

1 Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), Master's Department, Porto Alegre, Brasil
<https://orcid.org/0000-0002-8152-1005>

2 Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), Master's Department, Porto Alegre, Brasil
<http://orcid.org/0000-0002-5488-5524>



A noção de derrotabilidade para Herbert L. A. Hart

THE NOTION OF DEFEASIBILITY FOR HERBERT L. A. HART

Anizio Pires Gavião Filho¹ e Alexandre Prevedello²

Resumo

O presente artigo investiga o conceito de derrotabilidade (*defeasibility*) para Herbert L. A. Hart, que tem sido identificado como o responsável por introduzir referida noção no âmbito da filosofia do direito. Examinam-se os argumentos de Hart e a importância de sua contribuição para o debate atual sobre adequação das normas jurídicas gerais a casos particulares a partir da relação regra/exceção.

Palavras-chave

Derrotabilidade; regras; exceções.

Abstract

This article investigates the defeasibility concept to Herbert L. A. Hart, who has been identified as the responsible to introducing this notion to the field of Philosophy of Law. Research examines Hart's arguments and their relevance to the current debate on the adequacy of general legal rules to particular cases from the rule/exception relationship.

Keywords

Defeasibility; rules; exceptions.

INTRODUÇÃO

A palavra inglesa *defeasibility* é em geral relacionada à ideia de exceções e atrai a atenção de diversas áreas do conhecimento além da teoria do direito e da argumentação jurídica como, por exemplo, a lógica, a epistemologia e a filosofia. A sua utilização para objetos variados, ainda que interligados, produz confusões conceituais que repercutem na plena compreensão do seu estudo.

No âmbito do direito o tema diz respeito à adequação das normas jurídicas gerais a casos particulares a partir da relação regra/exceção e também é empregado para designar fenômenos jurídicos com significados e objetos distintos. Ainda que se possa vislumbrar um denominador comum – a capacidade de as normas jurídicas acomodarem exceções implícitas –, há diferenças consideráveis acerca de suas fontes, caracterização, objeto e, ainda, se sua admissão implica rejeição das teses positivistas de separação entre direito e moral.

Nesse contexto, podem ser encontradas referências à derrotabilidade ou superabilidade: (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.¹

O emprego da mesma nomenclatura para fenômenos jurídicos diversos suscitou o interesse de Rodríguez e Sucar (1998, p. 405-407) em catalogar circunstâncias ou sentidos ordinariamente referidos como causadores da *derrotabilidade*: (i) alterações na interpretação de um mesmo enunciado jurídico com o transcurso do tempo; (ii) introdução no sistema jurídico positivo de exceções antes não previstas; (iii) interpretação sistemática de um enunciado jurídico no sentido de que seu conteúdo depende do exame de outros enunciados, os quais podem ensejar exceções à norma que vincule; (iv) indeterminação do direito que decorre da textura aberta da linguagem e da dificuldade da adaptação de uma norma geral a um caso particular; (v) impossibilidade de o legislador antever todas as circunstâncias fáticas em que a norma será aplicável, razão da possibilidade de se reconhecer exceções implícitas aos casos normais considerados por aquele; (vi) a função principal dos conceitos jurídicos não é descritiva, mas sim atributiva (*ascriptive*) de responsabilidade e de direitos, o que significa a inviabilidade de enquadrar os fatos em termos de condições sempre necessárias e suficientes e a necessidade de reconhecer o caráter eminentemente derrotável de tais conceitos; (vii) qualquer norma jurídica pode ser derrotada quando um órgão jurisdicional reputa injusta a solução geral oferecida por colidir com valores morais positivados no sistema jurídico; (viii) a norma geral utilizada como fundamento de uma decisão judicial serve não só para convalidar essa solução jurídica individual como também outras soluções igualmente válidas; (ix) diferentes descrições de situações fáticas podem ensejar qualificações normativas também distintas, pois não se pode considerar como verdadeira ou completa uma

...

¹ Nesse sentido, ver Carpentier (2014, p. 181-183); Brozek (2004, p. 18-21); Duarte D’Almeida (p. 2015, p. 24-25); Bix (2012, p. 193); Schauer (2011, p. 4-5); Atria (2002, p. 87).

descrição, ou seja, uma particularidade fática é capaz de tornar operativa uma exceção; (x) a informação acerca da realidade é sempre incompleta, motivo de os juízos proferidos serem derrotáveis à luz do surgimento de novas informações; (xi) pretensões judiciais podem ser superadas se a parte contrária demonstrar que concorre ao caso particular uma exceção prevista em alguma disposição do sistema jurídico.

Os eventos citados remetem a temas como interpretação e aplicação de normas jurídicas, mutação do direito, declaração de inconstitucionalidade, interpretação conforme a Constituição, decisões *contra legem* (não aplicação de regra jurídica válida quando inequivocamente aplicável ao caso, isto é, quando não há indeterminação semântica), decisões judiciais como fonte do direito, racionalidade do direito e da atividade judicial, quer dizer, dizem respeito a temáticas atuais que representam risco à segurança jurídica.

Como Herbert L. A. Hart tem sido identificado como o responsável por introduzir a noção de derrotabilidade no âmbito da filosofia do direito,² o objeto central do presente artigo é apurar o que exatamente Hart sustentava e qual a importância de sua contribuição para o debate atual.

O desenvolvimento do trabalho, que utilizará uma abordagem dedutiva, ocorrerá em três etapas. Primeiro, examinam-se o surgimento e o significado da expressão *defeasible* no domínio da filosofia da linguagem jurídica de Hart. Após, investiga-se a noção de derrotabilidade na obra clássica de Hart, *O conceito de direito*. Por fim, avalia-se a importância da contribuição de Hart para o debate atual acerca do fenômeno jurídico da *defeasibility* e, ainda, como tal noção adapta-se ao seu conceito de direito que pressupõe um sistema jurídico baseado fundamentalmente em regras.

1. O SURGIMENTO E O SIGNIFICADO DA DERROTABILIDADE PARA HERBERT L. A. HART

A palavra inglesa *defeasibility*³ surgiu no contexto da filosofia jurídica em Hart no ensaio

...

2 Nesse sentido, ver Carpentier (2014, p. 175); Ferrer Beltrán e Ratti (2012b, p. 22); Pino (2010, p. 9); Bäcker (2011, p. 61); Chiassoni (2012, p. 160); Sartor (2012, p. 129).

