



A QUESTÃO DOS PRECEDENTES E A DERROTABILIDADE NORMATIVA

THE QUESTION OF THE FOREGOING AND REGULATORY DERROTABILIDADE

Ana Cristina Lemos Roque¹

Leiliane Rodrigues da Silva Emoto²

RESUMO: A aproximação do sistema brasileiro, que adota o regime da *civil law*, ao sistema da *common law*, será objeto de análise neste artigo. No sistema *common Law*, há prevalência de cláusulas gerais, gerando maiores poderes aos magistrados e, principalmente, a utilização e a influência dos precedentes no ordenamento jurídico, formulando, portanto, um sistema totalmente diverso do *civil law* brasileiro. Com este estreitamento do sistema brasileiro com o sistema *common law* tem-se ensejo para a utilização da teoria da derrotabilidade normativa frente ao instituto dos precedentes, temática também estudada neste artigo. Logo, por meio de uma abordagem qualitativa e utilizando o estudo documental e bibliográfico, visando a organização e análise dos dados, com a sistematização das ideias via método dedutivo, a questão dos precedentes e da derrotabilidade normativa será abarcada.

Palavras-chave: Civil Law; common Law; teoria dos precedentes e derrotabilidade.

ABSTRACT: The approximation of the Brazilian system, which adopts the civil law regime, to the common law system, will be analyzed in this article. In the common law

¹ Mestre em Teoria Geral do Direito e do Estado no “Centro Universitário Eurípides de Marília – Univem. Bacharel em Direito pela Universidade Gama Filho – RJ. Especialista na área de concentração Direito Empresarial e Tributário pelo Centro Universitário Rio Preto – Unirp. Participante do Grupo de Estudos e Pesquisas, Estado de Coisas Inconstitucionais da Instituição Centro Universitário Eurípides de Marília – Univem. Professora e Advogada. Endereço eletrônico: anacristina-lemos@bol.com.br.

² Mestre em Direito Constitucional – Sistema de Garantias – pela Instituição Toledo de Ensino, Bauru – SP. Especialista em Docência para o Ensino Superior pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul e Graduada em Direito por esta Universidade. Professora do Centro Universitário Toledo de Araçatuba. Endereço eletrônico: leilianesella@bol.com.br.

system, there is a prevalence of general clauses, generating greater powers for magistrates and, mainly, the use and influence of precedents in the legal system, thus formulating a totally different system of Brazilian civil law. With this narrowing of the Brazilian system with the common law system, there is an opportunity to use the theory of normative defeatability in relation to the institute of precedents, the subject also studied in this article. Therefore, through a qualitative approach and using the documentary and bibliographic study, aiming the organization and analysis of the data, with the systematization of ideas through an indulgent method, the question of precedents and normative defeasibility will be covered.

Key words: Civil Law; Common Law; theory and previous derrotabilidade.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho, longe de tentar exaurir o tema, irá apresentar uma análise dos precedentes e o caráter derrotável das regras jurídicas. Essa análise será abordada por meio de uma investigação meramente dogmática, não envolvendo grandes reflexões de cunho filosófico. Para tanto, realizou-se uma pesquisa histórico-bibliográfica, utilizando o método dedutivo. Em nosso ordenamento jurídico, é correto afirmar que a lei é fonte primária do direito, com fortes bases no positivismo jurídico. Dessa forma, segundo as lições de José Rogério Cruz e Tucci, que doravante faremos a síntese, estruturou-se um sistema jurídico todo escrito, conhecido como *civil law*, tendo ligação com o direito da antiga Roma. A tradição remonta à data de 450 a.C., que seria a suposta data de publicação da Lei das XII Tábuas. Em 533 d.C. houve a publicação em Constantinopla do *Corpus Juris Civilis* de Justiniano. Já as leis bárbaras foram redigidas a partir do séc. V para a maior parte das tribos germânicas. Do ponto de vista científico, data do século XIII a formação de um sistema propriamente dito, com o Renascimento e o estudo e sistematização nas Universidades, com glosadores e comentadores (TUCCI, 2004, p. 33,34 e 35).

O *civil Law* é adotado ainda, na Itália, na França, na Alemanha, na Espanha e em Portugal, assim como em toda América Latina colonizada por portugueses e espanhóis. A influência de tais doutrinas é facilmente perceptível no Brasil, onde há muita influência, por exemplo, da doutrina italiana de Liebman, Chiovenda e Carnelutti, principalmente em nossa teoria geral do processo.

