

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE

Amanda Batista de Oliveira

**DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA DERROTABILIDADE DAS REGRAS COMO
ALTERNATIVA À DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE REALIZADA
NA RECLAMAÇÃO N° 4.374/PE**

NATAL
2018

AMANDA BATISTA DE OLIVEIRA

**DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA DERROTABILIDADE DAS REGRAS COMO
ALTERNATIVA À DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE REALIZADA
NA RECLAMAÇÃO Nº 4.374/PE**

Monografia apresentada à Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como parte das exigências para a obtenção do título de bacharela em Direito.

Orientadora: Prof^a Dr^a Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave.

NATAL
2018

Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN
Sistema de Bibliotecas - SISBI
Catalogação de Publicação na Fonte. UFRN - Biblioteca Setorial do Centro Ciências Sociais Aplicadas - CCSA

Oliveira, Amanda Batista de.

Da aplicação da teoria da derrotabilidade das regras como alternativa à declaração de inconstitucionalidade realizada na reclamação nº 4.374/PE / Amanda Batista de Oliveira. - 2018. 49f.: il.

Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro De Ciências Sociais Aplicadas, Departamento Direito. Natal, RN, 2018.

Orientador: Profª Drª Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave.

1. Derrotabilidade - Monografia. 2. Inconstitucionalidade - Monografia. 3. Reclamação Constitucional - Monografia. 4. Justificação externa - Monografia. 5. Lei nº 8.742/93 - Monografia. I. Presgrave, Ana Beatriz Ferreira Rebello. II. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. III. Título.

RN/UF/Biblioteca Setorial do CCSA

CDU 342



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO



ATA DE DEFESA PÚBLICA DE CONCLUSÃO DO CURSO DE
BACHARELADO EM DIREITO

Aos 12 (doze) dias do mês de junho do ano de 2018, às 16h, no auditório Varela Barca foi instalada a Comissão Examinadora para a defesa oral e pública da monografia sob o título: **"DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA DERROTABILIDADE DAS REGRAS COMO ALTERNATIVA À DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE REALIZADA NA RECLAMAÇÃO Nº 4.374/PE"**, como trabalho final de conclusão de curso, apresentado(a) pelo(a) aluno(a) **AMANDA BATISTA DE OLIVEIRA**, matrícula nº 2013074954, ao Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como parte dos requisitos para obtenção do título de Bacharel em Direito. A comissão examinadora foi presidida pelo(a) professor(a)/colaborador(a) **ANA BEATRIZ FERREIRA REBELLO PRESGRAVE**, matrícula nº 1693362, lotado(a) no DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO; 1º membro o(a) professor(a)/colaborador(a) **FELIPE MACIEL PINHEIRO BARROS**, matrícula nº X.X.X.X, lotado(a) no Colaborador externo; e o 2º membro o(a) professor(a)/colaborador(a) **MATUSALÉM JOBSON BEZERRA DANTAS**, matrícula nº X.X.X.X, lotado(a) no Colaborador externo, integrantes da referida comissão que emitiu o seguinte parecer: Aprovado. A comissão examinadora após a defesa oral e o cumprimento dos demais procedimentos considerou a monografia Aprovada. A comissão decidiu atribuir à menção honrosa, atribuindo a nota dez e indicável para o

Comissão Examinadora

pequeno de melhor monografia

[Assinatura]
ANA BEATRIZ FERREIRA REBELLO PRESGRAVE
Presidente

[Assinatura]
FELIPE MACIEL PINHEIRO BARROS
1º Membro

[Assinatura]
MATUSALÉM JOBSON BEZERRA DANTAS
2º Membro

AGRADECIMENTOS

À minha orientadora, Ana Beatriz, uma professora extraordinária e quem me inspirou, com suas aulas, a me aprofundar no assunto que terminou por se transformar no tema deste trabalho.

À minha família e aos meus amigos, pessoas absolutamente incríveis que acompanharam de perto a loucura que foi este último ano de faculdade e me apoiaram de todas as formas possíveis.

Aos meus chefes de estágio: Dra. Rossana do TJ/RN; Dr. Vital da AGU; Dra. Fernanda da DPU; e Dr. Fernando do MPF, não sei expressar o quão valiosa foi a experiência de estagiar com cada um.

À Cleidivana, Rossano, Claudemir, Manoel e Louisa, por terem sido maravilhosos e por terem me ensinado tanto.

Por fim, aos professores Marcos Aurélio, Mariana de Siqueira e Paulo Renato, pelos quais tenho uma admiração especial.

RESUMO

Partindo da problemática da declaração, pelo Supremo Tribunal Federal, de constitucionalidade e posteriormente de inconstitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, este trabalho objetiva investigar a adequação do emprego da teoria da derrotabilidade das regras como alternativa à declaração de inconstitucionalidade do aludido dispositivo, realizada pelo STF na Rcl. 4.374/PE. A teoria da derrotabilidade das regras, ainda pouco difundida no Judiciário brasileiro, toca em um ponto fundamental a qualquer sistema jurídico, qual seja, a relação entre Direito e Justiça. Sendo assim, é apresentada neste trabalho tanto como um vetor de realização da Justiça no caso concreto quanto como elemento restaurador da coerência do ordenamento jurídico no que diz respeito à constitucionalidade ou não do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93.

Palavras-chave: Derrotabilidade. Inconstitucionalidade. Reclamação Constitucional. Justificação externa. Art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93.

ABSTRACT

Given the problem of the declarations, carried out by Brazilian Federal Supreme Court, of constitutionality and later, on the other way around, of unconstitutionality of the Law n° 8,742/93 section 20(3), this work aims to investigate if it is appropriate to use the legal theory of defeasibility as an alternative to the aforementioned legal rule's declaration of unconstitutionality. The defeasibility theory, still not widely spread within Brazilian Courts, touches on a fundamental point to any legal system, that is, the connection between Law and Justice. Thus, the theory is presented in this work both as a way of achieving Justice in each individual case and as an element that restores the legal system's coherence concerning the constitutionality, or not, of the Law n° 8,742/93 section 20(3).

Keywords: Defeasibility. Unconstitutionality. External justification. Law n° 8,742/93 section 20(3).

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
BPC	Benefício da Prestação Continuada
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
LOAS	Lei Orgânica da Assistência Social
RCL	Reclamação Constitucional
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 COMPREENDENDO A TEORIA DA DERROTABILIDADE DAS REGRAS	11
2.1 O conceito	11
2.2 Sua lógica de aplicação.....	13
2.3 É possível derrotar princípios?	15
2.4 Derrota-se o texto ou a norma?.....	17
2.5 Quais circunstâncias permitem a derrota de uma regra?.....	18
3 A INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO ART. 20, § 3º, DA LEI Nº 8.742/93, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NA RCL. 4.374/PE	21
3.1 Síntese histórica do desenvolvimento da problemática	21
3.2 Os Recursos Extraordinários 580.963/PA e 567.985/MT e a Reclamação Constitucional 4.374/PE	24
3.2.1 O voto do Ministro Gilmar Mendes na Reclamação Constitucional 4.374/PE	24
3.2.2 Argumentos contrários à tese de Gilmar Mendes trazidos por outros Ministros ...	28
4 A APLICAÇÃO DA TEORIA DA DERROTABILIDADE COMO ALTERNATIVA À DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 20, § 3º, DA LEI Nº 8.742/93	30
4.1 A inadequação da Reclamação Constitucional como instrumento revisor da decisão proferida na ADI 1.232/DF.....	30
4.2 O argumento da inconstitucionalidade superveniente	31
4.3 Em defesa da aplicação da teoria da derrotabilidade ao caso concreto	32
5 COMO ANALISAR A CORREÇÃO DE UMA DECISÃO QUE APLICA A DERROTABILIDADE	37
5.1 Justificação interna e justificação externa.....	37
5.2 Hard cases e easy cases	38
5.3 A argumentação como forma de aferir a correção dessas decisões.....	40
6 ALGUMAS CRÍTICAS À TEORIA DA DERROTABILIDADE DAS REGRAS	43
7 CONCLUSÃO.....	46
REFERÊNCIAS.....	48

1 INTRODUÇÃO

Ainda pouco difundida no Judiciário brasileiro, a teoria da derrotabilidade das regras (*defeasibility*) se apresenta como possível resposta ao problema da inserção da Justiça na práxis do Direito.

A *defeasibility* parte do pressuposto de que uma regra jurídica contém apenas as exigências ordinárias para sua própria aplicação, mas deixa de fora situações que não poderiam ser antecipadas, e que, se ocorressem, em nome da Justiça no caso concreto, demandariam o afastamento dessa regra, não obstante estarem presentes todas as condições para o seu emprego.

Há vinte anos, o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional a disposição legal (art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93) de que, para terem acesso ao benefício de prestação continuada, os núcleos familiares com idosos ou com pessoas com deficiência devem ter renda mensal *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo.

Essa mesma regra, no entanto, foi posteriormente declarada inconstitucional por ocasião do julgamento da Reclamação nº 4.374/PE, sob a justificativa de que teria passado por um processo de inconstitucionalização.

Em outras palavras, tem-se um dispositivo legal que seria, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, constitucional e inconstitucional, situação que afronta diretamente a coerência interna do ordenamento jurídico.

Sendo assim, este trabalho objetiva constatar a adequação do emprego da teoria da derrotabilidade das regras como alternativa à declaração de inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, realizada pelo STF na Rcl. 4.374/PE.

Para tanto, é realizado um breve estudo da teoria da derrotabilidade das regras, com destaque para o seu conceito, sua lógica de aplicação, as circunstâncias que permitem seu uso e as principais críticas formuladas à teoria até o momento.

É feita uma descrição do histórico de interpretação e aplicação do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, pelo STF, passando pelo julgamento da ADI 1.232/DF até a Rcl. 4.374/PE, onde nos detemos nos argumentos utilizados pelo Ministro Gilmar Mendes, em favor da declaração de inconstitucionalidade do aludido dispositivo legal, e nos contra-argumentos trazidos por outros Ministros durante os debates em Plenário.

São examinadas, ainda, a adequação ou não da Reclamação Constitucional como instrumento revisor da decisão proferida na ADI 1.232/DF e a questão da inconstitucionalidade superveniente, os dois fundamentos da tese vencedora de Gilmar Mendes na Rcl. 4.374/PE.

A partir das conclusões tiradas dessa análise, a teoria da derrotabilidade das regras é apresentada como alternativa à declaração de inconstitucionalidade resultante do julgamento da Rcl. 4.374/PE e são delineados os méritos dessa solução.

Por fim, é demonstrado como aferir a correção de uma decisão jurisdicional que aplique a teoria da derrotabilidade, esclarecendo, para isso, os conceitos de justificação interna e justificação externa, bem como expondo a distinção entre *hard cases* e *easy cases*.

Utiliza-se como método de pesquisa o método hipotético-dedutivo, partindo de artigos científicos, da doutrina jurídica, do texto legal, principalmente do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, e de decisões judiciais selecionadas, com destaque para as decisões proferidas na ADI 1.232/DF e na Rcl. 4.374/PE.

Como procedimento técnico, faz-se uso da pesquisa bibliográfica, que, abrangendo autores nacionais e internacionais, fornece subsídios para a compreensão da *defeasibility* e para a análise dos posicionamentos sustentados pelo Judiciário nas decisões aqui tratadas.

2 COMPREENDENDO A TEORIA DA DERROTABILIDADE DAS REGRAS

A teoria da derrotabilidade das regras, não obstante ter surgido no mundo jurídico aproximadamente na metade do século passado, apenas recentemente vem ganhando espaço no Judiciário brasileiro, de modo que, comparado a outros temas do direito moderno, são poucas as fontes de informação a seu respeito.

Neste capítulo, será analisada sua origem, seu conceito, os requisitos necessários para sua aplicação e algumas particularidades importantes para o desenvolvimento do presente trabalho.

2.1 O conceito

Excepcionalidade, superabilidade e derrotabilidade. Todas são expressões utilizadas pelos juristas nacionais para referir-se a chamada *defeasibility*, conceito trazido a lume em 1948 pelo filósofo do Direito Herbert Lionel Adolphus Hart, em seu artigo *The Ascription of Responsibility and Rights*.

