

Teoria da Derrotabilidade merece ser melhor conhecida



A Teoria da Derrotabilidade é uma novidade relativa. Por ela, mesmo que

os requisitos necessários e suficientes para aplicação de uma norma jurídica estejam presentes, será possível diante do contexto (fático, jurídico, probatório, cognitivo, processual) [1], excepcionar-se sua incidência. No campo do processo penal, nem sempre uma norma jurídica que, aparentemente (*prima facie*), indique a subsunção será aplicável, justamente em face do reconhecimento de sua derrota por força do incremento das premissas e da instauração de uma exceção ("tendo tudo em conta"). A argumentação jurídica será a arena onde se discutirão as premissas do raciocínio jurídico.

A teoria da derrotabilidade (*defeasibility*) [2], cada vez mais conhecida no Brasil [3], deve ser entendida em seu contexto [4] (positivismo, desde Hart [5]) e será muito útil para compreender o jogo processual [6]. É abusivo criticar-se pelo que se não pretende [7], ou seja, situa-se no ambiente que aceita a premissa da linguagem distinguida entre os campos: a) sintático; b) semântico; e c) pragmático.

Com isso não se trata mais de construções exclusivamente sintáticas, nem do paraíso dos conceitos (positivismo lógico, vinculado à semântica), mas dependentes do contexto realista em que as normas jurídicas são aplicadas, isto é, no plano pragmático (modos, usos e funções da linguagem, vaga e ambígua, por definição), em que a interação humana, via linguagem e argumentação jurídica, apresentam-se como decisivos.

Potencializa-se, assim, a temática da argumentação jurídica, dos auditórios, enfim, a gama de agentes que interagirão para o fim de se atribuir sentido, não se confundindo 'texto' com 'norma'. Justamente porque o 'texto' é um *a priori* genérico e universal que somente ganha sentido, transformando-se em 'norma', pela incidência de atribuição de sentido em determinado contexto, atividade marcadamente humana.

Por certo há limites ao sentido do texto, que não pode se transformar no que o jogador quiser, pois há constrangimentos democráticos, manipulados por quem não aceita limites (24.9.). É importante, desde já, a distinção entre 'argumentação substantiva' e 'argumentação institucional', sublinhada por



Struchiner & Schecaira[8], já que a

“a argumentação substantiva apela livremente a razões de natureza moral, política, econômica, social etc. O cientista político, o filósofo moral, o jornalista que escreve um artigo, o leitor que manda a sua opinião para o jornal, o motorista de táxi, o amigo que bebe conosco uma cerveja no bar, todos costumam argumentar de maneira substantiva”, enquanto “a argumentação institucional, por outro lado, não apela livremente a considerações morais, políticas, econômicas e sociais. Ela é mais burocrática, engessada e – alguns diriam – artificial. Quem argumenta institucionalmente não está preocupado em defender aquilo que parece mais justo, mais democrático ou mais eficiente no caso em questão. Quem argumenta institucionalmente, em geral, ocupa uma posição social que exige certo respeito em relação a regras e procedimentos previamente estabelecidos”.

Retomada no ambiente das pesquisas de inteligência artificial, aponta para sistemas não monotônicos[9], a saber, diferentemente da lógica clássica e silogística[10], a alteração das premissas pode modificar a conclusão[11]. Isso porque a base pela qual operaremos no Direito é a linguagem, com suas sutilezas e cadeias de sentido, em que a alteração do significante antecedente, por via de consequência, pode gerar efeitos na conclusão. O incremento posterior de um novo argumento, de uma nova informação probatória ou de qualquer fator humano (biológico, social, cognitivo, etc.), gera o dever de realinhar as coordenadas de sentido. O sentido *prima facie* se atualiza com os novos elementos e pode se alterar, "tendo tudo em conta".

Longe de legitimar o ‘decisionismo’, a proposta da derrotabilidade aceita a coexistência válida de diversas normas jurídicas, cuja eficácia dependerá de mecanismo de estipulação/acréscimo das premissas, capaz de excepcionar o caso penal em face do suporte fático/normativo. Nesse contexto, o elenco de premissas *a priori* pode se alterar "tendo tudo em conta".

Esse "ter tudo em conta" acolhe, ainda, que poderemos ter algo desconhecido no futuro. O caráter dinâmico e pragmático[12] — da linguagem e não necessariamente filosófico — da compreensão dos casos penais, portanto, não se dá de maneira direta e sim pelo intrincado dispositivo de atribuição de sentido, a saber, o processo como procedimento em contraditório (Fazzalari), provido de decisão motivada, constitui-se como limite democrático.

No momento a pretensão é a de demonstrar a funcionalidade da compreensão da noção de derrotabilidade[13] que, mesmo com diversas vertentes teóricas[14], segundo Fernando Vasconcellos, é possível: “afirmar a existência de um núcleo comum atribuído ao seu conceito, consistente na ideia segundo a qual a consequência da norma jurídica pode ser derrotada, afastada, não-aplicada, em razão da existência de um fato, interpretação ou circunstância com ela incompatível. Em termos processuais, pode-se falar em fatos impeditivos, modificativos ou extintivos capazes de infirmar a norma ‘prima facie’, derrotando-a a fim de permitir a aplicação de uma norma excepcional, diferente daquela prevista a priori a partir da literalidade textual”[15].