A formação e o desenvolvimento da doutrina do *civil Law* foi fortemente marcada pelo contexto histórico da França e a revolução que se seguiu, derivando daí os dogmas da supremacia da lei; da estrita separação dos poderes e do juiz como a “boca da Lei”. (MARINONI, 2011, p.58-59).

Dá-se o nome de common Law, ao sistema jurídico que foi elaborado na Inglaterra a partir do século XII pelas decisões das jurisdições reais. Manteve e se desenvolveu até nossos dias, também presente em países de língua inglesa a exemplo, Estados Unidos, Canadá e Austrália. Segundo Merryman, referida expressão é utilizada desde o século XIII, para designar direito comum na Inglaterra, em virtude dos costumes locais, também conhecido como *comune ley* (lei comum). O *common law* é um *judge-made-law*, enquanto a jurisprudência apenas desempenhou um papel secundário na formação e evolução dos direitos romanistas. O common Law é um direito judiciário, enquanto o processo é só acessório nas concepções fundamentais dos direitos romanistas; o “common Law” não foi muito romanizado, diferente da *civil Law* que sofreram uma influência do direito erudito elaborado na Idade média e, por fim, os direitos romanistas são codificados, enquanto é quase desconhecida na common Law (MERRYMAN, 1989, p. 26).

As revoluções americana e francesa, bem como as revoluções de independência na América Latina influenciaram especialmente o direito público de tradição romano-germânica. Na verdade, esses eventos consistiram numa verdadeira revolução intelectual com novos pensamentos sobre a humanidade, sociedade, economia e Estado. Essa revolução intelectual não influenciou apenas o direito público, mas também a forma de administração e organização do sistema jurídico e algumas regras substantivas e de direito processual (MARINONI, 2011, p. 62).

Certamente foi nos países de origem anglo-saxônica que mais se desenvolveu a teoria dos precedentes judiciais, contudo, o precedente é uma realidade inerente a qualquer sistema jurídico, seja da *civil law* ou da *common law*, como Estados Unidos e Inglaterra, variando, somente, o grau de eficácia que possui.

Nesse contexto pode-se dizer que, a principal distinção entre os dois sistemas é que o da *civil law* é um direito escrito, onde a jurisdição é estruturada preponderantemente com a finalidade de atuação do direito objetivo. Enquanto no sistema da *common law* adota-se um direito costumeiro, aplicado pela jurisprudência, onde, no modelo de justiça, prepondera a visão de pacificação dos litigantes. No *civil law* busca-se a segurança

jurídica, enquanto no *common law* o objetivo principal é a paz entre os litigantes, a composição do litígio em questão e a reconciliação, pois o importante é harmonizar os litigantes, desde que seja adequado ao caso concreto.

Ao longo da história, no entanto, diversos fatores foram proporcionando a aproximação entre os dois sistemas, podemos destacar dentre outros: o constitucionalismo, o estado social, os conceitos indeterminados, as cláusulas gerais, as regras de textura aberta e as demandas em massa.

Em tempos de pós-positivismo, a teoria da derrotabilidade normativa vem ganhando amplo espaço, com o desenvolvimento de uma dogmática onde os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana, encontram-se como parâmetros centrais de todas as decisões jurídicas e ainda como sustentáculo do estado Constitucional Democrático.

Ao instituímos os direitos fundamentais como valores supremos e norteadores de todo ordenamento jurídico, quebramos as bases do positivismo jurídico e da subsunção lógica. A atividade interpretativa desenvolvida pelos magistrados ganha relevância e destaque na órbita do poder judiciário, a discricionariedade na aplicação do direito foi sendo ampliada necessitando de técnicas de ponderação na aplicação dos princípios norteadores das decisões.

A teoria da derrotabilidade normativa possibilita a interpretação das normas em conformidade com o texto constitucional e a concretização dos direitos fundamentais, assim caberá ao interprete, operador do direito, buscar o equilíbrio, sempre visando resguardar os ditames da segurança jurídica e da boa-fé nas relações.

Assim, num amplo contexto serão revistas algumas premissas no estudo do precedente como fonte do direito, sua eficácia e segurança jurídica, frente à teoria da derrotabilidade normativa.

