

A DERROTABILIDADE DOS PRINCÍPIOS ENQUANTO MANDAMENTOS DE OTIMIZAÇÃO | THE DEFEASIBILITY OF THE PRINCIPLES AS COMMANDMENTS OF OPTIMIZATIONDILLINGS BARBOSA MAQUINÉ
BRUNO MENESES LORENZETTO

RESUMO | Discute-se se os princípios, enquanto espécie normativa, podem ser validamente excepcionados quando, no caso concreto, colidam ou conflitem com outras normas. Ou seja, questiona-se se os princípios são normas derrotáveis, a exemplo do que ocorre com as regras. Parte-se da ideia de princípio enquanto norma de otimização, conforme preconizado na teoria das normas jurídicas de Robert Alexy. Ao mesmo tempo, utiliza-se a noção de *derrotabilidade* (*defeasibility*) das normas (ou *superabilidade*), conceito cujo pioneirismo no Direito é atribuído a Herbert Hart. A discussão contrapõe argumentos contrários à tese da derrotabilidade dos princípios (Robert Alexy; Carsten Bäcker; Thomas Bustamante) e a favor (Ronald Dworkin; Aulis Aarnio; Klaus Günther). O método de abordagem é o dedutivo, enquanto o de procedimento é o comparativo. A técnica adotada é a de pesquisa bibliográfica. Ao final, afirma-se que, enquanto mandamentos de otimizar um fim a ser otimizado, os princípios não são normas derrotáveis.

PALAVRAS-CHAVE | Cláusula de Exceção. Derrotabilidade. Normas Jurídicas. Princípios. Regras.

ABSTRACT | *This article discusses whether the principles, as a normative species, are defeasible norms when they conflict with other norms in a concrete case. In other words, it argues if principles are also optimization norms, as it happens to rules. It considers principles as optimization norms, according to what Robert Alexy defined in his theory of legal norms. At the same time, the notion of defeasibility of norms is used, a concept whose pioneering role in Law is attributed to Herbert Hart. The discussion opposes arguments against the thesis of the defeasibility of principles (Robert Alexy; Carsten Bäcker; Thomas Bustamante) and for (Ronald Dworkin; Aulis Aarnio; Klaus Günther). The approach method is deductive, while the procedure method is comparative, with a bibliographic research technique. Finally, it is stated that, as commandments optimize an end to be optimized, principles are not defeasible norms.*

KEYWORDS | *Exception Clause. Defeasibility. Legal Norms. Principles. Rules.*

1. INTRODUÇÃO

A derrotabilidade (ou superabilidade) normativa é um dos importantes temas relacionados à hermenêutica e à aplicação do Direito, especialmente no âmbito dos chamados *hard cases*. Nesses casos, a solução jurídica tomada é, em regra, lastreada numa argumentação de segunda ordem¹, que normalmente conduz a não incidência da regra que, *prima facie*, seria aplicável ao caso. Segundo Bustamante (2010, p. 162), a derrotabilidade normativa implica o reconhecimento de “exceções não escritas às regras jurídicas existentes num determinado tempo e espaço”, resultando na tomada de decisões *contra legem*, e culminando na criação do direito mediante interpretação. A par do interesse que desperta enquanto objeto de estudo acadêmico, a derrotabilidade é um fenômeno comum no dia a dia forense, assim como nas instâncias públicas e privadas, cuja atuação está diretamente ligada à interpretação e aplicação das normas jurídicas.

A presente reflexão se ocupa em discutir se os princípios, enquanto espécie normativa, podem ter a sua incidência afastada ou excepcionada quando, no caso concreto, se apresentam em colidência ou conflito com outras normas. Questiona-se se, a exemplo das regras, os princípios também seriam normas derrotáveis. Nesse sentido, parte-se da ideia de *princípio* enquanto norma de otimização, conforme conceituação presente na teoria das normas jurídicas de Robert Alexy. Ao mesmo tempo, utiliza-se a noção de *derrotabilidade (defeasibility)* das normas, conceito cujo pioneirismo no âmbito do Direito moderno é atribuído a Herbert Hart.

1 Acerca dos casos difíceis e da argumentação de segunda ordem, conferir MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Na obra, MacCormick demonstra que casos fáceis admitem justificações por dedução (silogismo), ou de primeira ordem, ao passo que os casos difíceis demandam justificativas de segunda ordem e podem derivar de quatro situações: problemas de *interpretação*, de *pertinência*, de *prova* e de *qualificação*. (KOZICKI, Katya; PUGLIESE, William. *Direito, Estado e razão prática: a teoria do direito de Neil MacCormick*. In: **O positivismo jurídico do século XXI**. Coleção Teoria Crítica do Direito – Vol. 5. Orgs. Bruno Torrano e José Emílio Medauer. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 150-151). Ainda sobre a temática dos *hard cases*, cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 127-203. A propósito, acerca das críticas à formulação de Manuel Atienza sobre os chamados *casos trágicos*, cf. LARIGUET, Guillermo. *Conflictos trágicos genuínos, ponderación y límites de la racionalidad jurídica: en torno a algunas ideas de Manuel Atienza*. In: **Isonomía**, n. 24, abril 2006, p. 93-113.

Inicialmente, far-se-á um retrospecto da origem da teoria sobre a derrotabilidade no âmbito da Filosofia do Direito, oportunidade em que se demonstrará a equivocidade do termo, a abrangência de seu conteúdo semântico e seu aspecto fenomênico. Em seguida, abordar-se-á a questão dos princípios no âmbito do modelo formulado por Robert Alexy, como normas de otimização. Em continuidade, analisar-se-ão os argumentos favoráveis à tese de que os princípios são normas derrotáveis, posição que se infere de Ronald Dworkin, Aulis Aarnio e Klaus Günther, passando-se à avaliação das posições contrárias, representadas por Robert Alexy, Carsten Bäcker e Thomas Bustamante. Por fim, seguir-se-ão as considerações finais.

Para compor a presente reflexão adotou-se como método de abordagem o *dedutivo*, partindo-se das premissas para se chegar à conclusão; ao passo que o método de procedimento é o *comparativo*, na medida em que as posições teóricas dos autores indicados serão contrapostas e cotejadas, com vista a se chegar àquelas que melhor contribuem para a resposta ao problema. A técnica utilizada é a de pesquisa bibliográfica. Ao final, afirma-se que, enquanto mandamentos de otimizar um fim a ser otimizado, os princípios não são normas derrotáveis.

