada norma apresenta até certo ponto: podemos dizer somente que buma norma é uma regra na medida em que seu antecedente contém uma descrição em termos precisos, e sua prioridade (importância relativa) em relação a outras normas é determinada de forma exata, e que uma norma é um princípio na medida em que seu antecedente contém termos imprecisos ou somente estimativos, e sua prioridade é indeterminada*” (1993, p. 306 *apud* BÄCKER, RBEP, p. 73). Igualmente, Humberto Ávila afirma ser a “superabilidade” uma característica de regras e princípios, embora nestes incidam de maneira mais flexível. ÁVILA, Teoria, p. 105.

29. Segundo Tortein Eckhoff, deve ter cautela na afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, não possuem consequências normativas ou possuem hipótese de incidência aberta, eis que os princípios também possuem consequências normativas: a razão, o fim, a tarefa as quais o princípio se referem, mesmo que abstratamente, devem ser julgadas relevantes diante do caso concreto. Sendo a qualidade aberta a uma hipótese de incidência uma questão de interpretação. T. ECKHOFF, “Legal Principles”. In: *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern legal Systems*. Festschrift for Robert S. Summers. Berlin, Ducker und Humblot, pp. 38-39.

30. “*Apresenta-se de um lado a relação entre texto jurídico-normativo (significante) e norma jurídica (significado) e norma jurídica (significado), de outro, a relação entre esta e o fato jurídico (referente), intermediada sobretudo pela hipótese normativa do fato irradiador dos efeitos concretas da norma*”(…) logo a hipótese de incidência estaria entre a norma e o fato jurídico, não devendo ser confundida com a própria norma. M. NEVES. “A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito”, em *Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 4.

31. Nas palavras de Humberto Ávila “*A definição de princípios como normas imediatamente finalísticas e mediatamente de conduta explica sua importância relativamente a outras normas que compõem o ordenamento jurídico. Possuindo menor grau de determinação do comando e maior generalidade relativamente aos destinatários, os princípios correlacionam-se com um maior número de normas (princípios e regras), na medida em que essas se deixam reconduzir ao conteúdo normativo dos princípios. Isso explica a hierarquia sintática e semântica que se estabelece entre princípios e demais normas do ordenamento e, conseqüentemente, a importância dos princípios na interpretação e aplicação do Direito*” (ÁVILA, Teoria, p. 23).

32. M. NEVES, DCEHPB, pp. 113-140

aplicação do Direito ao caso atípico tratado nos ditames do ordenamento jurídico<sup>33</sup>. Respondendo, assim, um dos questionamentos introdutórios, tendo em vista a normatividade decorrente do espaço ocupado atualmente pelos princípios como espécie de norma jurídica nos ordenamentos, conforme sintetizados na teoria contemporânea, a tese *alexynana* de que apenas as regras seriam derrotáveis não mais comporta a alocação das normas no mundo jurídico atual.

### III – Panorama atual da teoria da derrotabilidade

Como já repetido algumas vezes, a derrotabilidade, também expressa pelo termo inglês *defeasibility*, é a propriedade de TODA norma da qual resulta que mesmo que preenchidos os pressupostos não se importa, necessariamente, a aplicação da norma num dado caso excepcional. Sendo, portanto, todas as normas aplicáveis apenas *prima facie*, eis que podem ceder à aplicação de outra norma satisfeita, e afastada apenas no caso em particular, permanece válida no ordenamento jurídico.

Dito de outro modo, nem sempre a possibilidade de resultado oferecida por uma norma isolada irá coincidir com a exigência de critério posta pelo caso jurídico na sistemática do ordenamento jurídico. Isto devido aos limites extensivos e intensivos da normatividade abstratamente positivada para uma materialmente adequada realização do Direito. Não excluindo, contudo, que a normatividade do sistema jurídico seja sempre o horizonte do critério a selecionar ou a construir positiva ou negativamente uma exceção, sendo positiva quando explícita na própria norma e negativa quando não há um critério de exceção imediatamente aplicável, devendo ser alcançado por meio de uma ponderação de normas jurídicas. Sendo, em ambos, a condição para determinação da excepcional conclusão jurídica oriunda da perspectiva de normatividade do próprio sistema<sup>34</sup>.

Assim, segundo Frederick Schauer, a chave para a ideia de derrotabilidade é admitir a potencial capacidade dos intérpretes e aplicadores do Direito de adicionar uma exceção “*ad hoc*” para normas existentes sem exceções, a fim de que se possa evitar uma conclusão jurídica abaixo do ideal, ineficiente, injusta, de resultado inaceitável juridicamente. Em outras palavras, adicionar a cláusula de exceção a uma norma no momento da aplicação evitando uma conclusão injusta é garantir o serviço da justiça, equidade e eficiência do sistemático ordenamento jurídico. A partir desta perspectiva, derrotabilidade seria uma propriedade essencial do conceito de Direito e de um sistema jurídico não defeituoso, sendo

---

33. “*Com respecto a la Derrotabilidad, nótese que tanto el principio jurídico como la regla pueden ser derogados. Esto demuestra suficientemente que la derrotabilidad no es un concepto útil para la distinción entre principios y reglas*”, afirma M. UNTIVEROS LEON, El concepto de derrotabilidad en H.L.A.Hart. Un Punto de vista lógico. Disponível em: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/miguel-leon/>

Entendimento também adotado por J. HAGE E A. PECZENIK. “Law, morals and defeasibility”. In: *Ratio Juris*, nº 13, 200, pp. 315-316.

34. A. CASTANHEIRA NEVES. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra editora, 1993, p. 166.

difícil defender que um sistema legal constitua um sistema completo, sem falhas ou lacunas para, universalmente, gerar sempre uma conclusão jurídica justa, sem derrotabilidade generalizada e legítima, sem que se possa revisar, de acordo com a sistemática de todo o ordenamento jurídico, as normas postas diante de um caso atípico<sup>35</sup>.

Neste ponto, Jaap Hage<sup>36</sup>, defende que a derrotabilidade das normas é uma característica necessária de todo sistema jurídico, razão pela qual merece um estudo paralelo ao estudo do direito positivo<sup>37</sup>.

Neste diapasão, temos que a análise estrutural individual e isolada da norma jurídica através da lógica “se A, então B” (descrita pela lógica monotônica) opera-se de modo *prima facie*. Eis que da sua interação com as outras normas do sistema jurídico, esta lógica individual da norma pode não se efetivar quando derrotada por outra norma em um dado caso específico, em que mesmo tendo sido satisfeita a sua previsão não se concretizará a sua estatuição. O “dever-ser” do operador deôntico neutraliza-se com a inclusão de exceção, não se estando mais diante de uma lógica monotônica.

Então, a individual propriedade de derrotabilidade da norma revela-se, contudo, num plano de aplicação quando da interação sistemática com outras normas, em outras palavras, a revelação da possibilidade de aplicação tão somente *prima facie* trazida pela derrotabilidade dá-se no plano de interação de normas<sup>38</sup>.