Na referida obra, a *defeasibility* é introduzida e exemplificada ao longo do seguinte trecho:

Quando um estudante aprendeu que no Direito inglês há condições positivas requeridas para a existência de um contrato válido, (...) sua compreensão do conceito jurídico de um contrato ainda é incompleta (...). Pois 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-se à expressão “a menos que”, que deveria 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 alargo: 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, 1948, p. 174-175).

A teoria da derrotabilidade das regras, como idealizada por Hart, parte do pressuposto de que inúmeras hipóteses casuísticas inevitavelmente escapam ao legislador quando da criação de um comando jurídico e que, portanto, essa regra trará em si apenas as situações mais comuns que demandam sua aplicação.

Existiriam cenários, todavia, nos quais todas as condições para a aplicação da literalidade do Direito são satisfeitas e, ainda assim, uma regra, embora válida e vigente no mundo jurídico, é afastada pelo intérprete/aplicador.

A título de ilustração, é usualmente citada como exemplo de aplicação da teoria da derrotabilidade no âmbito do ordenamento pátrio a possibilidade de interrupção da gestação em razão de anencefalia, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2012.

Isso porque, apesar de em nenhum momento excepcionar no seu texto a configuração de crime no caso de interrupção da gravidez de feto anencefálico, a norma proibitiva do aborto foi afastada, pelo STF, para essa hipótese específica, continuando, todavia, a existir e a incidir normalmente nos casos tipificados no Código Penal.

Nesse sentido, a teoria hartiana aduz que às exigências normais ou típicas para a aplicação de uma regra “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” (VASCONCELLOS, 2009, p. 48).

No exemplo da interrupção da gestação em caso de anencefalia, a redação do art. 124 do Código Penal, “provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque”, deveria ser lida pelo intérprete/aplicador como “provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque, a menos que o feto sofra de anencefalia”, pois tal condição do feto configuraria exceção implícita ao tipo penal do aborto, exceção que escapara à previsão do legislador quando da fabricação da regra.

Como sintetiza Carsten Bäcker, a “derrotabilidade deve ser entendida como a capacidade de acomodar exceções” (BÄCKER, 2011, p. 60).

Vale destacar ainda que, antes de Hart, o filósofo grego Aristóteles já havia se debruçado sobre o assunto. Em sua obra *Ética a Nicômaco*, ele expõe:

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 (ARISTÓTELES, 2009, p. 125)

O problema da perpetuação de injustiças em razão da aplicação automática de determinadas regras jurídicas é, portanto, uma discussão antiga e a solução encontrada pelos intérpretes/aplicadores do Direito para contornar esse problema parece violar o próprio ordenamento jurídico, com a aparente prolação de decisões *contra legem* (cfr. capítulo 6, infra).

Nesse sentido, alguns autores são enfáticos ao afirmar que “a admissibilidade da derrotabilidade das regras, ainda que em caráter excepcional, autoriza a prolação de uma decisão *contra legem* – sem eufemismo ou puritanismo” (FARIAS, 2014, p. 45).

2.2 Sua lógica de aplicação

Sabe-se que as normas jurídicas, usualmente, possuem estrutura bimembre. Como explica Fernando Andreoni Vasconcellos:

(...) formada por “antecedente” e “conseqüente”; aquele, representando a descrição de um evento necessariamente factível no mundo fenomênico, este, prevendo os efeitos que a ocorrência de tal evento produz perante o Direito. Em virtude das particularidades da lógica aplicável ao Direito, esta norma jurídica manifesta-se por meio dos modais obrigatório (O), permitido (P) e proibido (V).¹⁰⁶ Por exemplo, o artigo 927 do Código Civil dispõe que “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, o que, para a aplicação do direito representa: se alguém causa ilicitamente dano a outrem, deve ser então a reparação (VASCONCELLOS, 2009, p. 54)

As normas jurídicas condicionais, isto é, que apresentam antecedente e conseqüente, preveem deveres ou obrigações chamados *prima facie*, em outras palavras, derivados diretamente da literalidade textual, da interpretação gramatical do texto positivado.

A fim de ilustrar o que seria uma regra *prima facie* e a sua derrota, Vasconcellos traz a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de Agravo Regimental interposto na Reclamação n.º 3.034-2.

Trata-se de negativa do pedido de suspensão do sequestro de valores do Estado da Paraíba, promovido para o pagamento de precatório a pessoa portadora de doença incurável.

Nesta decisão, o Ministro EROS GRAU reconhece a efetividade e aplicação da previsão do artigo 100, § 2º, da Constituição Federal, que prevê o seqüestro de precatórios, de quantia necessária à satisfação do débito, exclusivamente para o caso de preterimento de direito de precedência. No entanto, entendeu por bem não-aplicar (derrotar) a regra *prima facie* prevista na Constituição Federal, em razão da situação excepcional do caso concreto. Nesta situação, a decisão apenas derrotou a norma *prima facie* excepcionalmente, mantendo-a como “regra geral”, porém dentro dela foi inserida uma exceção, a qual há de ser seguida nos demais casos similares (VASCONCELLOS, 2009, p. 56).

Como ilustra o caso acima, a regra *prima facie* é aquela retirada do texto por meio de sua interpretação literal e derrotá-la seria não aplicá-la em virtude do reconhecimento de uma exceção implícita ao seu comando.

O reconhecimento de tal exceção, porém, só teria lugar ao deixar-se de lado a análise meramente gramatical do texto normativo, levando em consideração, assim, as circunstâncias fáticas, a finalidade da norma que supostamente aplica-se ao caso e noções de justiça.

Outra interessante perspectiva acerca do raciocínio jurídico e da lógica da excepcionalidade é a distinção entre lógica monotônica e não monotônica.

Criado fora do âmbito jurídico, em 1980, pelos professores de Ciência da Computação Raymond Reiter e John McCarthy, o conceito de monotonicidade integrou as pesquisas para o desenvolvimento de linguagens de programação com características próximas do modelo de raciocínio humano, a fim de serem aplicadas na área da inteligência artificial.

Como expõe Rodrigo Telles de Souza, em artigo publicado no Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União:

A lógica clássica, silogística, é considerada monotônica porque deduz de um conjunto de premissas um conjunto de conclusões e, quando se adicionam novas premissas ao conjunto inicial, o mesmo conjunto de conclusões já deduzido continua valendo. A lógica não monotônica se distingue da lógica clássica, silogística, porque nela se deduz uma conclusão de um conjunto inicial de premissas, mas, caso seja adicionada uma nova premissa ao conjunto inicial, a conclusão já deduzida não continua valendo necessariamente, podendo-se deduzir uma nova conclusão; a premissa adicional pode derrotar a conclusão original e proporcionar uma nova conclusão. O raciocínio jurídico, por se tratar de um raciocínio humano, é exemplo típico de utilização da lógica não monotônica, uma vez que constantemente lida com regras gerais sujeitas a exceções, de acordo com o conjunto de premissas trabalhado (SOUZA, 2011, p. 23).

O raciocínio jurídico, visto da perspectiva daqueles que aceitam a teoria da superabilidade, permitiria que o conseqüente da regra seja aplicado ou não a depender da identificação, pelos intérpretes, de exceções.

Finalmente, faz parte da compreensão da lógica da derrotabilidade o entendimento da sua justificativa, isto é, o que pretende alcançar o intérprete/aplicador ao excepcionar determinada regra?

Parte da doutrina tem afirmado que a norma é objeto de derrota não exatamente em nome da Justiça, mas para resguardar os próprios fins que ela se propôs a abrigar. Pode parecer a mesma coisa, mas não é. A depender do ordenamento jurídico examinado pelo jurista, o fim da norma não necessariamente será justo, e os seus valores poderão ser bons ou ruins. Uma coisa é afastar uma norma porque sua aplicação se mostra injusta. Outra, bem diferente, é afastar a incidência de uma norma porque se imagina que a própria finalidade, que inspirou seu nascedouro, legitima sua derrotabilidade. Lembremos que, em tese, nada impede que um legislador, impelido por fins não humanistas, elabore uma norma jurídica. Em síntese, conjugando ambas as correntes doutrinárias, estas têm sido as “normas paramétricas” usadas como referência para o exercício da derrotabilidade de uma regra: o ideal de justiça ou os fins almejados pela própria norma (*mens legis*) (FONTELES, 2016, p. 65).

Neste trabalho são aceitas as duas justificativas, quais sejam, evitar o cometimento de injustiças e preservar a própria finalidade que a norma excepcionada nasceu para cumprir.

2.3 É possível derrotar princípios?

Sabe-se que um ordenamento jurídico (sistema normativo) é composto de normas, que, por sua vez, são subdivididas em regras e princípios.

De acordo com a diferenciação proposta por Robert Alexy (2008, p. 90-91), regras “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”.

Os princípios, por outro lado, são mandamentos de otimização, o que significa que ordenam a realização de algo na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. Ademais, têm como característica o fato de que podem ser satisfeitos em diferentes graus e que o quanto serão satisfeitos dependerá tanto das possibilidades fáticas, quanto das jurídicas (ALEXY, 2008).

Sendo que tais possibilidades jurídicas são determinadas pelas demais normas que atuam em sentido contrário.

Sabendo que a noção de derrotabilidade diz respeito à capacidade de uma norma de comportar exceções não explicitadas pelo legislador,

se olharmos para as regras, elas têm, em geral, exceções. Essas exceções, contudo, não podem ser enumeradas de forma conclusiva, devido ao fato de que as circunstâncias que emergem dos casos futuros são desconhecidas. Portanto, regras jurídicas sempre têm a capacidade de acomodar exceções, ou seja, elas são derrotáveis (BÄCKER, 2011, p. 60).

A controvérsia reside na superabilidade dos princípios. Fernando Andreoni Vasconcellos, amparado pelo pensamento de Humberto Ávila, defende que

toda e qualquer mensagem do direito positivo pode ser reconduzida à formulação hipotético-condicional $p \rightarrow q$ (Se A, então deve ser B). HUMBERTO ÁVILA lembra que a existência de uma hipótese de incidência é uma questão de formulação lingüística e, portanto, até mesmo um princípio pode ser reformulado para se enquadrar nesse modelo deôntico, por exemplo, se o poder estatal for exercido, *então* deve ser garantida a participação democrática (princípio democrático), ou ainda, se se desobedecer à exigência de determinação da hipótese de incidência de normas que instituem obrigações, *então* o ato estatal será considerado inválido (princípio da tipicidade) (VASCONCELLOS, 2009, p. 71).

Indo na direção oposta está o alemão Carsten Bäcker. Em sua visão, adotada no presente trabalho, “os princípios, ao contrário das regras, não podem ter exceções, uma vez que o fato de todas as circunstâncias dadas serem consideradas sempre e a cada vez que um princípio é aplicado constitui parte de sua estrutura” (BÄCKER, 2011, p. 68).

Pela característica aqui já apontada de que os princípios constituem mandamentos de otimização, faz parte do raciocínio necessário à sua aplicação que as particularidades do caso concreto sejam utilizadas para determinar em qual medida o princípio é aplicado.¹

¹ (...) as circunstâncias dos casos futuros, juntamente com outras condições – como, por exemplo, princípios concorrentes –, já estão implícitas no conceito de otimização, e são, portanto, parte integral da própria aplicação do princípio. Isso significa que a otimização está necessariamente relacionada a todas as circunstâncias dadas. Assim, para aplicar um princípio é preciso otimizar – e, dessa forma, necessariamente considerar todas as circunstâncias dadas. Portanto, nenhuma exceção pode surgir na aplicação de um princípio. Em outras palavras, princípios não são derrotáveis (BÄCKER, 2011, p. 61).

Bäcker (2011, p. 71) afirma que “otimizar significa realizar um fim na maior medida possível, considerando todas as circunstâncias relevantes”. Se isso for feito, como naturalmente o é em tratando-se de princípios, então não existirá a cláusula “a menos que”.

Por outro lado, ao aplicar uma regra não é necessário levar em consideração todas as circunstâncias relevantes. Se a condição é satisfeita, segue-se a conclusão. A condição em uma regra é sempre um conjunto mais ou menos complexo e coesivo de circunstâncias das quais o resultado se segue, independentemente de outras circunstâncias que estão em jogo. Portanto, quando regras são aplicadas, uma condição “a menos que” pode surgir daquelas circunstâncias que não fazem parte da condição. A regra é, então, derrotada, devendo ser revisada. Um princípio nunca precisa ser revisado (BÄCKER, 2011, p. 71).