2. HART E A DERROTABILIDADE NORMATIVA

Hodiernamente, o tema da derrotabilidade tem merecido relativa atenção no âmbito da academia, em diversas áreas do conhecimento. No âmbito do Direito, cresce o interesse em melhor entender esse fenômeno, o qual é verificável tanto na interpretação quanto na aplicação das normas. Esse movimento tem resultado na composição de diferentes matizes teóricos sobre o tema. Gavião Filho e Prevedello (2019, p. 2) afirmam que podem ser encontradas referências à derrotabilidade “(a) das normas – característica comum aos princípios e às regras, para alguns, ou exclusiva das regras jurídicas, para outros; (b) do raciocínio jurídico; e (c) dos conceitos jurídicos”.

Herbert Hart é apontado como o pioneiro a descrever, em linhas gerais, o que seria a problemática da derrotabilidade no âmbito do Direito². No ensaio *The Ascription of Responsibility and Rights* (1948), Hart lança o esboço dessa tese aplicando-a, inicialmente, aos conceitos e ao raciocínio jurídicos. Ressalte-se, todavia, que, no referido artigo, o objetivo principal de Hart não era exatamente discutir a derrotabilidade no Direito. Antes, pretendeu demonstrar o que ele entendia ser o caráter atributivo (e não meramente descritivo) da análise filosófica de uma ação humana, enfatizando que a descrição analítica de determinada conduta teria uma função essencial de atribuir responsabilidade ou de atribuir direitos³. Conforme destaca Cabral (2018, p. 31), nesse ensaio Hart defende que “a função da linguagem não é apenas descrever fatos, mas atribuir responsabilidade para estes. [...] através da linguagem seria possível reconhecer, reivindicar, atribuir e admitir direitos”.

Todavia, ao que parece, Hart teria abandonado a tese ascriptivista. Na opinião de Brozek, a evidência disso seria o fato de Hart não ter publicado *The Ascription* em duas coletâneas de seus ensaios, em 1968 e 1983, inferindo-se ter se convencido da consistência das críticas que a teoria recebeu⁴. Graeff esclarece que essas críticas foram lançadas por Peter Geach e por George Pitcher, em publicações de 1960, permanecendo a controvérsia sobre o abandono da teoria. Subsiste, todavia, a tese da derrotabilidade que, segundo

2 De um modo geral, os autores consultados não divergem ao apontar Herbert Hart como aquele que introduziu a questão da derrotabilidade no debate jurídico. Nesse sentido, cf. BROŽEK, Bartosz. **Defeasibility of legal reasoning**. Krakow: Zakamycze, 2004; BÄCKER, Carsten. Regras, princípios e derrotabilidade. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 102, p. 55-82, jan./jun. 2011; GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; PREVEDELLO, Alexandre. A noção de derrotabilidade para Herbert L. A. Hart. In: **Revista de Direito GV**. Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, v. 15, n. 1, e1907, jan./abr. 2019; GRAEFF, Patrícia. **Derrotabilidade, vagueza e textura aberta: um estudo acerca dos limites do Direito segundo Herbert Hart**. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre: UFRS, 2015; ARANGO, Esteban Buriticá. Derrotabilidad y razonamiento jurídico: sobre la (supuesta) necesidad de una lógica derrotable. In: **Estudios de Derecho**. vol. 72, n. 159, jan./jun. 2015, p. 215-247; dentre outros.

3 “My main purpose in this article is to suggest that the philosophical analysis of the concept of a human action has been inadequate and confusing, at least in part because sentences of the form ‘He did it’ have been traditionally regarded as primarily descriptive whereas their principal function is what I venture to call ascriptive, being quite literally to ascribe responsibility for actions much as the principal function of sentences of the form ‘This is his’ is to ascribe rights in property.” (HART, Herbert L. A. *The Ascription of Responsibility and Rights*. In: **Proceedings of the Aristotelian Society**, New Series, London, vol. 49 (1948-1949), p. 171).

4 “Interestingly enough, it seems that Hart abandoned his ascriptivist theory. He declined to publish ‘The Ascription of Responsibility and Rights’ in two collections of his essays, in 1968 e 1983. He felt the critiques of his ideas were sound. It is then rational to assume that Hart ceased to be an adherent of ascriptivism.” (BROŽEK, Op. cit., p. 17).

a autora, será desenvolvida por Hart na obra *The Concept of Law*, “sob outra roupagem, desta feita com ênfase nas regras jurídicas” (GRAEFF, 2018, p. 21).

Em *The Ascription*, Hart inicia a problematização da derrotabilidade tomando como ponto de partida o reconhecimento do caráter vago e incompleto – ou derrotável – dos conceitos de *transgressão* e de *contrato*. As indagações que animam sua reflexão são “O que é uma transgressão?” e “O que é um contrato?”⁵. A partir daí, Hart argumenta que, por mais que se tente estabelecer quais seriam as condições necessárias e suficientes para se definir, com clareza, o que seria um *contrato*, esse conceito seria inexoravelmente marcado pela incompletude e resultaria, portanto, num conceito derrotável. E a razão para isso se deve ao fato de que sempre remanesceriam exceções não abarcadas pelo conceito formulado. O mesmo raciocínio Hart aplica ao conceito de transgressão, concluindo também ser um conceito derrotável. O jusfilósofo inglês assim coloca a questão:

Isso [vagueza dos conceitos] pode ser ilustrado em detalhes no Direito dos Contratos. Quando um estudante aprende que na legislação inglesa existem condições positivas exigidas para a existência de um contrato válido, ou seja, ao menos duas *partes*, uma que faz a *oferta* e outra que aceita a *oferta*, um *instrumento* escrito em alguns casos, e o *pagamento*, seu entendimento acerca do conceito jurídico de um contrato ainda está incompleto e permanecerá assim mesmo que ele tenha aprendido a técnica dos juristas de interpretação dos termos técnicos, mas ainda assim vagos, como “oferta”, “aceitação”, “memorando”, “pagamento”. Essas condições, embora necessárias, nem sempre são suficientes e ele ainda precisará aprender o que pode *invalidar* uma alegação de que existe um contrato válido, mesmo que todas essas condições sejam satisfeitas. Ou seja, o estudante ainda precisará aprender o que se segue à expressão “**a menos que**” [*unless*], que deve acompanhar a declaração dessas condições (HART, 1948, p. 174-175, tradução nossa – original sem negrito, mas com os itálicos).