Desta forma, a norma funciona como uma previsão em que se pretende assegurar determinado resultado ante um fato eventual, porém a prática da mesma dependerá de uma série de fatores identificáveis no caso em particular. Respondendo a derrotabilidade a uma exigência de razão prática à medida que possibilita a revisão da aplicação da norma com o fim de enfrentar-se satisfatoriamente as particularidades de determinado caso imprevisível dentro da lógica *hartiana* de que o legislador não poderia prever todos os fatos futuros que viriam surgir com

---

35. O autor cita o “The case of the Speluncean Explorers”, de Lon Fuller, Harvard Law Review, v. 62 (1949), pp. 616-645. F. SCHAUER, *On the Open Texture of Law*, 2011

36. HAGE. *Ratio Juris*, p.232.

37. José Víctor G. Yzaguirre, afirma: “por lo que la respuesta a la pregunta inicial de este apartado a si la norma por sí misma es suficiente para dar respuestas categóricas es negativa, no basta la norma ni mucho menos la interpretación *prima facie* que demos de ella. En este sentido, la derrotabilidad de las disposiciones es entendida como la imposibilidad de comprender todas las condiciones necesarias a las que se debe incurrir para formular una excepción, es decir, existe un abanico de posibilidades no determinadas que suponen casos en los que el enunciado jurídico se satisface, pero aun así no se le aplican las consecuencias jurídicas. En virtud a ella, hasta las conductas socialmente más reprochables pueden encontrar en el campo de los hechos una justificación legal que atenué su condena o incluso la libere de ella. Este punto sostiene que dicha exoneración no requiere una tipificación expresa, sino que puede ser construida por medio de la interpretación”. GARCIA YZAGUIRRE, *Dikaion* - ISSN 0120-8942, p. 29.

38. A. GARCIA FIGUEROA. “La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho”. In: *Diritto & Questioni Pubbliche*. n° 3. Università degli Studi di Palermo. Palermo. 2003. p. 197; e D. Martínez Zorrilla. *Conflictos Constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Marcial Pons. Madrid. 2007, pp. 216-219.

evoluir social<sup>39</sup>.

Dentro deste contexto que a noção de derrotabilidade de normas jurídicas encontrou na distinção entre lógica monotônica e lógica não monotônica uma justificação teórica mais consistente, isto porque uma pluralidade de caminhos lógicos, desenvolvidos em estudos cada vez mais sofisticados e fidedignos aos pormenores da argumentação jurídica, fez multiplicar uma série de análises a respeito da lógica da derrotabilidade<sup>40</sup>.

Em breve síntese, na já citada lógica clássica monotônica se deduz de um conjunto de premissas um conjunto de conclusões e, quando acionadas novas premissas ao conjunto inicial, o mesmo conjunto de conclusões já deduzido continua valendo. O que no contexto de derrotabilidade torna-se necessária uma revisão da própria teoria, em que surgindo uma situação em que a norma *prima facie* não possa ser aplicada, o conjunto de premissas que dão origem a síntese deve ser revisto, para que possa ser lido de forma a se adequar a exceção averiguada, revendo, então, toda a sentença lógica sob a perspectiva de se criar uma nova<sup>41</sup>.

Em outra via, parecendo simplificar o processamento da inclusão da cláusula “ao menos que” trazida pela derrotabilidade, no raciocínio não monotônico uma regra de inferência baseia-se, com fundamento no princípio de prioridade às exceções, além das premissas positivas, também, no que se chama de premissas negativas. Isto é, a ausência e não a presença destas premissas permite a inferência da conclusão. A intenção é que as premissas negativas representem as exceções prioritárias para a aplicação da regra. No caso normal, as exceções estão ausentes, e a regra é aplicada. A lógica não monotônica se distingue da lógica clássica, assim, na medida em que nela se deduz uma conclusão de um conjunto inicial de premissas, mas, caso seja adicionada uma nova premissa ao conjunto inicial, a conclusão já deduzida não necessariamente continuará valendo, podendo resultar em nova conclusão<sup>42</sup>.

E tratando a lógica derrotável no raciocínio jurídico de situações típicas “normais”, em que o *dever-ser* é entendido “se A, então deve ser *normalmente* B”. Que em termos dedutivos e indutivos, é uma visão menos forte do modal deontico, criada exatamente para assimilar os casos excepcionais que são capazes de alterar/afastar os efeitos da norma jurídica. Mostra-se a sua melhor descrição

---

39. GARCIA YZAGUIRRE, *Dikaion* - ISSN 0120-8942, p. 35.

40. FERNANDO ANDREONI, *O conceito*, pp. 66-67.

41. Como exemplo, cita-se a ilustração do caso do homicida em: BÄCKER, *RBEP*.

42. Sobre o tema ver: R. DE MELO SOUZA VERAS. “Nova Abordagem para o Raciocínio Não Monotônico”. Monografia apresentada no Programa de Pós-Graduação em Ciência da Computação, Departamento de Ciência da Computação, Universidade Federal do Ceará. Agosto/2007. Disponível em: [http://www.mdcc.ufc.br/teses/doc\\_download/115-099-rodrico-de-melo-sousa-veras](http://www.mdcc.ufc.br/teses/doc_download/115-099-rodrico-de-melo-sousa-veras); R. REITER, (1980) “A Logic of Default Reasoning”. *Artificial Intelligence*, v. 13, pp. 81-132.; M. C. PEQUENO (1994) “Defeasible Logic with Exception-First”. PhD Thesis, Department of Computing Imperial College of Science, Technology and Medicine.; B. BROZEK. “Law and Defeasibility”. In: *Law, Logic and Morality, Revus* [Online], nº 23, online desde 15/11/2014, disponível em: <http://revus.revues.org/3110>.

na lógica não monotônica<sup>43</sup>.

Assim, se de um lado a lógica clássica possui mais adequação para descrição isolada da estrutura da norma jurídica, em contrapartida, quando a aplicação da norma *prima facie* é problematizada pela interação com outras normas, a simples definição de premissa e obtenção de conclusão torna-se frágil e a lógica clássica perde espaço. Diapasão em que, quando entram em cena as figuras da metassubsunção e da ponderação, abrindo-se espaço para alterar-se a conclusão por meio da inclusão de uma eventual exceção, a lógica não monotônica ganha espaço, tendo uma melhor roupagem para descrever justamente o fenômeno da derrotabilidade. Sendo a modificação do quadro de premissas, observada especialmente sob o prisma pragmático da aplicação do Direito, melhor amoldada ao raciocínio não monotônico.

A crítica a esse modelo, expressa por Juan Carlos Bayón, é a redução do poder inferencial, ou seja, da incerteza da síntese obtida pela análise das premissas. Contudo, tal discussão não é cabível na seara do sistema lógico que se mostra mais adequado para capturar e descrever a ocorrência da derrotabilidade normativa, afinal é apenas descritivos<sup>44</sup>. Sendo tratada a crítica na seara jurídica, pela visão da derrotabilidade como uma presunção *iuris tantum*, tem-se considerada como aquela que é somente provável, existindo, assim, um juízo de probabilidade intuitivo, que pode ser mais forte ou mais fraco, estabelecendo um grau de (in)certeza quanto aos segmentos de seu conteúdo e de sua ocorrência. E, em abstrato, um grau de derrotabilidade nos conflitos em que se insere – grau elevado, médio ou mínimo. Tratando-se de diretrizes com generalizadas, que podem alterar-se diante das peculiaridades do caso que se examine, mas que prenunciam *prima facie* comportamentos normativos, minimizando a incerteza do poder inferencial. Outrossim, falar em certeza do poder inferencial é retomar a rigidez do sistema positivo concebendo apenas a subsunção de regras.