3 “A palavra inglesa *defeasibility* é derivada do adjetivo anglo-francês *defeasible* e do substantivo *defeat*. (...). Na especificidade da linguagem do Direito, a tradução normalmente rastreada remete para os verbos anular, cassar, revogar. O adjetivo *defeasible* tem sido empregado em inglês para significar *capable of being annulled or terminated* ou, ainda, *capable of being defeated or rendered void*. Essas formulações podem ser traduzidas para o português como capacidade de ser derrotada, anulada, cassada ou revogada. Nas poucas formulações da dogmática brasileira sobre o assunto, a *defeasibility* norte-americana tem sido traduzida por derrotabilidade ou superabilidade normativa” (GAVIÃO FILHO; MUNHOZ DE ANDRADE, 2015, p. 178). A adoção do termo derrotabilidade no presente ensaio, como o fazem Vasconcellos (2010) e Serbena (2012), e não superabilidade, como Ávila (2015) e Bustamante (2010), justifica-se pela raiz e pelo sufixo corresponderem aos das outras línguas latinas: *derrotabilidad* (espanhol), *defettibilità* (italiano) e *défaisabilité* (francês).

denominado *The ascription of responsibility and rights* (1949, p. 171-194) para qualificar ou simbolizar o caráter derrotável dos conceitos jurídicos.⁴

Hart pretendia demonstrar que a principal função dos conceitos na linguagem ordinária não é descritiva (de coisas, eventos ou pessoas), mas sim *ascriptive* no sentido de atribuir responsabilidade (reivindicar, reconhecer, atribuir e transferir direitos, e admitir ou atribuir imputações de responsabilidade), e esse aspecto basilar sempre foi negligenciado pela filosofia analítica, gerando inadequações e confusões no conceito de ação humana (HART, 1949, p. 171).

A partir dessa formulação, Hart (1949, p. 172) chamou atenção para as características dos conceitos jurídicos, notadamente quanto à insuficiência de se entendê-los sob a base de um simples conjunto de condições necessárias e suficientes de aplicação, dadas por meio de uma formulação geral definitiva. Isso seria como se o juiz tivesse que dizer, no julgamento de um caso, apenas que em um determinado caso há um contrato porque realizadas as condições necessárias e suficientes de um contrato, conforme a formulação teórico-conceitual e definitiva dada de contrato. Isso configuraria uma simplificação desastrosa (*desastrous over-simplification*) da aplicação dos conceitos jurídicos. O ponto central para Hart (1949, p. 173) é que a pergunta o que é um contrato (*What is a contract?*) não pode ser respondida por meio de uma regra verbal para a tradução de uma expressão jurídica em outros termos ou especificando um conjunto de condições necessárias e suficientes.

Isso porque há atributos peculiares aos referidos conceitos jurídicos que inviabilizam conectá-los por meio da linguagem a um conjunto de condições necessárias e suficientes, especialmente no *common law*, que se caracteriza pela inexistência de fórmulas gerais que definem, por exemplo, o contrato. Os juízes, portanto, têm de recorrer a casos anteriores, gerando vagueza e grande liberdade de julgamento, de modo que existiria apenas um *esboço* de um conceito a partir de casos passados (HART, 1949, p. 173).

Outra característica – e talvez a principal – dos conceitos jurídicos que os distinguem das definições descritivas tradicionais decorre do uso da palavra *unless* (a menos que), pois, além de ser possível negar os fatos que baseiam uma reivindicação ou acusação, também se pode alegar que o caso particular deve ser reconhecido como uma exceção (*recognised head of exception*), afastando-se ou reduzindo-se as consequências jurídico-normativas (HART, 1949, p. 175).

Assim, em várias situações os conceitos jurídicos só se explicam com o auxílio de uma lista de exceções ou de exemplos contrários, elucidando esse aspecto com referência ao

...

4 Vasconcellos (2010, p. 53-54) relaciona vários autores que citam Hart como o criador do conceito, como, por exemplo, Henry Prakken, Giovanni Sartor, Juan Carlos Bayón, Neil MacCormick, Jaap Hage e Ronald P. Loui. Por sua vez, Pino (2010, p. 9) prefere afirmar que uma das primeiras introduções da derrotabilidade no discurso jurídico foi realizada por Hart neste ensaio de 1949, enquanto Bäcker (2011, p. 61) “acredita” que tal noção foi introduzida por Hart.

conceito de contrato. Importante citar o texto tal como escrito por Hart, pois contém a introdução pela primeira vez – e com alguma hesitação – da palavra *defeasible* no campo da filosofia do direito:

When the student has learnt that in English law there are positive conditions required for the existence of a valid contract, i.e., at least two *parties*, an *offer* by one, *acceptance* by the other, a *memorandum* in writing in some cases and *consideration*, his understanding of the legal concept of a contract is still incomplete and remains so even if he has learnt the lawyers technique for the interpretation of the technical but still vague terms, “offer,” “acceptance,” “memorandum,” “consideration.” For these conditions, although necessary, are not always sufficient and he has still to learn what can defeat a claim that there is a valid contract, even though all these conditions are satisfied. That is the student has still to learn what can follow on the word “unless” which should accompany the statement of these conditions. This characteristic of legal concepts is one for which no word exists in ordinary English. The words “conditional” and “negative” have the wrong implications, but the law has a word which with some hesitation I borrow and extend: this is the word “defeasible” used of a legal interest in property which is subject to termination or “defeat” in a number of different contingencies but remains intact if no such contingencies mature. In this sense then, contract is a defeasible concept.⁵ (HART, 1949, p. 174-175)

Para demonstrar que essa concepção não pode ser definida a partir de um conjunto de condições sempre necessárias e suficientes, Hart oferece uma lista de circunstâncias capazes de derrotar o conceito de contrato, como a coação, a falsidade, o objetivo imoral na sua realização,

•••

- 5 “Quando o estudante aprende no Direito inglês que há condições positivas exigidas para a existência de um contrato válido, ou seja, pelo menos duas partes, uma proposta por um e uma aceitação por outro, um memorando escrito em alguns casos e suas considerações, sua compreensão do conceito jurídico de um contrato ainda é incompleta e isso continua assim se aprendeu a técnica dos advogados de interpretação dos termos técnicos, mas ainda vagos, ‘oferta’, ‘aceitação’, ‘memorando’, ‘considerações’. Estas condições, embora necessárias, não são sempre suficientes e ele ainda tem que aprender o que pode derrotar uma pretensão de que há um contrato válido, ainda que estas condições sejam satisfeitas. O estudante ainda tem que aprender o que pode seguir a expressão ‘a menos que’, que deve acompanhar a declaração destas condições. Não existe no inglês corrente uma palavra para esta característica dos conceitos jurídicos. As palavras ‘condicional’ e ‘negativa’ têm implicações erradas, mas o Direito tem uma palavra que com alguma hesitação eu tomo emprestado e a estendo: esta palavra é ‘derrotável’, usada para um tipo de interesse de propriedade que está sujeito à extinção ou derrota em um número de contingências diferentes mas permanece intacto se nenhuma de tais contingências amadurecer. Nesse sentido, então, um contrato é um conceito derrotável” (HART, 1949, p. 174-175, tradução nossa).

inclusive algumas que não afetam sua existência e validade como a prescrição. Logo, impõe-se reconhecer que o conceito de contrato é derrotável e ignorar tal circunstância é deturpá-lo (HART, 1949, p. 176).

O argumento central é o de que as formulações gerais dos conceitos são úteis, mas insuficientes. É certo que elas podem servir para o desenvolvimento do direito, mas as condições nelas explicitadas não devem ser tomadas como necessárias e suficientes de modo universal para todos os casos. Fica aberta sempre a possibilidade de que novas circunstâncias possam fundamentar a não aplicabilidade dos conceitos e de suas consequências jurídicas. Com isso, fica justificado o caráter derrotável dos conceitos jurídicos.