Desse modo, a partir da análise do conceito de contrato e da constatação de sua vagueza, Hart infere que a incompletude dos conceitos jurídicos está relacionada à contingência das exceções, dos casos excepcionais, cuja soma não pode ser abarcada no nicho de cada conceito

5 “This imports to legal concepts a vagueness of character very loosely controlled by judicial traditions of interpretation and it has the consequence that usually the request for a definition of a legal concept – ‘What is a trespass?’ ‘What is a contract?’ – cannot be answered by the provision of a verbal rule for the translation of a legal expression into other terms or one specifying a set of necessary and sufficient conditions.” (HART, *Op. cit.*, p. 173).

jurídico pela notória razão de que a capacidade humana não tem condições de antevê-las. Em razão desse fato, Hart conclui não ser possível, de um modo geral, definir um conceito como "transgressão" ou "contrato" especificando as condições necessárias e suficientes para sua aplicação, já que qualquer conjunto de condições pode se mostrar adequado em alguns casos, mas não em outros, e tais conceitos só podem ser explicados com o auxílio de uma lista de exceções ou contraexemplos que mostre onde o conceito não pode ser aplicado ou pode ser aplicado apenas de forma mitigada (HART, 2018, p. 174). Hart, então, segue argumentando:

Essa é uma característica dos conceitos jurídicos para a qual não há nenhuma palavra no inglês comum. As palavras "condicional" e "negativo" têm implicações imprecisas, mas o Direito tem uma palavra que, com alguma hesitação, tomo emprestado e apresento: é o termo "derrotável" [*defeasible*], utilizado do Direito de Propriedade [*legal interest in property*], o qual está sujeito a rescisão ou "derrota" em uma série de diferentes contingências, mas permanece intacto se nenhuma dessas contingências vencer. Nesse sentido, então, o contrato é um conceito derrotável (HART, 1948, p. 175, tradução nossa).

Para nominar esse fenômeno ele elegeu, então, o vocábulo *defeasible* – “derrotável” –, o qual aparece 16 vezes no referido artigo. Por sua vez, o termo *defeat* – “derrota” ou “derrotar” – tem oito ocorrências no texto. Para Hart, a *defeasibility* – “derrotabilidade” –, inerente à relação contingencial regra/exceção, é representada, em termos linguísticos, pelo uso da locução conjuntiva “a menos que” (*unless*), que exprime a ideia de excepcionalidade.

A partir das inferências relativas aos conceitos jurídicos, Hart avança sua argumentação passando a aplicar a noção de derrotabilidade ao raciocínio jurídico. Analisando *The Ascription*, Graeff afirma que, para o jurista inglês, a noção de derrotabilidade estava atrelada à dialética e ao procedimento judicial. “[...] Hart concebia a ideia de que o próprio raciocínio jurídico era – de um ponto de vista procedimental – derrotável, porquanto a existência de uma exceção poderia alterar a solução da lide em sentido contrário ao inicialmente proposto” (GRAEFF, 2018, p. 20-21).

Já na obra *The Concept of Law* (1961), Hart amplia o escopo teórico da derrotabilidade estendendo-a ao âmbito das normas jurídicas, passando a tratá-la sob a perspectiva do conceito de *textura aberta* do Direito. Conforme destacam Kozicki e Pugliese, nessa obra Hart “reconhecia o que chamava de ‘textura aberta’, ou ‘zonas de penumbra’, ou seja, que as normas como atos de linguagem, tinham espaços de indeterminações que deveriam ser preenchidos no momento de sua aplicação” (KOZICKI; PUGLIESE, 2018, p. 148).

A não utilização dos termos *defeasible* e *defeasibility* em *The Concept* fez suscitar a controvérsia de que Hart teria abandonado a tese da derrotabilidade. Mas, conforme sustentam Gavião Filho e Prevedello, essa problemática está presente nas indagações do jusfilósofo sob o tema da textura aberta, especialmente no *Capítulo VII - Formalismo e ceticismo sobre as regras*. Nesse tópico, Hart retoma a questão da aplicação de regras gerais a casos particulares, dialogando e confrontando com as correntes do formalismo jurídico e do realismo norte-americano para assentar que os modelos existentes – *common law* e *civil law* – atuam e resolvem a maioria dos casos, porém alguns deles serão dotados de textura aberta (GAVIÃO FILHO; PREVEDELLO, 2019, p. 7).

Na opinião de Vasconcellos, a derrotabilidade é um fenômeno empiricamente verificável, que ocorre em “certas categorias jurídicas como incidência, aplicação, antinomias, lógica deôntica, entre outras” (VASCONCELLOS, 2009, p. 47). Por ser um fato inerente ao Direito, ele ocorre em ambas as tradições jurídicas (*common law* e *civil law*). Em aprofundada análise sobre o tema, Brozek também concorda que a derrotabilidade é um fenômeno e não meramente um conceito jurídico⁶. O jurista polonês categoriza a derrotabilidade em três espécies: deôntica, epistêmica e textura aberta e vagueza; a deôntica é subdividida em procedimental, de conceitos, factual e de argumentos⁷. Em razão dos limites do objeto da presente reflexão, não se

6 “And ‘defeasibility’ is etymologically a descendant of the word ‘defeasance’ which means annulment of a contract or deed. It is not surprising, then, that Hart made use of the term when he was trying to name a certain legal phenomenon.” (BROZEK, *Op. cit.*, p. 13).

7 Na modalidade epistêmica, tem-se que o problema da incompletude do conhecimento pode ser considerado como uma fonte de derrotabilidade do raciocínio humano. Nesse sentido, uma regra pode ser derrotada diante de circunstâncias inesperadas originadas de conhecimento adicional sobre o objeto regulado. Por sua vez, na modalidade textura aberta/vagueza, é fato que a imprecisão da linguagem e dos significados se reflete no discurso normativo; desse modo, haverá

abordarão essas categorias. Entretanto, interessa aqui a derrotabilidade deôntica, que, nas palavras de Brozek, “[...] é, na verdade, a derrotabilidade das normas jurídicas, em nada separado do que Hart apresentou em ‘The Ascription of Responsibility and Rights’” (BROZEK, 2004, p. 24-25, tradução nossa).

Então, para Hart, a derrotabilidade é constatada pela vagueza e incompletude dos conceitos jurídicos, pela possibilidade de um raciocínio jurídico ser vencido na esfera do contraditório processual, pela textura aberta das normas e pelo caráter contingencial da relação regra/exceção. A ocorrência da derrotabilidade normativa é denunciada pela demonstração da excepcionalidade do caso concreto, o que, na dimensão formal das normas positivadas, é representado pela ideia de “a menos que”, como demonstrado por Hart. Em muitos dos enunciados normativos, a derrotabilidade tem expressa previsão, representada por uma cláusula de exceção⁸. Entretanto, como visto, além dos limites inerentes à linguagem, é impossível prever todas as possibilidades em que a regra não será aplicada, especialmente quando surgem os *hard cases*, hipóteses nas quais a derrotabilidade normativa é praticamente certa.