Neste trabalho, portanto, dá-se destaque às expressões derrotabilidade, superabilidade ou excepcionalidade das regras, pois compartilhamos da visão de Carsten Bäcker de que apenas as normas do tipo regra são superáveis.

2.4 Derrota-se o texto ou a norma?

Para a doutrina moderna, o texto normativo e a norma jurídica não são a mesma coisa. Isso significa que de um mesmo texto podem ser extraídas diferentes normas, bem como uma mesma norma pode ser criada a partir de mais de um enunciado legal.

As normas, portanto, resultam da interpretação. E o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é um conjunto de interpretações, isto é, conjunto de normas. O conjunto das disposições (textos, enunciados) é apenas ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais. O significado (isto é, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa (GRAU, 2006, p. 85).

Estando isso claro, pode-se afirmar que a derrotabilidade recai não sobre os textos que compõem o direito positivo, e sim sobre as normas jurídicas que são extraídas deles pelos intérpretes e aplicadores. Como bem expõe Fernando Andreoni Vasconcellos (2009, p. 53), “(...) a representação lógica da derrotabilidade encontra-se (e mantém-se) no plano sintático, no qual a derrotabilidade não acontece, mas apenas é representada, em um suporte físico”.

2.5 Quais circunstâncias permitem a derrota de uma regra?

De acordo com Ávila (2008), são dois os requisitos a serem preenchidos para que uma regra seja superada, um requisito material (de conteúdo) e um requisito procedimental (de forma).

No que diz respeito ao requisito material, a possibilidade de superação das regras está condicionada a dois fatores, quais sejam, a promoção do valor substancial específico e do valor formal subjacentes a elas, sendo este último o mesmo para todas, a segurança jurídica.

De acordo com Bustamante (2010), no que concerne à promoção do valor substancial específico de cada regra, deve-se ter em mente que, como explica Alexy, toda regra é o resultado de uma escolha quanto à precedência de certo princípio na situação que configura a hipótese de incidência dessa regra.

Sendo assim, uma regra jamais perde por completo a conexão com os princípios que se escondem por trás dela e, adotando a distinção entre regras e princípios advogada por Alexy, toda regra pode ser encarada como o resultado de uma ponderação de princípios realizada pelo legislador (BUSTAMANTE, 2010).

Dessa forma, a efetiva realização, no caso concreto, dos princípios que sustentam a regra deve ser levada em conta pelo intérprete/aplicador que pretende excepcionar a norma.

Já a promoção do valor formal (segurança jurídica) implica que “a exceção há de ser inserida nos termos gerais da regra, mediante um processo de universalização, dentro do qual os demais ‘destinatários normativos’ podem (e devem) se beneficiar da mesma solução conseguida no julgamento ‘excepcional’” (VASCONCELLOS, 2009, p. 83).

A tentativa de fazer justiça em um caso não poderia afetar a promoção da justiça para a maior parte dos casos. Desse modo, “em nome da coerência, o processo de inserção da ‘exceção’ no interior da regra impõe o fenômeno da universalização, a partir do qual a decisão singular se torna paradigmática, referência e modelo às ulteriores decisões de casos similares” (VASCONCELLOS, 2009, p. 85).

Por fim, o requisito procedimental consiste na indispensável fundamentação da decisão que se propõe a operar a derrotabilidade de uma regra.

Para derrotar uma interpretação *prima facie* do direito positivo, o intérprete há de motivar o seu ato, de forma densa e muito clara, sem o que sua inteligência será taxada de ilegal, por estar em descompasso com a legislação, ou até mesmo inconstitucional, por ser contrária aos termos da Constituição (VASCONCELLOS, 2009, p. 87).

São necessárias, portanto, para a superação de qualquer regra, a “ (...) demonstração de incompatibilidade entre a hipótese da regra e sua finalidade subjacente”, bem como “a demonstração de que o afastamento da regra não provocará expressiva insegurança jurídica (...)” (VASCONCELLOS, 2009, p. 85-86).

Expostos os requisitos a serem preenchidos para excepcionar qualquer regra, destaca-se aqui os onze principais “fatos geradores” da derrotabilidade:

1. A interpretação que se atribui a um enunciado jurídico em um certo momento pode ser diferente em relação a que se atribui em um outro momento, de modo que a norma por ele expressada passe a compreender casos que antes não eram compreendidos ou deixe de resultar aplicável a casos antes compreendidos.
2. Pode-se promulgar no sistema novos enunciados jurídicos que substituam a solução normativa estabelecida para um caso, ao introduzirem exceções antes não contempladas.
3. O conteúdo conceitual de um enunciado jurídico não pode ser precisado sem considerar-se o contexto no qual é formulado. Outros enunciados do sistema podem permitir exceções na norma por ele expressada.
4. Os enunciados jurídicos estão sempre sujeitos ao problema da textura aberta da linguagem, razão pela qual resta ineliminável um grau maior ou menor de incerteza a respeito da aplicabilidade de uma norma com relação a um caso particular.
5. Ao legislar, uma autoridade legislativa não pode considerar mais do que os casos normais, mas sempre pode pensar em casos reais ou imaginários atípicos que mereçam uma solução diferenciada. Por isso as obrigações e direitos consagrados em normas gerais devem ser entendidos como sujeitos a exceções implícitas.
6. Por ser o uso primário dos conceitos jurídicos adscritivo e não descritivo (isto é, que não podem validar-se em função da informação fática trazida em seu apoio), não se pode enquadrar os fatos dentro do alcance dos conceitos jurídicos em termos de condições necessárias e suficientes. Por isso um juiz, ao qualificar uma situação mediante um conceito jurídico, como por exemplo o de “contrato”, possui uma margem não eliminável de discricionariedade. Ele não descreve o fato de que algo seja um contrato em função de certas características empíricas identificáveis, mas adscribe a algo a qualidade de ser um contrato.
7. Qualquer norma jurídica pode restar derrotada em sua aplicação a um caso particular levado ao conhecimento de um órgão jurisdicional, com fundamento no preceituado em uma norma moral reconhecida por tal órgão, se este reputa injusta a solução normativa derivada do sistema jurídico.
8. A norma geral que um órgão jurisdicional invoca como fundamento de validade da norma por ele criada para a resolução de um caso, não somente serve para convalidar essa norma individual efetivamente adotada, mas também toda uma classe de soluções igualmente válidas.
9. Para se determinar a qualificação normativa de certa conduta de um sujeito em um caso particular, é necessário descrever a situação em que ele se encontra. Diferentes descrições podem determinar diferenças na qualificação normativa. Como não há uma descrição que pode considerar-se “verdadeira”

ou “completa”, sempre é possível que, em uma situação na qual se crê ser o sujeito detentor de uma obrigação, contenha-se ademais alguma particularidade que torne operativa uma exceção.

10. No ponto anterior se supõe informação completa. Todavia, nossa informação acerca da realidade é sempre incompleta. Quando formulamos juízos normativos a respeito de casos particulares, somente podemos emitir juízos derrotáveis, pois uma maior informação poderia derrotá-los.

11. Qualquer pretensão formulada perante um juiz, com base no disposto em uma norma geral, pode ser derrotada pela parte contrária, se esta demonstrar que no caso em questão concorre uma exceção que também encontra apoio em uma disposição do sistema (VASCONCELLOS, 2009, p. 49-50).

Esses onze pontos exemplificam situações que podem gerar a necessidade da superação de alguma regra. Todavia, vale destacar que não é um rol exaustivo e serve apenas para a melhor compreensão do fenômeno aqui analisado e suas nuances.

3 A INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO ART. 20, § 3º, DA LEI Nº 8.742/93, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NA RCL. 4.374/PE

Tanto antes quanto após a decisão declaratória de inconstitucionalidade proferida no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232/DF, as instâncias inferiores costumavam solucionar os casos gerados pelo § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93 aplicando, mesmo sem dizê-lo expressamente, a teoria da derrotabilidade das regras.

Com a decisão do STF na Reclamação Constitucional nº 4.347/PE, isso tornou-se desnecessário, porém ao preço da coerência interna do ordenamento jurídico no que diz respeito à interpretação e à aplicação do critério de miserabilidade definido na mencionada lei.

3.1 Síntese histórica do desenvolvimento da problemática

O art. 203, inciso V, da Constituição da República, prevê a existência de um benefício mensal no valor de um salário mínimo destinado à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de cuidar da própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, é o chamado benefício de prestação continuada (BPC).

Essa disposição constitucional é regulamentada pela Lei nº 8.742/93, que dispõe sobre a organização da assistência social (LOAS) e, entre outras disposições, estabelece dois critérios para a definição de quem faz jus ao benefício em questão.

O primeiro critério refere-se aos requisitos objetivos para que a pessoa seja considerada portadora de deficiência ou idosa e não interessa aos objetivos deste trabalho. O segundo critério, todavia, diz respeito à comprovação da incapacidade da família para prover a manutenção do idoso ou do deficiente. É em torno deste ponto que gira a controvérsia abordada aqui.

Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, que “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo”.

Por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1.232/DF, a questão chegou ao Supremo Tribunal Federal. De um lado, havia a tese, sustentada pelo então Ministro Ilmar Galvão, de que o § 3º do art. 20 da LOAS apenas estabelecerá uma

presunção *juris et de jure*, a qual dispensava qualquer comprovação da necessidade assistencial para as hipóteses de renda familiar *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo. Isso, todavia, não excluiria a possibilidade de comprovação, caso a caso, da efetiva situação de miserabilidade de uma família.

Sob outra perspectiva, a tese vencedora, proferida pelo ex-Ministro Nelson Jobim, considera que o § 3º do art. 20 da LOAS traria um critério objetivo que não seria, *per se*, incompatível com a Constituição. A eventual necessidade de criação de outros requisitos para a concessão do BPC seria uma questão a ser avaliada somente pelo legislador.

A ADI 1.232/DF, portanto, foi julgada improcedente e o art. 20, § 3º, da LOAS declarado constitucional. Todavia, a decisão do Tribunal não foi capaz de pôr um fim à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar *per capita* e os juízes, tribunais e juizados especiais continuaram a criar formas de contorná-lo.

A Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais chegou a consolidar, em sua súmula 11, hoje cancelada, o entendimento de que

“a renda mensal *per capita* familiar, superior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo, não impede a concessão do benefício assistencial previsto no art. 20, § 3º da Lei nº. 8.742 de 1993, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante”.

Enquanto isso, chegavam ao STF inúmeras reclamações movidas pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), as quais o Tribunal, seguindo o entendimento firmado na ADI 1.232/DF, julgava procedentes para cassar decisões proferidas por instâncias jurisdicionais inferiores que concediam o BPC entendendo que o requisito objetivo definido pela LOAS não seria exaustivo, permitindo a comprovação da miserabilidade por outros meios.

Também foi notável a proliferação de leis que estabeleceram critérios mais flexíveis para a concessão de outros benefícios assistenciais, como, por exemplo, a Lei nº 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei nº 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei nº 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03); entre outras. Tais leis foram vistas pelos intérpretes/aplicadores da LOAS como um indicador de que o próprio legislador estaria reinterpretando o art. 203, inciso V, da CRFB e, a partir disso, juízes e tribunais

passaram a considerar o valor de $\frac{1}{2}$ salário mínimo como referência para a definição da renda familiar *per capita*.

Surgiram diversas situações nas quais, a despeito das decisões do STF seguindo o entendimento firmado na ADI 1.232/DF, as instâncias inferiores insistiam em usar da “inventividade hermenêutica” para driblar a jurisprudência.

É o caso da Súmula 6, de 16 de novembro de 2004, editada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cujo teor é o seguinte:

O critério de verificação objetiva da miserabilidade correspondente a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo, previsto no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, restou modificado para $\frac{1}{2}$ (meio) salário mínimo, a teor do disposto no art. 5º, I, da Lei nº 9.533/97, que autorizava o Poder Executivo a conceder apoio financeiro aos Municípios que instituísem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas, e art. 2º, § 2º, da Lei nº 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação – PNAA.

