

A excepcionabilidade normativa no processo decisório

Matheus Teixeira da Silva*

Resumo: O presente trabalho tem por escopo a discussão do fenômeno da excepcionabilidade normativa, também denominada derrotabilidade ou superabilidade normativa, a qual mostra-se extremamente pertinente ao julgador comprometido com a justeza de suas decisões, na medida em que pretende tal fenômeno garantir a possibilidade de, em casos especiais e mediante adequada justificação (fundamentação), negar-se aplicação à norma jurídica que se mostrar inadequada ao caso sob exame, ainda que seja este formalmente subsumível àquela. Para o estudo e a compreensão de tal instituto, foram analisados exemplos das doutrinas pátria e estrangeira, bem como jurisprudências das cortes nacionais.

Palavras-chave: Excepcionabilidade. Derrotabilidade. Superabilidade. Defeasibility. Discretionariedade. Norma. Argumentação.

Resume: Le présent travail a comme scope la discussion du phénomène de l'exceptionnabilité normative, aussi dénommée défaisabilité ou faillibilité normative, laquelle se montre extrêmement pertinent au juge engagé par la justesse de ses décisions, dans la mesure où un tel phénomène prétend garantir la possibilité de, dans des cas spéciaux et au moyen de la justification adéquate (fondement), nier l'application à la norme juridique qui se montrerait inadéquate au cas en examen, même que celui-ci soit formellement soumettable à celle-ci. Pour l'étude et la compréhension d'un tel phénomène, on a analysé des exemples des doctrines nationales et étrangères, ainsi que des jurisprudences des cours nationales.

Mots-clés: Exceptionnabilité. Défaisabilité. Faillibilité. Defeasibility. Discrétionnarité. Norme. Argumentation.

Introdução

A doutrina jurídica brasileira tem dedicado pouquíssimas páginas à discussão sobre a excepcionabilidade normativa, isto é, a possibilidade de não-aplicação da norma jurídica. A jurisprudência, a seu turno, praticamente ignora o assunto, deixando de usar critérios científicos nas poucas oportunidades em que ousa não aplicar a norma aparentemente cabível à hipótese fática. Os debates porventura travados sobre a matéria são ínfimos. Até mesmo o termo a ser utilizado para designar tal fenômeno (excepcionabilidade, derrotabilidade, superabilidade, defeasibility) é obscurecido em razão da inércia doutrinária.

Como bem expõe Thomas Bustamante, “a recusa que muitos juristas costumam demonstrar em decidir contra a lei às vezes não passa de um preconceito, cuja origem

* Acadêmico do curso de Ciências Jurídicas e Sociais da PUCRS. Artigo também publicado em *Direito e Justiça*, v.36, n.1, p. 5-12, jan-jun/2010.

provavelmente está na falta de instrumentos teórico-metodológicos para justificar tal tipo de decisão”.¹

Todavia, trata-se de uma temática de grande relevância à hermenêutica jurídica e ao próprio Direito, na medida em que nosso sistema confere grande importância às normas e, por conseguinte, o estudo de sua incidência (ou falta dela) tem amplíssima repercussão no ordenamento jurídico como um todo.

A aceitação da excepcionabilidade, é certo, pressupõe a superação do dogmatismo exegético, intolerante e intransigente; faz-se fundamental a compreensão da necessidade de superação do raciocínio meramente subsuntivo, o qual, como já advertiu Ovídio Baptista, está fadado ao fracasso,² na medida em que o Direito não é prêt-à-porter, isto é, não está pronto para ser utilizado desde logo, pois não se esgota no texto já escrito pelo legislador; ao contrário, o texto é apenas o começo, o início da busca pela norma.³

Terminologia

Mostra-se imperiosa a definição daquilo que convencionamos denominar “excepcionabilidade”. Tomamos por base para o presente estudo o entendimento de Neil MacCormick, que, ao tratar do assunto, refere-se à defeasibility. Assim, vejamos como lidaram com o problema da tradução para o português os tradutores da obra de MacCormick (*Rhetoric and the Rule of Law*), Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo, que expuseram o problema em nota:

O substantivo defeasibility, tal como utilizado no livro, diz respeito à qualidade daquilo que pode ser subsequentemente excepcionado. Conforme referido no Oxford American Dictionary, defeasible é aquilo que está ‘aberto, em princípio, à revisão, à objeção válida, ao desposamento ou à anulação’. (...) Considerando a dificuldade de encontrar algum termo em português que traduzisse perfeitamente essa ideia, preferimos, como regra, deixar o substantivo no original em todas as suas ocorrências.⁴

Os autores espanhóis referem-se ao mesmo fenômeno através do termo derrotabilidade, sendo literalmente traduzidos por alguns pesquisadores brasileiros. Humberto

¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação ‘contra legem’: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 5.

² SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pág. 60.

³ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito – 4a ed.* São Paulo: Malheiros, 2006, p. 27.

⁴ MacCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. XXVII.

Ávila, por sua vez, ao tratar do assunto em sua Teoria dos Princípios, menciona a “superabilidade das regras”.

Juan Carlos Bayón fez questão de justificar sua opção: “El término inglés defeasible se traduce a veces como ‘superable’ o ‘despezable’. Aunque, en el fondo, todas las traducciones propuestas de defeasibility y defeasible me parecen escasamente elegantes, aquí utilizaré los términos ‘derrotabilidad’ y ‘derrotable’, cuyo uso parece ser el más generalizado en las discusiones actuales en lengua castellana.”⁵

Ainda que o termo “superabilidade” possa estar de acordo com a definição almejada, parece-nos mais adequada a “excepcionabilidade”, na medida em que, ao menos aparentemente, torna mais clara a ideia de que algo (no caso a norma) pode ser excepcionável, ou seja, passível de exceção. Também não é errada a dita “derrotabilidade”, mas, pelos mesmos motivos, ainda preferimos o termo ora adotado, pois não há derrota da norma, que se conserva no ordenamento.

Breve histórico

As primeiras menções à defeasibility foram feitas por Herbert Hart, em seu texto “The Ascription of Responsibility and Rights”, ao perceber que uma norma poderia ter sua incidência afastada ainda que os requisitos para sua aplicação estivessem presentes no caso sob análise.

Fernando Andreoni Vasconcellos explica a compreensão de Hart:

A derrotabilidade, na concepção hartiana, assume a impossibilidade de estabelecimento de uma lista de condições necessárias e suficientes para a aplicação do direito, porque somente seria possível elencar as suas exigências normais ou típicas, das quais obrigatoriamente deveria seguir a cláusula ‘a menos que...’, relativa a exceções que não poderiam ser antecipadas, e caso ocorressem, teriam o condão de derrotar a regra geral.⁶

As ideias expostas por Hart deram azo à aprimoração de sua teoria, discutida muito além do âmbito jurídico, como lembra Bayón:

Mas allá del terreno estrictamente normativo – ya sea de la teoría del derecho o de la filosofía moral -, las ideas de condicional e inferencia derrotable han sido objeto de atención de los teóricos de la inteligencia artificial y la denominada ‘ciencia cognitiva’ para dar cuenta de razonamientos de sentido común que nos parecen

⁵ BAYÓN, Juan Carlos. Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico. Disponível em <<http://bit.ly/4xYKgK>>.

⁶ VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. O conceito de derrotabilidade normativa. Curitiba: UFPR, 2009, p. 48.

intuitivamente aceptables y que, no obstante, serían inválidos desde el punto de vista de la lógica clásica.⁷

Em suma, Hart criou um novo espaço de pesquisas e debates de grande importância e, como sintetizou Pazos, “el artículo de Hart tuvo la importancia de marcar el origen de un problema que no se reconoció explícitamente como tal sino hasta mucho después”.⁸

Conceituação

Em sua obra *Retórica e o Estado de Direito*, Neil MacCormick aborda com propriedade a questão da defeasibility. De início, explica o autor escocês:

O que é relevante sobre a defeasibility é que um arranjo construído com base em regras jurídicas, ou algum estado de coisas jurídico que emerge a partir de um conjunto de regras e eventos, pode ter uma aparência de validade e, no entanto, este arranjo ou ‘fato institucional’ pode ainda estar sujeito a algum tipo de intervenção que o invalide. (...) Em outras palavras, o arranjo (ou seja lá o que for) em questão é excepcionável (defeasible), e os eventos invalidantes provocam a exceção (defeasance).⁹

A excepcionabilidade consiste, com efeito, na possibilidade de negar-se eficácia a uma determinada norma considerando que aspectos fáticos mostrem-se inconciliáveis com a norma concebida pelo legislador, de forma a reconhecer-se a existência de exceções à norma, ainda que não positivadas, sob pena de se desvirtuar o propósito normativo. Eduardo Ribeiro Moreira conceitua a derrotabilidade como a “excepcionalização da incidência dos efeitos da regra, por situação post factum não prevista”.¹⁰ Os apontamentos de Thomas Bustamante são precisos: “Por superabilidade (defeasibility) entende-se aqui uma situação onde as condições para a aplicação de um princípio ou regra jurídica válida estão satisfeitas, mas mesmo assim a conclusão (gerada por essas normas) não é alcançada.”¹¹

Em outras palavras, pode-se dizer que a finalidade do reconhecimento da excepcionabilidade é a de evitar o cometimento de injustiças no momento de aplicação da norma, na medida em que, em algumas situações, ainda que aparentemente a norma seja “subsumível”, existem fatos (exceções) que tornam a aplicação indevida.

⁷ BAYÓN, Juan Carlos. Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico. Disponível em <<http://bit.ly/4xYKgK>>.

⁸ PAZOS, María Inés. Derrotabilidad sin indeterminación. Disponível em <<http://bit.ly/7HOuUP>>.

⁹ MacCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 311.

¹⁰ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008, Coleção Professor Gilmar Mendes, p. 94.

¹¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação ‘contra legem’: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 233.

A respeito de tais exceções, Eros Grau transcreve a lição de Pallard apresentada em tese em Poitiers (citada por Jean Schmidt):

Toute règle juridique impérative, quel que soit son objet, à quelque branche du droit qu'elle appartienne, est susceptible de comporter dans certains cas particuliers des inconvénients tels qu'on puisse songer à lui apporter une exception.¹²

Tais exceções podem apresentar-se de forma explícita ou implícita, de acordo com a maior parte da doutrina que aborda o assunto.

As exceções explícitas são por demais óbvias, na medida em que expressas no próprio texto normativo, de forma que o próprio legislador previu exceções capazes de afastarem a incidência da norma. Todavia, os casos de exceções explícitas, pela obviedade e fácil assimilação, não parecem ter grande relevância para a pesquisa acadêmica; a complexidade reside nos casos de exceções implícitas, aos quais dedicaremos as próximas linhas.

Fernando Vasconcellos observa que “seria extremamente difícil (e talvez impossível) tentar formular todas as precondições concebíveis de validade em cada enunciado de cada regra, o que levaria qualquer pretensão de fazê-lo a um efeito desastroso à própria inteligibilidade do Direito”.¹³

Desta forma, a compreensão das exceções implícitas parte do pressuposto de que qualquer norma é criada pelo legislador tendo a pretensão de regular os casos normais, isto é, padrões, comuns; por isso, existe a possibilidade de um caso atípico não ter uma regulamentação correspondente, ensejando o afastamento (“derrota”) da norma que previa apenas um caso “normal”, justamente por não ser esse caso “pensado” pelo legislador, ainda que o dispositivo legal (por exemplo) contemple, aparentemente, a hipótese fática.

Por esta razão, Carlos E. Alchourrón afirmou: “the idea of defeasibility is connected to the notion of ‘normality’”.¹⁴ O mesmo autor elucidou:

Most, if not all, normative formulations are defeasible, i.e., they usually have implicit exceptions, i.e., circumstances that defeat the norm though they are not explicitly stated. Even a very simple and clear rule like ‘every driver should stop at a red traffic light’ may have exceptions not explicitly formulated.¹⁵

¹² GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito – 4a ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 178.