Essa compreensão do caráter derrotável dos conceitos jurídicos, além de demonstrar a impossibilidade de se falar em condições sempre suficientes, auxilia a interpretar as frases atributivas (e não descritivas) usadas no Direito para explicar as consequências jurídicas que decorrem da relação entre fato e norma jurídica (HART, 1949, p. 181). Com isso, Hart chama atenção para o equívoco das teorias do significado que buscam identificar o significado de um conceito jurídico com a indicação de suas condições necessárias e suficientes. Essas condições podem ser necessárias e suficientes para a aplicação do conceito, mas elas não serão sempre suficientes. Exatamente nesse ponto está o caráter derrotável dos conceitos jurídicos.

Ao lado desse caráter derrotável, os conceitos jurídicos apresentam a característica atributiva. Os conceitos jurídicos são empregados em frases descritivas e também atributivas de direitos e responsabilidades. O que significa que conceitos jurídicos podem ser empregados tanto para descrever o mundo como para reconhecer, conferir ou transferir direitos, como atribuir responsabilidades (HART, 1949, p. 185).

Logo, quando se faz uma afirmação do tipo “Você fez isso” não se está observando uma ação, mas sim atribuindo uma responsabilidade a alguém, que pode ser afastada com o surgimento de novas circunstâncias que são impossíveis de serem previstas antecipadamente, tornando necessário refazer o julgamento, agora considerando essas novas circunstâncias. Trata-se, portanto, de uma responsabilidade *prima facie* que pode ser derrotada.⁶

A tese defendida por Hart, que ele mesmo reconhece controversa, é, em síntese, a de que os “os conceitos de ações humanas são atributivos e derrotáveis e que muitas dificuldades filosóficas surgem ignorando as exceções e procurando pelas condições necessárias e suficientes” (HART, 1949, p. 187, tradução nossa), ou, conforme MacCormick (2010, p. 30-31):

...

⁶ A ideia de representação de deveres e obrigações *prima facie* já havia sido empregada por Sir David Ross (na obra *The right and the good*. Oxford: Clarendon Press, 1930), utilizando a ideia de deveres *prima facie* em contraponto a Kant e sua concepção de deveres absolutos (FERRER BELTRÁN; RATTI, 2012b, p. 22). É a teoria das obrigações morais *prima facie*, em que se admite a possibilidade de princípios morais serem anulados (ou derrotados) por outros princípios morais que também incidem no caso particular (SARTOR, 2012, p. 129).

A ideia central ali era que *responsabilidade* ou *direitos* não são aspectos *descritivos* dos seres humanos, mas são *atribuídos* a eles em contextos determinados por regras jurídicas ou por regras sociais. Assim, o caráter de atribuição tem de ser considerado, e ao considerá-lo se descobre que a atribuição é tanto dependente de regras quanto tem um caráter *anulável*. Há diversos fundamentos estabelecidos para atribuir a pessoas a responsabilidade por algum ato ou estado de coisas, e para atribuir a elas direitos sobre uma coisa ou outra. Mas tais atribuições podem ser anuladas caso se demonstre que existe alguma circunstância excepcional, e a prática demonstra que a lista de circunstâncias excepcionais não é necessariamente uma lista fechada. Logo, as regras de atribuição são abertas a revisões, já que a atribuição se mantém válida apenas se nenhum vício foi observado, e as condições dessa anulação não precisam – talvez não devam – ser listadas exaustivamente antes dos casos particulares que se apresentam para serem decididos.

A síntese do artigo evidencia o objetivo de Hart de modificar o modo como os conceitos jurídicos eram ordinariamente empregados, com o abandono do modelo de linguagem descritivo (e, portanto, das condições sempre necessárias e suficientes, que ensejam juízos de verdade e falsidade) em favor de um modelo atributivo de responsabilidade e direitos, tal como se verifica na prática e nos procedimentos judiciais – nos quais a conjunção entre fatos e regras evidencia o caráter eminentemente derrotável dos conceitos jurídicos.

2. DERROTABILIDADE EM O CONCEITO DE DIREITO

Uma questão que pode ser colocada é se a formulação de que os conceitos jurídicos são derrotáveis, apresentada por Hart no ensaio de 1949, manteve-se nos seus escritos posteriores, notadamente no seu influente *O conceito de direito*, de 1961. Essa discussão tem pertinência porque as expressões *defeasible* e *defeasibility* não aparecem nessa obra, o que ocorre também com o caráter derrotável dos conceitos jurídicos.

É possível extrair uma resposta do capítulo VII – “Formalismo e ceticismo sobre as regras” – do livro *O conceito de direito*, em que Hart retoma o problema da aplicação de regras gerais a casos particulares, dialogando e confrontando em todo o momento com as correntes do formalismo jurídico e do realismo norte-americano para assentar que os modelos existentes (baseados em precedentes ou em legislação) atuam e resolvem a grande maioria dos casos, mas outros casos serão dotados daquilo que se designa de textura aberta (HART, 2001, p. 137-168).

Para tanto, ele ressalva que há um progressivo reconhecimento na teoria do direito do século XX de que o *civil law* e o *common law*, os quais denomina “expedientes principais para comunicação de padrões gerais de conduta ou de comportamento” (HART, 2001, p. 139), não são tão diferentes como uma primeira impressão pode aparentar, tanto que ambos padecem,

ainda que em níveis diferentes, da mesma dificuldade: revelam-se indeterminados em alguns aspectos e essa textura aberta aparece no momento de sua aplicação.

Isso acontece porque em todos os campos da experiência há o limite inerente à linguagem e também porque as situações fáticas não aguardam já definidas e separadas uma das outras para seu enquadramento, quer dizer, “nem a regra em si mesma pode avançar e reclamar os seus próprios casos de aplicação” (HART, 2001, p. 139).

Nesse cenário, a textura aberta do direito seria intrínseca às dificuldades que decorrem da linguagem e da impossibilidade de previsão de todas as particularidades fáticas que podem surgir quando da aplicação da legislação ou do precedente, conduzindo o intérprete, ainda que auxiliado pelos critérios de interpretação,⁷ de um modo incerto nos casos (difíceis) em que haveria o que denomina crise de comunicação. Tais dúvidas – que representam uma escolha entre alternativas possíveis – devem ser solucionadas por quem detém autoridade para resolvê-las, ou seja, os juízes (HART, 2001, p. 140).

Essa problemática não se resolve com a concepção de regras detalhadas, em razão de dois óbices inerentes à conduta humana e que repercutem diretamente na atividade legislativa: “a primeira desvantagem é a nossa relativa ignorância de facto; a segunda a nossa relativa indeterminação de finalidade” (HART, 2001, p. 141).

O reconhecimento da textura aberta do direito impõe que o Judiciário seja encarregado de definir alguns casos em que a crise de comunicação se apresenta e significa admitir a criação do direito e de regras pelos juízes. Isso quer dizer que há determinados aspectos de um sistema jurídico que necessariamente devem ser deixados para desenvolvimento por parte dos tribunais à luz dos interesses conflitantes e das particularidades fáticas apresentadas pelas partes, o que não implica prejuízo à segurança jurídica na medida em que a maioria das regras enseja orientações ou padrões de comportamento que não exigem uma nova apreciação conforme a hipótese concreta (HART, 2001, p. 148-149).

