

O DILEMA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DIANTE DA DERROTABILIDADE DAS REGRAS (*DEFEASIBILITY*)

Samuel Sales Fonteles*

Resumo: O presente trabalho busca oferecer parâmetros para elucidar qual o significado da derrotabilidade das regras e quando ela poderá ocorrer. Para tanto, o estudo avalia que tipo de norma admite uma derrota e qual argumento é invocado para fundamentar esse fenômeno. Detalha-se, também, a metodologia empregada para a defeasibility. A incidência de uma norma existente, válida e eficaz é afastada por esse método, logo, há uma nítida distinção com o controle de constitucionalidade. Mais do que isso, o ensaio investiga a postura a ser adotada pelo membro do Ministério Público diante desse fenômeno, notadamente porque a missão desse órgão é velar pela ordem jurídica.

Palavras-chave: Derrotabilidade. Regras. Princípios. Exceções. Justiça.

Abstract: This paper seeks to provide parameters to elucidate the meaning of defeasibility of rules and when it may occur. For this, the study assesses what kind of norm admits defeat and which argument is invoked to support this phenomenon. Details is also the methodology used for defeasibility. The incidence of an existing, valid and effective standard is removed by this method, só, there is a clear distinction with the judicial review. More than that, the essay investigates the position to be adopted by prosecutors member on this phenomenon, especially because the mission of this agency is to oversee the law.

Keywords: Defeseability. Rules. Principles. Exceptions. Justice.

Sumário: 1. Introdução: a defraudação da ordem jurídica por meio da falsificação de princípios e regras. 2. A doutrina da derrotabilidade das regras: origem, fundamento, conteúdo e extensão. 2.1. (In)compatibilidade com o ordenamento brasileiro. 2.1.1. Exceções trazidas por outra regra. 2.1.2. Inconstitucionalidade da regra a ser afastada. 2.2. Das normas passíveis de derrota. 2.2.1. Derrotabilidade

* Promotor de Justiça do Ministério Público de Rondônia (aprovado em 1º lugar). Ex-Defensor Público. Professor de Direito Constitucional na Escola Brasileira de Ensino Jurídico na Internet (EBEJI). Autor de obras jurídicas pela editora *Juspodivm*.

de princípios? 2.2.2. Derrotabilidade de normas constitucionais? 2.2.3. Derrotabilidade de atos administrativos? 2.2.4. Derrotabilidade de súmulas vinculantes? 2.2.5. Derrotabilidade de normas endereçadas à Administração Pública? 2.2.6. Derrotabilidade de normas penais? 2.2.7. Derrotabilidade de normas que instituem ou majoram tributos? 3. O Ministério Público como zelador da ordem jurídica. 4. Estudos de caso. 4.1. Atos infracionais contra a dignidade sexual de adolescentes: exceção de Romeu e Julieta. 4.2. Ação penal pública incondicionada nas contravenções penais (art. 17, Decreto-Lei 3.688/41). 5. Desafios para a aplicação da derrotabilidade das regras (*defeasibility*). 6. Considerações finais. Referências.

1 Introdução: a defraudação da ordem jurídica por meio da falsificação de princípios e regras

Vivemos uma época em que os estudiosos do Direito são pródigos na invenção de *princípios jurídicos*. Por mais inofensiva que essa conduta possa aparentar, trata-se de um comportamento que se reveste da mais alta seriedade. Isso porque, nas palavras de Robert Alexy, “Toda norma é ou uma regra ou um princípio”.¹ Adotada a premissa de que princípios são normas jurídicas, por uma implicação lógica, criá-los equivale a legislar. Assim, o doutrinador que, maliciosa ou equivocadamente, sustenta a existência de um princípio jurídico não contemplado no ordenamento, arvora-se na condição de legislador e usurpa a função legiferante. É insofismável: inventar princípios jurídicos é o mesmo que fabricar normas jurídicas, que, a seu turno, são dotadas de força normativa, subordinando a vontade dos seus destinatários. Em última análise, a criatividade principiológica da doutrina, quando despida de respaldo legal, afigura-se como um golpe endereçado à democracia, eis que somente aqueles sufragados nas urnas são detentores de uma procuração para restringir a liberdade do povo, por meio da edição de leis (art. 5º, II, CF).

Essa atividade oportunista torna-se ainda mais cômoda quando lembramos que o Brasil não admite o que Rui Barbosa chamou de *crimes de hermenêutica*, isto é, a ninguém é dado ser punido pela errônea interpretação do Direito. Rebelar-se contra a interpretação oficial de um texto legal é tido como uma expressão das liberdades comunicativas. Noutra dizer, cuida-se do direito constitucional da liberdade de expressão da atividade intelectual (art. 5º, IX). Com isso, nasce o álibi perfeito para o charlatanismo e para a litigância de má-fé. Se o teor e a vigência do direito alienígena precisam ser provados pela parte que o invoca, de modo a afastar um estelionato processual, quase nunca se exige das partes que demonstrem o conteúdo de um princípio supostamente em vigor.

¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 91.

Tanto quanto uma moeda falsa atenta contra a fé pública, o delírio acerca da existência de uma norma jurídica principiológica é igualmente apto a iludir a coletividade. Ambas, a norma e a moeda, são dignas da mesma credibilidade. Desse modo, falsear princípios jurídicos pode frustrar a confiança de tribunais, juízes, órgãos públicos e todos quantos devam obediência a seus preceitos. Mais que isso, permite-se que os buracos normativos sejam indevidamente preenchidos, pois a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro estatuiu que, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (art. 4º).

Após a defraudação dos princípios jurídicos, *teorias doutrinárias* também passaram a ser confeccionadas arditosamente para induzir a erro os julgadores. Contando com a ingenuidade de alguns juízes, os doutores do Direito passaram a arquitetar os mais mirabolantes estratagemas e construções teóricas, mesmo *contra legem*, para dar sustentáculo aos interesses em nome dos quais produziavam essa duvidosa ciência. Diferentemente dos pareceres jurídicos, peças típicas da advocacia consultiva, teorias brotavam de monografias acobertadas por uma suposta neutralidade acadêmica.

Como diria Joseph Goebbels, responsável pela propaganda da Alemanha nazista, uma mentira repetida mil vezes torna-se verdade. Repetir que um princípio ou uma teoria efetivamente existem, que são dotados de força normativa, que estão em harmonia com o que há de moderno, que espelham os valores mais humanitários, que contrariá-los equivale a comportar-se de maneira ditatorial ou conservadora, são artifícios voltados a um único propósito: fazer eco na construção pretoriana. Tudo não passa de uma lavagem cerebral coletiva, não raro encomendada por um lobby ou determinada fração da sociedade, para influenciar e manipular os órgãos judicantes.

Uma moeda falsa, pelo menos, é confiscada e inutilizada. No Direito, lamentavelmente, é impossível confiscar uma mentira propalada. Como uma flecha, uma vez proferida a inverdade, jamais se pode restituir o *status quo*. Se um único Tribunal se deixar seduzir por essas fantasias, a mentira estará gravada de maneira indelével nos repositórios de jurisprudência. Uma consulta virtual é capaz de eternizar a invencionice, que, quando convier à parte, será trasladada para peças jurídicas e talvez até ganhe menção em algum manual. E assim se corrompe o Direito.

Porém, nesse mar fraudulento de institutos jurídicos, as normas regras despontavam como uma última esperança de segurança jurídica. É como se as fraudes só conseguissem alcançar dispositivos legais mais vulneráveis, pois não havia, até então, tecnologia jurídica para clonar ou inventar normas regras. A imunidade ao golpe hermenêutico advinha da estrutura da norma que abriga uma regra, que, por excelência, é calibrada para ser menos vaga que os princípios,

devendo a sua incidência no suporte fático guiar-se pela subsunção, numa lógica do tudo ou nada (*all or nothing*), não pela ponderação. Exemplifico: como autor e réu convenceriam um Juiz de que o voto é obrigatório a partir dos 21 anos, se a Constituição é de clareza meridiana ao asseverar que o voto é obrigatório para os maiores de 18 anos (art. 14, I)? Induzir um julgador a um equívoco grosseiro como esse é impossível, a não ser por meio de um falso *material*, vale dizer, fabricando um simulacro de emenda à Constituição, para adulterar o texto constitucional.

Todavia, a criatividade humana logo tratou de contornar esse obstáculo, para finalmente conseguir uma maneira de também fraudar *normas regras*. Se o Congresso Nacional é detentor da patente vitalícia e inquebrantável de fabricar leis, a farsa não poderia consistir em afirmá-las, mas sim em (episodicamente) negá-las. Mas negar sob que fundamento? Se a fundamentação fosse a inconstitucionalidade da regra, não haveria nada de novo, porque estaríamos diante do tradicional controle difuso de constitucionalidade, mecanismo este devidamente autorizado pela própria Constituição Federal (art. 102, III, b, CF). Arquitetou-se, então, outro fundamento para amputar de uma lei a autoridade que lhe é imanente, de modo a neutralizar a sua incidência no caso concreto. Refiro-me à *Justiça*. Em célebre frase atribuída a Eduardo Juan Couture Etcheverry, jurista uruguaio, “teu dever é lutar pelo Direito, mas no dia em que encontrares o Direito em conflito com a Justiça, lute pela Justiça”. Assim, em nome do que é (ou parece ser) justo, regras têm sido impedidas de incidir. Esse é o *modus operandi* para conceber a perigosíssima doutrina da *derrotabilidade das regras*.

Uma primeira advertência se impõe. Não se quer, com isso, afirmar que a doutrina da derrotabilidade das regras jamais poderá ser aplicada legitimamente. Em absoluto. Todavia, cuida-se de uma das mais perigosas construções para satisfazer interesses casuisticamente, a pretexto de se realizar a Justiça. É consabido que o antídoto e o veneno se distinguem pela dose. Pois bem. Vaticino que, se vier a ser banalizada como as demais construções doutrinárias, a teoria da derrotabilidade das regras é capaz de ferir de morte a segurança jurídica.

A esta altura, cabe indagar: a quem caberá desmascarar a defraudação de normas jurídicas? Ao Ministério Público brasileiro, órgão constitucionalmente incumbido da veladura da *ordem jurídica* e do *regime democrático* (art. 127, CF).