Outras decisões estabeleceram diversos parâmetros para os cálculos da renda familiar, de modo a abarcar situações que costumavam ser excluídas por superarem a fração legal de $\frac{1}{4}$, quais sejam: a exclusão de benefício previdenciário de valor mínimo ou outro benefício assistencial, recebido por idoso, da composição da renda familiar para fins de percepção do BPC; a exclusão de indivíduos maiores de 21 anos do cálculo da renda *per capita* de um grupo familiar; a exclusão de benefício recebido por outros membros da família, que não o idoso ou deficiente, para fins de apuração da renda familiar; a exclusão, nos cálculos da renda do grupo familiar, de gastos inerentes à condição do beneficiário, tais como despesas com remédios; e a restrição do núcleo familiar àqueles arrolados no art. 16 da Lei nº 8.213/91.

Somado a isso, alguns Ministros passaram a aderir à visão das instâncias inferiores e a tentar escapar dos comandos impostos pela decisão na ADI 1.232/DF. A Ministra Cármen Lúcia, por exemplo, na Reclamação 3805/SP, afirma:

O exame dos votos proferidos no julgamento revela que o Supremo Tribunal apenas declarou que a norma do art. 20 e seu § 3º da Lei n. 8.742/93 não apresentava inconstitucionalidade ao definir limites gerais para o pagamento do benefício a ser assumido pelo INSS, ora Reclamante. Mas não afirmou que, no exame do caso concreto, o juiz não poderia fixar o que se fizesse mister para que a norma constitucional do art. 203, inc. V, e demais direitos fundamentais e princípios constitucionais se cumprissem rigorosa, prioritária e inescusavelmente (STF, Rcl. 3.805/SP).

É de extrema importância destacar, ainda, que em 6 de julho de 2011 foi promulgada a Lei nº 12.435, que modificou diversos pontos do texto da LOAS, incluindo o § 3º do art. 20.

Em sua redação original, o dispositivo determinava: “(...)considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”. A alteração de texto feita pela nova lei apenas retirou a expressão “pessoa portadora de deficiência” e a substituiu por “pessoa com deficiência”.

Percebe-se, portanto, que, mesmo consciente da celeuma em torno da norma, o Legislativo optou por manter o dispositivo substancialmente intacto.

3.2 Os Recursos Extraordinários 580.963/PA e 567.985/MT e a Reclamação Constitucional 4.374/PE

No ano de 2013, o STF julgou os Recursos Extraordinários (REs) 580.963/PA e 567.985/MT, bem como a Reclamação (Rcl) 4.374/PE.

No que interessa ao presente trabalho, os Recursos Extraordinários foram julgados em conjunto, do que resultou a declaração, *incidenter tantum*, de inconstitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS.

A Rcl. 4.374/PE, todavia, foi utilizada, nas palavras do Ministro relator Gilmar Mendes, “como instrumento de (re)interpretação da decisão proferida em controle de constitucionalidade abstrato” (STF, Rcl. 4.374/PE, p. 1), do que adveio a declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do § 3º, art. 20, da Lei nº 8.742/1993.

3.2.1 O voto do Ministro Gilmar Mendes na Reclamação Constitucional 4.374/PE

O voto vencedor do Ministro Gilmar Mendes, relator da Rcl. 4.374/PE, foi dividido em três partes. A primeira trata da possibilidade de revisão da decisão proferida na ADI 1.232/DF em sede de Reclamação. A segunda diz respeito à ocorrência, durante o julgamento da referida ADI, da constatação de omissão inconstitucional parcial em relação ao dever de efetivar o comando do art. 203, V, da CRFB. A terceira parte, por fim, analisa o suposto processo de inconstitucionalização do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93.

Em primeiro lugar, portanto, o Ministro começa esclarecendo que a causa de pedir, presente em qualquer Reclamação, pode ser a afronta a certa decisão ou súmula vinculante do STF ou a usurpação da competência desse tribunal.

Citando inúmeros julgados, ele afirma ser típico do julgamento de uma Reclamação a redefinição do conteúdo e do alcance da decisão apontada como violada.²

Para justificar tal visão, o Ministro Gilmar Mendes introduz as ideias do professor alemão Hans Brox e de Brun-Otto Bryde, antigo juiz do Tribunal Constitucional Alemão:

Analisando especificamente o problema da admissibilidade de uma nova aferição de constitucionalidade de norma declarada constitucional pelo *Bundesverfassungsgericht*, Hans Brox a considera possível desde que satisfeitos alguns pressupostos. É o que anota na seguinte passagem de seu ensaio sobre o tema: “Se se declarou, na parte dispositiva da decisão, a constitucionalidade da norma, então se admite a instauração de um novo processo para aferição de sua constitucionalidade se o requerente, o tribunal suscitante (controle concreto) ou o recorrente (recurso constitucional = *Verfassungsbeschwerde*) demonstrar que se cuida de uma nova questão. Tem-se tal situação se, após a publicação da decisão, se verificar uma *mudança do conteúdo da Constituição* ou da *norma objeto do controle*, de modo a permitir supor que outra poderá ser a conclusão do processo de subsunção. Uma *mudança substancial das relações fáticas* ou da *concepção jurídica geral* pode levar a essa alteração” (ênfases acrescidas)[Hans Brox, *Zur Zulässigkeit der erneuten Überprüfung einer Norm durch das Bundesverfassungsgericht*, in *Festschrift für Willi Geiger*, cit., 809 (826)]. Na mesma linha de entendimento, Bryde assim se manifesta: (...) O objetivo deve ser uma ordem jurídica que corresponda ao respectivo estágio do Direito Constitucional, e não uma ordem formada por diferentes níveis de desenvolvimento, de acordo com o momento da eventual aferição de legitimidade da norma a parâmetros constitucionais diversos. Embora tais situações não possam ser eliminadas faticamente, é certo que a ordem processual-constitucional deve procurar evitar o surgimento dessas distorções. A aferição da constitucionalidade de uma lei que teve a sua legitimidade reconhecida deve ser admitida com base no argumento de que a lei pode ter-se tornado inconstitucional após a decisão da Corte. (...). Embora não se compatibilize com a doutrina geral da coisa julgada, essa orientação sobre os limites da coisa julgada no âmbito das decisões da Corte Constitucional é amplamente reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência. Não se controverte, pois, sobre a necessidade de que se considere eventual

² O “balançar de olhos” (expressão cunhada por Karl Engisch) entre a norma e o fato, que permeia o processo hermenêutico em torno do direito, fornece uma boa metáfora para a compreensão do raciocínio desenvolvido no julgamento de uma reclamação. Assim como no processo hermenêutico o juízo de comparação e subsunção entre norma e fato leva, invariavelmente, à constante reinterpretação da norma, na reclamação o juízo de confronto e de adequação entre objeto (ato impugnado) e parâmetro (decisão do STF tida por violada) implica a redefinição do conteúdo e do alcance do parâmetro. (...) A reclamação, dessa forma, constitui o locus de apreciação, pela Corte Suprema, dos processos de mutação constitucional e de inconstitucionalização de normas (des Prozess des Verfassungswidrigwerdens), que muitas vezes podem levar à redefinição do conteúdo e do alcance, e até mesmo à superação, total ou parcial, de uma antiga decisão. (STF, Rcl. 4.374/PE, p. 24-25)

mudança das 'relações fáticas'. Nossos conhecimentos sobre o processo de mutação constitucional exigem, igualmente, que se admita nova aferição da constitucionalidade da lei no caso de mudança da concepção constitucional" (Brun-Otto Bryde, *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 412-413). (STF, Rcl. 4.374/PE, p. 25-26)

Seriam necessárias, portanto, para a reanálise de decisão acerca da (in)constitucionalidade de determinada norma, a ocorrência de uma significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes. Dessa forma, toda decisão conteria implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus* que, com o advento de uma das condições aludidas, permitiria novo juízo sobre a (in)constitucionalidade de uma norma.

Consoante o Ministro, essa reapreciação ou superação de jurisprudência, embora comum no âmbito do controle incidental ou difuso de constitucionalidade, no controle abstrato de constitucionalidade normalmente é mais restrita, pois depende da propositura de nova ação direta contra o dispositivo antes declarado constitucional. Apesar disso, ele afirma ser inerente à Reclamação Constitucional a possibilidade de reapreciação de decisões tomadas em sede de controle abstrato.³

Dando continuidade ao seu raciocínio, Gilmar Mendes traz que, em segundo lugar, durante o julgamento da ADI 1.232/DF foi constatado que o dispositivo questionado, o § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, seria insuficiente para cumprir de maneira adequada o comando do art. 203, V, da Constituição da República.

Por outro lado, também ficou assentado que a Constituição dispõe caber à lei a definição dos critérios para a concessão do BPC. Se a lei definiu um único critério objetivo, qual seja, renda *per capita* no patamar máximo de ¼ do salário mínimo, então esse seria o único critério aplicável à concessão do benefício, não cabendo ao STF nem declarar a inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da LOAS nem o interpretar de modo a permitir outros critérios não estabelecidos em lei.

³ A oportunidade de reapreciação das decisões tomadas em sede de controle abstrato de normas tende a surgir com mais naturalidade e de forma mais recorrente no âmbito das reclamações. É no juízo hermenêutico típico da reclamação – no “balançar de olhos” entre objeto e parâmetro da reclamação – que surgirá com maior nitidez a oportunidade para a evolução interpretativa no controle de constitucionalidade. (...) No juízo hermenêutico próprio da reclamação, a possibilidade constante de reinterpretar a Constituição não fica restrita às hipóteses em que uma nova interpretação leve apenas à delimitação do alcance de uma decisão prévia da própria Corte. A jurisdição constitucional exercida no âmbito da reclamação não é distinta; como qualquer jurisdição de perfil constitucional, ela visa a proteger a ordem jurídica como um todo, de modo que a eventual superação total, pelo STF, de uma decisão sua, específica, será apenas o resultado do pleno exercício de sua incumbência de guardião da Constituição. (STF, Rcl. 4.374/PE, p. 28-29)

Reflete o Ministro, então, que “a prevalência da solução lógica não foi capaz de dar uma resposta satisfatória para o problema – por todos reconhecido – da insuficiência da legislação. A atitude de *self restraint* acabou deixando aberta a questão quanto à omissão legislativa no cumprimento do inciso V do art. 203 da Constituição”. (STF, Rcl. 4.374/PE, p. 32)

Nesse sentido, é explicitado que a assistência social, como direito fundamental que é, assegurado pela Carta Magna, possui dimensões subjetiva e objetiva. A dimensão objetiva engloba, entre outras situações, a proibição de proteção insuficiente, sendo daí que se origina a tese do estado de omissão inconstitucional defendida pelo Ministro.⁴

Ao editar uma lei que cumpre apenas de forma parcial o comando constitucional, o legislador estaria violando a proibição de proteção insuficiente que decorre do direito fundamental, fato que daria origem a um estado de omissão inconstitucional.

Por fim, em terceiro lugar, o Ministro relator discorre que os programas de assistência social brasileiros, a exemplo do Programa Bolsa Família, utilizam o valor de ½ salário mínimo como referencial econômico para a concessão do benefício, comprovando, assim, o processo de inconstitucionalização pelo qual teria passado o critério definido no § 3º do art. 20 da LOAS, processo esse decorrente de “notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas

⁴ (...) a ordem constitucional brasileira protege a assistência social e, especificamente o benefício assistencial previsto no art. 203, V, da Constituição de 1988, como um verdadeiro direito fundamental exigível perante o Estado. Esse direito ao benefício assistencial de um salário mínimo possui uma *dimensão subjetiva*, que o torna um típico *direito público subjetivo* de caráter *positivo*, o qual impõe ao Estado obrigações de ordem normativa e fática. Trata-se, nesse sentido, de um direito à prestação em face do Estado, o qual fica obrigado a assegurar as condições *normativas* (edição de normas e conformação de órgãos e procedimentos) e *fáticas* (manutenção de um estado de coisas favorável, tais como recursos humanos e financeiros) necessárias à efetividade do direito fundamental. Além de uma dimensão subjetiva, portanto, esse direito fundamental também possui uma complementar *dimensão objetiva*. Nessa dimensão objetiva, o direito fundamental à assistência social assume o importante papel de norma constitucional vinculante para o Estado, especificamente, para os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Ela assim impõe ao legislador um dever constitucional de legislar, o qual deve ser cumprido de forma adequada, segundo os termos do comando normativo previsto no inciso V do art. 203 da Constituição. O não cumprimento *total* ou *parcial* desse dever constitucional de legislar gera, impreterivelmente, um estado de proteção insuficiente do direito fundamental. Destarte, como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) (Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechtswirkungen um Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts*, JuS, 1989, p. 161). (STF, Rcl. 4.374/PE, p. 37)

modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro)” (STF, Rcl. 4.374/PE, p. 45).