Para enfatizar o argumento, Hart reitera que os homens não são iguais aos deuses, sendo completamente impossível antever todas as possíveis combinações de fatos a partir das regras, de modo que a textura aberta do direito também significa aceitar a existência de “exceções que não são desde logo exaustivamente especificáveis” (HART, 2001, p. 152).

Ao exemplificar com um fato cotidiano o fenômeno que está descrevendo e reconhecendo como próprio ao direito e ao raciocínio jurídico, Hart menciona novamente a expressão *unless* (a menos que) e registra um aspecto fundamental que serve para distinguir a *defeasibility*

...

7 Em suas palavras: “Os cânones de ‘interpretação’ não podem eliminar estas incertezas, embora possam diminuí-las; porque estes cânones são eles próprios regras gerais sobre o uso da linguagem e utilizam termos gerais que, eles próprios, exigem interpretação. Eles, tal como outras regras, não podem fornecer a sua própria interpretação” (HART, 2001, p. 139).

de outros institutos jurídicos: a capacidade de as regras jurídicas suportarem exceções sem perder sua força normativa. O registro de suas palavras é relevante:

Prometemos visitar um amigo no dia seguinte. Quando chega o dia, acontece que o cumprimento da promessa implicaria que abandonássemos alguém gravemente doente. O facto de que isto é aceite como uma razão adequada para não cumprir a promessa, certamente não significa que não haja regra que exija que as promessas sejam cumpridas, mas tão-só uma certa regularidade no seu cumprimento. Do facto de tais regras terem exceções insusceptíveis de afirmação exaustiva, não resulta que em cada situação sejamos deixados à nossa discricção e não estejamos nunca vinculados a cumprir uma promessa. Uma regra que termina com a expressão “a menos que...” é ainda uma regra. (HART, 2001, p. 152-153)

Ciente das implicações que o reconhecimento dessa textura aberta significa para fins de estabilidade e previsibilidade do direito, em especial quanto à importância das funções do Judiciário, Hart passa a examinar a tese realista de que um supremo tribunal sempre terá a última palavra sobre o que é o direito (HART, 2001, p. 155).

A diferença que existe entre estabelecer ou não um árbitro oficial (no caso, um tribunal) é ilustrada a partir de uma analogia com as regras de um jogo: a vantagem da institucionalização, em contraponto aos casos em que os próprios jogadores aplicam as regras, é a resolução rápida e definitiva dos problemas que surgem da acomodação das regras a casos particulares, sob o custo de que o árbitro pode errar – intencionalmente ou não –, o que implica a necessidade de estipulação de recurso para uma autoridade superior cuja decisão será definitiva, mas que manterá o mesmo risco da primeira decisão, concluindo que “é impossível criar regras para a correção da violação de toda e qualquer regra”, motivo pelo qual o risco na instituição de uma autoridade para definição final pode acontecer em qualquer área (HART, 2001, p. 156).

Então, quando expõe a textura aberta do direito, especificadamente acerca da capacidade de as regras acomodarem exceções não previstas anteriormente – e que serão necessariamente reconhecidas pelos tribunais –, não significa que o direito é completamente indeterminado e aberto, do mesmo modo que não significa que o direito (ou a constituição) é o que o supremo tribunal diz que é, pois este somente define algumas questões particulares sobre as regras, na medida em que estas, em geral, não geram controvérsias quando de sua acomodação aos casos concretos: “em qualquer momento dado, os juízes, mesmo os do supremo tribunal, são partes de um sistema cujas regras são suficientemente determinadas na parte central para fornecer padrões de decisão judicial correta” (HART, 2001, p. 159).

As regras, portanto, limitam e ao mesmo tempo permitem a atividade criadora dos juízes ao definir padrões de julgamento para uma decisão correta; o Judiciário não cria tais padrões, pois apenas se manifesta para mantê-los e delimitá-los cada vez mais, circunstância que ao mesmo tempo afasta a afirmativa de que o direito é o que os tribunais dizem e paradoxalmente

confirma que os tribunais “exercem a função criadora que lhes é deixada pela textura aberta do direito contido na lei ou no precedente” (HART, 2001, p. 161).

3. A CONTRIBUIÇÃO DE HART PARA O ESTUDO DA DERROTABILIDADE E A REPERCUSSÃO DESTA NA SUA TEORIA DO DIREITO

Os tópicos anteriores demonstram que não houve o abandono completo da tese da derrotabilidade por Hart, mas, sim, a não reiteração da teoria em favor do atributivismo dos conceitos jurídicos, que não se confunde com o caráter derrotável das regras jurídicas em virtude da distinção de objetos.

Hart não esclarece os motivos pelos quais repudiou o ensaio.⁸ Ele apenas cita duas críticas – formuladas por Peter Geach e George Pitcher – cujos méritos lhe convenceram. Conforme Carpentier (2014, p. 181-183), os autores enfatizaram a questão do atributivismo da linguagem (ou do projeto de semântica jurídica de Hart). Um dos argumentos utilizados por Pitcher (como se poderia atribuir responsabilidade a frases do tipo “ele tocou o piano”) bem ilustra o principal aspecto das críticas (BROZEK, 2004, p. 15).

Além disso, Carpentier (2014, p. 175-176) afirma que, embora os operadores do direito utilizem conceitos jurídicos como contrato e propriedade, o significado exato deles ainda é obscuro, e Hart tinha a pretensão de esclarecer essa antiga questão da teoria do direito. Ele refere que o projeto é embasado em Bentham, embora em momento algum Hart o cite, pois para aquele os conceitos jurídicos (como obrigações, direitos e deveres) são entidades fictícias lógicas (não são objetos do mundo), de modo que (a) não podem ser diferenciados por gênero inferior ou superior – como os animais – e (b) a compreensão de seu significado decorre do exame das declarações nas quais são empregados.

Tais ideias estariam distribuídas no ensaio de 1949, quando Hart (1949, p. 175 e 182) afirma que (a) os conceitos jurídicos não podem ser definidos por uma lista exaustiva de condições necessárias e suficientes, e quando destaca que (b) os sentidos de conceitos jurídicos são compreendidos quando se consideram as declarações em que são aplicados. Hart, no entanto, se afastaria da tese de Bentham na segunda ideia, pois os enunciados jurídicos para Hart (1949, p. 189) não são descritivos de fatos (não há preocupação de constatar ou descrever algo), mas sim atributivos de direitos ou responsabilidade (reivindicar algo), sobretudo quando relacionados às atividades dos tribunais.

...

⁸ Hart, no prefácio da obra *Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law* (Oxford: Clarendon Press, 1973), argumentou: “Eu não reimprimo aqui, apesar de alguns pedidos, meu primeiro empreendimento neste campo. Minha razão para excluí-lo é simplesmente que suas principais afirmações já não me parecem defensáveis, e que as principais críticas feitas nos últimos anos são justificadas” (tradução nossa). Em nota, cita os artigos de P. T. Geach (*Ascriptivism*) e G. Pitcher (*Hart on action and responsibility*).

Para Atria (2002, p. 137-138), há duas interpretações possíveis sobre o ensaio inaugural de Hart no tocante às exceções. A primeira, no sentido de que as exceções devem ser explícitas; logo, ele estava tratando sobre algo irrelevante. Além disso, quando retoma o tema na obra *O conceito de direito*, ao referir que uma regra que termina com a cláusula “a menos que” ainda é uma regra, Hart estaria negando tudo o que disse no primeiro texto sobre as condições necessárias e suficientes.