Eis o cerne do presente estudo: que postura deve ser adotada pelo membro do Ministério Público, como *custos juris*, diante da doutrina da derrotabilidade das regras? Como parte no processo, é lícito ao membro do *parquet* postular a derrotabilidade de uma norma sem que isso venha a desaguar na vulgata do ativismo ministerial? O dilema está apresentado. É o que se buscará elucidar.

2 **A doutrina da derrotabilidade das regras: origem, fundamento, conteúdo e extensão**

Por força da doutrina da derrotabilidade das regras (*defeasibility*), uma norma pode alojar infinitas exceções implícitas e imprevisíveis que, em um dado caso concreto, justificam seja episodicamente afastada, a pretexto de se fazer Justiça ou de assegurar os seus fins, permanecendo íntegro o texto que alberga o seu comando. Na feliz síntese de Carsten Bäcker, “derrotabilidade deve ser entendida como a capacidade de acomodar exceções”. Oportunas são as palavras do Professor da Universidade de *Kiev*:²

Se olharmos para as regras, elas têm, em geral, exceções. Essas exceções, contudo, não podem ser enumeradas de forma conclusiva, devido ao fato de que as circunstâncias que emergem dos casos futuros são desconhecidas. Portanto, regras jurídicas sempre têm a capacidade de acomodar exceções, ou seja, elas são derrotáveis.

Tomemos o seguinte exemplo hipotético: se uma esposa estipula que seu marido não deve mentir, a regra é clara: “fale a verdade”. O espírito da regra (*mens legis*) é a sinceridade que deve prevalecer no relacionamento conjugal. Suponhamos, no entanto, que a sinceridade do esposo possa frustrar a surpresa de uma festa de aniversário planejada pelos colegas de trabalho. Para assegurar a nobre emoção proporcionada pela surpresa da festividade, o cônjuge temporariamente omite a verdade, chegando, inclusive, a mentir. Como se vê, a *mens legis* da sinceridade não foi comprometida na sua essência, de modo que a hipótese configuraria uma legítima exceção. A regra, então, passaria a ser enunciada da maneira a seguir: “fale a verdade, exceto se for para me surpreender positivamente em uma festa de aniversário”. Porém, imaginemos que essa mesma esposa, em um rompante de fúria, imediatamente após descobrir ter sido furta-da pela empregada doméstica, se valha de uma vassoura e persiga implacavelmente a sua funcionária. Ao perdê-la de vista, a mulher indaga ao marido para que direção a ladra correu. O homem, preocupado com o descontrole de sua companheira, prefere dizer que não viu. Minutos depois, quando a paz é restaurada, o marido explica que mentiu para acalmar os ânimos da esposa. Mais uma vez, em tese, a hipótese pode configurar uma exceção legítima ao dever genérico de falar a verdade. A regra inicial, então, se transmudaria para “fale a verdade, exceto se for para me surpreender positivamente em uma festa de aniversário ou me proteger da minha ausência de freios inibitórios”. Certamente, com o passar dos anos, a regra original sofreria inúmeras mutações, para comportar exceções cada vez mais específicas e inusitadas.

² BÄCKER, Carsten. Regras, princípios e derrotabilidade. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 102, jan./jun. 2011, p. 60.

É fácil concluir que a vida pode apresentar infinitas hipóteses casuísticas que justificariam a flexibilização de uma regra, que escapam da previsibilidade do legislador, mas nem por isso são reputadas como injustas. *Este é o fundamento da derrotabilidade das regras: a não ser por meio de dons premonitórios*, é impossível ao legislador antever todas as hipóteses reais que justificariam fosse excepcionada a regra que pretende elaborar. Juliano Taveira Bernardes assevera:

E dessa incapacidade de antecipação normativa derivam exceções implícitas em número diretamente proporcional ao das múltiplas variáveis presentes nos diversos tipos de conduta que se pretende regular.

A questão nevrálgica é: como transportar esse raciocínio para o mundo do Direito, sem que a autoridade imanente às normas jurídicas seja desafiada? Poderá um Juiz, que não é onisciente, sondar a mente do elaborador da lei, para adivinhar aquilo que ele excepcionaria ou não? Na prática, com base em meras conjecturas, é possível negar a incidência de uma lei existente, válida e eficaz?

É possível, mas não é provável. E quase nunca deverá acontecer.³ Alguns estudos de caso serão apresentados neste artigo.

A paternidade da teoria da derrotabilidade das regras é atribuída a Hart, em seu ensaio *The Ascription of Responsibility and Rights* (1948). O jusfilósofo empregou a expressão *defeasibility*,⁴ cuja tradução para o português é prejudicada pela inexistência de um correspondente exato. Entre nós, o termo quer significar que a regra é superada, temporariamente vencida, episodicamente derrotada. Sabemos que, na Teoria Geral do Direito, uma norma jurídica incide no suporte fático quando a hipótese abstratamente descrita no arquétipo legal se verifica no mundo fenomênico. Porém, Hart defendeu em seu trabalho que, ainda que isso venha a acontecer, exceções podem impedir a incidência da norma, como se os enunciados normativos contivessem uma expressão imaginária “*a menos que*”.

A esta altura, cumpre indagar: quem pronuncia essa derrota? A derrota ou superação de uma norma é pronunciada por um órgão judicante, isto é, Juiz ou Tribunal, devendo fazê-lo na fundamentação do julgado, e não no dispositivo. Afinal, se a norma é afastada apenas episodicamente, é porque permanece em vigor para os demais casos, razão pela qual a derrota episódica não é acobertada

³ Cristiano Chaves de Farias batizou esses casos anormais de *extreme cases*. Segundo o membro do Ministério Público da Bahia, “São casos raros, de pouca ocorrência prática e de difícil solução jurídica e social. Não se confundem com os *hard cases*, (casos difíceis), aludidos pela doutrina, mostrando-se ainda mais complexos estruturalmente e ainda mais escassos (FARIAS, Cristiano Chaves de. Derrotabilidade das normas-regras (*legal defeasibility*) no direito das famílias: alvitando soluções para os *extreme cases* (casos extremos). *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, MPRJ, n. 53, jul./set. 2014, p. 29.).

⁴ Alerto que a expressão correta é “*defeasibility*”. Apesar disso, um brilhante trabalho a respeito do tema, que foi muito útil para a confecção deste artigo, acabou sendo publicado com a palavra grafada de maneira equivocada.

pelo manto da coisa julgada. Se a *res judicata* atingisse a superação de uma regra, a sentença ou acórdão equivaleria à eliminação ou revogação da norma, efeito este que só é franqueado ao Supremo Tribunal Federal e aos Tribunais de Justiça, nos estritos limites do controle de constitucionalidade abstrato. Desse modo, convém repetir: a derrotabilidade das regras afigura-se como uma prejudicial de mérito, a ser enfrentada incidentalmente na fundamentação do julgado, não sendo atingida pelos efeitos da coisa julgada. Simetricamente, se é enfrentada incidentalmente no decisório, é porque se aloja na causa de pedir, e não no pedido formulado na exordial. Isso tem uma consequência sobremodo relevante: a derrotabilidade das regras pode ocorrer até mesmo em ações coletivas, sem que seja usurpada a competência do STF para negar, com efeitos *erga omnes*, a incidência de uma lei. Nada impede seja reconhecida *ex officio* pelo Juiz ou mesmo postulada pelo Ministério Público, seja quando o *parquet* atua como parte, seja quando se manifesta como *custos juris*. Com isso, adiantamos (precozemente) a conclusão deste trabalho: poderá o membro do Ministério Público manifestar-se favoravelmente a esse incidente, porém, ante o *munus* constitucional de veladura da ordem jurídica, a exceção não deve convolar-se em regra.

No que diz com a natureza jurídica do fenômeno da derrotabilidade, tem-se uma interrupção da sua incidência, judicialmente provocada. Não se confunde com a antinomia entre regras,⁵ que pressupõe uma lei superior, posterior ou mais específica. Na *defeasibility*, há uma única regra, que é afastada em razão de um ideal de justiça ou dos seus próprios fins. A norma objeto de derrota não é revogada, nem invalidada, tampouco não recepcionada. Também não tem sua eficácia suspensa, à semelhança do que ocorre com as normas declaradas inconstitucionais pelo STF, no controle difuso, e sustadas por resolução do Senado (art. 52, X, CF/88). Simplesmente, a regra não incide no suporte fático por obra de um órgão judicante, como um curto circuito na sua operabilidade. Engana-se quem pensa que o tema não se reveste de importância prática, eis que, uma vez assentada a premissa de que o fenômeno da derrotabilidade traduz a *não incidência de uma lei*, entendo que deverá ser respeitada a solenidade da reserva de plenário, nos termos da Súmula Vinculante n.º 10:

Súmula Vinculante 10: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

⁵ Como relembra Luís Roberto Barroso, “São três os critérios tradicionais para superar os conflitos entre regras: o hierárquico – lei superior prevalece sobre lei inferior; o temporal – lei posterior prevalece sobre lei anterior; e o da especialização – lei especial prevalece sobre lei geral” (BARROSO, 2015, p. 242).

Ora, se a formalidade da reserva de Plenário justifica-se para afastar a incidência de uma lei inconstitucional (decisão *secundum legem*⁶), com mais razão haverá de ser adotada para negar efeitos a uma lei constitucional e que, apesar disso, é derrotada (decisão *contra legem*). Sabe-se que a cláusula de reserva de Plenário (*full bench*) é exigida porque milita em favor das normas uma presunção *juris tantum* de constitucionalidade, razão pela qual se demandou um consenso maior (*quorum* de maioria absoluta) para ilidir essa presunção. Na *defeasibility*, sequer se cogita de qualquer vício que venha a inquinar a norma da mácula da invalidade, ou seja, a providência é sobremodo mais ousada que a anterior: afasta-se a incidência de uma regra sem que se declare a sua inconstitucionalidade. Nesse caso, a Súmula Vinculante 10 é de clareza solar, órgãos fracionários de tribunais não poderão pronunciar a derrotabilidade de uma regra, sob pena de violação à cláusula de reserva de plenário.