1. PRECEDENTES NOS SISTEMAS *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

A origem do *common Law* remonta à conquista normanda da Inglaterra no ano de 1066, com a batalha de Hastings, que levou a centralização do governo, incluindo a administração da justiça. Nesse período, surge o feudalismo na Inglaterra e desaparece a época tribal. A história do direito na Inglaterra assemelha-se à dos países do continente até aos séculos XII e XIII. Indo um pouco mais na origem, a Inglaterra fez parte do

Império Romano, do século I ao V, sendo que a colonização romana foi pouco extensa, a exemplo do Norte da Gália (MARRYMAN, 1989, p.1-2)

Com as invasões dos povos Anglo-saxões, e Dinamarqueses, desenvolveu-se aí reinos germânicos a partir do século VI, com leis bárbaras, ou seja, textos do direito consuetudinário anglo-saxônico, assim, enquanto as leis do continente são redigidas em latim, as da Inglaterra passam a serem redigidas em língua germânica (MERRYMAN, 1989, p.50).

O Direito Inglês teve uma continuidade histórica, sendo fruto de uma longa evolução sem grandes rupturas na ordem jurídica, havendo um gradual desenvolvimento do *common law*.

O direito passa a se desenvolver na Inglaterra com base na lista de writs – ações judiciais sob forma de ordens do rei. Na hipótese de litígio, era essencial buscar os writs ao caso concreto, sendo que o processo é mais importante do que as regras do direito positivo. O *common law* foi elaborado assim com base em um número limitado de formas processuais.

Assim, aos poucos, foram sendo formadas a organização e a competência dos tribunais no sistema Inglês. O *common law* passou a ter regras procedimentais, rígidas, bem como remédios preestabelecidos; sendo que aqueles que não aceitavam as decisões podiam peticionar para o Rei, pedindo-lhe uma reconsideração, uma espécie de perdão.

A história do direito inglês revelará o fato de ser um direito de criação por seus julgadores, sendo mesmo anterior a invasão normanda, até o advento da *Judicature Act*, em 1873, quando se deu a fusão das jurisdições, da *commow law*, desenvolvida ao longo de mais de oito séculos, e da *equity*, que surgiu como um recurso contra decisões flagrantemente injustas em casos concretos, transferindo ao soberano ou ao chanceler, que em seu nome falava, o poder de rever a sentença proferida segundo o direito comum. Após 1875, com o *Judicature acts*, os tribunais superiores passam a poder pronunciar-se validamente tanto sobre o Direito como sobre a equidade, pois o *Commom Law* e a *Equity* seriam admitidos simultaneamente e concorrentemente pelas mesmas jurisdições (MERRYMAN, 1989 p. 51-52).

O *common law* torna-se dessa forma cada vez mais técnico nestes séculos, limitado no processo dos writs pela rotina dos juízes, sendo que estes, embora nomeados pelo rei, tornaram-se independentes – o Chanceler decidia em equidade sem ter em conta

regras do processo e mesmo de fundo do *common law*, julgando segundo princípios muitas vezes extraídos do direito romano (DAVI, 2002, p.296).

Insta salientar que o direito inglês moderno, diversamente do *civil law*, é muito mais um direito histórico, sem grandes rupturas entre o passado e o presente como aconteceu nos direitos de tradição civil da Europa Continental, principalmente na França que rompe com o Direito preexistente com a Revolução Francesa.

No *civil law*, a autoridade da lei está na autoridade de quem a promulgou, no *common law* a autoridade do direito está em suas origens e em sua aceitabilidade por sucessivas gerações. Admitindo-se dessa forma a autoridade do direito construído por meio da jurisprudência.

Para os práticos, os precedentes judiciais têm uma grande utilidade: lembrar o tribunal que já decidiu em tal sentido. A jurisprudência possui papel determinante tanto em sua origem quanto em sua evolução. Não houve assim, no direito Inglês nenhuma grande reforma com o estabelecimento de uma codificação geral, sendo que a legislação sempre teve um papel complementar ao direito, em respeito às fontes judiciárias, sendo que em caso de conflito, as decisões judiciais deveriam prevalecer sobre a lei, tendo em vista sua especialidade.

Apesar da importância crescente da legislação, a Inglaterra permanece um país sem constituição escrita e sem códigos. O *constitutional Law* inglês baseia-se no costume e nos precedentes, invoca a Carta Magna de 1215 e outros *Acts* mais ou menos antigos. Entretanto, não existe um conjunto de regras constitucionais reunidas, o que o difere do sistema Americano, assim como não existe nenhum conjunto de regras jurídicas relativas a um ramo do direito, como no caso do código Francês, Alemão, etc.