Nas palavras de Frota, “a teoria da derrotabilidade das normas jurídicas representa a possibilidade de tratamento de casos excepcionais, dentro de uma norma geral e abstrata aplicável *prima facie* a todas as situações normais ou típicas”, destacando que sua incidência é ampla, podendo ser aplicada aos enunciados, aos julgados pacíficos e às súmulas vinculantes (FROTA, 2010, p. 88).

Partindo-se, então, do reconhecimento de que a derrotabilidade normativa implica que as normas jurídicas comportam exceções implícitas⁹,

casos em que a interpretação de determinada regra que contenha conceito vago ou aberto poderá redundar em sua não aplicação, ocasionando também, nessa hipótese, o fenômeno da derrotabilidade. (*Ibid.*, p. 31-41).

- 8 O léxico jurídico brasileiro dispõe de outras palavras/expressões que denotam sentido de exceção semelhante ao contido na locução “a menos que”, utilizada por Hart em *The Ascription*, como as palavras “exceto”, “salvo” e “ressalvado” (e suas flexões de gênero e número), além das expressões delas derivadas como “com exceção de”, “à exceção de”, e “com a ressalva de” (e suas variações), assim como as locuções conjuntivas “salvo se” e “a não ser que”, dentre outras.
- 9 “Se as condições de uma regra são satisfeitas, então a conclusão se segue, a menos que ocorra uma exceção, ou seja, se a, então b, a menos que c” (BÄCKER, *Op. cit.*, p. 68).

passa-se a analisar a natureza e a estrutura dessas normas, a partir da teoria de Robert Alexy.

3. ALEXY E A TEORIA DAS NORMAS JURÍDICAS

No âmbito de sua teoria dos direitos fundamentais, Robert Alexy afirma que a distinção das normas jurídicas entre *princípios* e *regras* “constitui um elemento fundamental não somente da dogmática dos direitos de liberdade e igualdade, mas também dos direitos a proteção, a organização e procedimento e a prestações em sentido estrito” (ALEXY, 2008, p. 85). O autor entende que “tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser”, e esclarece que regras e princípios “podem ser formulados por meio de expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição” (ALEXY, 2008, p. 87). Ele também defende que princípios e regras são juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécies muito diferentes. Acerca das teorias que explicam essa distinção, o jurista de Kiel faz a seguinte síntese:

[...] são possíveis três teses inteiramente diversas acerca da distinção entre regras e princípios. A primeira sustenta que toda a tentativa de diferenciar as normas em duas classes, a das regras e a dos princípios, seria, diante da diversidade existente, fadada ao fracasso. [...] A segunda tese é defendida por aqueles que, embora aceitem que as normas possam ser divididas de forma relevante em regras e princípios, salientam que essa diferenciação é somente *de grau*. Os adeptos dessa tese são sobretudo aqueles vários autores que vêm no grau de generalidade o critério decisivo para a distinção. A terceira tese, por sua vez, sustenta que entre ambos não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença *qualitativa*. Essa tese é correta (ALEXY, 2008, p. 89-90, itálicos no original).

Embora concorde com a correção da tese da diferença qualitativa entre princípios e regras, o autor afirma existir um critério mais abrangente e mais distintivo que os “critérios tradicionais” elencados. Alexy afirma que esse critério (também de natureza qualitativa) é o dos *princípios como mandamentos de otimização*, como normas cuja aplicação enseja a busca de sua máxima realização possível¹⁰: os *princípios* ordenam que um fim seja

10 Alexy esclarece que sua distinção entre princípios e regras se assemelha à proposta por Ronald Dworkin (*Taking Rights Seriously*, 2.ed. London: Duckworth, 1978, p. 22 e ss. e 71 e ss), com a

realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, são *mandamentos de otimização*, “caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas” (ALEXY, 2008, p. 90).

A seu turno, as regras, segundo Alexy, são normas que contêm “*determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível” e cuja aplicação requer que se faça “exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos”. O autor afirma que “um conflito entre duas regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma delas for declarada inválida” (ALEXY, p. 91-92)¹¹.

A possibilidade de sujeição a uma cláusula de exceção denuncia o caráter *prima facie* das regras. Esse é um dos pontos de contato entre a teoria de Alexy, sobre as normas, e a teoria de Hart, sobre a derrotabilidade, e que interessa à presente reflexão: ao se referir à possibilidade de permanência da

diferença básica entre ambas se assentando na ideia de princípio como mandamento de otimização, defendida por Alexy. (*Ibid.*, p. 91, nota).

Na referida obra, Dworkin afirma: “A diferença entre princípios e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela oferece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.” [...] “Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se entrecruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. [...] Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é. As regras não têm essa dimensão. Podemos dizer que as regras são *funcionalmente* importantes ou desimportantes [...]. Nesse sentido, uma regra jurídica pode ser mais importante que outra porque desempenha um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. Mas não podemos dizer que uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior.” (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39, 42-43, *italico no original*).

- 11 No mesmo sentido, afirma Dworkin: “Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes” (DWORKIN, *Op. cit.*, p. 43).

validade de uma regra conflitante, mediante a admissão de uma cláusula de exceção, Alexy está (implicitamente) admitindo que as regras são derrotáveis, segundo a perspectiva hartiana, vista no tópico anterior. Em outras palavras, admitir que a relação regra/exceção é contingencial implica reconhecer o caráter derrotável das regras jurídicas¹². Nas palavras de Gavião Filho e Prevedello, é reconhecer às regras jurídicas a “capacidade de acomodar exceções implícitas sem perder sua força normativa” (GAVIÃO FILHO; PREVEDELLO, 2019, p. 2).

Alexy afirma não existir princípio absoluto; caso existisse, seria o colapso de sua teoria das normas e o teorema da colisão restaria inaplicável. Em caso de colidência com outros princípios, o princípio absoluto teria precedência em relação a todos os demais, inclusive em relação ao princípio que estabelece que as regras devem ser seguidas e, nesse caso, significaria que a sua realização não conheceria “nenhum limite jurídico, apenas limites fáticos” (ALEXY, 2008, p. 111). Princípios absolutos simplesmente inviabilizariam o exercício dos direitos e a concretização dos demais princípios.