Ante o cenário delineado, foi proposto, além da declaração de inconstitucionalidade, sem pronúncia da nulidade, do § 3º do art. 20 da Lei 8.742/93, que a Corte definisse um prazo razoável dentro do qual esse dispositivo poderia continuar em vigor.

Ao final dos debates, porém, foi rejeitada a definição do supracitado prazo para que o Legislativo criasse “novos critérios econômicos e sociais para a implementação do benefício assistencial previsto no art. 203, V, da Constituição” (STF, Rcl. 4.374/PE, p. 50), mantendo-se apenas a declaração de inconstitucionalidade da norma.

3.2.2 Argumentos contrários à tese de Gilmar Mendes trazidos por outros Ministros

Interessa, neste ponto, trazer os argumentos suscitados pelos demais Ministros ao longo do debate no Plenário, uma vez que servem de contraste à ideia desenvolvida pelo Ministro Gilmar Mendes.

O Ministro Teori Zavascki defende a aplicação da decisão do STF tomada na ADI 1.232/DF, pois “trata-se de uma decisão com eficácia *erga omnes*, efeitos vinculantes e insuscetível de rescisão. Se nós, por reclamação, mudarmos essa decisão, nós estamos, de alguma forma, operando a rescisão” (STF, Rcl. 4.374/PE, p. 54).

Conforme seu entendimento, corroborado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, o raciocínio do Ministro Gilmar Mendes conduziria, inevitavelmente, a uma abertura do âmbito da Reclamação Constitucional. É o que ele discorre no trecho a seguir:

No meu entender, não cabe em reclamação, que só tem por objeto examinar se houve ou não ofensa à autoridade da decisão do Supremo, fazer juízo sobre as questões decididas, muito menos se presta a reformar ou confirmar o acerto ou não dessas decisões, até porque as partes, na relação de direito material, não estão representadas nessa reclamação. Então, se não se pode fazer juízo sobre o acerto ou desacerto, não se pode também, nesses limites, fazer juízo sobre a constitucionalidade ou não dos preceitos normativos aplicados. Se nós fizermos um juízo de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade no âmbito da reclamação, estaremos, de certo modo, inaugurando uma nova espécie de controle abstrato de inconstitucionalidade. (STF, Rcl. 4.374/PE, p. 55)

Ainda acerca da adequação da Reclamação como instrumento para a modificação de decisão tomada em controle abstrato de constitucionalidade, o Ministro Teori Zavascki reforça:

(...) quando se trata de constitucionalidade declarada no controle abstrato, a Lei 9.868/99, expressamente, estabelece que se trata de uma decisão insuscetível de rescisão (art. 26). Contra ela não cabe ação rescisória. Se não cabe ação rescisória, não cabe rescisão por recurso extraordinário ou por reclamação. (STF, Rcl. 4.374/PE, p. 61)

Mais adiante no debate, no que concerne especificamente à declaração de inconstitucionalidade do dispositivo questionado, o Ministro Teori Zavascki assevera que, não obstante uma declaração de constitucionalidade não tenha o condão de impedir sua posterior revisão, “essa revisão deve ter por fundamento uma inconstitucionalidade superveniente” (STF, Rcl. 4.374/PE, p. 61).

Ele continua, pontuando que, no caso concreto, não existe fundamento determinante da inconstitucionalidade superveniente, pois não houve mudança no estado da norma constitucional para que assim a norma infraconstitucional (art. 20, § 3º, da LOAS) pudesse ser reputada incompatível com a Constituição.

O Ministro Marco Aurelio, por seu turno, toca em um ponto fundamental, qual seja, que estaria sendo operada, no caso concreto e no âmbito do controle difuso, a revisão de uma decisão prolatada em processo objetivo. Esse argumento, bem como a questão do âmbito da Reclamação Constitucional e da suposta ocorrência do fenômeno da inconstitucionalidade superveniente, serão analisados no capítulo 4 deste trabalho.

Por fim, o Ministro Gilmar Mendes rebate as críticas aqui listadas ressaltando o aspecto pragmático de se afastar o entendimento fixado em sede da ADI nº 1.232/DF:

(...) Vamos dizer: nós estamos celebrando, sim, a decisão na ADI nº 1.232, mas nós não a aplicamos no caso. Por quê? Porque, num caso, o sujeito tinha câncer e dependia de medicamentos; no outro, tinha Mal de Parkinson e, portanto... E, assim, vamos nós afastando a aplicação do entendimento. É isso que eu estou a discutir. Vamos discutir o tema de forma objetiva e devolver ao legislador a possibilidade de reconformar todo esse sistema, adotando um modelo objetivo coerente (STF, Rcl. 4.374/PE, p. 63).

4 A APLICAÇÃO DA TEORIA DA DERROTABILIDADE COMO ALTERNATIVA À DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 20, § 3º, DA LEI Nº 8.742/93

Como será analisado neste capítulo, uma melhor solução para a celeuma gerada pelo art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, ao contrário da sua declaração de inconstitucionalidade, teria sido a aplicação da *defeasibility*.

4.1 A inadequação da Reclamação Constitucional como instrumento revisor da decisão proferida na ADI 1.232/DF

A Reclamação Constitucional de competência originária do STF é prevista na Constituição da República, em seus artigos 102, inciso I, alínea “I” e 103-A, § 3º, para, respectivamente, preservar a competência e garantir a autoridade das decisões desse tribunal e para cassar decisão que contrarie enunciado de súmula vinculante.

De acordo com a doutrina moderna, ainda, é seguro dizer que a Reclamação possui natureza jurídica de ação constitucional, uma vez que possui todas as características de uma:

- (...) a) por meio dela se provoca a jurisdição - na espécie, das cortes a que a Constituição ou lei nesta prevista, a atribuem;
- b) através dela se faz um pedido de tutela jurisdicional - o de uma decisão que preserve a competência da corte, a qual esteja sendo usurpada por outro tribunal ou juízo inferior, ou que imponha o cumprimento de decisão daquela, que não esteja sendo devidamente obedecida;
- c) contém uma lide (...) - o conflito entre quem deseja manter a competência da corte, de um lado, resistido por quem persiste em invadi-la, do outro; ou entre o que pretende seja o *desicium* daquela integralmente cumprido, duma banda, enfrentando a resistência, da outra, por parte do que teima em não obedecê-lo.
- Possui, então, a reclamação, os três elementos da ação:
- a) partes - o reclamante, isto é, quem quer preservar a competência ou a autoridade da decisão da corte; e o reclamado, ou seja, quem está invadindo a referida esfera competencial, ou desobedecendo decisão proferida dela;
- b) pedido - a decisão que resguarde a competência da corte ou imponha o cumprimento do seu julgado; e
- c) causa de pedir - a invasão de competência ou a desobediência à decisão da corte. (DANTAS, 2000, p. 460).

Sabendo disso, torna-se compreensível a cautela expressada pelos Ministros Teori Zavascki, Ricardo Lewandowski e Marco Aurelio durante os debates no plenário

(cfr. item 3.2.1, supra), pois, de fato, a revisão de uma decisão prolatada em ADI claramente não integra as hipóteses de cabimento da Reclamação Constitucional.

Além disso, como bem ressalta o Ministro Marco Aurelio, declarar a inconstitucionalidade do § 3º, art. 20 da LOAS, em oposição à decisão proferida na ADI 1.232/DF, no âmbito de uma Reclamação, significa, na esfera do controle difuso, operar a revisão de uma decisão prolatada em processo objetivo.

Fala-se de controle difuso de constitucionalidade, em contraste com o controle concentrado, “quando se permite a todo e qualquer juiz ou tribunal o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma e, conseqüentemente, sua não aplicação ao caso concreto levado ao conhecimento da corte.” (BARROSO, 2012, p. 69).

O processo objetivo, por sua vez, ao contrário do processo subjetivo, é aquele no qual não há lide, tampouco partes, e está presente quando se trata de controle de constitucionalidade por via principal ou ação direta, exemplo disso é a ação direta de inconstitucionalidade. (BARROSO, 2012).

Uma decisão em sede de Reclamação Constitucional que declare a inconstitucionalidade de qualquer dispositivo constitui decisão em controle difuso e processo subjetivo, possuidora, portanto, de eficácia *inter partes*.

É ir contra a lógica do ordenamento permitir que uma decisão proferida em processo objetivo, possuidora de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante para os Poderes Judiciário e Executivo (art. 28, *parágrafo único*, Lei nº 9.868/99), seja rescindida por decisão exarada em processo subjetivo e em sede de controle difuso de constitucionalidade (o que, ressalte-se, é vedado pelo art. 26 da Lei nº 9.868/99).

Sendo assim, torna-se forçoso chegar à conclusão de que foi inadequada a escolha da Reclamação Constitucional como via para a declaração de inconstitucionalidade de norma anteriormente declarada constitucional.

4.2 O argumento da inconstitucionalidade superveniente

Importa, desde já, esclarecer que a inconstitucionalidade superveniente à qual referem-se os Ministros não se trata daquela, não reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, que permite uma norma editada sob a vigência de Constituição anterior ser declarada inconstitucional, tendo como parâmetro para tanto uma nova Constituição.

Essa situação não é aceita pelo ordenamento jurídico pátrio, que trata a relação entre Constituição e normas pré-constitucionais como recepção ou revogação de normas, ao invés de declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade.

Sabendo disso, quando o Ministro Gilmar Mendes defende ter-se operado um processo de inconstitucionalização do §3º do art. 20 da LOAS, ele está referindo-se à “insuficiência de critérios para se aferir se o deficiente ou o idoso não possuem meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, como exige o art. 203, inciso V, da Constituição” (STF, Rcl. 4.374/PE, p. 20), levando em consideração a conjuntura atual.

De fato, as realidades econômica e social dos dias atuais diferem substancialmente daquelas presentes quando foi julgada a ADI 1.232/DF. É também certo que tais mudanças fáticas podem gerar situação na qual o requisito estabelecido pelo aludido dispositivo constitucional não seja mais suficiente, por si só, para determinar se uma família está ou não em condições de miserabilidade.

Sendo este o caso, o dispositivo declarado supervenientemente inconstitucional na verdade não é inconstitucional, o que ocorre é que, somado à conjuntura fática, ele gera um cenário no qual famílias em situação de miserabilidade são, por vezes, excluídas da percepção do BPC. É essa situação, portanto, que pode ser considerada inconstitucional, e não o art. 20, § 3º.

Em outras palavras, mostra-se inadequada a declaração de inconstitucionalidade superveniente do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, pois, como bem sintetiza o Ministro Teori Zavascki durante os debates da Rcl. 4.374/PE, para haver uma real inconstitucionalidade superveniente desse dispositivo, deveria ter-se operado alguma mudança na norma constitucional (art. 203, V) para que assim a norma infraconstitucional pudesse ser reputada incompatível com a Constituição.

4.3 Em defesa da aplicação da teoria da derrotabilidade ao caso concreto

A partir das análises feitas nas seções anteriores, conclui-se que a escolha do Supremo Tribunal Federal em declarar a inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da LOAS é amplamente questionável.

Não somente o meio utilizado para tanto (Reclamação Constitucional) não foi adequado, como também a própria declaração de inconstitucionalidade superveniente não se sustenta em bases juridicamente sólidas.

Isso posto, a alternativa defendida neste trabalho é a de que a utilização da teoria da derrotabilidade se mostra a solução mais coerente e adequada ao caso concreto.

Destaque-se que, anos antes do julgamento dos REs 580.963/PA e 567.985/MT e da Rcl. 4.374/PE, a *defeasibility* já era aplicada pelos Tribunais e Turmas Recursais no âmbito dos casos originados a partir do art. 20, § 3º. Tomemos como exemplo a decisão no Recurso nº 200535007164388, da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Goiás.⁵

Nesse caso concreto em específico, o núcleo familiar, com renda de um salário mínimo, era composto pela promovente e seu cônjuge, este pessoa idosa, e ambos com necessidade de fazer uso de medicamentos caros não fornecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

Sendo assim, a despeito de o valor bruto da renda *per capita* superar $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, esse montante estava comprometido com despesas farmacêuticas, deixando-os carentes de assistência para sobreviver dignamente.