Os Estados Unidos da América possuem grande influência da Inglaterra na formação do seu direito, tendo em vista a colonização, em parte, dos Estados Unidos pelos Ingleses. Em sua formação os Estados Unidos não adotou a ideia de supremacia do Parlamento. A autoridade suprema não estaria no Parlamento, mas na Constituição, esta é que vai representar a vontade soberana do povo, diversamente das leis que estabelecem a vontade de seus representantes, prevalecendo uma teoria de governo limitado.

Um dos alicerces centrais do *common law* nos Estados Unidos foi a doutrina de respeito ao precedente judicial e a doutrina dos direitos humanos fundamentais. No entanto, é apenas no século XVII que o *common law* nos Estados Unidos evoluiu, acompanhando transformações na economia e na sociedade, e passou a ser usado como

um escudo contra o absolutismo real e para proteger as liberdades públicas. Tal evolução teve o reforço da independência dos Estados Unidos no ano de 1776, seguida da promulgação da Constituição em 1787 e do e do *Bill of Rights* de 1789. Assim o Direito praticado nos Estados Unidos, se distingue do direito existente na Inglaterra, destacando a sua originalidade, muito embora lá também tenha se estabelecido a doutrina do *stare decisis* (DAVI, 2002, p.300).

Assim, diferentemente da Inglaterra, os precedentes judiciais nos Estados Unidos são menos rígidos a ponto de o seu caráter vinculante aos órgãos jurisdicionais inferiores ser menos rigoroso, permitindo dessa maneira, maior flexibilidade na adoção da doutrina do *stare decisis*.

2. O PRECEDENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cuja essência pode servir como diretriz para o julgamento posterior em casos idêntico. O precedente é composto por circunstâncias de fato que embasam a controvérsia, bem como da tese ou princípio jurídico assentado na motivação do provimento decisório.

Os precedentes irão funcionar como elementos de justificação de uma decisão jurídica, e a forma como eles são enunciados pode ser decisiva para determinar sua força nos casos futuros.

O precedente se origina de um caso concreto e para ser utilizado em outro caso concreto, exige-se a demonstração da semelhança existente entre esse e aquele, devendo assim ser enfrentada a norma jurídica firmada no precedente, assim podemos afirmar que a questão do caso é mais complexa do que a questão jurídica, tornando-se imprescindível ter uma ideia clara dos fatos do caso.

Há muito se vem buscando maneiras de uniformizar a jurisprudência no Brasil. Quando o Brasil ainda era subordinado a Portugal, existiam os assentos da Casa da Suplicação. Atualmente, já existem em nosso ordenamento vários mecanismos para fortalecimento das decisões judiciais, o que, sem dúvidas, é uma forte demonstração da influência no nosso sistema dos ditames da *common law*.

O que se busca com a adoção de novos paradigmas é a estabilidade e a continuidade dinâmicas do direito, características típicas da *common law*, que assim se complementam, impulsionadas pela liberdade e pela criatividade dos juízos e tribunais inferiores.

Quanto à economia processual, o respeito aos precedentes fortalece esta concepção, uma vez que reduz as despesas processuais e a carga de demandas no tribunal, almejando maior segurança jurídica no ordenamento pátrio.

A ideia dos precedentes contribui para um Poder Judiciário mais célere e menos oneroso materializando o princípio da duração razoável do processo, busca incessante do judiciário por um processo mais justo.

Dessa forma pode-se dizer que o precedente direciona o caminho da prestação jurisdicional, advindo de uma decisão que atingiu a denominada coisa julgada. O aspecto da jurisdição, como fundamento jurídico, não obriga que seja necessária a via dos precedentes como único meio justo das decisões judiciais, uma vez que o juiz pode fazer valer da doutrina como fundamento jurisdicional.

O precedente nos oferece uma regra universal que será aplicada em função da identidade com os fatos análogos. O critério de aplicação e escolha do precedente é um critério fático, de modo que a regra será afastada pelo julgador conforme ele considere que prevalece os elementos de identidade ou diferença entre os casos. Nesse contexto, um só precedente é suficiente para fundamentar a decisão de um caso.

O instituto dos precedentes é sem dúvida uma importante ferramenta a disposição dos operadores do direito, com base nos princípios constitucionais da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo e da isonomia, assim, sob esse prisma, o instituto busca trazer ao operador do direito a segurança de decisões estáveis, isso porque o precedente facilita o julgamento de demandas repetitivas e implementa o princípio da igualdade formal entre os jurisdicionados, que ao promoverem demandas, passam a contar com respostas uniformes por parte do judiciário.