¹³ VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. O conceito de derrotabilidade normativa. Curitiba: UFPR, 2009, p. 103.

¹⁴ ALCHOURRÓN, Carlos. On Law and Logic. In: MacCORMICK, Neil e ATRIA, Fernando. Law and legal interpretation. Aldershot: Ashgate, 2003, p. 293.

¹⁵ ALCHOURRÓN, Carlos. On Law and Logic. In: MacCORMICK, Neil e ATRIA, Fernando. Law and legal interpretation. Aldershot: Ashgate, 2003, p. 293.

No mesmo sentido, corroborando as ideias já traçadas, os professores britânicos William Twining e David Miers expõem:

Even the most detailed and carefully drafted statutory provision does not contain a complete formulation of the rule. For there is the possibility that further exceptions may be implied.¹⁶

Pode-se perceber, sem esforço, que de fato precisamos lidar com a existência de exceções implícitas. Por ora, cumpre demonstrarmos que não se pode compactuar com a aplicação mecânica da lei, sem a análise prudente das peculiaridades de cada caso, até porque as regras devem sofrer um “juízo de verificabilidade”.¹⁷

Como asseverou Gerson Godinho da Costa, em dissertação:

A identificação do Direito com a lei gerou dois problemas graves. Um relacionado à ausência da inalcançável racionalidade da legislação, o outro, que lhe é decorrente, atinente à flagrante e indiscutível injustiça pela aplicação automática de algumas regras jurídicas.¹⁸ (sem grifo no original)

Aristóteles já havia identificado o problema. Como expôs o estagirita em *Ética a Nicômaco*:

O que origina o problema é o fato de o equitativo ser justo, porém não o legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal. A razão disto é que toda lei é universal, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares. Nos casos, portanto, em que é necessário falar de modo universal, mas não é possível fazê-lo corretamente, a lei leva em consideração o caso mais freqüente, embora não ignore a possibilidade de erro em consequência dessa circunstância. E nem por isso esse procedimento deixa de ser correto, pois o erro não está na lei nem no legislador, e sim na natureza do caso particular, já que os assuntos práticos são, por natureza, dessa espécie.

Por conseguinte, quando a lei estabelece uma lei geral e surge um caso que não é abarcado por essa regra, então é correto (visto que o legislador falhou e errou por excesso de simplicidade), corrigir a omissão, dizendo o que o próprio legislador teria dito se estivesse presente, e que teria incluído na lei se tivesse previsto o caso em pauta.¹⁹

Barzotto comenta o entendimento de Aristóteles, afirmando que a generalidade da lei pode torná-la “injusta para o caso”, sendo o equitativo um corretivo da lei.²⁰

¹⁶ TWINING, William e MIERS, David. *How to do things with rules – fourth edition*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 135.

¹⁷ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008, Coleção Professor Gilmar Mendes, p. 95.

¹⁸ COSTA, Gerson Godinho da. *Justificação democrática da atividade jurisdicional: o contributo da lógica jurídica de Chaïm Perelman*. Porto Alegre: PUCRS, 2008, p. 59.

¹⁹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 125.

²⁰ BARZOTTO, Luis Fernando. *O direito ou o justo: o direito como objeto da Ética no pensamento clássico*. In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2000.

Destarte, surge a excepcionabilidade como possibilidade de adaptação da norma à realidade, verdadeiro instrumento de correção do direito positivo, com o escopo de evitar o cometimento de injustiças. Humberto Ávila, sobre o tema, afirma que “o intérprete, em casos excepcionais e devidamente justificáveis, termina analisando razões para adaptar o conteúdo da própria regra”.²¹ Em outras palavras, pode-se afirmar que, havendo um caso excepcional, “anormal”, resta plenamente justificada a não-aplicação daquela norma, que (apenas) aparentemente estaria regulando o caso.