Sigamos em frente.

2.1 (In)compatibilidade com o ordenamento brasileiro

O ordenamento jurídico brasileiro previu a derrotabilidade das regras? Mais uma vez, cumpre lembrar: se a derrotabilidade advém da possibilidade de acomodar exceções *implícitas*, a toda evidência, a resposta só pode ser: *expressamente*, não.⁷ Esse é o perigo da derrotabilidade das regras: sua aplicação me-

⁶ Por *secundum legem*, entenda-se “segundo a Lei Maior”.

⁷ Na jurisprudência brasileira, é raríssimo um julgado que aluda à derrotabilidade das regras. Um dos poucos Tribunais que expressamente fez menção ao fenômeno foi o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, embora a aplicação do instituto tenha sido levada a efeito de maneira desvirtuada e em uma nítida confusão com o controle de constitucionalidade. Transcreve-se a ementa do único julgado que consta da pesquisa no sistema unificado da Justiça Federal (sem grifo no original): EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TRANSFERÊNCIA DE ESTUDANTE DEPENDENTE DE EMPREGADO DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INEXISTÊNCIA, NO LOCAL DE DESTINO, DE INSTITUIÇÃO CONGÊNERE. “*DERROTABILIDADE*” DA VEDAÇÃO CONTIDA NO ARTIGO 99 DA LEI 8.112/90. APLICAÇÃO DA PARTE FINAL DA SÚMULA 43 DESTA CORTE. 1. A alegação de que à vista do disposto no artigo 173, § 1º, II, da Constituição, os empregados de sociedade de economia mista e de empresas públicas que exploram atividade econômica não poderiam ser equiparados, para o fim da transferência deles e de seus dependentes, não tem, com a devida vênia, forte relevância jurídica, uma vez que o objetivo da norma constitucional não é restringir os direitos dos empregados daquelas pessoas jurídicas, mas sim não permitir que elas possam competir com as empresas privadas, usufruindo vantagens não aplicáveis a estas. 2. Por outro lado, o disposto na parte final da súmula 43 da jurisprudência predominante desta Corte (“A transferência compulsória para instituição de ensino congênera a que se refere o art. 99 da Lei 8.112/90, somente poderá ser efetivada de estabelecimento público para público ou de privado para privado, salvo a inexistência, no local de destino, de instituição de ensino da mesma natureza”) não atenta contra a decisão do Plenário da Suprema Corte que, ao julgar a ADI 3324/DF, relator Ministro MARCO AURÉLIO (Carta Magna, art. 102, § 2º), uma vez que nesse caso (inexistência no local de destino de instituição da mesma natureza), a vedação em causa é “derrotável”, porquanto o legislador, ao

todológica quase sempre se dá ao arrepio do Direito posto, desaguando em decisões judiciais *contra legem*. Com uma sinceridade rara e sem maiores cerimônias, Cristiano Chaves de Farias arremata:⁸

Sem dúvida, a admissibilidade da *derrotabilidade das regras*, ainda que em caráter excepcional, autoriza a prolação de uma decisão *contra legem* – sem eufemismo ou puritanismo.

Não é demais repetir que, na derrotabilidade das regras, a norma existe, é válida e eficaz, contudo, mesmo percorrendo adequadamente todos os degraus da escada ponteana, não triunfa no caso que normatizou. Disso resulta a perplexidade gerada pela doutrina da *defeasibility*.⁹

Como lembra Luís Roberto Barroso, “uma regra somente deixará de ser aplicada se outra regra a excepcionar ou se for inválida” (2015, p. 242). Há, pois, duas hipóteses válidas para a não aplicação de uma norma regra:

- a) exceções trazidas por outra regra;
- b) inconstitucionalidade da regra a ser afastada.¹⁰

A doutrina da derrotabilidade das regras não se amolda a nenhuma das hipóteses elencadas pelo insigne constitucionalista, pois, na *defeasibility*, a norma afastada é válida e nenhuma regra a excepcionou (expressamente).

Vejamos, articuladamente, as duas situações.

2.1.1 Exceções trazidas por outra regra

A derrotabilidade é inconciliável com a letra “a”. O afastamento da regra opera-se não pela autoridade de outra norma que a excepcionou, mas por uma suposta exceção implícita que lhe é inerente. Enquanto Luís Roberto Barroso

editar o dispositivo em referência, não considerou essa circunstância em sua formulação normativa, de forma que o princípio do direito constitucional à educação (Carta Magna, art. 205), bem como o de que as normas restritivas devem ser interpretadas restritivamente “derrotam” a vedação contida no referido dispositivo legal. 3. Embargos de declaração não providos. (EDAMS 00055488020014 013500, Juiz Federal Leão Aparecido Alves (CONV.), DJe 18/04/2005)

⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de. Derrotabilidade das normas-regras (*legal defeasibility*) no direito das famílias: alvitando soluções para os *extreme cases* (casos extremos). *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, MPRJ, n. 53, jul./set. 2014, p. 45.

⁹ Em um raciocínio de Direito Comparado, podemos observar que a cláusula “*a menos que*”, que implementa a derrotabilidade das regras, pode ser considerada como o avesso da cláusula “*não obstante*” (*notwithstanding clause*), esta prevista na Carta de Direitos Canadense de 1982 (Seção 33). Isto porque a cláusula “*não obstante*” permite a aplicação de uma lei, mesmo contrária à Constituição, ao passo que a cláusula “*a menos que*” (*defeasibility*) viabiliza a não aplicação de uma lei, apesar de harmônica com a Carta Magna. São cláusulas antípodas.

¹⁰ Embora não mencionado por Luís Roberto Barroso, poderíamos acrescentar ainda uma terceira hipótese, qual seja, a invalidade que deriva do controle (difuso) de *convencionalidade*. Desse modo, também é possível deixar de aplicar uma lei.

trabalha com a norma excipiente e a norma excepta, ambas explícitas,¹¹ na *defeasibility*, tem-se uma única norma que não foi excepcionada por nenhuma outra (expressamente). Apesar disso, o Juiz deve considerar que esta regra implicitamente excepciona a si mesma, diante de um caso supostamente anormal. Não é tarefa simples justificar tanta indiferença pelos limites do ordenamento jurídico. O risco de anarquia metodológica é latente, porque as exceções vislumbradas são (ou podem ser) imaginárias. Parte-se da *suposição* de que o legislador assim o teria feito, se a vida lhe tivesse concedido a oportunidade de vivenciar ou testemunhar essa situação anormal que se esqueceu de normatizar. O raciocínio é similar ao da analogia, quando se presume um esquecimento do elaborador da lei.¹²

2.1.2 Inconstitucionalidade da regra a ser afastada

Também se afigura incompatível com a situação “b”, porque, ao contrário do que ocorre no controle de constitucionalidade, na derrotabilidade das regras, a regra objeto de derrota é constitucional. Não há nenhum dispositivo constitucional invocado como parâmetro para, incidentalmente, afastá-la. Se uma regra é derrotada, o que triunfa sobre ela? A Justiça. Pelo menos, esse é o pretexto. Então, a norma paramétrica migra da Constituição para o ideal de Justiça, o que é de uma porosidade incomensurável. Afirma-se que uma regra deve ser afastada, não por conspurcar a Carta Magna, mas porque a especificidade do caso concreto convém que ela não seja empregada, em nome do que parece justo.

Há uma aproximação entre a derrotabilidade das regras e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Em ambas, afasta-se a incidência da norma porque, embora seu texto não se revele ilegítimo, a maneira como aplicado no caso concreto é ilegítima. Os dois fenômenos acarretam a derrota da norma, e não do texto. Todavia, na técnica da interpretação conforme a Constituição,¹³ exclui-se uma via hermenêutica de uma norma polissêmica inconstitucional, ao passo que, na *defeasibility*, simplesmente a norma é episodicamente superada, sob o argumento de que, ante a anormalidade do caso concreto, a consequência seria casuisticamente injusta.

¹¹ Mesmo que provenham do mesmo texto legal, afinal, de um único enunciado podem emanar inúmeras normas.

¹² Ao contrário da interpretação extensiva, quando se entende que o legislador não esqueceu, mas disse menos do que quis (*dixit minus quam voluit*).

¹³ Neste ensaio, adotamos as expressões “interpretação conforme a Constituição” e “declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto” como sinônimas, na linha da jurisprudência do STF (ADI-MC 491 e ADI 319, Dj de 30.04.1993, ambas relatadas pelo saudoso Ministro Moreira Alves).

Parte da doutrina tem afirmado que a norma é objeto de derrota não exatamente em nome da Justiça, mas para resguardar os próprios fins que ela se propôs a abrigar. Pode parecer a mesma coisa, mas não é. A depender do ordenamento jurídico examinado pelo jurista, o fim da norma não necessariamente será justo, e os seus valores poderão ser bons ou ruins. Uma coisa é afastar uma norma porque sua aplicação se mostra injusta. Outra, bem diferente, é afastar a incidência de uma norma porque se imagina que a própria finalidade, que inspirou seu nascedouro, legitima sua derrotabilidade. Lembremos que, em tese, nada impede que um legislador, impelido por fins não humanistas, elabore uma norma jurídica.

Na doutrina, Cristiano Chaves de Farias¹⁴ perfilha a corrente pela qual a derrotabilidade busca assegurar os fins da norma derrotada:

O fundamento, porém, desse permissivo de decisões contrárias à norma jurídica é, curiosamente, o mesmo que embasa o respeito às normas jurídicas: a decisão *contra legem* é admitida quando necessário para que a aplicação de uma regra não afronte os valores que justificaram a sua elaboração.

Em síntese, conjugando ambas as correntes doutrinárias, estas têm sido as “normas paramétricas” usadas como referência para o exercício da derrotabilidade de uma regra: o ideal de justiça ou os fins almejados pela própria norma (*mens legis*).¹⁵

Por tudo isso, é fácil perceber que, tecnicamente, a tese da derrotabilidade está longe de encontrar no Brasil um campo fértil para frutificar, exceto em casos pontuais que demonstraremos ao longo deste trabalho.