Esbarra-se em outra questão, a necessidade de uma justificação externa pelo aplicador do Direito quando, diante de um conflito normativo que aponte para mais de uma solução jurídica, tenha que satisfazer uma norma em detrimento da superação de outra. Isto porque, caso não seja tida com cautela, um aprimoramento da aplicação do Direito – com o reconhecimento da propriedade de derrotabilidade normativa e uma descrição do raciocínio jurídico através da lógica não monotônica – pode transformar-se em arbitrariedade se utilizado abusivamente ou de forma não-fundamentada. O que impõe ao magistrado um dever de cautela<sup>45</sup>.

---

43. J. C. BAYÓN. “Por que es derrotable el razonamiento jurídico”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. v. 24, p. 36.

44. Jaap Hage aduz: derrotabilidade do raciocínio jurídico é uma característica da norma, sendo seu entendimento uma compreensão da propriedade da norma em que sistemas lógicos, tais como a lógica não monotônica, seria tão somente a captura deste fenômeno que existe independente destes sistemas. J. HAGE, “Law and Defeasibility”. *Artificial Intelligence and Law*, Kluwer Academic Publishers: Printed in the Netherlands, 2003, nº1, pp. 222 e ss.

45. M. TEIXEIRA DA SILVA. “A excepcionabilidade normativa no processo decisório”, *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 36, nº 1, pp. 5-12, jan./jun. 2010.



Com efeito, Humberto Ávila (2010, p.17), reconhecendo que as normas não são superáveis com facilidade preocupa-se em expor condições para que uma norma seja superada, os quais se consubstanciam em requisitos materiais e procedimentais.

De seus ensinamentos extrai-se que os requisitos materiais ou de conteúdo para derrotabilidade importaria no fato de que a superação da norma pelo caso individual não pode prejudicar a concretização dos valores inerentes à norma<sup>46</sup>.

Conforme aponta Vasconcellos (2009, p. 88), o requisito material mais importante da derrotabilidade é a coerência do julgador ou órgão durante a decisão, onde o processo de inserção da *exceção* à regra impõe o fenômeno da universalização, a partir do qual a decisão singular se torna paradigmática, referência e modelo às posteriores decisões de casos similares<sup>47</sup>.

Já os requisitos procedimentais para que se opere a derrotabilidade de uma norma compreendem a necessidade de que haja uma (i) “justificativa condizente”, o que já classificamos neste trabalho como justificativa externa<sup>48</sup>, assim compreendido o argumento apto a demonstrar a incompatibilidade entre a hipótese da regra e sua finalidade subjacente e, ainda, deve-se comprovar que o afastamento da norma não provocará expressiva insegurança jurídica. Sendo preciso, portanto, demonstrar que a justificação individual não afetará substancialmente a justiça geral; (ii) fundamentação condizente, devendo as razões de superação da regra serem exteriorizadas de forma escrita, juridicamente fundamentada e logicamente estruturada para que, assim, possam ser exercidos os devidos controles sobre a atividade do aplicador do direito (pode-se dizer aqui que esta preocupação encontra respaldo, por exemplo, no artigo 93, inc. IX da CF/88 do Brasil, que impõe a fundamentação das decisões judiciais); e (iii) comprovação condizente dos pressupostos que sejam aptos a superar a regra à medida que simples alegação não pode ser suficiente para superar uma norma. Resumindo, dos requisitos procedimentais, extrai-se que a derrotabilidade deve ser justificada, fundamentada e comprovada na resolução dos conflitos normativos.

Neste cerne, Neil MacCormick (2012, nº21) formula uma teoria integradora da argumentação jurídica calcada na justificação, única capaz de viabilizar a persuasão, devendo a justificação apoiar-se nas normas vigentes e nos fatos estabelecidos, destacando as razões que mostrem que a decisão garante a concretização da justiça. Para o autor, o convencimento do auditório é fundamental para a legitimação da decisão, e é alcançado a partir de uma cadeia argumentativa coerente, através da aceitação de premissas que leve à aceitação

---

46. Nas palavras do autor, “(...) há casos em que a decisão individualizada, ainda que incompatível com a hipótese da regra geral, não prejudica nem a promoção da finalidade subjacente à regra, nem a segurança jurídica que suporta as regras, em virtude da pouca probabilidade de reaparecimento frequente de situação similar; por dificuldade de ocorrência ou comprovação”. ÁVILA, Teoria, p. 117

47. ANDREONI VASCONCELLOS, O conceito, p. 88.

48. Para Robert Alexy, “o objeto da justificação externa é a fundamentação das premissas usadas na justificação interna.”. ALEXY, Teoria, p. 218



imediate da conclusão.

Esta teoria, apesar de receber críticas rotulando-a, foi desenvolvida de forma semelhante por Robert Alexy (2005, p. 245), que afirmando que “*a dogmática é uma mescla de, ao menos, três atividades: (1) a descrição do direito vigente, (2) sua análise sistemática e conceitual e (3) a elaboração de propostas para a solução de casos jurídico-problemáticos*”, intenta minimizar a subjetividade das interpretações a serem procedidas pelos aplicadores do direito, afirmando que a solução dos casos fáceis baseia-se no acoplamento da norma ao fato mediante emprego da lógica formal dedutiva (silogismo), sendo necessário, porém, o emprego de procedimentos e a observância de regras mais complexas para a solução dos casos difíceis.

Assim, enquanto a subsunção deve ser utilizadas para a interpretação de casos simples, ou para o deslinde de conflitos menos complexos, os casos difíceis – definíveis pelo fato de que há razões tanto a favor como contra qualquer resolução levada em consideração – devem ter as referidas colisões de razões resolvidas mediante a ponderação.

Concernente a este ponto, Humberto Ávila (2010, pp. 144-185) destaca ainda que a interpretação e aplicação de princípios e regras conflitantes num determinado caso deve ocorrer com base nos postulados normativos *inespecíficos*, quais sejam, a ponderação (atribuindo-se pesos), a concordância prática e a proibição de excesso (garantindo a manutenção de um mínimo de eficácia dos direitos fundamentais), e *específicos*, destacando-se o postulado da igualdade, o da razoabilidade e o da proporcionalidade.

Vale lembrar aqui que no tópico de discussão de princípios e regras deixou-se claro ser esta pesquisa adepta à corrente doutrinária que entende serem ambos derrotáveis num conflito normativo e, igualmente, no que tange a ponderação abandona-se a tese de Robert Alexy de que apenas os princípios deveriam ser ponderados quando conflitantes<sup>49</sup> e entende-se que tanto a aplicação de regras como princípios é feita mediante o processo de ponderação da interação destas com as outras normas do sistema, como bem defendido, por exemplo, pelo mencionado Humberto Ávila (2010, pp. 144-185).