Sob esse contexto, para a mudança do entendimento que já se encontra sedimentado deve existir uma fundamentação adequada e específica, considerando a estabilidade das relações jurídicas, afigurando-se um dever argumentativo das partes, o exercício do contraditório e da argumentação, oferecendo assim regra universal aplicada em função da identidade com os fatos dos casos análogos. Sobre isso aliás Bustamante (2012, p. 89), considera que:

[...] é pela via das teorias da argumentação jurídica que o Judiciário, mesmo carente da representação democrática característica do Poder Legislativo, pode legitimar as normas jurídicas que ele deixa assentadas em suas decisões. A teoria dos precedentes, a teoria da argumentação jurídica e a teoria do Direito passam a fazer parte de um único tipo de discurso em que cada decisão concreta é considerada como uma norma universalizável que merece passar por um

discurso de justificação e, num momento posterior, ser imparcialmente aplicada.

Dessa forma, torna-se imprescindível o correto manejo dos instrumentos utilizados na aplicação dos precedentes. A uniformização jurisprudencial tem como fundamento a preservação do princípio da igualdade formal, pois efetiva o dever de atribuir decisões idênticas a situações idênticas.

A esse respeito, conforme Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 270),

[...] os conceitos de coisa julgada material e de coisa julgada *erga omnes* não são relevantes quando se pretende dar soluções iguais a casos semelhantes. Nem mesmo a eficácia vinculante, caso limitada à parte dispositiva, ali teria alguma importância. De outra parte, falar em coisa julgada *erga omnes* dos fundamentos da decisão seria baralhar os institutos, já que os objetivos perseguidos com a coisa julgada e com a obrigatoriedade de respeito aos fundamentos não só não se confundem como exigem conceitos operacionais e metodologias diversos.

Assim faz-se importante frisar que a aplicação dos precedentes exige dos juristas o aperfeiçoamento das práticas forenses e o exercício claro e cuidadoso, do contraditório e da argumentação, visa, desse modo, restabelecer a credibilidade do judiciário, garantindo ao litigante previsibilidade na prestação jurisdicional; o ordenamento jurídico brasileiro apresenta-se em nítida mudança, com a convergência entre o common Law e o civil Law, visando não só à reforma dos institutos de lei, mas também à adoção de uma teoria dos precedentes adaptada à nossa realidade, acompanhada de uma mudança de paradigma e da visão na aplicação de julgados, empregando-se coerentemente os precedentes formados.

A descrição cuidadosa dos fatos e a detalhada identificação do problema a ser solucionado são apenas alguns obstáculos a serem enfrentados nessa jornada, sendo essencial a sistematização dos argumentos e opiniões, para que, dessa forma, se chegue a uma conclusão opinativa sobre o caso em questão, bem como uma argumentação aceitável sobre as razões envolvidas na decisão, pois efetiva o dever de atribuir decisões idênticas a situações idênticas.

Nesse contexto, ao inserirmos os direitos fundamentais nas decisões judiciais como paradigmas constitucionais, o que se busca não é a instabilidade jurisprudencial ou mesmo a indeterminação e a insegurança e sim a busca da melhor decisão, aquela que atenda ao jurisdicionado, superando paradigmas consolidados na esperança de melhor atender aqueles que batem às portas do judiciário.

3. A DERROTABILIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS

De forma singela, a derrotabilidade ocorre quando uma norma jurídica, apesar de ter todas as condições de sua aplicabilidade, não é aplicada, sobrepujando a justiça material em uma pretensão resistida apresentada em juízo.

Inspirada em Herbert Lionel Adolphus Hart, esta concepção de derrotabilidade defende que a solução para determinados litígios advém, não poucas vezes, por métodos poucos convencionais (como a subsunção da norma do sistema *civil law*) que destacam a exceção.

A derrotabilidade surgiu em 1980 por meio dos estudos do Departamento de ciência da Computação da Universidade de Columbia Britânica, Vancouver Canadá e na Universidade de Stanford, Califórnia, Estados Unidos, onde o que se buscava era a criação de programas de computador com sistemas lógicos de linguagem próximos ao raciocínio humano.

Proveniente dos estudos desenvolvidos, originou-se os sistemas lógicos não monotônicos, onde de um conjunto inicial de premissas, deduz-se uma determinada conclusão, no entanto, adicionada outra premissa ao mesmo conjunto inicial, as conclusões preliminares não continuam necessariamente no campo da validade.

A lógica não monotônica passa a ser utilizada pelos estudiosos no campo do raciocínio jurídico, frente às inúmeras possibilidades que se desenham aos operadores do direito a cada nova informação inserida no contexto inicial.