2.2 Das normas passíveis de derrota

Nem todas as normas admitem derrota, conforme passamos a examinar. Algumas categorias devem ser reputadas como invencíveis.

¹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de. Derrotabilidade das normas-regras (*legal defeasibility*) no direito das famílias: alvitando soluções para os *extreme cases* (Casos extremos). *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, MPRJ, n. 53, jul./set. 2014, p. 45. Apesar da nossa observação, por honestidade intelectual, registramos que o artigo de Cristiano Chaves de Farias, visto de maneira conglobada, acaba sustentando que a derrotabilidade presta obséquio à ideia de Justiça (e aos fins da norma afastada). Isso se nota claramente em outras passagens do seu metucioso trabalho.

¹⁵ É interessante perceber que, somente quando a derrotabilidade da regra opera-se para assegurar o espírito da lei derrotada (*mens legis*), não se profere uma decisão substancialmente *contra legem*. Afinal, não deixa de ser uma maneira de promover, pela via oblíqua, a vontade da lei. Noutra ponta, evitar a derrotabilidade da lei, quando o caso requer essa extrema medida, isto sim, pode traduzir uma consequência à revelia da (finalidade da) lei.

2.2.1 Derrotabilidade de princípios?

Antes de qualquer coisa, convém esclarecer que, ao contrário do que acontece com inúmeros institutos jurídicos, a rubrica *derrotabilidade das regras* ajuda perfeitamente a compreender esse fenômeno jurídico. Derrotam-se regras, não princípios.¹⁶ Ora, se a derrotabilidade é proveniente de exceções implícitas ao comando geral, que escaparam ao âmbito de previsibilidade do legislador, não há como conciliar esse fenômeno com a estrutura de uma norma princípio. Acolhendo como premissa a doutrina de Robert Alexy, para quem princípios são mandados de otimização, percebe-se que o legislador já anteviu as adversidades excepcionais e, apesar disso, expediu um mandado para o destinatário da norma: *seja quais forem as circunstâncias adversas, dê o melhor de si para cumprir essa norma, em maior ou menor grau*. Para iluminar esse tema obscuro, pedimos licença para transcrever a lição de Carsten Bäcker:¹⁷

[...] princípios, como mandamentos de otimização, não acomodam exceções nesse sentido. Ao invés disso, as circunstâncias dos casos futuros, juntamente com outras condições – como, por exemplo, princípios concorrentes –, já estão implícitas no conceito de otimização, e são, portanto, parte integral da própria aplicação do princípio. Isso significa que a otimização está necessariamente relacionada a todas as circunstâncias dadas. Assim, para aplicar um princípio é preciso otimizar – e, dessa forma, necessariamente considerar todas as circunstâncias dadas. Portanto, nenhuma exceção pode surgir na aplicação de um princípio. Em outras palavras, princípios não são derrotáveis.

No mesmo trabalho, o constitucionalista reafirma a impossibilidade de derrota dos princípios:

todas as razões contrárias à realização da finalidade de um princípio devem ser consideradas na otimização, à luz de todas as circunstâncias relevantes conhecidas. Portanto, todas as possíveis razões para exceções já fazem parte do procedimento de otimização. Princípios, em outras palavras, não comportam exceções; eles não são derrotáveis.

Acolhemos a lição do Professor de Kiev. A estrutura de uma norma princípio admite a ponderação com outras normas principiológicas, mas não o afastamento com base em supostas exceções. Princípios não possuem hipótese de incidência, razão pela qual não há que se falar em derrotabilidade de um comando. Se uma norma é expressa pela equação lógica “Se A, então B” (v.g. Se João matar alguém, será apenado com reclusão de 6 a 20 anos – art. 121, CP), a estrutura é típica de uma regra, não de um princípio. A derrotabilidade só pode ser acomodada em estruturas dessa natureza, que passam a ser lidas da maneira

¹⁶ Não se ignora o fato de que alguns autores defendem a derrotabilidade também dos princípios, a exemplo de Rodrigo Telles de Souza, Sartor, Hage, Peczenik e Humberto Ávila.

¹⁷ BÄCKER, Carsten. Regras, princípios e derrotabilidade. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 102, jan./jun. 2011, p. 61 e 72.

ra a seguir: “Se A, então B, *a menos que...*”. A exceção “*a menos que*”, então, derrota a consequência B. Uma norma princípio não é expressa pela equação binária “Se A, então B” (v.g. Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações – art. 5º, I, CF/88). Nota-se, pois, que a estrutura da norma princípio, considerada como um dever *prima facie*, não prevê nenhuma consequência apta a ser derrotada.¹⁸

2.2.2 Derrotabilidade de normas constitucionais?

Já vimos que somente as normas regras sofrem derrota. Esse universo se torna ainda mais diminuto quando aduzimos que apenas normas infraconstitucionais podem ser derrotadas. Isso porque, se admitíssemos que o ideal de Justiça pode afastar a incidência de normas da Constituição Federal, implicitamente acolheríamos a tese de Otto Bachof, para quem há normas constitucionais que podem vulnerar direito suprapositivo, entendimento este já rechaçado pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁹

Bem ou mal, ainda prevalece entre nós o caráter ilimitado do constituinte originário, ao menos juridicamente. Ainda que uma doutrina mais recente apon-te limites éticos, filosóficos ou mesmo advindos dos princípios de Direito Internacional (obrigações *erga omnes*) para o constituinte originário, o fato é que não foi abraçada pelo Brasil a possibilidade de controle a ser exercido sobre normas constitucionais originárias. Quanto às derivadas, é possível cotejá-las com as cláusulas pétreas, não com um ideal de justiça.

Assim, sob pena de frustrar a rigidez constitucional, não se afigura possível sindicá-las se uma Constituição é justa, de modo a derrotar suas normas. O que se pode fazer, à luz do princípio da concordância prática, é sopesar normas em conflito, o que não se confunde com a derrotabilidade das regras, hipótese esta em que somente há uma norma aplicável e que, a despeito disso, não é aplicada. Na tensão entre normas constitucionais, a antinomia (aparente) é solucionada pelo princípio da proporcionalidade. Se apenas uma norma constitucional é aplicável, não há razões jurídicas para sonégá-la em determinado caso concreto, por supostamente ser um caso anormal em que a incidência da Constitui-

¹⁸ Esta também é a conclusão de Thomas Bustamante, oriundo da Escola Mineira de Direito Constitucional, que, revendo seu posicionamento inicial, migrou para a corrente pela qual princípios não podem ser objeto de derrota. A opinião mais recente pode ser conferida no trabalho intitulado Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem* (BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: PUC-RJ, n. 37, jul./dez. 2010.).

¹⁹ ADI 815-3/DF, mormente o voto do Ministro Moreira Alves.

ção resvalaria em uma injustiça. Noutra dizer: a incidência da Constituição é sempre bem-vinda, a menos que outra norma constitucional seja prestigiada.

Há, entretanto, uma importantíssima voz em sentido contrário. Merece registro o fato de que, no ano de 1989, Maria Helena Diniz desenvolveu um aprofundado estudo monográfico (*Norma Constitucional e seus Efeitos*), no qual, na essência, defendeu algo muito próximo da derrotabilidade das normas constitucionais. Tal ocorreria, por exemplo, diante das chamadas lacunas axiológicas. A consagrada civilista classificou as lacunas nas categorias a seguir:

A lacuna normativa, que inclui a técnica, ocorre quando houver ausência de norma sobre determinado caso; a axiológica, se houver norma que, sendo aplicada, acarrete situação injusta; e a ontológica se dá quando a norma vigente não corresponde à realidade fático-social, ante, por exemplo, o fato de o grande desenvolvimento das relações sociais e o progresso técnico acarretarem o anclamento da norma. (1989, p. 64, grifo nosso)

O interessante é que, ao contrário das lacunas em geral, caracterizadas pela ausência de norma que discipline um dado caso na vida, as lacunas axiológicas são consideradas como tais porque, embora exista uma lei, a solução trazida pelo ordenamento resvala em uma (suposta) injustiça. Nas palavras da professora da PUC, “Se houver inadequação do texto constitucional em relação a um sistema de valores positivados, ter-se-á a lacuna axiológica” (1989, p. 62).

Como consequência do fenômeno das lacunas axiológicas, Maria Helena Diniz sustenta a não aplicação da lei injusta, conforme se colhe do trecho a seguir:

Se a norma constitucional conflitar com a tábua de valores positivos, que lhe dá sentido, apresenta uma anormalidade, não devendo ser aplicada e obedecida. Toda norma vige com pretensão de eficácia, logo, não lhe pode faltar a finalidade de ser justa (1989, p. 63, grifo nosso)

É interessante notar que a civilista, com arrimo na doutrina tridimensionalista de Miguel Reale, sustenta a possibilidade de *desobediência civil* de normas constitucionais em desacordo com os valores sociais, normas estas que, a despeito de existentes, válidas e dotadas de eficácia *jurídica*, carecem de eficácia sociológica. Mas não é só. Para além da desobediência civil, a jurista defende ainda a não aplicação da norma constitucional, ou seja, que o Juiz ou Tribunal afaste a norma ao caso subjacente que lhe é submetido em uma demanda. Isto porque usou a expressão “[...] não devendo ser aplicada e obedecida [...]”. Logo, tanto seria possível não obedecer quanto não aplicar.

Com isso, a fronteira entre a derrotabilidade de normas constitucionais e a não aplicação de normas injustas advindas de lacunas axiológicas se torna, cada vez mais, menor. No máximo, resta distinguir os institutos a partir de uma única e última discriminação: enquanto a derrotabilidade da regra é casuística, pois a norma objeto de derrota vem a triunfar em casos outros, a não aplicação de uma norma constitucional injusta, no contexto das lacunas axiológicas, seria uma

“falha” perene, podendo ser subtraída para (quase) todos os casos que demandam a sua incidência. Assim, a diferença é que a derrotabilidade seria pontual, em um caso concreto específico, ao passo que a lacuna axiológica pressuporia uma norma constitucional cuja aplicação não mais se justifica socialmente.