Preventivamente, a fim de evitar-se eventual confusão, deve-se esclarecer que a inclusão da cláusula “ao menos que”, amplamente aludida no desenvolver da derrotabilidade, tem sua existência no plano da síntese fática final, ou seja, aduz as situações fático-jurídicas que foram capazes de desencadear a excepcionalidade normativa, insurgindo a consequência jurídica. Enquanto que a ponderação é o meio utilizado para se chegar a solução de conflitos normativos. Assim, ponderação é o exercício utilizado para se alcançar a norma conflitante que será satisfeita e a que será afastada, tão somente, no caso excepcional. Ou seja, enquanto a ponderação está no plano da argumentação e da fundamentação do caminho traçado para se definir qual norma será derrotada, a inclusão da

---

49. Sobre o assunto ver o tópico deste trabalho de regras e princípios.

cláusula “ao menos que” está no plano da síntese dos aspectos que acionaram a norma prevalente capaz de gerar a excepcionalidade na norma derrotada.

Ultrapassados os critérios de cronologia, especialidade e hierarquia – não aplicáveis para conflitos de normas de direitos fundamentais entre si -, permanecendo-se a tensão não resolvidas por estes, passa-se a análise da ponderação das normas colidentes.

#### IV – Ponderações de normas e soluções de conflitos

Inexiste uma diferença qualitativa entre *hard cases* e *easy cases*, não se podendo, em regra, distinguir *a priori* os casos “fáceis” dos “difíceis”, eis que dado caso pode parecer *prima facie* fácil, contudo no exercício de interpretação e adequação da norma, travar-se uma discussão em torno de seu conteúdo que o torne difícil. Ao passo que um caso que pareça *a priori* difícil, pode se quedar “facilitado” a partir, por exemplo, de uma norma de conflito. Sendo certo que a inserção de princípios na argumentação jurídica aumentou a contingência de “caso mais difícil”, na medida em que a solução jurídica pode ser alterada por conta da força normativa de seus conteúdos axiológicos.

Assim, os casos difíceis devem ser situados preponderantemente no nível das normas jurídicas, em que após ultrapassada a interpretação normativa e suas problemáticas, a aplicação da(s) norma(s) *prima facie* não se dá de forma clara ou se dá de forma conflitante. Neste sentido, o intérprete e aplicador do direito tem de utilizar uma argumentação para além da justificação interna, baseada, então, em uma justificação externa ou justificação de segunda ordem, em que se deve analisar e justificar a escolha das premissas normativas e fáticas a serem usadas para chegar a uma conclusão jurídica<sup>50</sup>.

E como dito, apesar dos critérios de cronologia, especialidade e hierarquia - não aplicáveis para conflitos de normas de direitos fundamentais entre si -, há tensões entre as normas que não são solucionadas por estes. Desafiando, assim, uma análise mais dinâmica e flexível que por consequência inevitável uma das normas, mediante a ponderação no caso relacionado, terá de ser afastada.

Segundo Robert Alexy, nestes casos, na justificação da decisão tomada, a norma satisfeita e sua aplicação devem responder a pergunta “Por que ela se faz necessária naquele caso?”, a fim de que seja possível não só a análise e a crítica de normas que *prima facie* se dispõem com aplicação universal contudo são derrotadas, como torna visível as premissas da tomada de decisão, de maneira a contribuir com a justiça e a segurança jurídica<sup>51</sup>.

Tal fato se dá no interim da ponderação das normas colidentes como meio de

---

50. H. ÁVILA, “Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico”. *Revista de Direito Tributário*, nº 79. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 163.

51. ALEXY, *Teoria*, p. 224.

se chegar à solução de conflitos normativos, e deve ser calcado na norma da proporcionalidade (reguladora da ponderação), ocasionando-se, por conseguinte, a derrotabilidade de uma das normas e a prevalência da outra.

Frisa-se que a norma de proporcionalidade dar-se em três vertentes que estabelecem as condições do sopesamento das normas em conflito, quais sejam: (i) adequação, (ii) necessidade e (iii) equilíbrio (proporcionalidade em sentido estrito), destacando que adequação e necessidade envolvem questões fáticas e o equilíbrio refere-se às questões jurídicas.

Entende-se por adequação utilizar-se do meio mais adequado para a persecução do fim desejado. Necessidade implica a utilização do meio menos restritivo, de afetação menor. E o equilíbrio exige que a satisfação do efeito da norma prevalente seja razoável à afetação da norma preterida.

Essa terceira vertente tem como refração a lei da ponderação que estabelece como máxima para ponderação a assertiva frase de Robert Alexy de que “*quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância de satisfação do outro*”, podendo ser demonstrada, segundo seu modelo, através da curva de indiferença que apenas descreve as substituições das normas ponderadas<sup>52</sup>.

Assim, extrai-se que a solução e definição da conclusão jurídica adequada ao caso concreto ante a incidência *prima facie* de mais de uma norma com resultados colidentes devem sempre procurar harmonizar os espaços de tensão entre elas, buscando sempre manter a unidade do ordenamento jurídico. Nessas situações, o aplicador do Direito deve se utilizar do método da ponderação, observando-se o princípio da proporcionalidade, como meio de tino, aplicação e sopesamento de normas nas situações concretas de tensão e conflito das normas, de modo que a conclusão jurídica seja obtida a partir dos critérios de adequação, necessidade e equilíbrio, em que o grau de satisfação da norma prevalente justifique a partir destes critérios a afetação da norma derrotada.

E neste ponto torna-se possível regressar às indagações prefaciadas

## V - Interpretação normativa x Conflito de Normas

Em prefaciada indagação, avocou-se a teoria *dworkiana* que a sua época, ainda dentro de uma concepção de que apenas as regras seriam derrotáveis, estabelecia que nos ordenamentos jurídicos as regras deveriam ser interpretadas à luz dos princípios gerais de Direito para reflexão sobre a concepção da derrotabilidade normativa no mundo jurídico contemporâneo.

Após os apontamentos feito a respeito da norma jurídica e sua interação no sistema jurídico atual, revela-se que o caminho para se alcançar e justificar

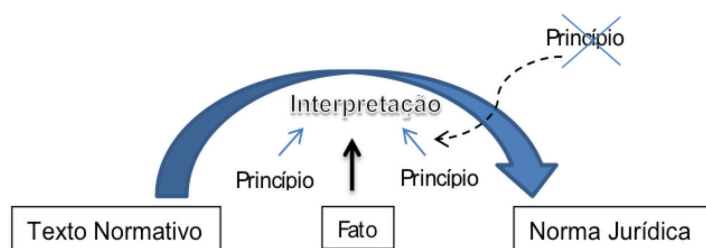
---

52. ALEXY, *Teoria*. pp.167-168.

a resposta do Direito no casos ditos difíceis, em que haja a inocorrência da derrotabilidade de uma norma, diferentemente de como foi tratado por Dworkin, não reside no campo da interpretação normativa.