A derrotabilidade busca, por meio da lógica não monotônica, apresentar um quadro axiológico claro e preciso na superação da norma por parte do intérprete, auxiliando o Magistrado e todos os operadores do direito na solução do caso concreto.

O objetivo central do presente trabalho é explorar a possibilidade de um modelo para a interpretação construtiva no direito, que busque conciliar a racionalidade sistemática, representada pelo modelo subsuntivo, com o reconhecimento da existência de discrepâncias na interpretação das normas jurídicas, representadas pelos modelos de pesosamento e de argumentação crítica.

Fernando Andreoni Vasconcelos (2010, p. 77), salienta que:

Situação muito discutida no estudo da derrotabilidade consiste naquilo que se pode chamar de paradoxo da exceção principiológica implícita. Segundo este

paradoxo, se não é possível definir *a priori* os casos gerias em que um princípio se sobrepõe a outro, e considerando que os princípios podem excepcionar as normas jurídicas, logo, não se pode antecipar quais as exceções implícitas (principiológicas) podem afetar o campo de aplicação de qualquer norma.

Segundo esse entendimento, pode-se concluir que existe a derrotabilidade de todas as normas, tanto regras como princípios. A questão da possibilidade de superação das normas jurídicas apresenta especial relevância no âmbito dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou, proclamando que não existe em nosso sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, tendo em vista razões de relevante interesse público ou ainda conflitos entre os princípios que regem a convivência das liberdades legitimando, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. A constituição deve promover de um lado a proteção da integridade e do interesse social, e de outro assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros (MELLO, 2000, p.20).

E é exatamente essa relatividade dos direitos fundamentais que faz com que as normas que os tutelem possam ser derrotadas. Os direitos fundamentais sejam eles, tutelados por meio de regras ou princípios, não são absolutos (SILVA, 2004, p. 38). E esse caráter não absoluto dos direitos fundamentais traz a compreensão de que as normas que os protegem são norteadas pela ideia de derrotabilidade.

Diante de um caso concreto e em face da argumentação desenvolvida, uma norma que tutela determinado direito fundamental pode ser derrotada em razão da necessidade de aplicação de uma norma que protege outro direito fundamental ou ainda de uma norma constitucional que consagra um interesse público. O direito é visto dessa forma como uma prática interpretativa de regras ao lado de valorações políticas e morais (MARANHÃO, 2013, p. 43).

Resta claro que uma norma de direito fundamental somente pode ser derrotada, mediante argumentação racional baseada em rigorosa justificação, trazendo o amparo da análise aprofundada e criteriosa do caso concreto.

Conclui-se dessa forma, que a aceitação da derrotabilidade das normas de direitos fundamentais, por parte dos aplicadores e intérpretes do direito, não pode conduzir a um enfraquecimento da tutela dos demais direitos a ele interligados. Uma norma de direito

fundamental somente poderá vir a ser superada após argumentação racional baseada em rigorosa fundamentação.

A segurança das decisões não requer um engessamento sob o postulado de que segundo o princípio da legalidade as decisões deveriam ser absolutamente previsíveis. O Estado de direito requer segurança jurídica e previsibilidade, no entanto, as situações da vida cotidiana são impossíveis de serem todas previstas necessitando o operador do direito de ferramentas hábeis no processo decisório.

O direito é subjetivo e a todo momento novas premissas são inseridas as já existentes, novas conclusões vão se modificando na medida em que novas premissas são agregadas, necessitando de interpretação e aplicação. Cabe ao operador do direito ponderar os interesses em conflito atendendo de forma coerente ao caso concreto.

Pode-se dizer então que até mesmo um precedente é derrotável quando está sujeito a exceções implícitas que não são passíveis de enumeração antecipada, ou seja, premissas que não podem ser previstas antecipadamente, mudança na interpretação da norma ou ainda a introdução de exceções anteriormente não contempladas.

Neste ponto, é importante destacar que, apesar de Hart ter sido um pensador do direito do sistema *Common Law*, suas constatações se aplicam perfeitamente ao ordenamento jurídico brasileiro, escrito e codificado.

De fato, no Brasil, desde as normas constitucionais, passando pela linguagem prescritiva da norma infraconstitucional, há uma textura aberta, isto é, não seguem um esquema exato, restando no plano da realidade com um linguajar pobremente definido.