Verdade seja dita, substancialmente, Maria Helena Diniz defendeu a derrotabilidade das normas constitucionais, no longínquo ano de 1989, quando sequer se cogitava falar no assunto.²⁰ Importa não o nome que se dê, mas a essência do objeto de conhecimento. Como diria William Shakespeare, se as rosas não se chamassem rosas, exalariam o mesmo perfume. A rubrica atribuída aos institutos e fenômenos jurídicos, portanto, importa menos que a substância. Descabe diferenciar a derrotabilidade das regras e as lacunas axiológicas, sob o prisma ontológico.

Aliás, apenas para comprovar que os teóricos da *defeasibility* e Maria Helena Diniz seguiram o mesmo rastro científico, basta perceber que o fundamento para as lacunas ontológicas (modalidade que não se confunde com as axiológicas) e para a derrotabilidade das regras é o mesmo. A professora da PUC, dentre outros motivos, elenca como fundamento “a) limitação da capacidade de previsão do constituinte, que não pode catalogar as ações passíveis de normação, mesmo que se utilizasse de *standards* jurídicos ou de generalizações padronizantes”.

Vê-se, claramente, que o lastro da derrotabilidade das regras foi o mesmo que inspirou Maria Helena Diniz por ocasião da feitura de sua monografia (*Norma constitucional e seus efeitos*), que a imortalizou na ciência do Direito Constitucional.

Apesar do brilhantismo com que se ocupou do tema, perfilhamos o entendimento pelo qual normas constitucionais não podem ser objeto de derrota, por implicar uma indevida sindicância da criatura sobre a obra do criador. Não é dado ao poder constituído aferir a legitimidade do que nos legou o poder constituinte. Em se tratando de emendas, o parâmetro são as cláusulas pétreas.

Em arremate, é pertinente lembrar a militância democrática de Lenio Streck, no sentido de que “há, pois, um direito fundamental ao cumprimento da Constituição”.²¹

²⁰ Na década de 80, o Brasil nem mesmo havia recebido os contributos doutrinários de Dworkin e Alexy, cujos escritos se popularizaram na década de 90. A partir de então, a importação acrítica da Jurisprudência dos valores, da ponderação e de tantos outros relativismos constitucionais foi banalizada entre nós, convolvando a democracia em uma juristocracia.

²¹ STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em terrae brasilis. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011, p. 34. É certo que o autor se referiu mais ao direito de obter uma resposta judicial adequada à Constituição (nas pegadas de Dworkin) do que ao direito fundamental de incidência pura e simples dessa Constituição.

2.2.3 Derrotabilidade de atos administrativos?

Estariam os atos administrativos infensos à derrotabilidade? O ato administrativo é, por excelência, um ato secundário, vale dizer, infralegal. Deve obediência imediata à lei e mediata à Constituição. Como regra, enquanto leis se sujeitam ao controle de constitucionalidade, atos administrativos são objeto de controle de legalidade. Assim, se editado em respeito ao Direito posto (lei + Constituição), não há razão para sonegar os efeitos de um ato administrativo porque supostamente seria injusto, a menos que essa injustiça traduzisse uma inconstitucionalidade.

Só há duas possibilidades: ou o ato administrativo é legal ou não o é. Não sendo legal, há de ser afastado em um *controle de legalidade*, seja pela própria Administração Pública (princípio da autotutela), seja pelo Judiciário. Por outro lado, se o ato administrativo, embora legal, é tido como injusto, o problema está na lei, e não no ato que a ela deve obediência. Assim, é a constitucionalidade da lei que deve ser sindicada, não a do ato administrativo. Se a lei não sobreviver à sindicância de constitucionalidade, o ato administrativo também será invalidado, em razão do fenômeno intitulado como *inconstitucionalidade por arrastamento*. Por fim, é possível, ainda, que a lei, regulamentada pelo ato administrativo, seja constitucional e injusta. Nesse caso, nada pode ser feito, a não ser derrotá-la. Percebe-se, pois, que a lei seria objeto de derrota, e não o ato administrativo que lhe confere exequibilidade. Não se deve cogitar, portanto, a derrotabilidade de atos administrativos.

Em sentido contrário, para Adriana S. De Souza,²² o art. 150 do regulamento do Imposto de Renda pode ser objeto de derrota. Um ato administrativo seria derrotado em nome da Justiça e coerência do sistema. Os contribuintes aplaudem e a Administração Fazendária se apavora. Quanto mais nos aprofundamos no estudo da derrotabilidade das regras, mais percebemos o perigo que essa doutrina representa.

2.2.4 Derrotabilidade de súmulas vinculantes?

Em boa verdade, a derrotabilidade de súmulas vinculantes deve causar espécie a inúmeros estudiosos, sobretudo se considerarmos que todos os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública dos entes federativos de-

²² SOUZA, Adriana S. de. Análise do art. 150 do regulamento do Imposto de Renda à luz da teoria da derrotabilidade da norma. *Cadernos da FUCAMP*, v. 10, n. 13, p.37-55, 2012.

vem curvar-se à autoridade dos seus comandos.²³ Do contrário, na hipótese de desrespeito (*defiance*), a autoridade do enunciado pretoriano desafiado é assegurada pelo ajuizamento de uma reclamação.

Ocorre que, tanto quanto as leis, as súmulas vinculantes são enunciados com força cogente. Se uma lei pode acomodar exceções implícitas, dada a impossibilidade de antever todos os fatos da vida, pelo mesmo fundamento, os verbetes jurisprudenciais também poderiam ser objeto de derrota. Se o legislador falha no seu desiderato de normatizar tudo que lhe parecia sujeitar-se à regra que originou, igualmente, os Ministros também podem equivocarse na tentativa de abarcar todos os casos judiciais a serem regrados pela súmula.

No campo das argumentações, pode-se mencionar ainda que uma súmula vinculante não merece mais respeito que uma lei. Desenvolvendo o debate, se até mesmo a lei, instrumento legítimo para subordinar condutas, pode ser derrotada, com mais razão o poderia um texto sumulado. Quanto ao risco de anarquia instaurada no Judiciário, o mesmo perigo é assumido quando se derrota uma lei do Congresso Nacional. Se a anarquia não é bem-vinda nos órgãos judicantes, também é *persona non grata* nos órgãos legiferantes. Por coerência, ou se admite o fenômeno da derrotabilidade de leis e súmulas vinculantes, ou não se lhes reconhece. Optando pela coerência científica, ainda que se reconheça a imensa dificuldade prática que isso pode acarretar, sustenta-se que ambas são igualmente derrotáveis: leis e súmulas.

Interessante é perceber que uma súmula pode ter sua incidência afastada diante do *distinguishing*, isto é, quando não há perfeita subsunção entre o caso submetido em juízo e o precedente que originou o verbete jurisprudencial. Nota-se que o *distinguishing* em muito se assemelha a uma derrotabilidade, não fosse por um aspecto: na *defeasibility*, há uma perfeita subsunção do caso concreto à hipótese abstratamente descrita no arquétipo legal, que é afastada por um imperativo de justiça. No *distinguishing*, pelo contrário, o caso subjacente não é retratado pelo texto da súmula com fidelidade, razão pela qual se busca demonstrar que a ela não haverá de submeter-se. Em suma: no *distinguishing*, a não incidência da súmula é *tout court*. Simplesmente, o verbete não contempla o caso *sub judice*, que, embora se assemelhe ao enunciado jurisprudencial, contém uma particularidade que o distingue. Na *defeasibility*, há uma correspondência entre os fatos e a norma, mas afasta-se o regramento, em uma decisão *contra legem*, para sacramentar a justiça.

²³ O Ministério Público, na sua atividade-fim, não se vincula às súmulas vinculantes, mormente em razão da independência que lhe é imanente. Somente a atividade-meio do Ministério Público, vale dizer, a administração pública (em sentido material, objetivo ou funcional) por ele desempenhada deve obediência às decisões vinculantes do STF.

Outro fenômeno que não deve ser confundido com a *defeasibility* é o *overriding*. Este constitui uma nova feição dada ao precedente anteriormente sufragado pelo Tribunal. Por exemplo, o STF consagrou que, de uma maneira geral, os processos administrativos perante os Tribunais de Contas devem assegurar o contraditório e a ampla defesa, salvo quando se aquilatar a legalidade de atos de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão (súmula vinculante 3). Porém, o mesmo STF, que não se vincula às próprias súmulas que edita,²⁴ asseverou que a súmula vinculante 3 é inaplicável quando mais de 5 (cinco) anos se passarem entre a concessão inicial de aposentadoria e a homologação da Corte de Contas, pois, neste caso, o pretense aposentado tem a firme crença de que a situação já se consolidou.²⁵ Logo, é razoável que tenha o direito de ser ouvido, em apreço à ampla defesa e ao contraditório. Trata-se do princípio da proteção da confiança, que é invocado como uma justificativa para mitigar, atenuar, arrefecer o rigor da súmula vinculante 3. A isto denomina-se *overriding*, que consiste na mudança da feição do precedente. Percebe-se que os institutos não se confundem, pois opera-se o *overriding* quando o próprio Tribunal excepciona a si mesmo, estatuidando que seu precedente não será observado em uma determinada circunstância. Nota-se que não há um afastamento episódico do precedente, mas um afastamento perene: a súmula vinculante 3 não se aplica quando decorridos mais de 5 (cinco) anos entre a concessão inicial da aposentadoria e a homologação do Tribunal de Contas. Trata-se de uma mutação do precedente. Ao contrário, na *defeasibility*, o afastamento é apenas episódico e o regramento afastado permanece com o mesmo significado. Em comum, ambos ocorrem por um imperativo de justiça.

Por fim, reputa-se *overruling* o fenômeno do abandono do precedente pelo Tribunal que o consolidou. Vê-se, mais uma vez, uma posição duradoura, e não episódica. Abandona-se uma orientação jurisprudencial, que passa a ser superada. No *defeasibility*, o regramento não é abandonado, mas temporariamente derrotado.

Todos os fenômenos da Teoria dos Precedentes estudados guardam um grau de parentesco com a derrotabilidade dos verbetes, mas com ela não se confundem. Na derrotabilidade de uma súmula, o enunciado não é abandonado total (*overruling*) ou parcialmente (*overriding*). Na *defeasibility* sumular, o comando sumulado continua atual, incólume, exatamente nos termos em que redigido, mas o magistrado afasta pontualmente a súmula vinculante por um imperativo de Justiça, nos mesmos moldes em que o faria se se tratasse de uma lei.