Este se dá em outro patamar: no nível de normas já postas que apontam para soluções distintas. Onde exsurge o conflito normativo, que quando não resolúvel por meio de uma norma de colisão, passa a ser solucionado através da ponderação. E a resposta do Direito para o caso ocasionará a parcial ou integral satisfação de uma das normas em detrimento da afetação da outra, pairando-se, então, a excepcionalidade normativa no campo da norma já posta e em interação com as demais do sistema jurídico

Mais detalhadamente, conforme ilustração abaixo, se por um lado, Dworkin, acertadamente, atribui normatividade aos princípios trazendo-os para dentro do sistema jurídico, por outro (ousa-se dizer: muito provavelmente em decorrência da sua concepção ainda pouco maturada de derrotabilidade, onde as regras seriam aplicadas à maneira “tudo-ou-nada”<sup>53</sup>), engendra, contraditoriamente, a problemática no nível de interpretação normativa. Em outras palavras, no processo de revelação da norma<sup>54</sup>.



Em síntese, o que o autor propõe na prática, sem aprofundar a explicação das consequências de seu modelo de regras “tudo-ou-nada”, é o afastamento de regra *prima facie* aplicável através da “interpretação” dos princípios gerais de direito. Contudo, sendo os princípios categoria de norma jurídica, não se cabe a sua alocação exclusivamente como diretrizes de interpretação normativa.

Não se nega a possibilidade dos princípios orientarem no preenchimento interpretativo de lacunas ante um texto normativo omissivo, obscuro ou ambíguo,

53. Na concepção *dworkiana* derrotar uma norma-regra à maneira tudo-ou-nada implicaria invalidar a norma como um todo no ordenamento, então, o que o autor propõe ao prescrever “interpretar a lei à luz dos princípios é, em verdade, propor a derrotabilidade do texto normativo através da interpretação da lei à luz de princípios, chegando-se sempre, então, a uma norma aplicável, e validando a teoria de aplicação da norma-regra a maneira tudo-ou-nada. Teoria esta que não mais comporta a derrotabilidade normativa como concebida atualmente, ou seja, como ressaltado no início deste artigo, resta incontroverso que a derrotabilidade normativa é uma propriedade da norma e não do texto normativo.

54. Deve ser ponderado que a concepção interpretativa do autor adequa-se de maneira mais satisfatória considerando-se a época em conjugação com sistemas de *Common Law*.

mas ante um texto claro estar-se-á diante de uma questão de colisão de normas e não de interpretação normativa. Isto porque, se cabe ao intérprete a concretização do direito mediante a revelação da norma, produto da interpretação do texto normativo ao fato desnudo, certo é que um texto normativo pode comportar variadas normas. Contudo, comporta variadas normas nos limites linguísticos traçados no texto normativo, não podendo o aplicador do direito extrapolar o alcance linguístico do texto e criar uma nova norma conforme seu simples desejo, sob pena de invadir o papel do legislador e afrontar a separação dos poderes.

Mas não se pode inferir aos princípios (norma já produzida mediante interpretação do texto ao fato em questão) que retroceda ao nível de interpretação normativa de modo a auxiliar a produção de nova norma jurídica mediante textos normativos precisos. Devendo, nestes casos, a interação de princípios e regras ocorrer, não na seara da interpretação dos textos normativos, mas da aplicabilidade das normas já produzidas, universo em que superadas as problemáticas da interpretação normativa, se discute conflitos normativos, ponderação, afetação e satisfação de normas, mas não a interpretação normativa que já resta superada<sup>55</sup>.

Destarte, evidencia-se que superar a fase de interpretação de um enunciado normativo, respeitando o alcance linguístico de seu texto, e chegar a conclusão que o resultado de aplicação da norma consubstancia-se em desacordo com as diretrizes do ordenamento jurídico ou em conflito com outra(s) normas, apenas revela o problema, não contendo a solução. O contrário configuraria produção de uma nova norma em desatenção ao enunciado normativo<sup>56</sup>. Os fins não justificam os meios, não se podendo, a fim de evitar a aplicação de uma solução jurídica defeituosa, desrespeitar os limites impostos pelo texto normativo no ato de interpretação/revelação da norma jurídica. Não é a interpretação do texto normativo o mecanismo adequado para o ajuste de tais imprevisões do direito, mas sim a resolução de conflitos de normas, não se podendo confundir interpretação para se alcançar o produto norma com reconhecimento e aplicação desta norma, sendo estes dois campos de atuação distintos e com finalidades distintas<sup>57</sup>.

---

55. Sobre o tema ver A. RODENAS. “En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas”. Em *Doxa* n° 24. Centro de Estudios Constitucionales de la Univeraidad de Alicante. Alicante. 2001, pp. 63-83.

56. Carlos Maximiliano afirma que “A aplicação não prescinde da Hermenêutica: a primeira pressupõe a segunda, como a medicação a diagnose. Em erro também incorre quem confunde as duas disciplinas: uma, a Hermenêutica, tem um só objeto – a lei; a outra, dois – o Direito, no sentido objetivo, e o fato. Aquela é um meio para atingir a esta; é um momento da atividade do aplicador do Direito. Pode a última ser o estudo preferido do teórico; a primeira, a Aplicação, revela o adaptador da doutrina à prática, da ciência à realidade: o verdadeiro jurisconsulto”. MAXIMILIANO, *Hermeneutica*, p.7.

57. Segundo Thomas Bustamante, uma decisão que derrota determina norma pode ser definida como uma decisão estabelecida na presença das seguintes condições: (i) N é uma norma do tipo regra, e não um princípio jurídico (neste relatório não se concorda com esta condição como exposto do tópico dedicado ao estudo de regras e princípios); (ii) N está expressa em uma lei ou outra fonte formal do direito com igual nível hierárquico; (iii) os significados mínimos ou literais das expressões utilizadas pelo legislador não permitem extrair do texto que serve de base a N uma norma alternativa que não seja contrariada por tal decisão; (iv) a decisão não reconhece a invalidade de N, mas apenas afasta a sua aplicação a uma situação em que ela é

A primeira tem como objetivo revelar a norma jurídica dentro da sistemática do ordenamento jurídico e superar problemáticas linguísticas do texto normativo como ambiguidade, obscuridade ou omissão, ou seja, reside na esfera do processo de produção de normas. O segundo, reside no campo de aplicação das normas já prontas que colidem entre si apontando para resultados distintos, ou seja, objetiva o ajuste necessário para a adequada aplicação das normas. Trata-se, pois, de dois níveis distintos que não podem ser confundidos, ante a problemática da impossibilidade da norma posta prever todos os casos da vida social que poderão ser desencadeados. Cabendo a correção de resultados, quando não se encontra ou se supera os problemas interpretativos, ao nível da aplicação normativa e calcados na propriedade de derrotabilidade presente em TODAS as normas tornando-as capazes de acomodar exceções e, portanto, tão somente, com aplicação *prima facie*.

Ainda neste contexto, parte da doutrina vale-se da questão de que seria o fato imprevisto que estaria gerando a excepcionalidade, para elucidar o evento a nível norma-fato, incorrendo em total equívoco, eis que o fato prioritário ocasiona a incidência de normas conflitantes que antes interagiam em harmonia para a solução jurídica do caso. Assim, a propriedade de derrotabilidade revela-se no nível norma-norma e não fato-norma ou interpretação/convicção-norma, de modo que capaz de derrotar uma norma tão somente outra norma do ordenamento, mantendo-se a solução e equilíbrio dentro do próprio sistema jurídico na busca da reposta do direito para o caso concreto.