O § 3º do art. 20 da LOAS foi, então, afastado pela Turma Recursal, continuando plenamente válido no ordenamento jurídico, porém com uma exceção implícita agora agregada: a de que despesas farmacêuticas devem ser retiradas do cálculo da renda para fins de aplicação do critério de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo. Dessa forma, o núcleo familiar do caso em questão estaria, efetivamente, com renda inferior ao aludido critério legal, fazendo *jus* ao benefício de prestação continuada.

⁵ BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. LOAS. RENDA PER CAPITA. NECESSIDADE DE SE CONTRAPOR A REGRA LEGAL EM FACE DE TODAS AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. ANTINOMIA EM ABSTRATO VS. ANTINOMIA EM CONCRETO. "DERROTABILIDADE" DO § 3º DO ART. 20 DA LEI 8.742/93. 1. Embora o STF já tenha reconhecido a constitucionalidade em tese do § 3º do art. 20 da Lei 8.742/93, o requisito da renda mensal per capita inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo, consideradas todas as circunstâncias do caso, pode apresentar antinomia concreta em face de algum princípio constitucional ou regra implícita deste decorrente. 2. O reconhecimento dessa antinomia concreta gera a "derrotabilidade" (*defeasibility*) da regra legal, mas não viola a autoridade da decisão do STF proferida na ADIn 1.232/DF. 3. Quando se resolve uma antinomia em abstrato, considera-se a norma desprezada, para todas as demais hipóteses em que norma se aplicaria porque: (a) inválida (em caso de conflito hierárquico); ou (b) sem vigência (conflito cronológico); ou (c) ineficaz (conflito da especialidade). Diferentemente, a resolução de uma antinomia em concreto não implica qualquer juízo de invalidação da norma que se deixou de aplicar, a qual segue válida, vigente e eficaz para se aplicar a outras situações. 4. Não bastasse, a decisão de mérito da ADIn 1.232/DF tampouco dispõe de efeitos vinculantes, já que proferida antes da edição da Lei 9.868/99. 5. Comprovados gastos com medicamentos necessários à manutenção da pessoa que necessita do amparo constitucional, deve ser diminuída, em iguais proporções, a base de cálculo da renda mensal per capita. 6. Recurso desprovido. Sentença confirmada. (Turma Recursal dos JEF's de Goiás, Recurso n. 200535007164388, Rel. Juiz Federal Juliano Taveira Bernardes, DJ de 31/01/2006)

Nas palavras de Tomazette (2011, p. 155), “em certos casos, deve-se admitir a superação do teor literal da lei, à luz dos princípios que dão coerência ao sistema jurídico, bem como pelas consequências que podem decorrer da decisão. ”

Tão adequada é a opção por aplicar a teoria da derrotabilidade a tais casos, já que não viola a autoridade da decisão prolatada na ADI 1.232/DF e diminui a ocorrência de injustiças, que no retrocitado RE 567.985/MT (cfr. item 3.2, supra) o Ministro Marco Aurélio, relator do recurso, defendeu justamente sua aplicação no lugar da declaração de inconstitucionalidade do dispositivo questionado.

No recurso extraordinário se opunham a argumentação do recorrente, qual seja, a de que não é absoluto o parâmetro de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo definido pela LOAS, cabendo ao Judiciário, a fim de cumprir o disposto na Constituição, adequar esse critério à diretriz da dignidade da pessoa humana e às peculiaridades do caso concreto.

O INSS, por sua vez, contra-argumenta no sentido de que seria impossível adotar, na aferição do estado de miserabilidade, critérios diversos daquele previsto na LOAS, uma vez que o art. 203, inciso V, da CRFB, possui eficácia limitada, obrigando o intérprete/aplicador a atentar para o diploma integrador infraconstitucional.

O Ministro Marco Aurélio inicia seu voto ressaltando que na “relação de tensão entre a normatividade constitucional, a infraconstitucional e a facticidade inerente ao fenômeno jurídico, incumbe-lhe conferir prioridade à tarefa de resguardar a integridade da Carta” (STF, RE 567.985/MT, p. 6) e indaga como deve ser interpretado art. 203, V, da Constituição da República quando fala em “não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família”.

Sabe-se que o legislador infraconstitucional respondeu a esse questionamento da seguinte forma, no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93: “família cuja renda mensal per capita seja inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo”. O Ministro, todavia, ressalta que o objetivo do constituinte foi o de proteger aqueles incapazes de garantir a própria subsistência, de modo que os preceitos envolvidos são os da dignidade humana, solidariedade social, erradicação da pobreza e assistência social aos desamparados, todos a serem levados em consideração ao interpretar o benefício de prestação continuada criado pela Lei Maior.

Destarte, restaria saber se a concretização legislativa dos referidos princípios foi suficiente e a resposta do Ministro Marco Aurélio é de que não foi:

Mostra-se patente que o artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, embora não seja, só por si, inconstitucional, gerou situação concreta de inconstitucionalidade. A incidência da regra traduz falha no dever, criado pela Carta, de plena e efetiva proteção dos direitos fundamentais, resultante da eficácia positiva de tais direitos (...) (STF, RE 567.985/MT, p. 14).

Ele argui que o requisito trazido pelo texto infraconstitucional (art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93) para a concessão do benefício de assistência continuada a idosos e pessoas com deficiência em situação de miserabilidade está aquém do texto constitucional (art. 203, V, CRFB), pois concretiza de forma deficitária o princípio da dignidade humana e o dever específico de proteção desses indivíduos, ambos mandamentos constitucionais que embasam o art. 203, V.

Diante de tal situação, o Ministro indaga se há solução hermenêutica que resolva a problemática e desenvolve o seguinte raciocínio, cujo inteiro teor é fundamental que seja transcrito aqui:

Eis o que há, objetivamente, no caso em apreço: de um lado, acórdão de Turma Recursal de Juizado Especial que suplantou a regra legal citada e também o precedente do Supremo formalizado em controle concentrado de constitucionalidade, e assim o fez em interpretação que, na minha óptica, afigura-se mais consentânea com os princípios maiores da Carta Federal, já consignados anteriormente. De outro lado, a certeza de que a aplicação meramente subsuntiva da regra do artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 à situação concreta levaria ao provimento do extraordinário interposto pela União.

Posta a questão em jargão técnico, o Poder Judiciário derrotou uma regra. O dispositivo legal fornecia relato preciso e acabado da hipótese efetiva de atuação, o qual ficou suplantado pelo aplicador em favor de concepção mais ampla de justiça. Além disso, não se teceu sequer consideração quanto à validade da regra, que permanece hígida em abstrato. Desse quadro, é possível asseverar que se tem a constitucionalidade em abstrato do preceito legal, consoante assentado pelo Supremo, mas a inconstitucionalidade em concreto na aplicação da norma, consideradas as circunstâncias temporais e os parâmetros fáticos revelados.

(...) Sabe-se que a forma como os dispositivos constitucionais e legais são redigidos encerra decisões do poder constituinte e do Poder Legislativo. Tais atos cristalizam acordos sociais a respeito de dilemas morais ou questões práticas do cotidiano sobre as quais recaem disputas. Permitir que sejam reabertas à discussão a cada novo processo judicial é arriscado sob duas perspectivas.

Primeiro, por viabilizar que o Juízo desconsidere soluções adotadas consoante o processo político majoritário e faça prevalecer as próprias convicções em substituição às adotadas pela sociedade. Sem que haja verdadeiro fundamento constitucional relevante, esse proceder acaba por retirar a legitimidade da função jurisdicional, calcada, conforme concepção clássica, no respeito às respostas moldadas de antemão pelo legislador.

Segundo, por trazer grande margem de insegurança ao sistema. Com efeito, as regras têm o objetivo de reduzir a incerteza na aplicação do Direito, permitindo que as pessoas pautem as condutas pela previsão abstrata, além de assegurar que a solução do sistema jurídico seja observada de modo isonômico. Na interessante ideia de Thiago Cardoso Araújo, as espécies normativas formariam uma “regra de três”: “os princípios estão para a justiça,

assim como as regras estão para a segurança jurídica” (Jogando com a proporcionalidade, dissertação de mestrado, 2009, p. 69).

Portanto, diferentemente da ponderação de princípios, que envolve o conflito entre dois valores materiais, a “derrota” de regras (ou ponderação de regras, para os que assim preferem) exige do intérprete que sopesse não só o próprio valor veiculado pelo dispositivo como também os da segurança jurídica e da isonomia (STF, RE 567.985/MT, p. 15-17).

O Ministro relator, portanto, reconheceu que o juízo *a quo* aplicou a teoria da derrotabilidade ao art. 20, § 3º, da LOAS, pois, eis o ponto-chave do seu voto, o que se operou foi a inconstitucionalidade em concreto da regra e não sua inconstitucionalidade superveniente, como o STF termina por entender ao final do julgamento.

Essa inconstitucionalidade em concreto equivale, em outras palavras, na constatação feita pelo intérprete/aplicador do Direito de que, diante do caso concreto, a aplicação de determinada norma origina situação que destoa dos princípios postos pela Constituição, não obstante a norma em si, considerada em abstrato, seja plenamente constitucional.

Ele conclui afirmando que, como regra geral, deve ser aplicado o critério definido pelo legislador na LOAS. Ante situações excepcionais devidamente comprovadas, no entanto, o intérprete/aplicador, notando que a aplicação da lei ao caso concreto terminaria por frustrar os princípios da solidariedade, dignidade humana, erradicação da pobreza, assistência aos desamparados, deveria “superar a norma legal sem declará-la inconstitucional, tornando prevalecentes os ditames constitucionais” (STF, RE 567.985/MT, p. 22).

Percebe-se, partindo do primeiro caso apresentado aqui, que a teoria da derrotabilidade das regras costumava ser a solução dada, antes da decisão tomada na ADI 1.232/DF, às demandas envolvendo o critério de miserabilidade para a percepção do BPC.

Mais do que isso, como mostra o voto do Ministro Marco Aurélio no RE 567.985/MT, a *defeasibility* continuava sendo uma solução inteiramente viável, mesmo após a decisão em sede de ADI, pois tratava-se de uma questão de coerência, a qual foi perdida no momento em que o STF declarou inconstitucional uma regra que, quinze anos antes, havia sido reputada constitucional pelo mesmo tribunal, na supracitada ADI 1.232/DF.

5 COMO ANALISAR A CORREÇÃO DE UMA DECISÃO QUE APLICA A DERROTABILIDADE

Apesar de bastante heterodoxa, uma decisão judicial que aplique a teoria da derrotabilidade das normas é passível de ter sua correção analisada. Isso pode ser feito a partir da análise das justificativas apresentadas pelo intérprete/aplicador do Direito.

Para adentrarmos em um possível método de aferição da correção dessas decisões, todavia, faz-se necessário esclarecer os conceitos de justificação interna e justificação externa e expor a definição e diferenças entre *easy cases* e *hard cases*.

5.1 Justificação interna e justificação externa

O raciocínio jurídico pode ser dividido em dois planos, sendo a justificação interna o primeiro e a externa o segundo.

A justificação interna, também chamada de primeira ordem, é “o caminho que vai da premissa normativa (premissa maior), dentro da qual deve ser subsumida a premissa fática (premissa menor), até ser deduzida uma conclusão válida” (VASCONCELLOS, 2009, p. 28).

Essa modalidade só é suficiente quando nem a norma, tampouco a comprovação dos fatos, levantam dúvidas no intérprete/aplicador do Direito, de modo que as premissas são prontamente aceitas e a conclusão delas decorrente é vinculante e justificada.

Os indícios para a identificação dos casos que podem ser solucionados por meio da simples dedução estão:

(i) no nível de complexidade probatória dos fatos que ensejam a aplicação da norma jurídica; (ii) na existência de mais de uma consequência jurídica possível para o caso concreto; (iii) na carga denotativa das previsões legais, a permitir a existência de mais de uma interpretação, em relação ao conteúdo e alcance do texto positivado. (VASCONCELLOS, 2009, p. 29).