²⁴ No Brasil, o *stare decisis* (respeito ao precedente) é meramente vertical, e não horizontal. O STF não se vincula às súmulas vinculantes, podendo livremente cancelá-las ou mesmo abandoná-las total ou parcialmente.

²⁵ MS 25116/DF.

Assim, por tudo o que se disse, se as leis acomodam exceções implícitas, decerto as súmulas também as acomodam. Se casos anormais repelem, por um imperativo de Justiça, a incidência de uma lei, as súmulas vinculantes não estão a cavaleiro da derrota. Defender o contrário avilta a separação dos Poderes. Neste caso, restará ao STF, em sede de reclamação, modificar ou não a decisão que derrotou pontualmente sua jurisprudência. Se a mantiver, o precedente poderá ser universalizado.

2.2.5 Derrotabilidade de normas endereçadas à Administração Pública?

Imaginemos que uma lei municipal proíba fiscais da prefeitura de interditar estabelecimentos comerciais sem a prévia intimação (real ou ficta) de quem de direito, como uma oportunidade de que a irregularidade seja sanada. Como derrotar essa regra proibitiva? É possível vislumbrar nessa norma uma cláusula “*a menos que*”? Antiga é a lição de que, em face do princípio da legalidade (art. 37, *caput*, CF/88), no silêncio da lei, a Administração Pública está proibida de agir. Logo, se a lei não excepcionou explicitamente, é porque implicitamente vedou o comportamento do agente público. Aquilo que não foi expressamente autorizado já se considera presumidamente proibido. Sendo assim, não há como o servidor público promover a interdição quando não intimação (real ou ficta) do particular. Conclui-se que a estrutura da norma proibitiva endereçada à Administração Pública não tem espaço para armazenar exceções que a derrotem.

Embora de difícil configuração prática, em tese, seria possível a derrotabilidade de regras mandamentais ou de regras permissivas destinadas ao Poder Público.

2.2.6 Derrotabilidade de normas penais?

O Direito Penal é o ramo da árvore jurídica que mais flertou com a derrotabilidade das regras, mesmo sem se dar conta disso. Os estudiosos das ciências criminais arquitetaram inúmeras teorias para derrotar normas penais incriminadoras, lastreadas em exceções implícitas que escapariam do âmbito de previsibilidade do legislador penal, ou seja, o mesmo fundamento da *defeasibility*. Exemplo disso são as causas *supralegais* de excludentes da culpabilidade, hipóteses que, embora não sejam unânimes, contam com uma razoável aceitação da doutrina.

Prevalece no Brasil a concepção pela qual o crime é um fato típico, antijurídico e culpável (corrente tripartite). São elementos da culpabilidade, a seu turno, a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a inexigibilidade

de conduta diversa. Enquanto as dirimentes da imputabilidade e da potencial consciência da ilicitude estão previstas em um rol *numerus clausus*,²⁶ as dirimentes da inexigibilidade de conduta diversa estão previstas em um rol *numerus apertus*. Sendo impossível ao legislador antever todas as situações fáticas em que não seria razoável exigir conduta diversa do agente, a doutrina passou a elencar causas supralegais que derrotam a norma penal incriminadora: a cláusula de consciência, a desobediência civil e o conflito de deveres. Ainda que sob um rótulo diverso, substancialmente, trata-se da derrotabilidade das regras, tal como aludida no clássico raciocínio de Hart.

Assim, quando René Ariel Dotti leciona com maestria sobre a desobediência civil,²⁷ nada mais está ensinando do que casos anormais que justificam a derrota episódica de uma norma regra (incriminadora). No Brasil, poucos perceberam a conexão entre o Direito Penal e a doutrina da derrotabilidade das regras. Um dos que explicitou essa percepção foi Juliano Taveira Bernardes. O membro do Tribunal Regional Federal da 1ª Região vislumbrou a derrotabilidade das regras no abortamento de fetos anencefálicos, como uma hipótese imprevisível e anormal que justificaria a derrota pontual da norma que tipifica o delito de aborto, antes mesmo de solucionada a controvérsia pela ADPF 54.²⁸

Contudo, nem toda norma penal pode acomodar exceções implícitas, logo, é preciso separar o joio do trigo. Para dificultar ainda mais, pergunta-se: as normas dirimentes podem ser derrotadas? É possível que a norma penal que prevê a legítima defesa contenha uma exceção implícita “*a menos que*”? Nesse caso, parece claro que não. À luz do princípio da reserva legal (art. 5º, XXXIX, CF88), não se admite que alguém venha a ser incriminado por uma situação não normatizada expressamente pelo ordenamento. Repugna ao Direito Constitucional Penal a ideia de analogia ou interpretação extensiva *in malam partem*.

Na hermenêutica jurídica, quando o intérprete presume que o legislador não normatizou determinada hipótese por um esquecimento, mas, se o tivesse feito, teria criado uma norma semelhante àquela que regula a situação análoga, tem-se o emprego da analogia. Diversamente, quando o legislador se expressa aquém do que desejou, mas sua intenção era abarcar a hipótese não normatizada (*dixit minus quam voluit*), opera-se a interpretação extensiva. Nenhuma delas pode ser prejudicial ao réu.

²⁶ Excluem a imputabilidade: a menoridade (art. 27, CP), a embriaguez acidental completa (art. 28, §1º, CP) e os portadores de enfermidades mentais (art. 26, *caput*, CP). Exclui a potencial consciência da ilicitude o erro de proibição inevitável (art. 21, CP). Tais hipóteses são taxativas.

²⁷ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 428. É interessante perceber que, conforme vimos linhas acima, Maria Helena Diniz também discorreu sobre a desobediência civil e acabou atingindo a mesma conclusão advinda da *defeasibility*: a superabilidade da norma. Ambos, no entanto, jamais mencionaram a derrotabilidade das regras.

²⁸ BERNARDES, Juliano Taveira. Aborto de feto anencefálico e derrotabilidade. Suplemento Direito e Justiça, *Jornal Correio Braziliense*, 7 mar. 2005.

2.2.7 Derrotabilidade de normas que instituem ou majoram tributos?

O fato gerador, conquanto ocorrido no mundo fenomênico, não terá aptidão para fazer incidir a norma que instituiu a exação fiscal? Os contribuintes agradeceriam. Já existem hipóteses legais e constitucionais que permitem seja uma norma tributária afastada, vale dizer, leis que instituem isenções fiscais, normas constitucionais imunizantes etc. Seria possível inovar, para acrescentar, ainda, hipóteses de derrota, para além das previstas? Ora, a norma que exclui o crédito tributário (v.g *aquela que institui uma isenção*) deve ser interpretada restritivamente.²⁹ Disso já se percebe a dificuldade de se admitir situações que derrotem leis que instituem exações.

3 O Ministério Público como zelador da ordem jurídica

É consabido que o Ministério Público recebeu o encargo constitucional da veladura da ordem jurídica (art. 127, CF/88).³⁰ Um raciocínio precipitado poderia levar à falsa conclusão de que, se lhe compete zelar pelo ordenamento, não se lhe permite tolerar a derrota de uma fração desse ordenamento, isto é, de uma lei. De início, convém lembrar que, como regra, o comportamento que se espera de um membro do Ministério Público é o combate à derrotabilidade das regras, por representar o desprezo a uma lei fabricada democraticamente, que existe, é válida e eficaz. Tal conclusão se reforça ainda mais quando ressaltamos que o *parquet* é zelador do regime democrático (art. 127, CF/88).

Não obstante, há casos (anormais) em que a insistência intransigente na aplicação da norma pode resvalar em uma injustiça intolerável, que repugna até mesmo aos neófitos no estudo do Direito. Didaticamente, poderíamos afirmar que, para que uma norma jurídica incida no suporte fático, mais do que o encaixe perfeito entre os fatos e a hipótese abstratamente prevista no arquétipo legal, exigem-se condições normais de temperatura e pressão. O legislador não é clarividente. Sua obra não tem o dom de solucionar tudo aquilo que a vida pode fazer brotar do cotidiano, como se uma regra se pretendesse absoluta, universal e atemporal. Ademais, também salientamos que, para além da Justiça,

²⁹ Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: I – suspensão ou exclusão do crédito tributário; II – outorga de isenção; III – dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.

³⁰ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

a *defeasibility* tem sido empregada para conservar os próprios fins da norma afastada, o que não deixa de ser uma decisão que se esforça para respeitar o ordenamento.³¹

Por tudo isso, conquanto sentinela da ordem jurídica e da democracia, é lícito ao membro do Ministério Público postular ou admitir que se opere a derrotabilidade de uma norma regra, seja quando atua como *custos juris*, seja quando age como parte.

É de se notar que o Ministério Público nem sempre deverá se pronunciar acerca da derrotabilidade de uma regra, mas somente quando o conteúdo da norma derrotada albergar interesses sociais e direitos individuais indisponíveis. Nos processos em geral, o incidente, por si só, não demanda a oitiva do *parquet*. No escólio de Hugo Nigro Mazzilli (2013, p. 122), Professor Emérito da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo:

O texto constitucional menciona a defesa da ordem jurídica como um dos objetivos da atuação do Ministério Público. Isso não significa, no entanto, que essa instituição deva zelar pelo cumprimento de cada uma das leis do País, mas sim daquelas que se insiram dentro das finalidades gerais da instituição.

Dessa forma, se a lei disser respeito à defesa do regime democrático, à defesa de interesses sociais, à defesa de interesses individuais indisponíveis – esses os objetos finalísticos da atuação institucional – estará aí afirmado o campo da atuação do Ministério Público. Entretanto, se a lei disser respeito a um direito disponível, sem expressão social, isso não será causa bastante para a atuação do Ministério Público. Não fosse assim, o Ministério Público cobraria multas de trânsito, atuaria em processos cíveis de objeto patrimonial entre partes maiores e capazes, pois, em todos esses exemplos, sempre estaria havendo, pelo menos em tese, uma violação à lei.