Desta feita, novos fatos ou novas convicções são responsáveis por causar e revelar a estranheza inicial que desencadeiam a derrotabilidade. Podendo se inserir neste espaço aqueles descritos por Jaap Hage como plano dos fatos ou plano da convicção, ou ainda o descrito por Dworkin quando se refere aos três níveis de interpretação no percurso dos institutos jurídicos ao longo da história, dando como exemplo o ato de cortesia de um homem tirar o chapéu para uma mulher em uma sociedade pode ser visto num primeiro momento como inquestionável e natural, em um segundo pode-se questionar os contextos apropriados ao uso da mesma regra, e numa terceira fase, pode radicalizar e mudar o entendimento inicial sobre a regra social. Assim, a mudança de convicção, acrescida no segundo momento por eventos específicos, descrevem na verdade a estranheza chave para desencadear a derrotabilidade da norma, fato que só se processa quando tal evento/convicção é capaz de acionar outra norma do ordenamento que fornece resultado jurídico oposto ao da norma do caso *a priori* e com ela colidindo e capaz de derrotá-la no desfecho da ponderação<sup>58</sup>

Ou seja, o confronto se estabelece no mesmo patamar: no nível de norma x norma, e não fato x norma, sendo a norma derrotada por outra norma do ordenamento e não pelo fato atípico que gerou a estranheza, este, tão somente, (i) desempenha

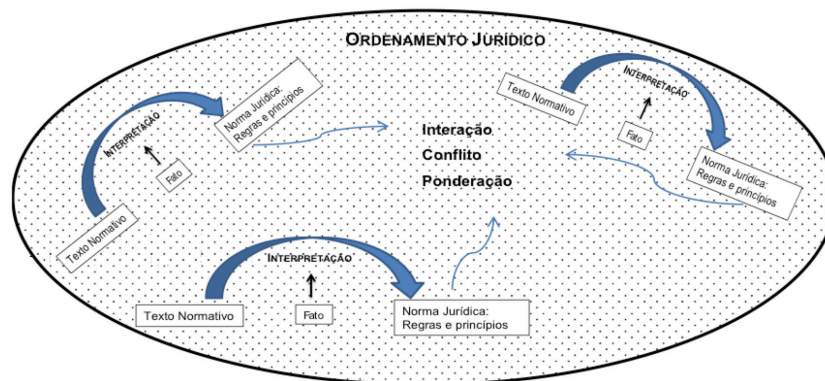
---

aplicável; (v) não há dúvida de que os fatos que deram origem à decisão podem ser subsumidos em N; (vi) a autoridade que adota essa decisão estabelece uma norma individual formulada em termos universais; e (vii) a decisão levanta uma pretensão de juridicidade para essa norma individual.- grifou-se. BUSTAMANTE. *Direito, Estado e sociedade*, pp. 174-175.

58. HAGE, *AILKA*, pp. 222 e ss

o papel de acionar a norma que será satisfeita e, por óbvio, (ii) consubstancia a exceção prioritária que será inserida na norma através da cláusula “ao menos que”, e descrita, como foi visto, de melhor forma lógico-jurídica através do sistema não monotônico.

Viés pelo qual, a problemática de reacomodar em consonância com as diretrizes do ordenamento jurídico, resultados defeituosos de normas aplicáveis *prima facie* reside no campo de interação e aplicação de normas: conflito normativo. Ilustra-se:



Onde entraram em cena as figuras da metassubsunção e da ponderação, alterando-se a conclusão por meio da inclusão de uma exceção. Ganhando melhor adequação descritiva na a lógica não monotônica, eis que possui uma melhor estrutura de inferência para descrever o fenômeno da derrotabilidade, através da possibilidade de se modificar o resultado através da inserção de uma premissa negativa com fundamento no princípio da prioridade de exceções.

## VI - Considerações Finais

Conclui-se que no plano de aplicação da norma podem surgir problemáticas em nível de interpretação normativa e em nível de colisão de normas, sendo que esta (etapa que envolve tarefa exclusiva do aplicador do Direito) não prescinde, mas pressupõe a interpretação (etapa que decorre do somatório da tarefa do legislador de elaborar os textos normativos determinando seus limites linguísticos e do aplicador de Direito de interpretar estes textos de acordo com os limites estabelecidos). Veja-se a correta alocação das atividades, problemáticas e resoluções no caminho percorrido entre o texto normativo e a concretização do Direito aplicável ao caso:

Racionalidade Jurídica				
T E X T O R M A T I V O	Interpretação normativa	N J O U R R M Í D I C A	Aplicação da norma	S J O U R Í D I C A
	Métodos interpretativos* *Citados exemplificativamente no tópico II. 2.1.1		Interação	
	Incertezas linguísticas		Colisão	
	omissão		Normas de conflito	
	ambiguidade		Ponderação (adequação, necessidade, equilíbrio)	
	contradição		Proporcionalidade	
	Lógica monotônica		Derrotabilidade	
			Não monotonicidade	
	<b>Limites Linguísticos</b>		<b>Equilíbrio de limites de todas as normas</b>	

Por este viés - reconhecendo a importância que o revolucionário pensamento *dworkiano* representou para época que, sem deixar de impingir mérito científico ao positivismo, embrionou o rompimento do pensamento de um sistema jurídico puro, rígido e objetivo de regras, de modo a lançar para dentro do ordenamento os princípios reconhecidos como norma jurídica -, restou demonstrado que com o evoluir do Direito a alocação acertada da problemática da necessidade de por vezes se derrotar uma norma aplicável *prima facie* ao caso dar-se em nível de colisão de normas e não interpretação normativa. De modo que no patamar interpretativo e de revelação da norma deve-se respeitar os limites linguísticos do texto normativo sob pena de no lugar de interpretar criar-se novas normas a mercê da vontade do aplicador de Direito que invadiria, assim, a competência do poder do legislador.

Por esta trajetória, dentro da atual sistemática, não se deve confundir todo caminhar da argumentação jurídica traçado entre o texto normativo e a aplicação efetiva de determinada norma ao caso concreto, com o termo específico *interpretação normativa* que descreve uma etapa de todo este trajeto, qual seja: a interpretação do texto normativo posto pelo poder legislativo pronto para ser revelado pelo aplicador do direito, tendo como produto a norma jurídica. Não se podendo, assim, atribuir toda a problemática na efetivação e aplicação do direito à interpretação, eis que é seguida da etapa de interação da norma já pronta no ordenamento.