Conforme assinala Bäcker, o modelo de Alexy foi criticado por Jan-Reinard Sieckmann e Aulis Aarnio, que defendem que essa distinção clássica, baseada na aplicação gradual ou absoluta, não é convincente já que, como afirmam, princípios são mandamentos de otimizar e, nessa condição, podem tanto ser satisfeitos completamente quanto não ser satisfeitos de modo algum. Desse modo, concluem que princípios são mandamentos definitivos, ou seja, eles também são regras (BÄCKER, 2011, p. 59).

12 Dworkin, que influenciou Alexy em sua teoria das normas, afirma que “A regra pode ter exceções, mas se tiver, será impreciso e incompleto simplesmente enunciar a regra, sem enumerar as exceções. Pelo menos em teoria, todas as exceções podem ser arroladas e quanto mais o forem, mais completo será o enunciado da regra” (DWORKIN, *Op. cit.*, p. 40).

De fato, Alexy respondeu à afirmação dworkiniana declarando que “ao contrário do que sustenta Dworkin, as cláusulas de exceção introduzidas em virtude de princípios não são nem mesmo teoricamente enumeráveis. Nunca é possível ter certeza de que, em um novo caso, não será necessária a introdução de uma nova cláusula de exceção” (ALEXY, *Op. cit.*, p. 104).

Bäcker esclarece que, na obra *On the Structure of Legal Principles*¹³, Alexy responde a essa objeção introduzindo “uma nova distinção conceitual, distinguindo mandamentos de otimizar de mandamentos a serem otimizados”. Nessa revisão teórica, a noção inicial de princípios como mandamentos de otimização passa a ter dois níveis: os *mandamentos de otimizar*, como regras, e os *mandamentos a serem otimizados*, como princípios, sendo que “ambas as noções – regras e princípios – formam juntas o mandamento de otimização”. Por fim, Bäcker esclarece que, para Alexy, a consequente revisão teórica no intuito de responder à objeção em questão não leva à falência a teoria dos princípios, mas, ao contrário, dá a ela “um foco mais exato”. “Ainda assim, como afirma Alexy, ‘por razões de simplicidade’, ele bem como Martin Borowski continuam a descrever os princípios como mandamentos de otimização” (BÄCKER, 2011, p. 60).

Na opinião de Bustamante, a classificação de Alexy tem uma relevância metodológica, já que permite uma distinção quanto *ao modo de aplicação* das duas espécies normativas, podendo ser assim sintetizada: “os princípios devem ser otimizados segundo a máxima da *proporcionalidade* para que sejam determinadas as possibilidades fáticas e jurídicas em que eles devem ser aplicados, de sorte que a operação básica de sua aplicação é a *ponderação*,” ao passo que “as regras contêm mandados *definitivos* e a operação básica para sua aplicação é a *subsunção*.” O autor esclarece que a definitividade das regras é, na verdade, uma pretensão de definitividade uma vez que elas possuem a característica da superabilidade (BUSTAMANTE, 2010a, p. 154 e 160).

Souza chama a atenção para o fato de que a caracterização de uma norma como regra ou princípio somente pode ocorrer ao final do exercício de

13 ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. *Ratio Juris*, v. 13 n. 3, p. 294-304, 2000. Nessa obra, “O autor oferece um esboço de sua tese de que os princípios jurídicos são comandos de otimização. Ele apresenta essa tese como um esforço para capturar a estrutura da ponderação ou balanceamento e fornecer uma base para a aplicação do princípio da proporcionalidade, o qual passou a ser associado à tese da otimização. Primeiro, ele examina a objeção de que não existe algo como princípios, mas apenas diferentes modos de aplicação das normas. Em segundo lugar, discute problemas relativos ao conceito de um comando de otimização e ao caráter do ‘dever’ contido nos princípios. Conclui que a distinção entre comandos para otimizar e comandos a serem otimizados é o melhor método para se apreender a natureza dos princípios” (ALEXY, *Op. cit.*, p. 294 - tradução nossa).

interpretação do texto normativo (distinguindo-se entre norma e texto normativo). O autor afirma que um mesmo dispositivo pode ser interpretado como regra ou como princípio, a depender do caso concreto e da argumentação desenvolvida (SOUZA, 2011, p. 11)¹⁴. No mesmo sentido, Clève e Lorenzetto asseveram não existir norma jurídica que esteja afastada da operação hermenêutica. Os autores entendem que, “para que possam ter força normativa, *força de lei*, elas demandam alguém com autoridade para dizer qual é a lei para a situação em disputa. Disso se depreende que os dispositivos que serão interpretados, em princípio, terão como resultado uma norma” (CLÉVE; LORENZETTO, 2016, p. 134)¹⁵.

Estabelecidas as noções de derrotabilidade e de princípio, coloca-se, então, a questão acerca da possibilidade de os princípios, enquanto normas de otimização (mandamentos a serem otimizados), serem passíveis de derrota numa hipótese de colidência ou conflito com outras normas. O tópico seguinte abordará essa discussão.

4. A DERROTABILIDADE DOS PRINCÍPIOS

A questão da derrotabilidade dos princípios é controversa, havendo argumentos a favor e contra a sua ocorrência. A construção de uma possível resposta a essa problemática envolve, primeiramente, estabelecer as acepções teóricas de derrotabilidade e de princípio, como se intentou fazer nos tópicos anteriores. Nesse sentido, a despeito da existência de diversos matizes teóricos sobre os referidos conceitos, optou-se pela acepção de princípios

14 Na opinião do autor, “A distinção entre texto e norma leva a que se considere como tecnicamente mais adequado falar em derrotabilidade de textos normativos, e não de normas jurídicas. De fato, na concretização do direito, quando se levam em conta exceções não previstas no texto normativo, este é que resta superado, surgindo a norma jurídica apenas no caso concreto, já integrada pela exceção.” (SOUZA, Rodrigo Telles de. A distinção entre regras e princípios e a derrotabilidade das normas de direitos fundamentais. In: **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**. n. 34, jan.-jun. 2011, p. 20).

15 No mesmo sentido é a opinião de Moraes da Rosa: “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.” (MORAIS DA ROSA, Alexandre. Quase novidade, Teoria da Derrotabilidade merece ser melhor conhecida. In: **Consultor Jurídico**. Seção Diário de Classe, 2017, n.p.).

como *mandamentos de otimização aplicáveis em vários graus e de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes*, assim como a noção de derrotabilidade como a *capacidade de as normas comportarem exceções implícitas sem perder sua validade*.