Quando se fala da possibilidade de derrotabilidade das normas, entende-se a possibilidade de uma regra, princípio (espécies de norma) e até mesmo precedentes judiciais, não incidirem, no todo ou em parte, em determinada situação. Em outras palavras, a norma ou precedente deixam de ser aplicados a um caso particular, mas, como permanecem no ordenamento ou continuam como precedente, poderão regular outras relações jurídicas que venham a ser submetidas a seu crivo.

Este é o modo como se opera a derrotabilidade de normas e precedentes judiciais, uma vez que, não raro, exegeses, de modo aberto ou velado, preconizam saídas excepcionais para determinado litígio, utilizando-se de mecanismos pouco ortodoxos, contrários da exegese literal, da subsunção pura e simples do produto legislativo do sistema *Civil Law*. Os profissionais do direito, em vez de seguir o óbvio, procuram maneiras outras de compor o litígio.

Jorge Luis Rodriguez e German Sucar elencam 11 (onze) hipóteses em que uma norma jurídica ou um precedente pode se submeter a derrotabilidade (1998, p. 277-305):

- 1 exegese nem sempre é a mesma para todos os casos. Pode mudar em certos momentos para enquadrar a norma interpretada em situações dantes não compreendidas em seu espectro semântico;
- 2 novos enunciados jurídicos, depreendidos de exceções outrora não contempladas, podem advir do mister interpretativo;
- 3 o conteúdo de um enunciado jurídico deve ser extraído do contexto no qual foi formulado, porque outros enunciados do sistema podem permitir exceções na norma por ele expressada;
- 4 os enunciados jurídicos estão sempre sujeitos da textura aberta da linguagem, motivo pelo qual é impossível se delimitar, numa precisão matemática, o grau maior o menor de incerteza a respeito da aplicabilidade de uma norma com relação a um caso particular;
- 5 a atividade legislativa leva em conta, apenas, o básico das situações que pretende regulamentar, sem ter em mente que casos atípicos merecem uma solução diferenciada. Por isso, as obrigações e os direitos consagrados em normas gerais submetem-se a exceções implícitas;
- 6 o uso dos conceitos jurídicos faz-se de modo adscritivo e não descritivo, porquanto não podem ser validados em decorrência da informação fática trazida em seu apoio. Logo, não se pode enquadrar os fatos dentro do alcance dos conceitos jurídicos em termos de condições necessárias e suficientes. Um juiz, por exemplo, ao aplicar um conceito jurídicos, possui uma margem de subjetividade para exercer a subsunção;
- 7 qualquer norma jurídica pode restar derrotada em sua aplicabilidade a determinado caso sub judice, desde quando a situação fática assim o recomende. Um argumento de índole moral, por exemplo, pode prevalecer em face da letra fria de um preceito jurídico, desde quando privilegie uma solução normativa derivada do ordenamento;
- 8 a norma geral interpretada pelo juiz num caso concreto serve para convalidar toda uma classe de soluções igualmente válidas;
- 9 para se tipificar a conduta do sujeito no caso particular é preciso, primeiramente, analisar a situação em que ele se encontra. Diferentes descrições podem determinar diferenças na qualificação normativa. Como não há uma descrição que pode considerar – se “verdadeira” ou “completa”, sempre é possível que uma dada situação apresente certa particularidade que venha a tornar operativa uma exceção;
- 10 a informação sobre a realidade fática que envolve um problema deduzido em juízo é sempre incompleta; e
- 11 qualquer pretensão deduzida em juízo com base em uma norma geral pode ser derrotada pela parte contrária se ficar demonstrado que o ordenamento jurídico contempla exceções a respeito do assunto.

A derrotabilidade normativa estará inserida no tratamento dos *hard cases*, ou seja, na solução dos casos jurídicos de maior complexidade, onde a subsunção lógica não trará uma resposta adequada ao caso concreto. A derrotabilidade permite, dessa forma, que sejam inseridos preposições condicionais, constituídas de execuções implícitas que possibilitem que a norma geral seja derrotada.

Torna-se dessa forma essencial e necessário o reconhecimento da derrotabilidade das normas jurídicas em geral, ou seja, da possibilidade de se encontrar exceções ou

situações que afastem suas conseqüências em um caso particular (BUSTAMANTE, 2012, p. 118).

Pode-se assim afirmar que as normas jurídicas são sempre derrotáveis, podendo existir razões para que se deixe de aplicá-las em certas situações especiais, o que nos permite dizer a incidência de uma norma sobre um caso concreto não garante sua aplicação, pois dependendo da análise caso concreto ela pode vir a ser excepcionada.