Sobre tais adaptações são valiosas as lições de Chaïm Perelman, que enfrenta a tormentosa questão da (in)submissão do juiz à letra da lei:²²

O fato de o juiz submeter-se à lei ressalta a primazia concedida ao poder legislativo na elaboração das regras de direito. Mas disso não resulta, de modo algum, um monopólio do legislativo na formação do direito. O juiz possui, a este respeito, um poder complementar indispensável que lhe permitirá adaptar a lei aos casos específicos. Se não lhe reconhecessem tal poder, ele não poderia, sem recorrer a ficções, desempenhar sua missão, que consiste no solucionamento dos conflitos: a natureza das coisas obriga a conceder-lhe um poder criativo e normativo no domínio do direito.²³

O que afirmamos é que, em algumas circunstâncias, a mera subsunção não é apta a aferir a adequabilidade da norma jurídica ao caso concreto. Isto porque, como explica Castanheira Neves, a norma, para ser aplicada, há de ter sido elaborada com a intenção de ser utilizada em um caso como o que se examine. Para o jusfilósofo português, a “norma só poderá ter-se definitivamente por aplicável, ou só estará definida na sua acabada aplicabilidade, quando se verificar ‘experimentalmente’ (i.é, através do discurso metodológico de problematização valorada) a sua intencional-normativa adequação ao caso concreto”.²⁴ Ainda consoante Castanheira Neves:

(...) em virtude de serem as normas prescritas na previsão apenas das hipóteses mais frequentes, comuns ou típicas dos casos que se propõem regular (...) não fica excluída a possibilidade de se decidir concretamente da sua aplicabilidade em termos diversos daqueles que imediatamente imporia o sentido significativo e conceitual (ou interpretável em abstracto) das normas, já aplicando-as a situações e casos formalmente abrangidos por ele. Situações e casos esses não-comuns ou atípicos

²¹ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos – 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 74.

²² A respeito, Ovídio Baptista registra o contexto histórico: “A submissão do juiz ao legislador decorria, então, de uma premissa lançada por Thomas Hobbes, em que o pai do positivismo moderno proclamara que a missão do juiz era dar aplicação ao que o legislador dissera ser direito, sendo-lhe indiferente a idéia de justiça.” (SILVA, Ovídio Baptista da. Processo e Ideologia: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 97).

²³ PERELMAN, Chaïm. Lógica jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 203.

²⁴ NEVES, A. Castanheira. Metodologia jurídica. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 167.

relativamente às hipóteses determinantes das normas, e cuja atipicidade concreta justamente justifica aqueles desvios.²⁵

Importante observar-se, neste ponto, que ao negar-se aplicabilidade à norma não se está enfraquecendo-a ou menosprezando-a; ao contrário, justamente porque não se a aplica é que se lhe preserva: ela não fora feita para ser aplicada naquele caso excepcional, mas nos casos ordinários.

O mesmo raciocínio leva MacCormick a afirmar que “levar a razão prática e a argumentação jurídica a sério não enfraquece o respeito pelo Estado de Direito; essa atitude o reforça”.²⁶

Em que pese a extensão, trazemos as lições de Fernando Vasconcellos sobre o surgimento da teoria da derrotabilidade:

A dogmática jurídica não costuma aceitar a hipótese de o antecedente ser configurado e o dever-ser não se operar, ou ainda, a situação consoante a qual o fato previsto no antecedente ocorre, a previsão do conseqüente não é atendida, porém nenhuma sanção é (ou deve-ser) cominada. A doutrina, em circunstâncias como estas, costuma falar em perda da eficácia ou em descumprimento legal, entretanto, não consegue tratá-las como um fenômeno muitas vezes configurado na prática, ocorrido quando a norma a priori aplicável não é aplicada.

A teoria da derrotabilidade surge exatamente para tutelar essas situações, para as quais a dogmática tradicional não consegue dar respostas, ou as dá de maneira insuficiente ou em descompasso com a realidade. A derrotabilidade, para alcançar esse desiderato, parte do pressuposto teórico de que as normas jurídicas condicionais prevêm deveres/obrigações *prima facie*. Assim, uma regra jurídica que expressa uma obrigação *prima facie* não exclui a possibilidade de que situações não contempladas cancelem o dever estabelecido na regra (...).²⁷