Alexy afirma que princípios e regras apresentam distinto caráter *prima facie*. Nesse sentido, os princípios “exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, ao passo que as regras “têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas” (ALEXY, 2008, p. 103-104), podendo sucumbir diante de casos excepcionais não previstos.

Entretanto, conforme asseveram Gavião Filho e Prevedello, para Dworkin “apenas os princípios possuem um caráter *prima facie*” (GAVIÃO FILHO; PREVEDELLO, 2019, p. 3). Isso implicaria afirmar que, na perspectiva dworkiniana, somente os princípios seriam derrotáveis, não as regras. Alexy, todavia, qualifica de “simples” o modelo de normas de Dworkin, o qual entende que as regras válidas devem ser aplicadas de forma “tudo-ou-nada” (ALEXY, 2008, p. 104), inadmitindo que exceções possam afastar (derrotar – na linguagem de Hart) sua aplicação. O modelo alexyano, diversamente, reconhece um distinto caráter *prima facie* a ambas as espécies normativas. E, nesse aspecto, a diferença entre elas pode ser condensada na afirmação “os princípios possuem um caráter inerentemente *prima facie*, enquanto as regras possuem um caráter excepcionalmente *prima facie*” (GAVIÃO FILHO; PREVEDELLO, 2019, p. 4).

Souza afirma que as posições de Dworkin e Alexy sintetizam a distinção *forte* entre princípios e regras, baseada “na estrutura normativa (enfoque estrutural), no modo final de aplicação e no relacionamento normativo (enfoque funcional)”. Em contraste, o autor salienta que Aulis Aarnio e Klaus Günther, cada um a seu modo, se filiam à tese da correspondência ou conformidade, cujo escopo é no sentido de extinguir ou ao menos abrandar as diferenças entre as duas espécies normativas (SOUZA, 2011, p. 16-17).

Ele acrescenta que, sob a perspectiva linguística, Aarnio não vê diferença entre regras e princípios, afirmando que a precisão não é encontrada

apenas nas regras, ao mesmo tempo em que a indeterminação não é particularidade exclusiva dos princípios. Ademais, salienta que, embora forneçam razões definitivas, as regras também podem prover razões *prima facie*; e, de igual modo, os princípios fornecem não somente razões *prima facie*, mas também definitivas. Souza acrescenta que a teoria de Günther, por sua vez, “procura refutar a divisão entre regras e princípios em categorias definidas e inconciliáveis, afirmando que o modo de aplicação de uma norma não está vinculado à sua estrutura”. Nesse sentido, entende que a distinção entre regra e princípio depende das condições do diálogo entre essas normas, “consistindo mais em tratar uma norma como regra, se for aplicada sem considerar os sinais característicos desiguais da situação, ou como princípio, se aplicável mediante o exame de todas as circunstâncias, fáticas ou jurídicas, em situação específica” (SOUZA, 2011, p. 18).

Como se pode perceber, as perspectivas de Aarnio e de Günther no sentido de relativizar ou extinguir a distinção entre regras e princípios, aproximando uma espécie à outra quanto ao seu aspecto essencial, levam à inexorável conclusão de que ambas as espécies normativas são derrotáveis.

Vasconcellos também defende que todas as normas são derrotáveis, sejam princípios ou regras. O autor afirma que a “interpretação sistemática do direito pode fazer com que uma previsão textual, *prima facie*, imune a qualquer tipo de ressalva, como a que prevê o voto obrigatório para os maiores de dezoito anos, gere dúvidas e questionamentos no caso concreto”, por exemplo, na hipótese de o indivíduo ser absolutamente incapaz. Nesse caso, a interpretação sistemática do Código Civil acerca da capacidade derrotaria a norma constitucional, afastando a obrigatoriedade do voto para o indigitado indivíduo. O autor afirma que admitir que todas as normas podem ser contingencialmente derrotadas mostra-se uma postura mais “realista e razoável, porque reconhece a falibilidade de todas as normas jurídicas, fugindo da utopia que seria propor a inderrotabilidade de todas as normas, além de escapar do subjetivismo que seria apontar somente um conjunto de normas derrotáveis” (VASCONCELLOS, 2009, p. 71-72).

Bäcker, por sua vez, entende ser justamente o caráter não derrotável dos princípios o seu maior distintivo em relação às regras¹⁶. A partir da teoria das normas de Alexy e da teoria da derrotabilidade de Hart, Bäcker afirma que, como é impossível se prever todas as exceções que emergem dos casos futuros, não é possível criar uma regra sem exceções, consistindo nisso a derrotabilidade das regras jurídicas. Mas os princípios, na visão do autor, não comportam exceções, o que implica afirmar que não são derrotáveis. Bäcker (2011, p. 61) explica a sua tese nos seguintes termos:

Por outro lado, entendo que 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.

O autor se apoia no conceito revisado de princípio de Alexy, ou seja, princípio como *mandamento de otimizar um mandamento a ser otimizado*. Partindo dessas premissas, Bäcker entende que os princípios não podem comportar exceções, já que constitui parte de sua estrutura normativa “o fato de todas as circunstâncias dadas serem consideradas sempre e a cada vez que um princípio é aplicado”. A acepção de “mandamentos para realizar um fim de maneira ótima” (BÄCKER, 2011, p. 61, 68 e 79) pressupõe que o processo de aplicação/otimização do princípio seja tal que ele não deixe de considerar nenhuma das condições (fáticas e jurídicas) presentes no caso. Em sendo dessa forma, do caso concreto não poderá remanescer qualquer exceção a ensejar a derrotabilidade de um ou mais dos princípios eventualmente em conflito com uma regra.

Infere-se da tese de Bäcker que, se na análise do caso concreto o processo de otimização dos princípios for, de fato, executado, então nenhum

16 “Se, contudo, regras e princípios são distintos, surge a necessidade de se recorrer a um critério por meio do qual a distinção possa ser reconhecida. Neste ensaio, argumentarei que esse critério se encontra na noção de *derrotabilidade*” (BÄCKER, *Op. cit.*, p. 58).

deles resultará derrotado, pois não haverá exceções, condições ou exigências que não terão sido consideradas na formulação da solução. Otimizar implica necessariamente considerar “tudo” que está presente e incide no caso concreto (todas as particularidades e condições assim como a exigência de ponderação de todos os princípios envolvidos).

A superação em peso de um princípio por outro não significa a sua derrota, já que a ponderação de princípios concorrentes ou regras conflitantes é tida como parte das circunstâncias relevantes do caso. Então, o princípio enquanto mandamento de otimização “não é derrotado, mas simplesmente aplicado, daí resultando que sua realização só é possível se o contrabalanceamento envolvendo o princípio concorrente ou as razões por detrás da regra conflitante não superá-lo em peso” (BÄCKER, 2011, p. 77).