Assim a exceção aplicada a uma determinada regra jurídica será formulada a partir da ponderação racional de princípios, onde por meio de uma valoração que determinará se é possível, ou não, estabelecer uma exceção àquele determinado precedente.

Segundo Fernando Andreoni Vasconcellos (2010, p. 153), a decisão que supera um precedente deve impor uma carga argumentativa de maior peso do que aquela que o afasta, para ele “coerência e fundamentação devem sempre estar presentes, para a preservação em última análise, da isonomia, da segurança jurídica e do espírito democrático”.

CONCLUSÃO

Assim, sob a ótica de tudo que aqui foi exposto, a aplicação de precedentes busca restabelecer a credibilidade do Judiciário, garantindo ao litigante previsibilidade na prestação jurisdicional. Nesse contexto percebe-se que nosso ordenamento jurídico está em nítida mudança, abandonando um pouco das premissas do sistema da *civil law* e infundindo premissas da teoria do *common Law*.

Para o jurista do *common law*, a ideia de derrotabilidade é aceita de maneira racional e natural tendo em vista a tradição dos precedentes e a forma como são utilizados ou até mesmo afastados. A argumentação jurídica passa pelas circunstâncias fáticas do caso concreto onde uma norma jurídica será utilizada ou até derrotada, não sendo determinado precedente utilizado ao caso concreto tendo em vista toda a carga argumentativa utilizada, motivando a nova decisão.

A força e a autoridade de uma Teoria da derrotabilidade normativa estarão vinculadas aos responsáveis por sua interpretação e aplicação; o manejo incorreto dessa teoria quebra o sistema e faz cair a pretensão de estabilidade e segurança desejada pelo judiciário, assim os operadores do direito devem estar aptos ao manuseio dos precedentes. Tornando-se imperioso, o estudo, ainda nos bancos acadêmicos, tanto para estudantes

como para juízes, o aprimoramento cultural no que se refere à aplicação dos Direitos Humanos e às demais disciplinas conexas com o caso concreto.

Conclui-se dessa forma, que a aceitação da derrotabilidade das normas de direitos fundamentais, por parte dos aplicadores e intérpretes do direito, não pode conduzir a um enfraquecimento da tutela dos demais direitos a ele interligados. Uma norma de direito fundamental somente poderá vir a ser superada após argumentação racional baseada em rigorosa fundamentação, dessa forma a aplicação da teoria da derrotabilidade visa a estabelecer argumentos técnicos e principiológicos no processo de tomada de decisão no caso concreto.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência*. Revista Eletrônica de Direito de Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março 2009, disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. acesso em 26.04.2010.

_____. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>>:. Acesso em: 25 dez. 2010.

BAYÓN, Juan Carlos. **Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico. Isonomía**. Revista de Teoría y Filosofía Del Derecho, Alicante, Universidade de Alicante, n.13.p.87-117,2000.

_____; RODRÍGUEZ, Jorge. **Relevancia normativa em la justificación de las decisiones judiciales**. El debate Bayón-Rodríguez sobre La derrotabilidade de las normas jurídicas. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do Precedente: a Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais**. – São Paulo: Noeses, 2012

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

_____. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MARANHÃO, Juliano Souza Albuquerque. **Estudos sobre lógica e direito** – São Paulo: Marcial Pons, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A transformação do civil law e a oportunidade de um sistema precedentalista para o brasil*. Fonte: www.marinoni.adv.br, acessado em 16.06.2011.

_____, **Precedentes Obrigatórios**. 2.ed. ver. Atual. São Paulo:Revista dos Tribunais.2011.

MELLO, Celso, STF, Pleno, MS n.23.452/RJ, re. Min. Celso de Mello, j. em 16.9.1999. *DJU* de 12 de maio de 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 94-97.

MERRYMAN, John Henry. *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*. Tradução de Carlos Sierra. 2 Ed. México: FCE,1989.

RODRÍGUEZ, Jorge L; SUCAR, German. **Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la Introducción del derecho**. In: COMANDUCCI, Paolo e GUASTINI, Ricardo (coord). *Analisi e diritto. Ricerche de Giurisprudenza Analitica*. Torino: Giappichelli, 1998.

SANTOS, Ferreira; CAVALCANTI, Francisco Queiroz. **O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Limites e Possibilidades**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel Sarmento; IKAMA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, Diferenças e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?/ Lênio Luiz Streck, Georges Abboud* – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **O conceito de derrotabilidade normativa**. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. In: Revista de Processo, São Paulo: RT, v. 172, ano 34, jun. 2009.