Nesse diapasão, verifica-se que é totalmente razoável a ideia de, sob circunstâncias “anormais”, negar-se aplicabilidade a uma determinada norma. Seria descabida – e parece estar superada – a pretensão de identificar-se o Direito apenas com o texto da lei. Gize-se que, como afirmou Pontes de Miranda, “o Direito, e não a lei como texto, é o que se teme seja ofendido”.²⁸

Da mesma forma que as regras são superáveis, podem os princípios jurídicos ser excepcionados; todavia, pelo caráter abstrato que possuem e pela convivência conflituosa que têm entre si, dificilmente se percebe alguma “exceção implícita”, pois sempre haverá outro princípio, não excepcionado, para guarnecer a situação fática. Nesse sentido, Thomas

²⁵ NEVES, A. Castanheira. Metodologia jurídica. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 171.

²⁶ MacCORMICK, Neil. Retórica e o estado de direito. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 362.

²⁷ VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. O conceito de derrotabilidade normativa. Curitiba: UFPR, 2009, p. 54-55.

²⁸ Citado por GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito – 4a ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 73.

Bustamante afirma que “no caso dos princípios a superabilidade é imanente, pois a forma natural de aplicá-los é através da ponderação com princípios opostos, os quais, a todo momento, atuam em sentido contrário”.²⁹ Juarez Freitas também reconhece que “o exame atento de casos emblemáticos mostra a inafastabilidade de exceções para princípios e regras de Direito”.³⁰

Valendo-nos novamente das lições de Fernando Vasconcellos, pela pertinência, convém destacar que:

A proposta de inderrotabilidade normativa consiste na defesa de uma presunção *iure et de iuris* de aplicação literal da previsão do direito positivo, passando-se ao largo da incontestável realidade jurídica, marcada pela necessária interpretação sistemática e pelo reconhecimento da existência de vaguezas e ambigüidades no texto legal. Noutra lado, a derrotabilidade pode ser vista como uma presunção *iuris tantum*, assim considerada como aquela que é somente provável, para a qual existe um juízo de probabilidade, que pode ser mais forte ou mais fraco.³¹ (sem grifos no original)

Em suma, tem-se que a análise por parte do magistrado sobre as normas aplicáveis há de considerar todas as peculiaridades do caso que se examine, sopesando-o à luz do ordenamento jurídico com o fito de buscar-se uma solução não meramente subsumível à lei, mas conforme ao Direito, o que redundará em uma decisão essencialmente justa, resgatando-se assim o essencial elemento que parece ter se perdido no tempo, qual seja, o componente ético na (e da) atividade judicante, aí inserido o processo decisório.

Observa-se, desta forma, que é inevitável o reconhecimento da imperfeição das normas jurídicas, as quais podem, em determinados casos, ser excepcionadas.

Como se vê, a não-aplicação de uma norma é, por vezes, necessária, seja a partir da análise do caso concreto, seja do momento histórico, e como lembra Ovídio Baptista, não fosse a recusa da aplicação de certas normas, não teria sido possível o surgimento das revisões contratuais, tampouco o reconhecimento de direitos às concubinas, dentre muitos outros direitos.

Nesse contexto, preocupado com a legitimidade das decisões *contra legem*, Thomas Bustamante expõe seu raciocínio, merecedor de registro:

Quando a aplicação de uma regra jurídica interferir excessivamente em princípios considerados especialmente importantes, implicando uma manifesta injustiça no caso

²⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Argumentação ‘*contra legem*’: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 237.

³⁰ FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito – 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 259.

³¹ VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. O conceito de derrotabilidade normativa. Curitiba: UFPR, 2009, p. 76.

concreto, será possível criar uma exceção à regra em tela. A exigência de razoabilidade, emanação concreta do Estado de Direito e da pretensão de correção (claim to correctness) do Direito (que no caso da Constituição de 1988 está expressamente consignada no Preâmbulo e no art. 3º, I), exige uma relação adequada entre norma e a situação da realidade sobre a qual ela incide. É justamente a partir dos postulados da razoabilidade, da coerência e da proporcionalidade – cujos conteúdos precisam ser especificados ao máximo para tornar a justificação jurídica uma empresa racional – que é possível decidir contra legem.³²

Evidentemente que, assim como um remédio pode transformar-se em veneno se utilizado sem parcimônia, o ato de recusa a aplicação das normas - que pretende ser um aprimoramento da aplicação do Direito – pode transformar-se em arbítrio se utilizado abusivamente ou de forma não-fundamentada, o que impõe ao magistrado um dever de cautela.