Utilizando uma argumentação distinta da de Bäcker, mas, ainda assim, por ele influenciado, Bustamante afirma ter abandonado a tese da superabilidade dos princípios. Antes, ele defendia que os princípios tinham superabilidade imanente, ao passo que as regras possuíam uma superabilidade reservada a casos excepcionais (BUSTAMANTE, 2005)¹⁷. O autor afirma ser da essência dos princípios conservar sua normatividade “mesmo nos casos em que são substituídos por outros princípios, de modo que admitir a existência de exceções no mandado para otimizá-los seria tratá-los como regras, e não mais como princípios.” O autor se apoia nas ideias de Alexy e de Kelsen para compreensão dos princípios enquanto categoria normativa distinta das regras:

Como explica Alexy, “existe uma relação necessária entre o dever-ser ideal, isto é, entre o princípio como tal, e o mandado de otimização enquanto regra” (Alexy 2003: 109). Sempre que uma norma é classificada como um princípio, um mandado incondicional é estabelecido para otimizá-la. ROpt é, portanto, o que Kelsen chamou de “norma categórica”, ou seja, uma norma que prescreve uma conduta humana “sob qualquer condição” (Kelsen 1981: 115). Somente se a validade incondicional do ROpt for pressuposta pode-se dizer ao mesmo tempo que existe um dever jurídico de otimizar os princípios jurídicos e que esses princípios têm uma estrutura diferente da das regras (BUSTAMANTE, 2010a, p. 226-227, nota, tradução nossa).

17 Essa posição teórica está presente em BUSTAMANTE, Thomas. **Argumentação contra legem**: Uma teoria do discurso e uma justificativa jurídica em casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. O autor faz opção pelo termo *superabilidade* em vez de *derrotabilidade*.

Bustamante argumenta que a tese da superabilidade dos princípios peca em não levar em consideração “o fato de os princípios serem normas cuja institucionalização é parcial (já que falta a determinação dos comportamentos concretos que se seguem dessas normas)” (BUSTAMANTE, 2010b, p. 153, nota). Dessa forma, os princípios são normas que não podem ser superadas (derrotadas) já que “elas não estabelecem nenhuma hipótese de incidência”, como o fazem as regras¹⁸.

Bustamante afirma, como Alexy, que os princípios estabelecem apenas uma obrigação de otimizar. E, tomando-se a superabilidade como a possibilidade de se inserir exceções em uma norma jurídica, ele conclui que se deve “necessariamente presumir que essa norma tenha a estrutura de uma regra que permita a subsunção de certos fatos ou condutas em sua hipótese de incidência” (BUSTAMANTE, 2010b, p. 154). Nesse sentido, as regras são superáveis (porque admitem exceções), ao passo que os princípios, não.

5. CONCLUSÃO

A derrotabilidade ou superabilidade normativa é um tópico importante da Filosofia do Direito e da Hermenêutica Jurídica. É um fenômeno que coloca em evidência os limites do Direito enquanto atividade humana destinada a regular o dever-ser. Ela denuncia o caráter contingencial da relação regra/exceção ante a incapacidade humana de antever todos os casos excepcionais, associada aos limites da linguagem e da conseqüente textura aberta do Direito.

Embora a derrotabilidade tenha ampla incidência no Direito, a presente reflexão limitou-se a analisar a derrotabilidade no âmbito das normas jurídicas,

18 No mesmo sentido, Gavião Filho e Prevedello afirmam que “A possibilidade de se introduzir uma cláusula de exceção é uma propriedade exclusiva das regras jurídicas (legislativas e jurisprudenciais), pois somente é possível falar em exceção quando já há direitos e deveres definitivos, fixados previamente e com conseqüências jurídicas também pré-determinadas. Com efeito, a estrutura dos princípios, em especial o seu caráter *prima facie* (que significa uma realização apenas parcial e não definitiva antes da ponderação de todas as particularidades do caso concreto, o que ensejará a formulação de uma regra), não se coaduna com a ideia de exceções. Logo, princípios não são derrotáveis” (GAVIÃO FILHO; PREVEDELLO, 2019, p. 12).

questionando se os princípios, enquanto espécie normativa, também são derrotáveis, como o são as regras. Para esse fim, utilizou-se o conceito hartiano de *derrotabilidade* – a capacidade de as normas comportarem exceções implícitas sem perder sua validade –, assim como o conceito alexyano de *princípios* – mandamentos de otimização aplicáveis em vários graus e de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes (otimização de um fim).

Os que defendem a derrotabilidade dos princípios afirmam posições teóricas que se apoiam na ideia de indistinção essencial entre princípios e regras já que, dependendo do caso, regra poderia funcionar como princípio e vice-versa. Autores como Aarnio e Günther, cada um a seu modo, defendem posições no sentido da relativização ou mesmo eliminação das diferenças estruturais entre regras e princípios, resultando na aproximação conceitual de uma espécie à outra. Essa perspectiva teórica leva à inexorável conclusão de que os princípios, como as regras, são derrotáveis. Por sua vez, Dworkin, a despeito de reconhecer uma distinção lógica entre princípio e regra, entende que apenas os princípios seriam normas de caráter *prima facie*. Isso implica afirmar que, na ótica de Dworkin, somente os princípios seriam derrotáveis, não as regras.

Por outro lado, entre os que defendem serem os princípios normas não derrotáveis, Alexy é aquele que maior contribuição dá à elaboração de uma resposta mais defensável a essa problemática. Embora a derrotabilidade não seja tema central em sua teoria das normas, é ele quem apresenta um conceito mais abalizado de princípio enquanto espécie das normas jurídicas. A natureza do mandamento de otimizar um mandamento (ou um fim) a ser otimizado impede que o princípio seja derrotado quando em colisão com outros princípios ou em conflito com uma regra.

Por sua vez, Bäcker utiliza o conceito alexyano de princípio como mandamento de otimizar um mandamento a ser otimizado para sustentar que os princípios não podem comportar exceções, uma vez que constitui parte de sua estrutura normativa o fato de todas as circunstâncias dadas serem

consideradas sempre e a cada vez que um princípio é aplicado. Logo, princípios não são derrotáveis.