Para ilustrar o caminho dedutivo da justificação interna (de primeira ordem), tomemos como exemplo a aplicação *ipsis litteris* do art. 20, § 3º, da LOAS. Como premissas, teríamos: a) faz jus ao benefício de prestação continuada a família que não consiga prover a manutenção de seus integrantes idosos ou deficientes; b)

considera-se família que não pode prover a manutenção de seus integrantes idosos ou deficientes aquela cuja renda mensal *per capita* seja inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo; e c) determinada família abarca idoso ou deficiente e tem renda mensal *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo. Nesse sentido, a conclusão seria que essa determinada família tem direito à percepção do benefício de prestação continuada.

O conceito de justificação interna está, ainda, relacionado ao de norma *prima facie*, já trabalhado em capítulo anterior (cfr. item 2.2, supra). Vejamos:

o conceito de obrigação *prima facie* está atrelado ao teor literal (gramatical) do texto positivado, no âmbito da “justificação da interna”, enquanto ponto de partida para a aplicação do direito, parâmetro normativo utilizado nas relações intersubjetivas. Esta interpretação *prima facie*, no entanto, apegada à literalidade textual e adstrita ao plano de justificação interna, pode não prevalecer após uma análise sistemática/pragmática do ordenamento jurídico. (VASCONCELLOS, 2009, p. 55).

Em outras palavras, a norma *prima facie* é o resultado de uma interpretação apoiada no plano da justificação interna.

A justificação externa ou de segunda ordem, por outro lado, seria utilizada quando a justificação interna não consegue resolver o problema jurídico e consiste no questionamento e busca pela fundamentação das próprias premissas.

Trazendo esse raciocínio para o exemplo anterior, seria o questionamento das premissas “a”, “b” e “c” e uma busca pela sua justificação. Em atenta análise, percebe-se que foi precisamente a tentativa de justificação da premissa “b” que deu origem à problemática objeto deste trabalho.

5.2 Hard cases e easy cases

Fernando Andreoni Vasconcellos (2009, p. 31) enfatiza que a justificação externa não deve ser invocada “em situações triviais, cotidianas, em que a aplicação das normas jurídicas não encontra maiores dificuldades. Para esses casos, o procedimento de justificação interna é o mais recomendável”.

Quando, então, pode-se utilizar o procedimento de justificação externa? O trecho seguinte o esclarece de forma bastante didática:

Quando se cuida da derrotabilidade de normas jurídicas, cumpre distinguir os chamados casos fáceis dos designados casos difíceis. Nos casos fáceis, caracterizados por sua simplicidade, geralmente existe apenas uma norma

clara para disciplinar uma situação bem definida. O intérprete e aplicador do Direito utiliza, então, uma argumentação baseada em uma justificação interna ou justificação de primeira ordem para, a partir de uma premissa normativa e de uma premissa fática, chegar dedutivamente a uma conclusão jurídica. Nos casos difíceis, caracterizados por sua complexidade, normalmente não existe norma clara ou há mais de uma norma para disciplinar uma situação de contornos imprecisos. O intérprete e aplicador do Direito tem de utilizar, então, uma argumentação baseada em uma justificação externa ou justificação de segunda ordem, vendo-se na contingência de analisar a própria escolha das premissas normativas e fáticas a serem usadas para chegar, mediante ponderação ou sopesamento de bens, valores ou interesses, a uma conclusão jurídica. As normas jurídicas são derrotadas, nos chamados casos difíceis, por meio de argumentação baseada em justificação externa ou de segunda ordem. (SOUZA, 2011, p. 24).

Constata-se, dessa forma, que os chamados *easy cases* (casos fáceis) são aqueles prontamente resolvidos através de uma argumentação de primeira ordem, enquanto que os chamados *hard cases* (casos difíceis) implicam uma argumentação de segunda ordem.

Para identificar quais casos podem ser classificados como difíceis e, portanto, que demandam, para sua resolução, justificação externa, existem quatro parâmetros, todos formulados “considerando-se a falha ou insuficiência que se produz na justificação interna.” (TORRES, 2012, p. 53):

O primeiro dos problemas propostos é o da pertinência; o qual ocorre quando existem dúvidas sobre qual norma deve ser aplicada ao caso concreto. Nestes casos o problema é chamado de antinomia, pois se trata de previsões legais concomitantes, mas com resultados diferentes, por exemplo, quando uma norma permite uma conduta e a outra proíbe.

Um segundo problema tem a ver com a interpretação, isto acontece quando existem dúvidas sobre como se deve entender a previsão textual aplicável ao caso. Este problema reside na relação entre texto e intérprete enquanto dificuldade enfrentada por todos aqueles que pretendem interpretar uma mensagem escrita e que, por isso, devem passar pela análise dos planos sintático, semântico e pragmático. Segundo explica Alchourron, ‘existem circunstâncias nas quais as ambiguidades semânticas ou sintáticas podem deixar indeterminado o sentido de uma expressão normativa’, pois a amplitude de significados atribuídos a certas palavras utilizadas, tanto na linguagem natural como no direito, produzem certa vagueza e ambiguidade, de tal forma que sempre existe o risco de que se suscitem problemas por não se determinar o conteúdo e o alcance das palavras inseridas no texto.

O terceiro caso se dá com os problemas de prova; o que acontece quando há dúvidas sobre se um determinado fato importante para a aplicação do direito ocorreu, ou quando se questionam eventuais defeitos ou vícios na caracterização desse fato, por exemplo, um vício de consentimento. Os operadores do direito possuem diversos itinerários probatórios para a comprovação dos fatos envolvidos na lide; entretanto, caso fracassem em tal desiderato, o resultado pode ser a impossibilidade de aplicação da norma jurídica invocada. Se a norma jurídica já foi aplicada, e processualmente está provado que o fato que a originou inexistiu ou possui algum defeito, ter-se-á a derrotabilidade da norma jurídica, em razão do problema da prova.

Finalmente, como quarto problema, temos o de qualificação, chamado também de subsunção, o qual acontece quando existem dúvidas sobre se determinado fato específico, pertence ou não, a uma classe determinada de fatos genéricos. Segundo explica Alchourron, isto se deve a dois fatores: o primeiro, à falta de informação a respeito a algum fato relevante no caso individual, que impede a classificação deste caso dentro dos genéricos, e o segundo, refere-se à indeterminação semântica ou à vagueza das palavras de classe, ou seja, a vagueza dos termos específicos utilizados nas premissas. (TORRES, 2012, p. 53-54).

Dito isto, podemos detalhar como aferir, por meio da análise da argumentação do intérprete/aplicador do Direito, a correção de uma decisão jurídica que aplique a teoria da derrotabilidade das regras.

5.3 A argumentação como forma de aferir a correção dessas decisões

A argumentação jurídica, limitada como é pelo Direito vigente, é o centro de uma antiga controvérsia acerca da possibilidade de sua apreciação crítica.

Para aqueles que negam essa possibilidade, a questão da correção do discurso jurídico não tem relevância para a ciência do Direito, pois é algo que depende apenas da legitimidade do prolator (KELSEN, 2006).

Em contrapartida, para aqueles que sustentam a possibilidade de apreciação crítica da argumentação jurídica, sempre há pelo menos uma decisão correta a ser tomada em cada caso. A coerência, consistência e lógica interna de um discurso poderiam ser avaliados e tal avaliação seria necessária para evitar eventuais discursos arbitrários no mundo jurídico (TOMAZETTE, 2011).

Neste trabalho, adota-se a perspectiva de que é possível sim avaliar a correção do discurso jurídico a partir da argumentação utilizada nele. Não é por acaso que a obrigatoriedade de fundamentar qualquer decisão judicial ganhou *status* constitucional (art. 93, IX, CRFB), além de ser uma garantia para o jurisdicionado, tal exigência serve também ao controle, pela sociedade, da atuação do Poder Judiciário.

Inicialmente, essa necessidade de fundamentação das decisões judiciais, no intuito de evitar arbitrariedades, consistia na aplicação exclusiva do raciocínio dedutivo às decisões.⁶

⁶ (...) haveria apenas a subsunção dos fatos à norma e sua aplicação, sob a ótica da lógica formal. Haveria um raciocínio silogístico, no qual a norma faria o papel de premissa maior, os fatos representariam a premissa menor e a decisão seria a conclusão desse raciocínio. A aproximação entre o Direito e a matemática deveria garantir o funcionamento previsível e imparcial dos tribunais. (TOMAZETTE, 2011, p. 161).

A insuficiência desse método quando se trata da resolução dos *hard cases*, entretanto, abriu espaço para o florescimento de teorias como a da derrotabilidade das regras, mais ligada à argumentação jurídica propriamente dita do que à argumentação matemática.

Para Alexy (2005), nesses casos difíceis haveria a necessidade de uma justificação externa, em outras palavras, a justificação das próprias premissas utilizadas, que podem ser de diversos tipos.

As aludidas premissas poderiam ser regras de direito positivo, justificáveis por meio da verificação da sua conformidade com o ordenamento jurídico; enunciados empíricos, que podem ser examinados, por exemplo, pelos métodos das ciências naturais; ou mesmo premissas que não se enquadram em nenhuma desses dois grupos e que só poderão ser justificadas pela argumentação jurídica (TOMAZETTE, 2011).

Neil MacCormick (2006) complementa o pensamento de Alexy, afirmando que justificar uma decisão consiste na realização de duas tarefas: cumprir o requisito da universalidade (cfr. item 2.5, supra), este implícito também nas decisões de casos claros, e se certificar de que a decisão proferida faz sentido tanto no mundo dos fatos quanto no contexto do sistema jurídico.

Como bem sintetiza Tomazette (2011, p. 165), “além da universalidade, a justificação de segunda ordem envolve dois elementos, os argumentos consequencialistas e a argumentação que testa a coerência e a consistência com o sistema jurídico”. Nesse sentido, “as decisões devem possuir coerência e consistência com o sistema jurídico, na medida em que este é um sistema de normas, cuja observância permite a busca de certos objetivos de forma inteligível”.

Ademais, outro fator a ser levado em consideração seria as consequências da decisão no mundo prático.

O requisito da consistência das decisões poderá ser verificado quando a decisão se baseia em premissas normativas que não contradizem as normas estabelecidas de modo válido no sistema jurídico. A ideia da consistência é a conformidade dentro do sistema. Trata-se de um dever dos juízes de não infringir o ordenamento jurídico que está em vigor.

(...) De outro lado, para fazer sentido perante o sistema jurídico, as decisões devem possuir também coerência, no sentido de que as várias normas de um sistema devem fazer sentido, quando consideradas em conjunto.

(...)Tal requisito se desdobraria em dois tipos de teste de coerência: o da coerência normativa e o da coerência narrativa. O teste da coerência narrativa diz respeito à justificação e descobertas de fato, a partir do sistema de produção probatória. A coerência narrativa fornece ‘um teste sobre a

verdade de proposições sobre coisas e eventos não percebidos'. Uma narrativa só será digna de crédito se for coerente, dentro desta perspectiva. Não podem existir inconsistências lógicas entre os fatos a serem levados em conta, sob pena de perda da credibilidade no mundo real. De outro lado, o teste da coerência normativa diz respeito à justificação no contexto geral de um sistema jurídico. Uma norma seria coerente do ponto de vista de normativo, se pudesse se adequar a uma série de princípios e valores, que se mantêm em contínua tensão.

Por fim, (...) as decisões devem fazer sentido não apenas em relação ao sistema, mas também em relação ao mundo e, nesse aspecto, deve-se sempre avaliar as consequências da decisão. O julgador terá que considerar o conjunto de casos que possivelmente podem ser abarcados pela decisão proferida e, conseqüentemente, as possíveis consequências jurídicas da decisão. (TOMAZETTE, 2011, p. 165-167).

Atentando para os critérios supracitados, portanto, é possível examinar qualquer decisão judicial que se utilize da justificação externa (de segundo plano) e constatar ou não a sua correção.

6 ALGUMAS CRÍTICAS À TEORIA DA DERROTABILIDADE DAS REGRAS

Pode-se afirmar, no que diz respeito à superabilidade das normas, que as críticas abarcam dois grandes temas: a segurança jurídica e a separação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário em um Estado Democrático de Direito.