Com efeito, Humberto Ávila preocupa-se em expor critérios (em suas palavras, “condições”) para a superabilidade de regras, os quais exporemos realizando enorme esforço de síntese. O autor traça quais seriam os requisitos materiais e procedimentais para tal fim.³³

No tocante aos requisitos de forma (procedimentais), elenca Humberto Ávila³⁴ a necessidade de que haja uma “justificativa condizente”, assim compreendido o argumento apto a demonstrar a “incompatibilidade entre a hipótese da regra e sua finalidade subjacente” e a demonstração de que “o afastamento da regra não provocará expressiva insegurança jurídica” (o grifo não consta no original).

Além da justificativa condizente, deve haver uma “fundamentação condizente”, que seja “escrita, juridicamente fundamentada e logicamente estruturada”, a fim de que possa ser exercido o devido controle sobre a atividade jurisdicional. A preocupação encontra guarida na Constituição Federal, ao determinar que toda decisão deva ser devidamente fundamentada (art. 93, inc. IX da CF/88).

Por fim, exige o autor uma “comprovação condizente” dos pressupostos que sejam aptos a superar a regra, pois “a mera alegação não pode ser suficiente para superar uma regra”. Em suma, deve-se justificar, fundamentar e comprovar.

No tocante aos requisitos de caráter material para a superabilidade da regra, Ávila afirma que o êxito de tal intento “será tanto mais flexível quanto menos imprevisibilidade, ineficiência e desigualdade geral” for provocado pela superabilidade. Em outras palavras,

³² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Argumentação ‘contra legem’: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pág. 240.

³³ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 115.

³⁴ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídico . 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 119-120.

pode-se afirmar que quanto menores forem as repercussões negativas da não-aplicação da regra, mais fácil será a operacionalização do instituto. Para o autor, deve-se buscar uma solução que não ofenda a “finalidade subjacente à regra”, tampouco a segurança jurídica, o que implica em uma ponderação.

Exemplificação

Um dos exemplos frequentemente utilizados pela doutrina diz respeito ao herdeiro testamentário que mata o testador para que este não modifique suas disposições de última vontade.

MacCormick lança tal exemplo³⁵ para demonstrar que, ainda que a lei fosse categórica e não contemplasse nenhuma exceção (razão pela qual, em princípio, o homicida deveria herdar os bens a ele testados, por força de lei), seria absurdo reconhecer-se o direito do “herdeiro”, na medida em que se mostra uma verdadeira aberração tal hipótese, haja vista que ninguém pode beneficiar-se da sua própria infração. Neste caso evidencia-se a importância do apego aos elementos éticos e axiológicos, muito mais do que à letra da lei.

No direito brasileiro, o processualista Fredie Didier mostra-nos uma hipótese de não-incidência da regra ao tratar da impenhorabilidade. Para o autor, a regra que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem imóvel que serve de moradia à família pode ser excepcionada se considerarmos, por exemplo, um imóvel de altíssimo valor que permitisse, com sua venda, o pagamento do credor e a possibilidade ao devedor executado de, com a sobra do valor da venda, adquirir outro imóvel para a moradia de sua família, assegurando, assim, o respeito ao direito do credor de ver adimplida sua dívida e ao direito do executado de manter sua família em condições dignas.

Didier explica bem a questão:

A opção pela interpretação literal da regra, que veda a penhora, protegeria exclusivamente o direito do executado de maneira desnecessária, porque a relação valor executado/valor do bem permitiria a aquisição de outro imóvel, após a entrega do dinheiro ao credor. Seria, pois, interpretação em desconformidade com os preceitos da contemporânea hermenêutica constitucional, que preconiza a necessidade de, nos casos de choque entre direitos fundamentais, dar a interpretação que mais adequadamente proteja a ambos.³⁶

Evidentemente que a finalidade da impenhorabilidade do imóvel residencial é a proteção da dignidade do devedor e de sua família. Desta forma, a penhora do bem que

³⁵ MacCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 311.

³⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil v.5*. Salvador: Editora JusPodivm, 2009, p. 542-543.

possua vultoso valor não vai de encontro ao postulado normativo; a dignidade independe do luxo e, assim, pode-se assegurar ao devedor executado que mantenha sua família em condições adequadas, não se aplicando a norma da impenhorabilidade mas preservando-se seu sentido.

Como evidenciam os casos elencados acima, há situações específicas que não comportam a mera subsunção da norma, pois, nestes casos, tal raciocínio conduziria a uma decisão manifestamente injusta e, portanto, inadequada, pois em desconformidade ao sistema.

Considerações finais

O presente estudo objetivou realizar uma análise sobre o instituto da excepcionabilidade normativa, seus casos de incidência e consequências. Assim, podem-se traçar algumas considerações a respeito do que foi exposto.

Vimos que o raciocínio matemático não é hábil para resolver os problemas jurídicos, pois estes, inexoravelmente concretos, carecem de uma análise humana que possa contemplar os aspectos subjetivos do caso real e cotejá-los com o ordenamento jurídico, compreendido como um sistema aberto dentro do qual haja um constante diálogo entre seus elementos, sejam estas regras ou princípios.

Para tanto, vem a argumentação a possibilitar que tal empreendimento seja feito, seja pelo julgador, que sustenta e legitima sua decisão através de argumentos jurídicos, seja pelos litigantes, que têm a oportunidade de arrazoar perante o juízo trazendo todas as circunstâncias que entenderem pertinentes para apreciação, dialeticamente.

Sob tais premissas sustenta-se a excepcionabilidade normativa, instrumento através do qual o juiz pode, em determinados casos, negar aplicabilidade à norma que se mostrar inadequada ao caso, ainda que aparentemente o fosse sob o prisma silogístico.

Destarte, reconhece-se que a norma não resta soberana, na medida em que ela não existe sozinha, mas no contexto (fático e jurídico), donde surge a possibilidade de não ser cabível à hipótese fática a norma pré-existente, ainda que subsumível. Isto porque as normas podem possuir exceções (implícitas e explícitas), as quais permitem que, em certos casos, a norma seja excepcionada (superada).

Assim, compete ao magistrado o prudente manejo de tal instrumento, a fim de que, uma vez reconhecida a excepcionabilidade normativa, a norma derrotada dê lugar a outra(s), que melhor contemple(m) o caso, para que assim não haja o cometimento de eventual injustiça com a aplicação da norma derrotada (excepcionada).

Desta forma, concluímos que o uso da excepcionabilidade mostra-se benéfico (e possível) sempre que adequadamente fundamentado, a fim de que a prestação jurisdicional faça-se em consonância aos preceitos mais básicos de um Estado que almeja ser democrático: a realização material da justiça.

Referências

ALCHOURRÓN, Carlos. On Law and Logic. In: MacCORMICK, Neil e ATRIA, Fernando. **Law and legal interpretation**. Aldershot: Ashgate, 2003

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARZOTTO, Luis Fernando. O direito ou o justo: o direito como objeto da Ética no pensamento clássico. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2000.

BAYÓN, Juan Carlos. **Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico**. Disponível em <<http://bit.ly/4xYKgK>>.

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

COSTA, Gerson Godinho da. **Justificação democrática da atividade jurisdicional: o contributo da lógica jurídica de Chaïm Perelman**. Porto Alegre: PUCRS, 2008.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2009, v.5

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição**. São Paulo: Método, 2008.

NEVES, A. Castanheira. **Metodologia jurídica**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

PAZOS, María Inés. **Derrotabilidad sin indeterminación**. Disponível em <<http://bit.ly/7HOuUP>>.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TWINING, William e MIERS, David. **How to do things with rules**.4ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **O conceito de derrotabilidade normativa**. Curitiba: UFPR, 2009.