Se nesta altura ainda pairam dúvidas sob o ponto do porquê excepcionar uma lei (com texto normativo desprovido de problemáticas linguísticas) através da interpretação jurídica à luz dos princípios estar-se-ia invadindo o poder constituinte do legislador e, por conseguinte, a segurança jurídica (eis alargar o direito posto criando-se nova norma em desatenção aos limites linguísticos do texto), e ponderando-se normas e atingindo o mesmo resultado estar-se-ia afastando tais infringências, de modo que num primeiro momento possa parecer



excesso de preciosismo, esclarece-se:

A norma é produto de um processo que perfaz o somatório da competência de dois poderes eis que resultado da tarefa do legislador de elaborar os textos normativos e da tarefa do aplicador do Direito de interpretá-los respeitando os limites linguísticos impostos pelo primeiro. Ultrapassada tal etapa, não tendo, mediante a subsunção, alcançado um único e adequado enquadramento da norma ao caso concreto, passa-se, então, à segunda etapa de concretização, onde se analisa as normas em colisão, sendo esta de competência exclusiva do aplicador do Direito que tem a tarefa, caso ultrapassadas as normas de colisão, de ponderar as normas e justificar, de modo interno e externo, a solução jurídica alcançada de acordo com os critérios de adequação, necessidade e equilíbrio traçados pela norma de proporcionalidade, de modo a preservar a segurança jurídica nos ordenamentos jurídicos abertos. Isto porque, além de não invadir o poder do legislativo, o aplicador do Direito nesta fase de interação e conflitos de normas deve apresentar uma justificação externa para todas as premissas seguidas para se alcançar a solução jurídica e excepcionar uma determinada norma, dando clareza e exteriorização para a fundamentação jurídica seguida.

Fecha-se, assim, harmonicamente o ciclo de equilíbrio entre a abertura do direito (reconhecimento da derrotabilidade à luz de princípios e regras) e o reconhecimento da importância científica do direito posto vindo do positivismo, de modo a manter a segurança jurídica.

Finaliza-se, então, destacando a importância do instituto da derrotabilidade das normas e a sua essencialidade para o desenvolver e o processar do sistema jurídico em acompanhamento ao evoluir da sociedade, ratificando a necessidade de sistemas abertos, contudo, primando-se sempre pela aplicação adequada do Direito em equilíbrio com a segurança jurídica.

## Referências

- AARNIO, Aulis. Las reglas en serio. In: Aarnio, Aulis; Garzón Valdés, Ernesto; Uusitalo, Jyrki (Comp.). *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997

\_\_\_\_\_. *Reason and Authority – A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*, Aldershot: Ashgate, 1997

- ALEXI, Robert. Review: Henry Prakken. *Argumentation*. v. 14. n° 1. Amsterdam: Springer Netherlands, 2000.

\_\_\_\_\_. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Cláudia Toledo. 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2009.

- ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*. 10ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2009.

- BÄCKER, Carsten. Regras, Princípios e derrotabilidade, em revista brasileira de estudos políticos, Belo Horizonte, n° 1022, pp.55-82, jan./jun. 2011.

- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 7ª. edição, São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Introdução, a reconstrução democrática do direito público no Brasil*, in: *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*, Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2007

\_\_\_\_\_. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*, Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n° 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/7547>, acesso em: 04/12/2015.

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997, p. 22.

- BAYON, Juan Carlos. Por que es derrotable el razonamiento juridico. *Doxa. Cuadernos de Filosofia del Derecho*, v. 24.

\_\_\_\_\_. *Derrotabilidad, indeterminacion del derecho y positivismo juridico*. Isonomía. Revista de Teoria y Filosofia del Derecho. n° 13.

\_\_\_\_\_. *Why Is Legal Reasoning Defeasible?*. In: A Soeteman (ed. by) *Pluralism and Law*, Kluwer Academic Publishers, 2001.

• BOROWSKI, Martin. Grundrechte als Prinzipien: Die Unterscheidung von prima facie-Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte. Baden-Baden: Nomos, 1998

• BROŹEK, Bartosz. Defeasibility of legal reasoning. Krakow: Zakamycze, 2004.

\_\_\_\_\_. Law and Defeasibility. In: Law, Logic and Morality, Revus [Online], n° 23, online desde 15/11/2014, disponível em: <http://revus.revues.org/3110>.

\_\_\_\_\_. Rationality and discourse: towards a normative model of applying law. Krakow: Wolters Kluwer, 2007.

\_\_\_\_\_. Revisability versus defeasibility. In: NILQ, n° 59, pp. 139-147, 2008.

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

\_\_\_\_\_. La validez prima facie y el principio de derrotabilidad de Las normas jurídicas. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/dika/v21n2/v21n2a07>. Acessado em 13/04/2016.

\_\_\_\_\_. Principios, reglas y derrotabilidad, el problema de las decisiones *contra legem*. In: BONORINO RAMÍREZ, Pablo. (editor). Teoría del Derecho y Decisión Judicial. Disponível em: <http://www.bubok.es/libros/175862/Teoria-del-Derecho-y-decision-judicial>

• CANOTILHO, J. J. Gomes, Direito constitucional, 6ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

• CARRIO, Genaro R. Principios jurídicos y positivismo jurídico. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.

• DUARTE, David. 2015. Analogy and Balancing: The Partial Reducibility Thesis and Its Problems. Revus. Journal for Constitutional Law and Philosophy of Law. 25. 1-11.

\_\_\_\_\_. An Experimental Essay on the Antecedent and Its Formulation. i-Lex: Rivista di Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive ed Intelligenza Artificiale. 2012, 16. 37-60.

\_\_\_\_\_. A Constituição dos Princípios Fundamentais e dos Direitos, Liberdades e Garantias: Atualizar e Reduzir a Complexidade. *Revista A Constituição*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, pp. 13-18, 2011.

\_\_\_\_\_. Normative Conditions of Balancing: Drawing Up The Boundaries of Normative Conflicts That Lead to Balances. *Legal Reasoning: the Methods of Balancing*. Edited by Jan Reinard Sieckmann. Stuttgart: Franz Steiner Verlag. 2010, 51-62.

\_\_\_\_\_. Rebutting Defeasibility as Operative Normative Defeasibility. *Liber Amicorum de José de Sousa Brito*. Coimbra: Almedina. 2009, 161-174

\_\_\_\_\_. Os argumentos da interdefinibilidade dos modos deônticos em Alf Ross, 2002.

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

\_\_\_\_\_. O Império do Direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. Uma Questão de Princípio. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

• GARCIA FIGUEROA, Alfonso. La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho. In: *Diritto & Questioni Pubbliche*. nº 3. Università degli Studi di Palermo. Palermo, 2003.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo y derrotabilidad Em: [http://www.funciva.org/uploads/ficheros\\_documentos/1248355441\\_alfonso\\_garcia.pdf](http://www.funciva.org/uploads/ficheros_documentos/1248355441_alfonso_garcia.pdf)

• GHIDOLIN, Clodoveo. Classificação em princípios e regras na deliberação jurídica e moral Londrina: Scientia Iuris, jul. 2013, v.17, nº1.

• GLOECKNER, Ricardo Jacobsen, Alexy e o paradoxo: fórmula de ponderação e indeterminação do direito, in: *Teoria da Derrotabilidade - Pressupostos Teóricos e Aplicações*, 1ª edição, Curitiba: Juruá editora, .

• GRAU, Eros Roberto, Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito, 2ª edição, São Paulo: Malheiros, 2003

• GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais, São Paulo: RCS Editora, 2007.

• HAGE, Jaap. Law and Defeasibility. Artificial Intelligence and, In: *Artificial Intelligence and Law*, Kluwer Academic Publishers: Printed in the Netherlands, 2003, nº 11: p. 222. Disponível em: <http://www.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/hage-2003-defeasibility.pdf>.