O texto jurídico estabelecido de modo geral e abstrato não consegue, por definição, dar conta de todas as hipóteses do mundo, exigindo-se, sempre a discussão das condições necessárias e suficientes. Surgem, entretanto, situações excepcionalizáveis, "a menos que" algo se verifique, no caso concreto, pode-se



excluir a incidência da norma geral, como se verifica nos casos de bagatela/insignificância[16]. Embora se possa excepcionar a aplicação ao caso, não deixa, necessariamente, de se manter como válida no ordenamento jurídico, apenas não opera no caso singularizado, dada sua derrota para outra norma jurídica.

A questão das premissas[17] da tomada de decisão será relevante, porque deverão ser motivadas e não há algo “dado” no Direito. Somente assim será possível estabelecer ambiente comunicacional capaz de mensurar a prevalência ou não de normas jurídicas em certo contexto, exigindo-se coerência e consistência dos argumentos prevaletentes, devidamente rejeitados os demais. Até porque não há nada evidente, nem implícito no Direito. Daí a importância do artigo 489, do novo CPC (24.9.).

Os julgados anteriores, os sentidos já atribuídos no passado devem compor a motivação presente, dialogando com a *ratio decidendi*, quer inserindo novos argumentos, quer distinguindo a situação fática. Tanto assim que é amplamente aceita a ‘nulidade parcial sem redução do texto’, a ‘interpretação conforme’, o *distinguishing* e o *overruling*. Em outras mediações realizadas anteriormente[18], bem assim adiante no Guia do Processo, dei relevância à argumentação.

A estrutura lógica e matemática apresenta-se como dispositivo formal capaz de auxiliar o mecanismo de atribuição de sentido, sem que resolva as questões decorrentes da interação humana. Mas sem elas, perdemos-nos em decisionismos sem fim. Para o fim de se estabilizar o sentido coletivo do Direito deve-se reconhecer que há um processo complexo de atribuição de sentido, potencializado em face da distinção entre ‘princípios’ e ‘regras’, devidamente acolhida aqui (controversa, por exemplo, em Schauer), embora não seja o caso de se invocar sempre princípios de modo oportunista[19], dado seu lugar no sistema, ou seja, de fechamento e resolução de casos complexos.

Mas, ao se modificar os princípios no argumento, pode-se alterar a decisão. Nos casos simples, *easy cases*, para usar a gramática de Dworkin[20], o sistema pode indicar respostas, enquanto nos *hard cases*, todavia, surgem novas variáveis. Em ambos os casos, a derrotabilidade pode auxiliar, sem que se possa, todavia, *prima facie*, determinar se um caso aparentemente fácil pode se tornar difícil[21]. Quando se analisa um caso penal parte-se das regras jurídicas, embora os princípios existam noutra plano de fundamentação das próprias regras, a saber, princípios não existem diretamente no caso, podem surgir para derrotar regras no caso penal diante do suporte fático.

De qualquer modo, a noção de derrotabilidade é muito útil no jogo processual[22] penal, dado o plano pragmático da linguagem que opera no estabelecimento de condutas imputadas, em que tanto regras como princípios podem ser invocados pela lógica não monotônica avivada pela teoria da derrotabilidade [23].

O processo como procedimento em contraditório e a motivação adequada serão os componentes capazes de legitimar os provimentos decisórios, desde que devidamente articulados. Para tanto será necessário que se justifiquem a eleição das premissas e os sentidos acolhidos/rejeitados, capazes de construir discursivamente decisões, mormente em ambiente normativo complexo, com influências de tradições distintas.

Na proposta defendida pela teoria dos jogos no processo penal a informação será sempre imperfeita (do ponto de vista da teoria dos jogos e não da inteligência artificial) e, com isso, a atribuição *prima facie* do



sentido pode ser derrotada[24] no contexto dos subjogos, por exceções explícitas e/ou implícitas[25], tendo em vista qualquer tipo de normas jurídicas[26], incidindo no jogo processual penal.

Por fim, cabe sublinhar que o sistema jurídico brasileiro adota o controle concentrado e o difuso, pelo qual o juiz incidentalmente e os Tribunais, de modo concentrado, podem efetivar controle de constitucionalidade e convencionalidade. Com isso, diante da complexidade do mundo da vida, foram surgindo modalidades de modulação dos efeitos, de 'interpretação conforme a Constituição' [27] e de 'nulidade parcial sem redução do texto' (utiliza-se o "desde que"), inclusive adotadas pelas Leis 9.868/1999 e 9.882/1999.

Pode-se, assim, declarar a compatibilidade com efeitos futuros, retroativos, a partir de determinada data, excepcionar-se a aplicação ao caso ou mesmo apresentar uma possibilidade de leitura em conformidade com a Constituição. Todas as modalidades apresentam-se como meios de derrotabilidade das normas em face dos casos. A lógica binária (válido/nulo) é superada pela possibilidade de escalonamentos.