Dessa compreensão não destoa Emerson Garcia (2014, p. 113-114), membro do Ministério Público do Rio de Janeiro:

Realizando uma interpretação teleológico-sistemática do art. 1º da Lei n. 8625/1993 e do art. 127 da Constituição da República, é possível afirmar que a atribuição de “defesa da ordem jurídica” não legitima a conclusão de que o Ministério Público deva atuar em toda e qualquer causa que nela encontra seu fundamento de validade. Fosse assim, a enunciação de qualquer outra atribuição seria claramente redundante, pois o designativo ordem jurídica abarcaria a todas. Ante a natureza dos demais interesses tutelados pelas referidas normas (regime democrático e interesses sociais e individuais indisponíveis), e tendo em vista a própria *ratio* da atividade finalística desenvolvida pelo Ministério Público (art. 129 da CR/1988), toda

³¹ Inspirado nos escritos de Giorgio Agamben, que se ocupou da teoria do estado de exceção, o Supremo Tribunal Federal já averbou que “*O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção – apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desapplicando-a, isto é, retirando-a da exceção.*” (ADI n. 3689/PA, Tribunal Pleno, DJ 29.06.2007). A fundamentação do julgado, embora confusa, revela a tentativa dos Ministros de enquadrar a exceção a uma regra como uma confirmação do regramento excepcionado (decisão *secundum legem*).

ela voltada à satisfação do interesse da sociedade, entendemos que à Instituição não cumpre a defesa, ampla e irrestrita, da ordem jurídica, mas, sim, da parcela que aglutine os interesses tutelados pelas denominadas normas de ordem pública, que abarcam, além dos interesses sociais, os individuais, ainda que disponíveis, que gerem reflexos relevantes e imediatos na própria coletividade [...].

Disso resulta a conclusão inafastável de que a derrotabilidade de uma regra não requer necessariamente a manifestação do Ministério Público, cuja legitimidade dependerá da natureza do direito versado na norma que não triunfou. A menos que se cuide de um processo cujo pano de fundo envolva umas das matérias atinentes à atuação do Ministério Público (v.g deficientes físicos, crianças, consumidores, meio ambiente etc.), não se justifica a remessa dos autos para o órgão ministerial.

4 Estudos de caso

Como tive oportunidade de afirmar ao longo deste ensaio, há casos excepcionálíssimos que justificam, como *ultima ratio*, a extrema medida da derrotabilidade das regras. Sem a menor pretensão de esgotá-los, porquanto infinitos, indico três casos concretos em que a derrotabilidade das regras é medida que se impõe.

4.1 Atos infracionais contra a dignidade sexual de adolescentes: exceção de Romeu e Julieta

CASO 1: Suponhamos que João, com 15 (quinze) anos, namore Maria, que conta com 13 (treze) anos. O relacionamento, que inclui a prática de relações sexuais desde o início, já dura 6 (seis) meses. Ambos, até então, eram virgens. A menarca da moça ocorreu aos 12 (doze) anos.

O caso narrado traduz uma hipótese de ato infracional análogo ao estupro de vulnerável (art. 217-A, CP c/c art. 103, ECA), pois o Código Penal só admite o válido consentimento para atos sexuais a partir dos 14 (quatorze) anos. É irrelevante que ambos tenham descoberto juntos a própria sexualidade, bem como não assume relevo o fato de Maria estar biologicamente apta para engravidar. Para o Direito, João deve sujeitar-se à aplicação de uma medida socioeducativa de internação, considerando a prática reiterada de atos infracionais (art. 122, II, ECA). Em tese, o jovem pode ter sua liberdade restringida por até 3 (três) anos (art. 121, §3º, ECA).

Pergunta-se: quando a natureza presenteia uma menina com os encantos de uma mulher? Segundo o Direito, jamais antes dos 14 (quatorze) anos. Aquém

desse marco, o ato é tido como pedofilia. Presume-se, em absoluto, que a menina não amadureceu física e psicologicamente para desempenhar atos sexuais. Contudo, conforme os ensinamentos de João Batista Costa Saraiva, um dos maiores infanticistas brasileiros (e ex-membro do MP/RS), desde que a diferença de idade entre os envolvidos seja pequena, o ato não se revestiria de ilicitude. Valendo-se do Direito Comparado, o especialista ensina que casos dessa natureza demandam a aplicação da exceção *Romeu e Julieta* (*Romeo and Juliet Law*), tal como nos Estados Unidos, por força da qual não haverá crime quando a diferença etária entre os envolvidos não suplantar 5 (cinco) anos, na medida em que ambos estão no mesmo momento de desenvolvimento.³²

Ora, como já estudamos linhas acima, o reconhecimento de uma exceção implícita à regra geral, por um imperativo de justiça, que afasta a incidência da norma, traduz o fenômeno da derrotabilidade das regras (*defeasibility*). Logo, é possível afirmar que a exceção Romeu e Julieta derrota a norma do art. 217-A, CP. Por conseguinte, o membro do Ministério Público, diante de casos concretos como esse, pode deixar de representar o adolescente para promover o arquivamento do procedimento (art. 180, I, ECA), com lastro na atipicidade material da conduta. Tecnicamente, essa é a solução mais acertada. O mesmo resultado pode ser atingido por meio da invocação do princípio da adequação social, mas é desaconselhável buscar apoio em uma principiologia tão aberta.

4.2 Ação penal pública incondicionada nas contravenções penais (art. 17, Decreto-Lei 3.688/41)

CASO 2: Antônio foi abandonado por Clarisse, mas não se conforma com o fim do romance. Sabedor de que sua ex-companheira mora sozinha, em uma rua deserta, Antônio dirige-se até a sua residência e, no período noturno e em horário já avançado, durante o sono de sua ex-companheira, grita escandalosamente da calçada: “Clarisse! Clarisse! Clarisse!”. Encolerizada com a insistência do ex-namorado, a moça liga para a polícia. O jovem é, então, conduzido à Delegacia para a lavratura de um Termo Circunstanciado de Ocorrência, pela prática do art. 65 da Lei de Contravenções Penais,³³ comprometendo-se a comparecer à audiência designada no âmbito do JECrim. Sucede que, dias após o ocorrido, Clarisse decide perdoar Antônio pela balbúrdia realizada na janela do seu quarto. Apesar de tudo, se o moço recusar-se a aceitar a proposta de tran-

³² SARAIVA, João Batista Costa. O “depoimento sem dano” e a “Romeo and Juliet law”. Uma reflexão em face da atribuição da autoria de delitos sexuais por adolescentes e a nova redação do art. 217 do CP. In: *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 205, p. 12, dez. 2009.

³³ Art. 65. Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável: Pena – prisão simples, de quinze dias a dois meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

sação penal apresentada em audiência, em tese, há uma norma que obriga o Promotor de Justiça a oferecer denúncia oral: o art. 17 do Decreto-Lei 3.688/41, por força do qual todas as contravenções penais devem sujeitar-se a uma ação penal pública incondicionada.

Por outro lado, se, nas circunstâncias descritas no exemplo hipotético acima, em vez de gritar “Clarisse!”, Antônio tivesse gritado “Clarisse, *eu vou te matar!*”, as consequências lhe seriam mais favoráveis. Isso porque o crime de ameaça, mesmo quando perpetrado no contexto da violência doméstica, é de ação penal pública condicionada à representação. Portanto, a persecução penal não seria deflagrada sem que a ofendida representasse contra o agressor.

Percebe-se claramente que o caso narrado induz à derrota episódica da regra contida no art. 17 do Decreto-Lei 3.688/41,³⁴ devendo ser tido como uma exceção implícita ao seu comando, por um imperativo de Justiça, eis que a casuística certamente escapou à previsibilidade do legislador. O mesmo resultado poderia ser alcançado pela invocação dos princípios da razoabilidade, em uma interpretação sistêmica, mas essa argumentação carece de maiores fundamentos jurídicos.

5 Desafios para a aplicação da derrotabilidade das regras (defeasibility)

O maior obstáculo à derrotabilidade das regras é a dificuldade de discernir o que é uma exceção implícita e aquilo que deve ser considerado como um silêncio eloquente. Separar as duas coisas pode ser tão espinhoso quanto um procedimento cirúrgico para divorciar dois gêmeos xifópagos, preservando-lhes a vida. Será sempre tarefa árdua distinguir quando um silêncio foi intencional e quando a hipótese escapou da previsibilidade do legislador. Disso resulta a subjetividade e discricionariedade do intérprete, problema do Direito como um todo, conforme já identificado por Kelsen, Alexy e tantos outros. Sucede que, na derrotabilidade das regras, esse mal se acentua sobremodo, seja pelo risco exponencial de ocorrer um equívoco, seja pela consequência desastrosa desse eventual equívoco: o Juiz legislaria. É de fazer tremer no túmulo *Montesquieu*. Ademais, se é possível dizer que as normas jurídicas carregam consigo exceções implícitas, contraria-se a antiga parêmia de que, no silêncio, a regra se presume e a exceção deve ser explicitada.

³⁴ Não por acaso, aprovou-se o Enunciado 99 do FONAJE (Fórum Nacional de Juizados Especiais): “*Nas infrações penais em que haja vítima determinada, em caso de desinteresse desta ou de composição civil, deixa de existir justa causa para ação penal*” (nova redação – XXIII Encontro – Boa Vista/RR). Percebe-se que o teor da súmula doutrinária é nitidamente *contra legem*, resvalando na derrotabilidade do art. 17 do Decreto-Lei 3.688/41.

Exemplo de toda essa dificuldade pode ser colhido a partir da hipótese levantada por Juliano Taveira Bernardes, um dos primeiros estudiosos a escrever sobre o tema da derrotabilidade no Brasil:³⁵

Assim, ao tipificar como crime o aborto provocado, o legislador penal excepcionou, expressamente, os casos em que não há outro meio para salvar a vida da gestante (aborto necessário), bem como a hipótese de a gravidez resultar de estupro. Contudo, dada a impossibilidade de explicitar todas as condições não previstas mas capazes de justificar a “derrotabilidade” da proposição jurídica, é preciso reconhecer exceções implícitas para casos anormais, sem prejuízo da aplicabilidade da regra para as situações normais. Isso porque, ao tempo da formulação da norma (início da década de 40), o legislador não tinha como antever que exames médicos, num futuro não muito distante, poderiam diagnosticar a anencefalia do feto ainda no útero da mãe. [...]