Por fim, Bustamante, apoiando-se nas conclusões de Alexy e de Bäcker, defende a não derrotabilidade dos princípios, sustentando que, enquanto mandamentos de otimizar, os princípios são normas de institucionalização parcial, ou seja, não determinam os comportamentos concretos, como o fazem as regras. Nessa acepção, os princípios são normas não superáveis porque eles não estabelecem nenhuma hipótese de incidência, mas determinam que um fim seja otimizado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. *In: Ratio Juris*, v. 13 n. 3, p. 294-304, 2000. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/1467-9337.00157>. Acesso em: 28 jan. 2021.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARANGO, Esteban Buriticá. Derrotabilidad y razonamiento jurídico: sobre la (supuesta) necesidad de una lógica derrotable. *In: Estudios de Derecho*. vol. 72, n. 159, jan./jun. 2015, p. 215-247. Disponível em: <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/issue/view/2071>. Acesso em: 28 jan. 2021.

BÄCKER, Carsten. Regras, princípios e derrotabilidade. *In: Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 102, p. 55-82, jan./jun. 2011. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/rbep/article/view/18057>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BROŹEK, Bartosz. **Defeasibility of legal reasoning**. Krakow: Zakamycze, 2004. Disponível em: https://www.academia.edu/344430/Defeasibility_of_Legal_Reasoning_Krak%C3%B3w_Zakamycze_2004. Acesso em: 19 jan. 2021.

BUSTAMANTE, Thomas. **Argumentação contra legem**: Uma teoria do discurso e uma justificativa jurídica em casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BUSTAMANTE, Thomas. Principios, reglas y derrotabilidad. El Problema de las decisiones *contra legem*. *In: BONORINO RAMÍREZ, Pablo (Org.), Teoría jurídica y decisión judicial*. Madrid: Bubok, 2010, p. 205-284. Disponível em:

https://www.academia.edu/32333032/Principios_reglas_y_derrotabilidad_El_problema_de_las_decisiones_contra_legem. Acesso em: 27 jan. 2021.

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

Disponível em:

<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Artigo7%20Thomas.pdf>.

Acesso em: 25 jan. 2021.

CABRAL, Gisele Santos. Derrotabilidade das regras jurídicas. **Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica** – Anais do XXVII Congresso Nacional do CONPEDI Porto Alegre-RS. [Recurso eletrônico on-line] Organização CONPEDI/ UNISINOS. Coords. Jean Carlos Dias; José Alcebiades de Oliveira Junior; Jeferson Dytz Marin. – Florianópolis: CONPEDI, 2018. Disponível em:

<http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/34q12098/982r74ad/fBTPVDCV67HPL9E4.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2021.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Teorias Interpretativas, capacidades institucionais e crítica. In: **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba: UniBrasil. v. 19, n. 19, p. 131-168, jan./jun. 2016. Disponível em:

<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/691>.

Acesso em: 30 nov. 2020.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Derrotabilidade das Normas Jurídicas e sua Aplicabilidade: o diálogo principiológico entre o Direito Contratual Civil e o Direito Contratual Administrativo. In: **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, n. 52, p. 81-99, 2010. Disponível em:

<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30698/19815>. Acesso em: 11 jan. 2021.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; PREVEDELLO, Alexandre. A derrotabilidade na teoria dos princípios. In: **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 24, n. 1, p. 1-14, jan./mar. 2019. Disponível em:

<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/7501>. Acesso em: 15 jan. 2021.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; PREVEDELLO, Alexandre. A noção de derrotabilidade para Herbert L. A. Hart. In: **Revista de Direito GV**. Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, v. 15, n. 1, e1907, jan./abr. 2019. Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/79434>.

Acesso em: 04 jan. 2021.

GRAEFF, Patrícia. **Derrotabilidade, vagueza e textura aberta**: um estudo

acerca dos limites do Direito segundo Herbert Hart. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre: UFRS, 2015. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/132347>. Acesso em: 27 dez. 2020.

HART, Herbert. L. A. **O conceito de Direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HART, Herbert L. A. The Ascription of Responsibility and Rights. *In*: **Proceedings of the Aristotelian Society**, New Series, London, Vol. 49 (1948-1949), p. 171-194. Disponível em: <http://legacydirs.umi.acs.umd.edu/~horty/courses/readings/hart-1948-ascription.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2020.

KOZICKI, Katya; PUGLIESE, William. Direito, Estado e razão prática: a teoria do direito de Neil MacCormick. *In*: **O positivismo jurídico do século XXI**. Coleção Teoria Crítica do Direito – Vol. 5. (Orgs. Bruno Torrano e José Emílio Medauer). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 145-181.

LARIGUET, Guillermo. Conflictos trágicos genuinos, ponderación y límites de la racionalidad jurídica: en torno a algunas ideas de Manuel Atienza. *In*: **Isonomía**, n.24, abril 2006, p.93-113. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182006000100006&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 25 jan. 2021.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. Quase novidade, Teoria da Derrotabilidade merece ser melhor conhecida. *In*: **Consultor Jurídico**. Seção Diário de Classe, 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-abr-22/diario-classe-novidade-teoria-derrotabilidade-merece-melhor-conhecida#_ednref2. Acesso em: 04 jan. 2021.

SOUZA, Rodrigo Telles de. A distinção entre regras e princípios e a derrotabilidade das normas de direitos fundamentais. *In*: **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, n. 34, jan./jun. 2011, p. 11-35. Disponível em: <http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/handle/11549/7872#:~:text=Como%20a%20derrotabilidade%20de%20normas,adequa%C3%A7%C3%A3o%2C%20necessidade%20e%20proporcionalidade%20em>. Acesso em: 15 jan. 2021.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **O Conceito de Derrotabilidade Normativa**. (Dissertação de Mestrado.) Curitiba: UFPR, 2009. Disponível em: <https://www.acervodigital.ufpr.br/handle/1884/18639>. Acesso em: 30 dez. 2020.

SUBMETIDO | *SUBMITTED* | 06/09/2021

APROVADO | *APPROVED* | 07/12/2021

REVISÃO DE LÍNGUA | *LANGUAGE REVIEW* | Letícia Gomes Almeida

SOBRE OS AUTORES | *ABOUT THE AUTHORS***DILLINGS BARBOSA MAQUINÉ**

Doutorando em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil). Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Especialista em Direito Tributário pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Bacharel em Direito e Licenciado em História pela UFAM. Professor universitário. Servidor do Ministério Público do Estado do Amazonas. E-mail: dillingsmaq@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5143-0049>.

BRUNO MENESES LORENZETTO

Doutor em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia e Professor da Graduação do Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil). Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Visiting Scholar na Columbia Law School, Columbia University, New York. E-mail: bruno_lorenzetto@yahoo.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3781-3278>.