A segunda interpretação reconhece que Hart estava falando de derrotabilidade dos conceitos jurídicos com ênfase no reconhecimento de exceções implícitas. Nesse contexto, a crítica de Baker faz sentido (a exceção pode ser reconhecida como uma condição negativa), não obstante essa situação ser elucidada quando se percebe que derrotável é uma regra e não um conceito, pois é a regra que define o que é um contrato, i. e., o conceito de contrato. Retornando ao assunto sobre a abrangência da rejeição, Atria refere que para Pitcher há contribuições positivas do texto de Hart que devem ser mantidas, como a de que o conceito superável é o de ser merecedor de censura ou punição, significando que o objeto da derrota é a regra que estabelece tais sanções, ou seja, receber a consequência jurídica é o que seria derrotável. Assim, Atria (2002, p. 139) conclui que o que está sujeito a exceções impossíveis de listagem antecipada é uma regra cuja discricionariedade não é absoluta como o espaço conceitual objeto da derrotabilidade.

Do mesmo modo, para Duarte D’Almeida (2015, p. 40) o exemplo do contrato derrotável não é sobre o conceito de contrato, mas sim sobre um caso de um contrato em que a derrotabilidade está em jogo. A preocupação de Hart é com a regra que determina o resultado do julgamento, com o conjunto de condições de que dependem tais julgamentos (e não acerca da existência ou validade de um contrato, o que o faz estruturar a questão como se estivesse ligada à aplicação dos conceitos). É, portanto, a estrutura de tal regra que constitui o objeto real do interesse de Hart.

Graeff (2015, p. 21) acrescenta que a confissão de Hart não enfraquece a integralidade da tese da derrotabilidade por ser independente do atributivismo, ou seja, “as razões que lançaram dúvidas quanto à solidez do atributivismo não têm efeitos deletérios para a ideia de derrotabilidade”. Brozek (2004, p.17) também responde negativamente ao questionamento de que o atributivismo seria a única estrutura da derrotabilidade.

Disso tudo decorre que no ensaio inaugural Hart defende o uso atributivo dos conceitos jurídicos no sentido de que atribuem direito e responsabilidade a quem pratica uma ação, e reconhece o caráter eminentemente derrotável dessa ação à luz do surgimento de novas circunstâncias não previstas. Na obra *O conceito de direito*, ele altera o objeto de estudo da filosofia da linguagem para o direito em sua realidade prática, mantendo o caráter derrotável no sentido de que há exceções implícitas (impossíveis de serem listadas previamente) que acarretam nova avaliação e que os tribunais possuem legitimidade para realizar tal tarefa que acarreta criação e desenvolvimento do direito.

É importante registrar que o objetivo de Hart ao tratar da textura aberta do direito era posicionar sua concepção de direito como uma alternativa aos extremismos que advinham das

correntes de pensamento formalista e do realismo norte-americano, transpondo a ideia original de derrotabilidade dos conceitos jurídicos relacionados às ações humanas para o direito como um todo, cujo caráter é aberto por dois obstáculos insuperáveis: a linguagem e a natureza humana.

Logo, a leitura de ambos os textos com ênfase na problemática atual relativa à derrotabilidade confirma as afirmações de que “a visão de Hart do direito foi formada, sobretudo, na experiência prática, não no mundo acadêmico” e de que houve uma tentativa racionalmente direcionada de construção de uma “ponte diretamente da Filosofia da Linguagem para o Direito prático” (MACCORMICK, 2010, p. 32).

O segundo texto – sobre como o direito é encarado pelos tribunais – versa não só sobre a textura aberta que decorre das dificuldades inerentes à linguagem e ao raciocínio jurídico como também sobre as regras quando inexiste indeterminação ou vagueza. É necessário separar o projeto de semântica jurídica da tese da derrotabilidade, que deve ser adotada como uma característica da aplicação das regras jurídicas.

Nesse sentido, há um acréscimo teórico fundamental na obra *O conceito de direito*, que coincide com um dos significados atuais mais relevantes da *defeasibility*⁹ – talvez o que mais se amolde ao termo –, a saber:

Tomar uma regra como aberta a exceções não a descaracteriza enquanto regra, isto é, ela não perde seu papel de fazer uma diferença no raciocínio jurídico. Não obstante a derrotabilidade, a regra mantém a sua força normativa, oficiais e cidadãos não estão totalmente livres a sua completa discricionariedade. Este ponto tem importância central para Hart marcar sua posição intermediária entre os extremos opostos do formalismo e do ceticismo de regras (...). Ademais, a expressão “não deixa de ser uma regra” pode ser compreendida também como tendo a função de marcar a diferença entre o fenômeno da derrotabilidade e o afastamento completo do mundo jurídico ou, em termos técnicos, a revogação ou derrogação de uma regra. A derrota ou anulação da regra concerne apenas

...

9 O debate da derrotabilidade tem sido mencionado como responsável por uma significativa alteração no pensamento jurídico (*defeasibility turn*), que repercute em alguns pontos específicos da teoria do direito como: (a) a relação regra e exceção do ponto de vista formalista; (b) o realismo epistemológico da ciência do direito, ou seja, da visão que o próprio direito representa a realidade das normas e exceções, independentemente, portanto, do sujeito que a observa; (c) a concepção condicional da lógica formal das normas jurídicas e de suas consequências (Se A, então B); (d) a definição aristotélica dos conceitos jurídicos, quer dizer, que um conceito se identifica a partir de um conjunto de propriedades necessárias e suficientes; (e) a crença de que as normas jurídicas gerais funcionam perfeitamente no controle do comportamento das pessoas; (f) a concepção dedutiva (monotônica) da lógica das normas centrada no fortalecimento do antecedente e no *modus ponens*; (g) a forma linear de visualizar a interpretação jurídica, ou seja, centrada em um processo simplificado de premissas e conclusões; (h) a tese da separação entre o direito e a moral (CHIASSONI, 2012, p. 160-161).

ao caso particular ou, dito de outro modo, afasta apenas o resultado ou efeitos jurídicos naquelas circunstâncias específicas. A regra não perde sua força normativa e continua vinculando todos os demais casos presentes e futuros, a menos que outra qualificação a derrote em um caso particular. (GRAEFF, 2015, p. 24)

Com efeito, o reconhecimento de que os juízes, no momento da aplicação das regras formuladas pelo legislativo, possam reconhecer uma exceção (implícita) não aplicando as consequências resultantes da aderência do caso ao seu escopo normativo, para evitar um resultado inaceitável, constitui a base da *defeasibility of legal rules* ou *deontic defeasibility*.

Esse é o contexto que permite a Ferrer Beltrán e Ratti (2012b, p. 22-23) afirmar que a noção de derrotabilidade encontra-se inserida – ainda que não expressamente – na clássica obra de Hart: quando ele refere que as regras têm exceções não passíveis de listagem exaustiva ou quando aduz que uma regra que termina com a palavra *unless* ainda é uma regra.

De fato, o atributo da derrotabilidade na obra *O conceito de direito* é mantido no seu caráter principal, inclusive com o emprego novamente da expressão *unless*, na acepção de que a adaptação de regras gerais para casos particulares não pode ser realizada sem se considerar a possibilidade de exceções implícitas que implicam reexame da própria regra, de modo que não há como falar em condições absolutamente necessárias e suficientes da aplicação de uma regra (tal como de um conceito jurídico).