É preciso, ademais, interpretar o sistema jurídico para saber se a nova circunstância é uma situação “anormal” que justifique enquadrá-la num regime de exceção, ou seja, se o legislador teria ou não excepcionado a regra incriminadora, caso tivesse considerado essa nova informação. Concluindo-se que sim, seria inteiramente legítima a decisão judicial que desqualificasse o caráter criminoso da interrupção da gravidez do feto anencefálico, pois o órgão julgador não estaria a criar direito novo, senão a “reconhecer” que essa situação configuraria exceção implicitamente prevista no próprio sistema jurídico.

A partir do raciocínio acima, lanço um questionamento extraído de um caso que vivenciei antes de ingressar no Ministério Público. Durante a época em que o articulista que vos escreve foi Defensor Público, uma senhora grávida procurou orientação jurídica, apavorada e aos prantos, porque carregava no ventre um filho cujo cérebro se desenvolvia do lado de fora da calota craniana. O contato do cérebro com o líquido amniótico gerava uma atrofia cerebral, de modo que a criança morreria durante a gravidez ou poucas horas após o nascimento. A este quadro severo, os médicos convencionaram chamar de exencefalia. Ambos, marido e esposa, desejavam promover a antecipação terapêutica do parto, vale dizer, o abortamento do feto com má formação.

O STF, na ADPF 54, admitiu que a anencefalia era mais uma exceção lícita ao crime do abortamento, para além daquelas previstas no Código Penal. Sabendo-se que a exencefalia não se confunde com a anencefalia, embora aquela possa conduzir a esta, pergunta-se: também os fetos exencefálicos podem ser abortados licitamente? A norma penal incriminadora acomodaria mais esta exceção implícita? O silêncio do legislador, que elaborou o Código Penal, não teria sido eloquente? Será mesmo que o elaborador da norma *dixit minus quam voluit*? A questão é dramática e sobretudo perigosa. A banalização das exceções pode conduzir ao abortamento eugênico, algo repudiado pelo princípio da dignidade humana.

³⁵ BERNARDES, Juliano Taveira. Aborto de feto anencefálico e derrotabilidade. Suplemento Direito e Justiça, *Jornal Correio Braziliense*, 7 mar. 2005.

Não bastasse a hercúlea dificuldade de discernir o silêncio eloquente das exceções implícitas advindas de casos anormais, some-se o fato de que uma enorme gama de normas jurídicas simplesmente não admite uma derrota, o que demonstramos exaustivamente ao longo deste trabalho.

6 Considerações finais

A esta altura, já é possível elencar uma série de conclusões a respeito do tema em estudo, cuja síntese é transcrita ao diante:

- a) Por força da doutrina da derrotabilidade das regras (*defeasibility*), uma norma pode alojar infinitas exceções implícitas e imprevisíveis que, em um caso concreto anômalo, justificam seja episodicamente afastada;
- b) Os casos anormais que justificam a derrotabilidade de uma regra deem ser necessariamente escassos;
- c) A paternidade da teoria da derrotabilidade das regras é atribuída a Hart, em seu ensaio *The Ascription of Responsibility and Rights* (1948). No Brasil, as investigações científicas de Maria Helena Diniz, que, na década de 80, examinou as lacunas axiológicas, já ilustravam, substancialmente, a derrotabilidade das regras;
- d) Diferentemente do controle de constitucionalidade, em que a norma paramétrica é a Constituição e os tratados internacionais de envergadura constitucional, a derrotabilidade das regras é justificada pela ideia de justiça ou mesmo para assegurar os próprios fins da norma objeto de derrota;
- e) O fenômeno da derrotabilidade não tem previsão expressa no ordenamento jurídico. Este só admite o afastamento de uma regra quando outra a excepciona ou se há uma invalidade. Porém, na *defeasibility*, a norma existe, é válida e eficaz, contudo, mesmo percorrendo adequadamente todos os degraus da escada ponteana, não triunfa no caso que normatizou. Funda-se na premissa de que é impossível ao legislador antever todas as hipóteses que justificariam fosse excepcionada a regra que pretende elaborar;
- f) Na jurisprudência brasileira, é possível encontrar alguns julgados que, embora não aludem à derrotabilidade das regras, utiliza o seu raciocínio metodológico. No STF, isso foi feito na ADIn 3689/PA. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, contudo, já possui precedentes que invocam expressamente a *defeasibility*.
- g) O fundamento é a premissa de que é impossível ao legislador antever todas as hipóteses que justificariam fosse excepcionada a regra que pretende elaborar.;

- h) Qualquer órgão judicante tem poderes para derrotar uma norma, exceto os órgãos fracionários dos Tribunais. Isso porque, no que diz com a natureza jurídica do fenômeno da derrotabilidade, tem-se uma paralisação da sua incidência. Logo, há de ser observada a súmula vinculante 10, que reserva ao Plenário as decisões que, embora não pronunciem a inconstitucionalidade da norma, afastam sua incidência;
- i) A derrotabilidade das regras tem natureza jurídica de prejudicial de mérito, a ser enfrentada incidentalmente na fundamentação do julgado, não sendo atingida pelos efeitos da coisa julgada. Se é enfrentada incidentalmente no decisório, é porque aloja-se na causa de pedir, e não no pedido formulado na exordial. Isso permite que seja pronunciada até mesmo em ações coletivas;
- j) O texto não pode ser derrotado. O que se derrota é a norma que dele se extrai. Também não podem ser objeto de derrota os princípios, pois não possuem hipótese de incidência. Tecnicamente, normas constitucionais admitem ponderação, mas não se conciliam com a derrotabilidade. Atos administrativos não são passíveis de derrota. A estrutura da norma proibitiva endereçada à Administração Pública não tem espaço para armazenar exceções que a derrotem;
- k) As normas penais incriminadoras têm sido derrotadas por causas supralegais excludentes de ilicitude e de culpabilidade, embora a doutrina de Direito Penal não estabeleça uma conexão entre a derrotabilidade e as ciências criminais. Normas penais que albergam dirimentes, a seu turno, não podem ser derrotadas, pois isso acarretaria responsabilização criminal sem lei;
- l) Se as leis acomodam exceções implícitas, decerto as súmulas também as acomodam. Se casos anormais repelem, por um imperativo de Justiça, a incidência de uma lei, as súmulas vinculantes não estão a cavaleiro da derrota. Defender o contrário avilta a separação dos Poderes. Neste caso, restará ao STF, em sede de reclamação, modificar ou não a decisão que derrotou pontualmente sua jurisprudência;
- m) Como regra, o comportamento que se espera de um membro do Ministério Público é o combate à derrotabilidade das regras, por representar o desprezo a uma lei fabricada democraticamente, que existe, é válida e eficaz. Apesar disso, conquanto sentinela da ordem jurídica e da democracia, é lícito ao membro do Ministério Público postular ou admitir que se opere a derrotabilidade de uma norma regra, seja quando atua como *custos juris*, seja quando age como parte;
- n) A derrotabilidade de uma regra não requer necessariamente a manifestação do Ministério Público, cuja legitimidade dependerá da natureza do direito versado na norma que não triunfou. A menos que se cuide de um pro-

cesso cujo pano de fundo envolva umas das matérias atinentes à atuação do Ministério Público (v.g deficientes físicos, crianças, consumidores, meio ambiente etc.), não se justifica a remessa dos autos para o órgão ministerial;

- o) O maior obstáculo à derrotabilidade das regras é a dificuldade de discernir o que é uma exceção implícita e aquilo que deve ser considerado como um silêncio eloquente.

Ao fim e ao cabo, lembramos que o problema não é norma ser derrotada. Todos os dias, regras são derrotadas sob os mais variados pretextos. O preocupante é o fundamento pelo qual uma regra válida não triunfa no caso que normatizou.

Se um Juiz derrota uma norma quando não o deveria, faz tremer no túmulo *Montesquieu*. Por outro lado, se indevidamente se omite de pronunciar essa derrota, profere uma decisão *secundum legem injusta*. Diferentemente, nas hipóteses em que a derrotabilidade se impunha para assegurar os fins da norma derrotada, prolata-se uma decisão injusta e *contra legem*, afinal, conspurcar a *mens legis* da regra, em último caso, deságua em uma ferida no ordenamento.

Vaticino que, em uma nova era que se avizinha, inúmeras serão as tentativas de banalização da derrotabilidade das regras. O Ministério Público brasileiro deve estar pronto para vigiar, na veladura da ordem jurídica e do regime democrático, para que uma exceção não se convole em regra.

Numa reflexão realista e até mesmo estatística, pode-se afirmar que, a não ser em casos anômalos e de difícilíssima ocorrência, quando uma norma jurídica é derrotada, todos os eleitores, que sufragaram nas urnas o mandatário que a elaborou, também amarguram essa derrota. É a democracia que não se sagra vitoriosa.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BÄCKER, Carsten. Regras, princípios e derrotabilidade. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 102, jan./jun. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BERNARDES, Juliano Taveira. Aborto de feto anencefálico e derrotabilidade. Suplemento Direito e Justiça, *Jornal Correio Braziliense*, 7 mar. 2005.

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

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Derrotabilidade das normas-regras (*legal defeseability*) no direito das famílias: alvitrandos soluções para os *extreme cases* (casos extremos). *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, MPRJ, n. 53, jul./set. 2014.

SARAIVA, João Batista Costa. O “depoimento sem dano” e a “Romeo and Juliet law”. Uma reflexão em face da atribuição da autoria de delitos sexuais por adolescentes e a nova redação do art. 217 do CP. In: *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 205, p. 12, dez. 2009.

STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em terrae brasilis. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011.

SOUZA, Adriana S. de. Análise do art. 150 do regulamento do Imposto de Renda à luz da teoria da derrotabilidade da norma. *Cadernos da FUCAMP*, v. 10, n. 13, p.37-55, 2012.