[1] MORAIS DA ROSA, Alexandre. Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

[2] VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Hermenêutica jurídica e derrotabilidade. Curitiba: Juruá, 2010; SERBENA, Cesar Antonio (coord). Teoria da Derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações. Curitiba: Juruá, 2012; HAGE, Jaap; PECZENIK, Aleksander. Conocimiento juridico. ¿Sobre qué? Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho, n 22, p. 42, 1999. Consultar: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/n-22—1999/>; SERBENA, Cesar Antonio; CELLA, José Renato Gazieiro. A lógica deôntica paraconsistente e os problemas jurídicos complexos. Verba Iuris, Curitiba, n 2, p. 121-134, 2000. CELLA, José Renato Gazieiro; SERBENA, Cesar Antonio. Prefácio. In: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Hermenêutica jurídica e derrotabilidade. Curitiba: Juruá, 2010; MACCORMICK, Neil. Argumentação jurídica e teoria do direito. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006; MACCORMICK, Neil. Retórica e o Estado de Direito. Rio de Janeiro: Campus, 2008; ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. Análisis lógico y derecho. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. Estudos sobre lógica e direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013; BAYÓN MOHÍNO, J. C. ¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico? Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 24, p. 35–62, 2001.

[3] VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Hermenêutica jurídica e derrotabilidade., p. 15.

[4] VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Hermenêutica jurídica e derrotabilidade, p. 9

[5] HART. Herbert L. A. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa, Fundação Caloust Gulbenkian, 2011. A referência ao positivismo reconhece a existência de diversas correntes (ceticismo ético, formalismo ideológico, formalismo jurídico e positivismo conceitual, dentre outras classificações). O ponto homogêneo dos 'positivismos' são (i) os das fontes sociais do direito e (ii) da relação/vínculo contingente entre direito e moral. Conferir: NINO, Carlos Santiago. Introducción al análisis del derecho. Buenos Aires: Astrea, 2003, p. 16-43.

[6] SERBENA, Cesar Antonio. Normas jurídicas, inferência e derrotabilidade. In: SERBENA, Cesar Antonio (coord). Teoria da Derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações. Curitiba: Juruá, 2012, p. 16.

[7]



- VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Hermenêutica jurídica e derrotabilidade. p. 9.
- [8] SHECAIRA, Fabio P.; STRUCHINER, Noel. Teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: PUC-Rio/Contraponto, 2016, p. 36.
- [9] SERBENA, Cesar Antonio. Normas jurídicas, inferência e derrotabilidade. In: SERBENA, Cesar Antonio (coord). Teoria da Derrotabilidade:, 2012, p. 32.
- [10] DA COSTA, Newton; KRAUSE, Décio. Notas de lógica. Parte I; Lógicas proposicionais clássica e paraconsistente. Consultar: <http://educaonline.eng.br/UNISANTA/HTML/DOWNLOAD/LIVRO/LPA/Lógicas%20Proposicionais%20>
- [11] CELLA, José Renato Gazieiro; SERBENA, Cesar Antonio. Prefácio. In: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Hermenêutica jurídica e derrotabilidade. p. 8.
- [12] VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Hermenêutica jurídica e derrotabilidade, p. 16.
- [13] VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Hermenêutica jurídica e derrotabilidade., p. 25.
- [14] SERBENA, Cesar Antonio. Normas jurídicas, inferência e derrotabilidade. In: SERBENA, Cesar Antonio (coord). Teoria da Derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações, p. 21.
- [15] VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Hermenêutica jurídica e derrotabilidade, p. 57.
- [16] SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. Direito penal, derrotabilidade e princípio da insignificância. In: SERBENA, Cesar Antonio (coord). Teoria da Derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações. Curitiba: Juruá, 2012, p. 438.
- [17] HAGE, Jaap; PECZENIK, Aleksander. Conocimiento juridico. Sobre qué? Doxa: Cuadernos de filosofia del derecho, n 22, p. 42, 1999. Consultar: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/n-22—1999/>
- [18] MORAIS DA ROSA, Alexandre. Decisão penal: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- [19] VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Hermenêutica jurídica e derrotabilidade, p. 41.
- [20] DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 127-129.
- [21] VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Hermenêutica jurídica e derrotabilidade, p. 45.
- [22] SARTOR, Giovanni. Defeasibility in Legal Reasoning. European University Institute, Florence, 2009. <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?>
- [23] BISSOLI FILHO, Francisco. A aplicação da noção de derrotabilidade ao direito penal na preservação dos direitos humanos. In: SERBENA, Cesar Antonio (coord). Teoria da Derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações, p. 424.
- [24] VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Hermenêutica jurídica e derrotabilidade, p. 124.
- [25] VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Hermenêutica jurídica e derrotabilidade, p. 67.
- [26] VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Hermenêutica jurídica e derrotabilidade, p. 77.
- [27] MORAIS DA ROSA, Alexandre. Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 117.

Date Created

22/04/2017