Um caso concreto e relevante auxilia a compreender o significado da derrotabilidade das regras jurídicas. Na ADPF 54 (BRASIL, 2012), o Supremo Tribunal Federal, por maioria de seus Ministros, julgou, nos termos da ementa, “inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal”.

Sob o ângulo da *defeasibility*, o resultado do julgamento foi o de reconhecer uma exceção implícita à regra jurídica geral de ser proibido o aborto ao não aplicar a consequência jurídica disposta na lei ainda que a hipótese fática se enquadre perfeitamente na descrição hipotética da proposição jurídica. O tribunal, portanto, reconheceu uma exceção implícita que se vincula às outras duas exceções expressas formuladas pelo legislador de se autorizar o aborto quando não há outro meio de salvar a vida da gestante e em caso de gravidez resultante de estupro. Em uma formulação simplificada, no sistema jurídico brasileiro, hoje, é vedada a interrupção da gravidez, *a menos que* (a) para salvar a vida da gestante, (b) em caso de estupro e (c) na hipótese de o feto ser anencefálico.

Diferentemente dos outros autores citados anteriormente, Bix (2012, p. 200) afirma que não há conexão entre as ideias de Hart sobre textura aberta (normas incertas em seus casos limítrofes) e derrotabilidade (a conclusão inicial é sólida, mas sujeita a revisão ou substituição posterior quando do surgimento de fatos adicionais que a tornam injusta ou absurda), pois, como se pode verificar de suas sínteses, a estrutura da primeira (incerteza) é muito diferente do raciocínio jurídico da última (exceção na aplicação literal de uma regra).

Contudo, isso não significa a inexistência de um paralelo entre tais ideias: ambas representam os casos que explicam e justificam a discricionariedade judicial e, por conseguinte, o desenvolvimento do direito via judiciário (*judicial lawmaking*). A derrotabilidade e a textura aberta em Hart demonstram que os juízes são legisladores adjuntos necessários, na medida em que esclarecem as regras jurídicas, preenchem lacunas e criam modificações ou exceções quando necessário para evitar injustiças (BIX, 2012, p. 201).

Nesses moldes, ainda que se possa compreender a textura aberta em Hart de várias maneiras, todas apontam numa única direção: a textura aberta do direito e das regras não se limita a uma indeterminação semântica, na medida em que também engloba uma indeterminação normativa.

Portanto, é possível concluir que a textura aberta do direito em Hart, que decorre da relativa ignorância dos fatos e da relativa indeterminação dos objetivos, abrange fenômenos que conjuntamente demonstram os limites normativos do direito ou, dito de outro modo, a indeterminação do direito: a) derrotabilidade, no sentido de acomodação de exceções que não poderiam ser antecipadas quando da criação das regras gerais e que se consubstancia em um problema normativo que se refere à aplicabilidade das regras; b) textura aberta da linguagem e a vagueza dos termos gerais, os quais se situam nas zonas de penumbra e que se consubstanciam em um problema semântico e conceitual no tocante à formulação da regra e à subsunção do caso particular ao conceito (GRAEFF, 2015, p. 92-93).

Embora Hart reconheça que as regras do direito não podem determinar completamente a decisão correta na medida em que fatores relevantes podem justificar a apresentação de uma exceção, ele não responde à pergunta sobre “quais *standards* além das regras entram na justificativa das decisões”, isto é, “ele aponta na direção certa, mas não nos leva longe o bastante” (MACCORMICK, 2010, p. 169-171).

O que se quer dizer com isso é que Hart não desenvolveu uma teoria da argumentação da decisão judicial, isto é, não assinalou quais seriam as justificativas satisfatórias para as decisões judiciais que reconheçam uma exceção à regra não prevista em precedente vinculante ou em lei, motivo pelo qual sua contribuição para o tema da derrotabilidade é a de ter realizado um esboço da teoria, ou melhor, ter demonstrado que tais casos necessariamente ocorrerão em razão da textura aberta do direito, suscitando o interesse de outros autores que objetivam desde questioná-la a desenvolvê-la, sejam positivistas, sejam não positivistas.¹⁰

MacCormick (2010, p. 172) ressalta que Hart em determinado momento “afirmou que, de modo geral, ele aceitava as ideias expostas em *Argumentação jurídica e teoria do direito e*

...

¹⁰ MacCormick (2008, p. 310-311) destaca que o tema lhe gerou significativo interesse, tanto que defende – em contraponto às condições necessárias e suficientes do silogismo jurídico – a ideia de condições *ordinariamente e presumivelmente suficientes*.

considerava-as compatíveis com as suas próprias opiniões”, inclusive no tocante aos princípios jurídicos.¹¹ A interpretação de MacCormick¹² acerca da obra de Hart também encontra suporte na descrição deste acerca do fenômeno da *defeasibility*, pois como se reconheceria a não aplicação das consequências jurídicas de uma regra jurídica absolutamente aplicável ao caso concreto sem o recurso a princípios ou valores jurídicos?

A falta de um desenvolvimento sobre a argumentação jurídica que justifique e legitime o reconhecimento judicial de exceções *contra legem* não minimiza a importância da contribuição de Hart, na medida em que a teoria desenvolvida da necessidade de reconhecimento da imprecisão e da textura aberta do direito esclarece racionalmente por que se deve reconhecer a impossibilidade de as regras solucionarem sozinhas e adequadamente todos os problemas jurídicos.

Outro ponto importante é que o resgate das ideias de Hart acerca da *defeasibility* trouxe à tona um aspecto pouco explorado e interessante acerca do famoso debate Hart-Dworkin: o conceito de derrotabilidade foi usado pelo segundo como um argumento contra o primeiro no sentido de que tal concepção demonstraria a inviabilidade de sua teoria conceitual acerca do direito (FERRER BELTRÁN; RATTI, 2012b, p. 22).¹³

De fato, o caso *Riggs versus Palmer* (1889) citado por Dworkin (2002, p. 37) para distinguir princípios de regras e para demonstrar que a sua teoria era mais adequada que a do positivismo jurídico inclusivo de Hart amolda-se perfeitamente à noção de *defeasibility* constante na obra deste último, pois significa o reconhecimento pelo Judiciário de uma exceção que não era especificada na legislação ou nos precedentes.

Isso porque o tribunal, em sentido contrário à disposição específica da lei (decisão *contra legem*), decidiu ser inviável atribuir a herança ao beneficiário após ele ter atirado no testador para impedi-lo de alterar o testamento sob a justificativa da preponderância do princípio jurídico de que é vedado ao sujeito beneficiar-se de sua própria torpeza – o direito atribuído

...

11 Nesse sentido, MacCormick esclarece que a “teoria de Hart das regras sociais comporta uma extensão para abranger princípios e valores como *standards* em si mesmos e vários outros tipos de *standards* sociais. Como regras jurídicas são uma espécie de regras sociais na teoria de Hart, não há motivo para negar a possibilidade de que haja princípios jurídicos, valores jurídicos como *standards* e outros *standards* jurídicos além das regras jurídicas” (MACCORMICK, 2010, p. 173).