Começemos por este último:

O maior obstáculo à derrotabilidade das regras é a dificuldade de discernir o que é uma exceção implícita e aquilo que deve ser considerado como um silêncio eloquente. Separar as duas coisas pode ser tão espinhoso quanto um procedimento cirúrgico para divorciar dois gêmeos xifópagos, preservando-lhes a vida. Será sempre tarefa árdua distinguir quando um silêncio foi intencional e quando a hipótese escapou da previsibilidade do legislador. Disso resulta a subjetividade e discricionariedade do intérprete, problema do Direito como um todo, conforme já identificado por Kelsen, Alexy e tantos outros. Sucede que, na derrotabilidade das regras, esse mal se acentua sobremodo, seja pelo risco exponencial de ocorrer um equívoco, seja pela consequência desastrosa desse eventual equívoco: o Juiz legislaria. É de fazer tremer no túmulo Montesquieu. Ademais, se é possível dizer que as normas jurídicas carregam consigo exceções implícitas, contraria-se a antiga parêmia de que, no silêncio, a regra se presume e a exceção deve ser explicitada. (FONTELES, 2016, p. 79).

De fato, sendo impossível para o intérprete/aplicador do Direito “adivinhar” a vontade do legislador quanto a determinada situação que não foi por ele prevista no momento da edição da norma, poderia-se chegar ao extremo de, ao arrepio das escolhas feitas pelo legislador, o Poder Judiciário assumir a posição de Legislativo e com suas decisões efetivamente criar novo Direito.

No contexto da derrotabilidade, o intérprete/aplicador deixaria de aplicar uma regra baseando-se em uma exceção implícita, isto é, não delineada pelo Legislativo, e sim por ele próprio encontrada.

Leciona Barroso (2015), que existem duas hipóteses que justificam a não aplicação de uma regra, quais sejam, as exceções trazidas por outra regra e a inconstitucionalidade da regra a ser afastada. A doutrina da *defeasibility*, todavia, não se encaixa em nenhum desses critérios.

No que concerne ao afastamento em decorrência de exceções postas por outra regra, no âmbito da superabilidade “o afastamento da regra opera-se não pela autoridade de outra norma que a excepcionou, mas por uma suposta exceção implícita que lhe é inerente. (...)O Juiz deve considerar que esta regra implicitamente

excepciona a si mesma, diante de um caso supostamente anormal” (FONTELES, 2016, p. 63).⁷

Já quanto ao afastamento em razão de inconstitucionalidade, em contraste ao que ocorre no controle de constitucionalidade, na derrotabilidade das regras a norma derrotada é constitucional.⁸

A *defeasibility*, então, abre enorme espaço para as chamadas influências extrajurídicas sobre a decisão judicial. É o que dá origem à segunda grande crítica à teoria da derrotabilidade.

Entende-se por influências extrajurídicas os elementos “externos ao direito que podem eventualmente integrar as razões (causas) da decisão judicial,⁹ de forma decisiva ou não” (FERNANDES, 2013, p. 14).

Em termos conceituais, a expressão “influências extrajurídicas sobre a decisão judicial” pode ser entendida como o conjunto de percepções, considerações ou fatores não pertencentes ao direito que, tomados pelo magistrado, consciente ou inconscientemente, são capazes de influir, de forma decisiva ou não, no julgamento da demanda, independentemente de terem sido expressamente, ou não, lançadas na fundamentação da decisão judicial.

São facilmente elencados exemplos destas possíveis influências, a saber: as pré compreensões do magistrado, seus sentimentos, seu temperamento, sua ideologia, seus valores pessoais, sua ideia de justiça, a mídia, a opinião pública, a composição da corte, a pauta política dos governos, suas relações pessoais, sua deferência a “autoridades” (governantes, políticos etc.), suas relações políticas em sentido lato, as consequências das decisões, a perspectiva de seu cumprimento etc. (FERNANDES, 2013, p. 14-15).

A insegurança jurídica advém do fato de que tais fontes do convencimento do intérprete/aplicador não são elencadas pelo Direito vigente e, portanto, além de não terem sido selecionadas pelos seus legítimos representantes no Poder Legislativo,

⁷ Não é tarefa simples justificar tanta indiferença pelos limites do ordenamento jurídico. O risco de anarquia metodológica é latente, porque as exceções vislumbradas são (ou podem ser) imaginárias. Parte-se da suposição de que o legislador assim o teria feito, se a vida lhe tivesse concedido a oportunidade de vivenciar ou testemunhar essa situação anormal que se esqueceu de normatizar. O raciocínio é similar ao da analogia, quando se presume um esquecimento do elaborador da lei (FONTELES, 2016, p. 63-64).

⁸ Não há nenhum dispositivo constitucional invocado como parâmetro para, incidentalmente, afastá-la. Se uma regra é derrotada, o que triunfa sobre ela? A Justiça. Pelo menos, esse é o pretexto. Então, a norma paramétrica migra da Constituição para o ideal de Justiça, o que é de uma porosidade incomensurável (FONTELES, 2016, p. 64).

⁹ “Razões de decidir” ou “razões da decisão” são os motivos da escolha judicial, não se confundindo com a fundamentação (motivação) que aparece depois da escolha de qual caminho seguir (FERNANDES, 2013, p. 14).

não são do conhecimento dos jurisdicionados e mudam de acordo com aquele que está interpretando/aplicando a norma.

Por outro lado, é certo que a influência de fatores extrajurídicos sobre as decisões do Judiciário sempre existiu e continuará existindo independentemente da doutrina da *defeasibility*.¹⁰

Não obstante absolutamente válidas todas as críticas apresentadas aqui, convém pontuar que a teoria da derrotabilidade das regras jurídicas tem como mérito a tentativa de resgatar a Justiça na aplicação do Direito, o que, apesar de questionável, é também um ideal cuja busca é desejável e que, se alcançado, causaria uma revolução na convivência em sociedade e na resolução de conflitos pelo Poder Judiciário.

Ademais, se aplicada estritamente aos *hard cases* e submetida à rigorosa análise de sua correção por meio dos parâmetros demonstrados aqui, uma decisão que aplicasse a doutrina da *defeasibility* não seria sinônimo de decisão *contra legem*.

Pelo contrário, poderia coexistir em harmonia com a ordem jurídica vigente, já que as argumentações da derrotabilidade representariam apenas argumentos contrastantes “aos significados mínimos que possui um ou mais textos jurídicos cuja validade se mantém fora de dúvida” (TOMAZETTE, 2011, p. 168-169), mas que não violariam o ordenamento, encarado aqui como um sistema interdependente de regras e princípios, não limitado a normas *prima facie*.

¹⁰ A prática forense leva à evidência de que nem mesmo no âmbito das normas processuais o direito estatal funciona como único critério às tomadas de decisão. MAURO CAPPELLETTI, apontando os ensinamentos de PEDRO CALAMANDREI, conclui que ‘a motivação verdadeira, real e efetiva de uma sentença não tem origem na considerada *parte motora* da pronúncia do juiz, encontra-se sobretudo no vinco oculto - mais ou menos oculto - do ânimo do juiz. O sentimento do juiz: a simpatia, a antipatia por uma parte ou testemunha; o interesse, o desinteresse por uma questão ou argumentação jurídica; a abertura a um tipo evolutivo, histórico, sociológico de interpretação das leis, em detrimento da interpretação rigidamente formal; o interesse ou desinteresse diante de uma complexa situação fática, - e assim por diante discorrendo. Sentimentos: afetos, tendências, ódios, rancores, convencimentos, fanatismos; todas as variações desta realidade misteriosa, maravilhosa e terrível que é o espírito humano, reflete com ou sem zelo entre as ricas linhas frias, ordenadas, compostas, dos repertórios da jurisprudência: paixões desencadeadas, paixões recolhidas, ternuras, temores, - nas estantes mofadas das secretarias dos tribunais (STAMFORD, 2008, p. 116).

7 CONCLUSÃO

Ainda que passível de críticas, estas relacionadas à segurança jurídica e à separação dos poderes, conclui-se pela adequação do emprego da teoria da derrotabilidade das regras como alternativa à declaração de inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da LOAS, realizada pelo Supremo Tribunal Federal na Rcl. 4.374/PE.

Isso porque a *defeasibility* permite o afastamento do critério objetivo de aferição da miserabilidade, já declarado constitucional em sede de ADI, sem implicar no sacrifício da coerência do sistema jurídico.

Ao analisar os argumentos favoráveis à declaração de inconstitucionalidade da norma, quais sejam, o suposto processo de inconstitucionalização pelo qual ela teria passado e a possibilidade de revisão de uma decisão proferida no âmbito de Ação Direta de Inconstitucionalidade em sede de Reclamação Constitucional, chegou-se às seguintes constatações.

Além de não haver nada nos artigos 102, inciso I, alínea “I”, e 103-A, § 3º, da CRFB, que indique como hipótese de cabimento da Reclamação a revisão de uma decisão prolatada em ADI, as decisões em sede de Rcl. que eventualmente declarem inconstitucional alguma norma constituem controle difuso e integram o processo subjetivo, sendo possuidoras, portanto, de eficácia *inter partes*.

Já uma decisão proferida em ADI, está no âmbito de um processo objetivo, possui eficácia *erga omnes*, efeito vinculante para os Poderes Judiciário e Executivo e é incapaz de ser rescindida.

Partindo disso, depreende-se que é atentar contra a lógica do ordenamento jurídico pátrio permitir que uma decisão exarada em ADI seja, em termos práticos, rescindida por uma decisão prolatada em Reclamação.

Quanto ao alegado processo de inconstitucionalização do art. 20, § 3º, da LOAS, que desembocaria em uma inconstitucionalidade superveniente, percebe-se que não se operou nenhuma mudança na norma constitucional (art. 203, V) que dá

fundamento ao aludido artigo, para que assim ele pudesse ser reputado incompatível com a CRFB.

Pelo contrário, o que ocorre é que, somada à conjuntura fática, a referida regra legal gera um cenário no qual famílias em situação de miserabilidade são, por vezes, excluídas da percepção do benefício de prestação continuada. É essa situação que pode ser considerada inconstitucional, e não o art. 20, § 3º.

Restou demonstrado, dessa forma, que tanto o uso da Reclamação como meio para a pronúncia de inconstitucionalidade do art. 20, § 3º, quanto o próprio entendimento de que o caso era de inconstitucionalidade da norma são amplamente questionáveis.

Isso posto, defende-se a aplicação da *defeasibility* ao caso concreto e o uso dos critérios de avaliação aqui expostos para garantir a correção desses pronunciamentos jurisdicionais e sua compatibilidade com o ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Teoria da argumentação jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

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

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BÄCKER, Carsten. Regras, Princípios e Derrotabilidade. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, n. 102, jan/jun. 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Vade Mecum 12^o ed. São Paulo: Saraiva 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RCL nº 3.805/SP. Rel. Min. Cármen Lúcia. Brasília, DJ 18-10-2006, Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RCL nº 4.374/PE. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJ 18-04-2013, Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RCL nº 567.985/MT. Rel. Min. Marco Aurelio. Brasília, DJ 18-04-2013, Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 09 mai. 2018.

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

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Derrotabilidade das Normas-Regras no Direito das Famílias: alvitando soluções para os *extreme cases*. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 53, jul/set. 2014.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Influências extrajurídicas sobre a decisão judicial**: determinação, previsibilidade e objetividade do direito brasileiro. Brasília: UNB, 2013.

FONTELES, Samuel Sales. O dilema do Ministério Público diante da derrotabilidade das regras. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, n. 79, jan/abr. 2016.

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

HART, Herbert L. A. The Ascription of Responsibility and Rights. **Proceedings of the Aristotelian Society**, New Series, vol. 49 (1948-1949).

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

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

SOUZA, Rodrigo Telles de. A distinção entre regras e princípios e a derrotabilidade das normas de direitos fundamentais. **Boletim Científico ESMPU**, n. 34, jan/jun. 2011.

STAMFORD, Artur. **A Decisão Judicial**: dogmatismo e empirismo. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

TOMAZETTE, Marlon. A teoria da argumentação jurídica e a justificação das decisões contra legem. **Direito e Práxis**, vol. 03, n. 02, 2011.

TORRES, Dennis José Almanza. A derrotabilidade das normas jurídicas e sua presença nas decisões judiciais. **Teoria da Derrotabilidade**: pressupostos teóricos e aplicações. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

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