\_\_\_\_\_. *Studies in Legal Logic*. Dordrecht (Holanda): Springer, 2005.

• HAGE, Jaap; PECZENIK, Alexandre. Law, morals and defeasibility. In: *Ratio Juris*, nº 13, 200.

• HART, Herbert L.A. The Ascription of Responsibility and Rights. In: *Proceedings of the Aristotelian Society*. v. XLIX. Londres: Harrison & Sons , republicado em *Logic and Language*. Oxford: A.G.N.Flew edição 1951, pp. 145-166

\_\_\_\_\_. O conceito de Direito. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

- HESS, Burkhard. Abuse of procedure in Germany and Áustria. Abuse of procedural right: comparative standards of procedural fairness. Michel Taruffo (coord). Haia/Londres/Boston: Kluwer Law International, 1999

- Kelsen, Hans. Teoria pura do direito, 6ª. edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

- LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, t.1, 1958.

- LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado, 16ª. edição, São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES, Pedro Moniz. Princípios como induções deônticas: a previsão indutiva, o déficit informativo e a derrotabilidade condicional nos princípios jurídicos edição 1011.1, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, Brasil (2011), pp. 197-235

LOPES, Pedro Moniz. Princípios como induções deônticas: a previsão indutiva, o déficit informativo e a derrotabilidade condicional nos princípios jurídicos edição 1011.1, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, Brasil (2011), pp. 197-235

- MACCORMICK, Neil. Argumentação jurídica e teoria do direito. Trad. Waldea Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. Defeasibility in law and logic. In: Informatics and the Foundations of Legal Reasoning. Dordrecht: Kluwer, 1995.

\_\_\_\_\_. Retórica e o Estado de Direito. Tradução de Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Verissimo Rio de Janeiro: Campus, 2008.

- MARTINEZ ZORRILLA, David. Conflictos Constitucionales, ponderación e indeterminación normativa. Marcial Pons. Madrid. 2007.

- MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do Direito. 19ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2010.

- MULLER, Friedrich. Direito, linguagem, violência: Elementos de uma teoria constitucional, Tradução Peter Naumann, Porto Alegre: Fabris Editor, 1995.

- NEVES, A. Castanheira. Metodologia jurídica: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra editora, 1993

- NEVES, Marcelo, A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.). Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides, São Paulo:

Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. Entre Hidra e Hércules, 1ª edição, Editora WMF MARTINS FONTES, 2013

• PEQUENO, Marcelino C. (1994) Defeasible Logic with Exception-First. PhD Thesis, Department of Computing Imperial College of Science, Technology and Medicine.

• PEQUENO, Marcelino C., VERAS, Rodrigo de M. S., TAVARES, Wladimir A. Tavares. Lógica não monotônica com prioridade às exceções. Departamento de Computação - Universidade Federal do Ceará. Disponível em: [http://www.cos.ufrj.br/~ines/enia07\\_html/pdf/27889.pdf](http://www.cos.ufrj.br/~ines/enia07_html/pdf/27889.pdf) Acesso em: 11/01/2016.

RADBRUCH, Gustav. Leis que são Direito e Direito Acima das Leis. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 81 e 83.

• REITER, Raymond. (1980) A Logic of Default Reasoning. Artificial Intelligence, v. 13, pp. 81-132

• RODENAS, Àngeles. En la penumbra: indeterminación, derrotabilidade y aplicación judicial de normas. Em Doxa nº 24. Centro de Estudios Constitucionales de la Univeraidad de Alicante. Alicante. 2001.

• RODRIGUEZ, Jorge. La derrotabilidade de las normas jurídicas, Isonomía, nº 6, abril/1997.

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

• SARTOR, Giovanni. Defeasibility in legal reasoning. In: Rechtstheorie, nº 24, pp. 281-316, 1993.

• SCHAUER, Frederick. ON THE OPEN TEXTURE OF LAW, 2011, disponível em <http://www.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/schauer-2011-open-texture.pdf>.

• SERBENA, Cesar Antônio, Teoria da Derrotabilidade - Pressupostos Teóricos e Aplicações, 1ª edição, Curitiba: Juruá editora, 2012.

• SERBENA, Cesar; GRAZIERO CELLA, Jose Renato. A lógica deôntica paraconsistente e os problemas jurídicos complexos. Verba Iuris, nº 2, Curitiba: 2000.

• SHAUER, Frederick, On the Supposed Defeasibility of Legal Rules, Current Legal Problems (M.D.A. Freeman ed.), v. 48 (1998), pp. 223-240.

\_\_\_\_\_. Is Defeasibility an Essential Property of Law?, apresentado no Simpósio sobre derrotabilidade legal realizado no Oriel College, Oxford, em 8-9 de março de 2008ne publicado em in Jordi Ferrer Beltrán & Giovanni Battista Ratti, eds.,

The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility 77 (Oxford University Press, 2012).

- SIECKMANN, Jan-Reinard. Regelmodelle und Prinzipiensysteme des Rechtssystems. Baden-Baden: Nomos, 1990.
- SILVA, Virgílio Afonso da, Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, 2003.
- SINGER, Marcus. Moral rules and principle. In: Easy in moral philosophy. University of Washington Press, 1958.
- TELES, Miguel Galvão, Escritos Jurídicos, II, edição, Lisboa, 2012.
- UNTIVEROS, Miguel A. León. El concepto de derrotabilidad en H.L.A.Hart. Un Punto de vista lógico. Disponível em: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/miguel-leon/>
- VASCONCELLOS, Fernando Andreoni, O conceito de derrotabilidade normativa. Curitiba: UFPR, 2009.
- VERAS, Rodrigo de Melo Souza. Nova Abordagem para o Raciocínio Não Monotônico. Monografia apresentada no Programa de Pós-Graduação em Ciência da Computação, Departamento de Ciência da Computação, Universidade Federal do Ceará. Agosto/2007. Disponível em: [http://www.mdcc.ufc.br/teses/doc\\_download/115-099-rodrico-de-melo-sousa-veras](http://www.mdcc.ufc.br/teses/doc_download/115-099-rodrico-de-melo-sousa-veras).
- VILANOVA, Lorival. As estruturas lógicas e o direito positivo. 2ª edição, São Paulo: Max Limonad, 1997.
- \_\_\_\_\_. Escritos Jurídicos e Filosóficos. São Paulo: Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, 2003, pp. 221–239
- VON WRIGHT, Georg Henrik. Deontic Logic, Mind 60 (1951), pp.1-15. Reprinted in Logical Studies (by G. H. von Wright), Routledge and Kegan Paul, London, 1957.
- WANG, Peng-Hsiang. Defeasibility in der juristischen Begründung. Baden-Baden: Nomos, 2004.
- YZAGUIRRE, José Victor Garcia. La Validez Prima Facie y el Principio de Derrotabilidad de Las Normas Jurídicas, Dikaion - ISSN 0120-8942, Ano 26 - v.21 n° 2 - Chía, Colombia, - 2012, disponível em <http://www.scielo.org.co/pdf/dika/v21n2/v21n2a07>.

\*\*\*