12 MacCormick insiste que “o reconhecimento e a aceitação de outros *standards* jurídicos além das regras é totalmente compatível com a abordagem teórica de Hart” (MACCORMICK, 2010, p. 178).

13 No mesmo sentido, Waluchow (2012, p. 261) aduz que a crítica de Dworkin ao positivismo jurídico, forte no caso *Riggs versus Palmer*, já era superada pela teoria de Raz (argumenta que era uma resposta antecipada ao questionamento de Dworkin) sobre os poderes dirigidos (*directed powers*) pelos sistemas jurídicos aos juizes, os quais lhes impõem um dever de alterar a regra quando a sua aplicação resultar, por exemplo, em algo absurdo, extremamente injusto ou irracional. Trata-se do direito regulando o seu próprio desenvolvimento.

ao herdeiro pelas disposições legais foi excepcionado pelo princípio jurídico materializado. Em outros termos: o Judiciário acrescentou uma exceção à regra geral de que a herança deve ser conferida ao beneficiário, a menos que (*unless*) este tenha agido de modo a beneficiar-se de sua própria torpeza ao tentar provocar a morte do testador.

O caso também é citado por MacCormick como um exemplo de uso corrente sobre o fenômeno da *defeasibility*, onde uma disposição jurídica que tem por finalidade atingir certos efeitos jurídicos deixa de operar em razão de fatos atípicos, complementando que atualmente “o Direito jurisprudencial em relação a testamentos é tão bem estabelecido que essa exceção pode ser vista como uma regra estabelecida no dado contexto” (MACCORMICK, 2008, p. 313).¹⁴

Então, a derrotabilidade das regras jurídicas também pode ser considerada um fator que aproxima as obras de Hart e Dworkin, acrescentando-se outro argumento para aqueles que – tal como o primeiro – não vislumbram concepções de direito tão agudas quanto dispôs o segundo em seu ataque geral.¹⁵

Por fim, as considerações de Hart em seu pós-escrito de que a proposta de *O conceito de direito* foi fornecer uma teoria geral e descritiva do direito como um sistema normativo regido por regras, a partir de um ponto de vista externo, assim como a sua admissão de que “disse demasiado pouco no meu livro sobre o tópico do julgamento e do raciocínio jurídico e, em especial, sobre os argumentos retirados daquilo que os meus críticos designam como princípios jurídicos” (HART, 2001, p. 300-301), são adequadas e pertinentes no tocante à sua contribuição acerca da derrotabilidade.

O fenômeno também serve para corroborar outras manifestações de Hart (2001, p. 312 e 332) no sentido de que a sua teoria não possui óbice na aceitação dos princípios como parte do direito, desde que incorporados pelo próprio direito.

A textura aberta foi apenas uma dentre uma lista de ideias que Hart apresentou à teoria do direito, pois, conforme visto, Hart também é a fonte original para a ideia de que o raciocínio jurídico é essencialmente derrotável, uma forma de raciocínio distintamente diferente da lógica e do raciocínio convencionais. Embora Hart não tenha desenvolvido essa ideia, muitos outros autores o fizeram, permanecendo, no entanto, certa incerteza sobre a natureza da “derrotabilidade” e a extensão em que o raciocínio jurídico é essencialmente derrotável (BIX, 2012, p. 193).

...

14 O exemplo também é referido por Brozek (2004, p. 43), que afirma que um sistema de direito composto por regras e princípios exige uma noção de regras derrotáveis.

15 Bustamante (2010, p. 176), examinando a questão sem mencionar o fenômeno da derrotabilidade na obra de Hart, afirma que “para se reconhecer a possibilidade de decisões *contra legem* – sem o que não tem sentido falar em superabilidade das regras legais – é necessário reconhecer não apenas que Hart estava correto em descrever o direito como uma prática social, mas também que Dworkin está correto ao qualificar essa prática social como uma prática argumentativa”.

Hart foi então o pioneiro na busca de uma explicação para o papel das exceções nas decisões judiciais. A tentativa, além de lhe garantir a cadeira de *Professor of Jurisprudence* em Oxford,¹⁶ alavancou o fenômeno da derrotabilidade a um dos temas fundamentais da filosofia do direito (DUARTE D'ALMEIDA, 2015, p. 7).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O escopo principal deste artigo consistiu em resgatar a teoria de Herbert L. A. Hart acerca da *defeasibility* para fins de compreender com exatidão o seu teor e confrontá-la com algumas das variadas concepções que a expressão atualmente representa. Também se buscou averiguar as afirmações de que Hart foi o primeiro a empregar tal conceito no âmbito da filosofia do direito, mas a abandonou posteriormente. Por fim, foram feitas brevíssimas considerações sobre as implicações do referido conceito para a sua própria teoria normativa.

Embora não seja possível assegurar com absoluta certeza que Hart foi quem primeiro apresentou a noção de *defeasibility* ao âmbito da filosofia do direito, não há equívoco em afirmar que o termo foi cunhado por ele e seus estudos, em especial o ensaio *The ascription of responsibility and rights*, os quais foram os responsáveis por despertar o interesse dos autores que posteriormente desenvolveram o tema, que tem sido utilizado em diferentes vertentes do direito.

A trajetória da derrotabilidade é consentânea com uma característica comum à integridade da obra de Hart de construir uma ligação entre a filosofia da linguagem e o direito tal como aplicado pelos tribunais: primeiramente advoga pelo caráter derrotável dos conceitos jurídicos e depois transpõe tal propriedade para as regras jurídicas.

Essa modificação no objeto da *defeasibility* é muitas vezes ignorada; do mesmo modo, muitos que tratam da obra de Hart ou do debate Hart/Dworkin sequer citam tal noção. A resposta para tais omissões decorre da não reiteração do termo por Hart e, assim, na errônea consideração de que houve o abandono completo da teoria. O motivo pelo qual Hart deixou de utilizar a expressão *defeasible* é a relevância das críticas dirigidas exclusivamente à tese do atributivismo (*ascriptive*), circunstância que ele mesmo reconheceu.

Por conseguinte, a textura aberta do direito para Hart e sua problemática relativamente à acomodação das hipóteses gerais aos casos concretos não se limita a problemas de linguagem

...

16 Acerca de sua nomeação, em 1952, como titular da Cátedra de Teoria de Direito em Oxford, Porto Macedo Junior (2013, p. 200-201) esclarece que, ainda que Hart fosse um membro influente na comunidade filosófica da referida universidade, ele havia publicado apenas um artigo de grande repercussão (*The ascription of responsibility and rights*), motivo pelo qual sua escolha foi uma grande surpresa no meio acadêmico, ainda que Hart fosse uma aposta de Austin, que fez o discurso de sua saudação. No mesmo sentido manifesta-se Wayne Morrison (2012, p. 417), referindo que a opção por Hart foi vista como insólita na época.

e de interpretação, pois há inúmeras referências a casos em que tais dificuldades não ocorrem, mas mesmo assim não se deve aplicar a regra jurídica. Incumbe aos tribunais reconhecer em casos tidos como difíceis exceções impossíveis de serem listadas anteriormente e, quando o fazem, mediante a utilização da cláusula “a menos que”, a regra jurídica excepcionada ainda assim será uma regra geral válida para os outros casos em que seja aplicável.

Tal formulação coincide com a definição atual da teoria da derrotabilidade das regras jurídicas, que é, desse modo, a que melhor se coaduna com a origem da expressão. Configura outro legado importante da obra de Hart, ainda que este apenas tenha descrito o fenômeno como próprio do direito e, assim, formulado o ponto inicial da teoria.

Por fim, as considerações acima evidenciam que, ao contrário do exposto por muitos de seus críticos, o conceito de direito de Hart como um sistema jurídico embasado fundamentalmente em regras não é completamente fechado e estático, mas sim aberto e dinâmico. Amolda-se aos acontecimentos sociais relevantes e se desenvolve continuamente a partir das decisões judiciais.

REFERÊNCIAS

ATRIA, Fernando. *On law and legal reasoning*. Oxford e Portland, Oregon: Hart Publishing, 2002.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BÄCKER, Carsten. Regras, princípios e derrotabilidade. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 102, p. 55-82, jan./jun. 2011.

BAKER, Gordon Park. Defeasibility and meaning. In: HACKER, Peter Michael Stephan; RAZ, Joseph (ed.). *Law, morality and society: essays in honour of H.L.A. Hart*. Grã-Bretanha: Oxford University Press, 1979. p. 26-57.

BIX, Brian. Defeasibility and open texture. In: FERRER BELTRÁN, Jordi; RATTI, Giovanni (ed.). *The logic of legal requirements: essays on defeasibility*. Grã-Bretanha: Oxford University Press, 2012. p. 193-201.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, Acórdão Eletrônico DJe-080, divulgado em 29/04/2013, publicado em 30/04/2013, RTJ vol-00226-01, pp. 00011.

BROZEK, Bartosz. *Defeasibility of legal reasoning*. Cracóvia: Zakamycze, 2004.

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

CARPENTIER, Mathieu. *Norme et exception*. Essai sur la défaisabilité em droit. Tese (Doutorado) – Institut Universitaire Varenne, Universidade Paris I – Pantheon Sorbonne Pub. Collection des Thèses, n. 99, 2014.

CHIASSONI, Pierluigi. Defeasibility and legal determinacy. In: FERRER BELTRÁN, Jordi; RATTI, Giovanni B. (ed.). *The logic of legal requirements: essays on defeasibility*. Grã-Bretanha: Oxford University Press, 2012. p. 151-181.

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

DUARTE D'ALMEIDA, Luís. *Allowing for exceptions: a theory of defences and defeasibility in law*. Oxford Legal Philosophy. Oxford: Oxford University Press, 2015.

FERRER BELTRÁN, Jordi; RATTI, Giovanni B. Legal defeasibility: an introduction. In: FERRER BELTRÁN, Jordi; RATTI, Giovanni B. (ed.). *The logic of legal requirements: essays on defeasibility*. Grã-Bretanha: Oxford University Press, 2012a. p. 1-7.

FERRER BELTRÁN, Jordi; RATTI, Giovanni B. Defeasibility and legality: a survey. In: FERRER BELTRÁN, Jordi; RATTI, Giovanni B. (ed.). *The logic of legal requirements: essays on defeasibility*. Grã-Bretanha: Oxford University Press, 2012b. p. 11-38.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; MUNHOZ DE ANDRADE, Rosemeri. Superabilidade das regras jurídicas. In: PIMENTEL, Alexandre Freire; BARROSO, Fábio Túlio; GOUVEIA, Lúcio Grassi (orgs.). *Processo, hermenêutica e efetividade dos direitos I*. Recife: APPODI, 2015. p. 178-199. *E-book*.

GRAEFF, Patrícia. *Derrotabilidade, vagueza e textura aberta: um estudo acerca dos limites do direito segundo Herbert Hart*. Orientador: Paulo Baptista Caruso MacDonald. Coorientador: Alfredo Carlos Storck. Dissertação (Mestrado) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

HART, Herbert Lionel Adolphus. The ascription of responsibility and rights. *Proceedings of the Aristotelian Society*, n. 49, p. 171-194, 1948-1949.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. Tradução A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law*. Oxford: Clarendon Press, 1973.

MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. Tradução Cláudia Santana Martins. Revisão técnica Carla Henriete Beviláqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MACCORMICK, Neil. Defeasibility in law and logic. In: BANKOWSKI, Zenon; WHITE, Ian; HAHN, Ulrike (ed.). *Informatics and the foundations of legal reasoning*. Dordrecht: Kluwer, 1995. p. 99-118.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de direito*. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: Dos gregos ao pós-modernismo*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo e revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

PINO, Giorgio. *Neil MacCormick on interpretation, defeasibility, and the rule of law*. Paper presented at the Conference Legal Reasoning and European Laws: The Perspective of Neil MacCormick, 21 maio 2010. Florença: European University Institute.

PORTO MACEDO JUNIOR, Ronaldo. *Ensaio de teoria do direito*. São Paulo: Saraiva, 2013. (Coleção Teoria e História do Direito).

RODRÍGUEZ, Jorge L.; SUCAR, Germán. Las trampas de la derrotabilidad: niveles de análisis de la indeterminación del derecho. *Doxa*, v. 2, n. 21, p. 403-420, 1998.

SARTOR, Giovanni. Defeasibility in legal reasoning. In: FERRER BELTRÁN, Jordi; RATTI, Giovanni B. (ed.). *The logic of legal requirements: essays on defeasibility*. Grã-Bretanha: Oxford University Press, 2012. p. 108-136.

SCHAUER, Frederick. On open texture of law. *Virginia Public Law and Legal Theory Research*. Paper n. 2011-35. Posted: 13 Sep. 2011. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1926926> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1926926>. Acesso em: 13 fev. 2019.

SERBENA, Cesar Antonio. Normas jurídicas, inferência e derrotabilidade. In: SERBENA, Cesar Antonio (org.). *Teoria da derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações*. Curitiba: Juruá, 2012.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *Hermenêutica jurídica e derrotabilidade*. Curitiba: Juruá, 2010.

WALUCHOW, Wilfrid J. Defeasibility and legal positivism. In: FERRER BELTRÁN, Jordi; RATTI, Giovanni B. (ed.). *The logic of legal requirements: essays on defeasibility*. Grã-Bretanha: Oxford University Press, 2012. p. 254-267.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires;
PREVEDELLO, Alexandre. A noção de derrotabilidade para Herbert L. A. Hart. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 1, jan./abr. 2019, e1907. doi: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201907>.

Anizio Pires Gavião Filho

MESTRADO E DOUTORADO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL (UFRGS). PROFESSOR COORDENADOR DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* DA FACULDADE DE DIREITO DA FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO (PPGD/FMP). PROFESSOR COORDENADOR DO GRUPO DE PESQUISA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO COMO ARGUMENTAÇÃO DO PPGD/FMP. PROFESSOR DE TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO DA FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO (FMP).

piresgaviao@hotmail.com

Alexandre Prevedello

MESTRADO PELA FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO (FMP). MEMBRO ATIVO INTEGRANTE DO GRUPO DE PESQUISA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO COMO ARGUMENTAÇÃO DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* DA FACULDADE DE DIREITO DA FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO (PPGD/FMP).

aleprevedello@hotmail.com