

DERROTABILIDADE DA REGRA PROCESSUAL FACE AO PRINCÍPIO DA PARIDADE DAS ARMAS

Márcio de Oliveira Jacob¹

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Sistema processual e modelo de verdade; 2.1. O Código de Processo Civil de 2015; 3. Normas processuais em face da paridade das armas; 4. A ideia de derrotabilidade das normas; 5. Conclusão; Referências Bibliográficas.

RESUMO: Este artigo visa abordar a derrotabilidade das normas processuais em face do princípio da paridade das armas. Para tanto, aborda o modelo de verdade no sistema processual brasileiro; explica as normas processuais em face da paridade das armas; e expõe casos difíceis e polêmicos julgados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a ideia da derrotabilidade das armas. Para tanto, optou-se por conduzir esta pesquisa valendo-se de uma abordagem hipotético-dedutiva, com o intuito de analisar as causas que motivaram conflitos suportados pelas Tecnologias da Informação e Comunicação em tempos de crise pandêmica. A técnica de pesquisa empregada foi a pesquisa bibliográfica, por meio da análise de doutrina e legislação, aliada a uma abordagem hipotético-dedutiva, permitindo concluir que a derrotabilidade, entendida como a ideia pela qual a norma jurídica pode ser afastada, ou não aplicada, devido à existência de um fato, interpretação ou circunstância com ela incompatível, parece ser conflitante com a lógica deôntica clássica, mas não com a lógica não monotônica. Principalmente, tendo

¹ Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília (Univem). Especialista na área de Concentração Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Procurador do Estado de São Paulo. Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

em consideração que, embora as decisões judiciais sempre tenham como base ou fundamento as regras existentes, há casos excepcionais onde é necessário o afastamento das regras aplicáveis. Este é o campo de atuação da derrotabilidade, ou seja, se apresenta como uma metodologia capaz de conciliar os rigores da lógica e a flexibilidade da argumentação jurídica, que tem alcançado tribunais diversos, inclusive as cortes superiores.

PALAVRAS-CHAVE: Derrotabilidade. Paridade de Armas. Princípios.

1. INTRODUÇÃO

O conceito de derrotabilidade normativa ainda se revela pouco conhecido e explorado nos meios acadêmicos, embora a compreensão e discussão sobre o assunto seja da maior relevância teórica e prática.

Com efeito, a possibilidade de que uma norma jurídica possa ser derrotada, afastada, vencida por circunstâncias fáticas nela não previstas como exceções e tampouco previstas em outra norma do sistema considerado é um problema que, por sua relevância e por suas consequências, não pode ser descuidado.

Este artigo visa abordar a derrotabilidade das normas processuais face ao princípio da paridade das armas. O estudo se justifica e se mostra relevante, tendo em vista que a intersecção entre derrotabilidade e paridade das armas proporcionará reflexões que podem ser significativas em termos de avanços teórico-práticos correlatos à temática da derrotabilidade e de seus efeitos que poderá operar-se em diferentes campos do direito, bem como proporcionar uma demonstração de que o manejo de tal aparato conceitual reclama maiores cuidados.

2. SISTEMA PROCESSUAL E MODELO DE VERDADE

Sabe-se que, no que diz respeito às regras de distribuição do ônus da prova, conquanto sejam a petição inicial e a contestação os principais fatores para a distribuição do encargo probatório, este pode ser alterado a depender do desenvolvimento processual, na medida em que

a condução do diálogo probatório pode alterar a posição das partes em relação aos fatos a serem provados.

Isso ocorre em virtude da apresentação de questões incidentais que possuem como fundamentos fatos distintos da peça postulatória ou de bloqueio, inicialmente promovidas pelas partes. No jogo de réplicas e trélicas, típico das relações processuais, especialmente nas discussões baseadas em fatos, que, portanto, suscitam aspectos probatórios, é comum o surgimento de questões distintas daquelas alegadas na exordial e na contestação, de modo que ordinariamente se impõe ao autor a prova de fatos outros, não exatamente contemplados na narrativa exordial.² O autor, por conseguinte, ao impugnar a defesa fática sustentada pelo réu, pode ser desafiado a provar um fato impeditivo na contestação.

É o que ocorre quando, numa ação possessória, o réu alega, em contestação, a aquisição da propriedade por usucapião, e o postulante afirma a ausência de preenchimento dos requisitos, da prescrição aquisitiva, isto após a superação da controvérsia em relação ao fato constitutivo narrado na peça inaugural da demanda.

Em outra situação exemplificativa, também problemática, numa demanda que tenha por objeto a obrigação de entrega de coisa certa, cumpre ao demandante a prova da relação substancial, quando este pleiteia em juízo a resolução contratual acrescida de indenização por perdas e danos e/ou multa por descumprimento.

Na circunstância acima descrita, se o réu/devedor não contesta a existência da relação subjacente, mas argui o fato extintivo do direito do autor, apresentando recibo de entrega de mercadoria, na réplica, aqui obrigatória diante da apresentação do documento, o demandante pode arguir a falsidade da assinatura aposta no recibo apresentado, postura que atrairá a esta parte o ônus da prova relativo ao fato controvertido após a propositura.

No exemplo dado, não se poderia exigir inicialmente do autor a prova de que não recebeu a mercadoria, mas tão somente a prova da

2 DUARTE, Breno. *Ônus da Prova e Convencimento Judicial no Processo Civil*. Curitiba: Juruá, 2020.

relação jurídica obrigacional, carregando-se ao réu a prova da entrega, ou do cumprimento. Provado o cumprimento pelo recibo, competirá ao autor a prova do descumprimento pela falsidade da assinatura.

A ideia-base da constitucionalização dos direitos, tendência que permeia vários ramos do direito em escala global, consiste na noção de que a “Constituição Federal além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais desempenha outra função: a de instituir uma ordem objetiva de valores”.³

Sob o prisma da constitucionalização, o sistema jurídico-processual tutela não exclusivamente os direitos individuais com vistas à garantia dos proveitos que possam resultar para determinado interessado direto, mas os valores consagrados pela norma suprema do ordenamento, o que efetivamente ocorre no interesse geral da sociedade. As normas, desde que dotadas de supremacia e correlata suprallegalidade, no bojo de um sistema constitucional, vinculam a produção e interpretação normativa, disseminando-se por todos os ramos do direito e vinculando os poderes constituídos, obviamente num regime de equilíbrio democrático.⁴

O elemento-chave, portanto, conforme pontuado, não é exclusivamente resolução dos problemas de modo dissociado dos fins propostos, mas a solução dos conflitos através de método objetivamente voltado à realização dos valores constitucionais.⁵

A Carta Magna Nacional imersa, que se encontra num contexto de aproximação global entre vários ordenamentos que favorecem o estreitamento dos vínculos entre o direito e a ética, por intermédio não somente da consagração, mas especialmente do respeito ao exercício pleno dos direitos fundamentais, reflete a essência do conjunto de ideias que inspira o seu preâmbulo, onde se proclama o propósito de instituir um estado voltado primordialmente à concretização dos valores de igualdade e justiça, inclusive como “valores supremos”.⁶

3 BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 35.

4 DUARTE, *op. cit.*

5 TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *As garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

6 DUARTE, *op. cit.*, p. 135.

A resolução dos problemas e a solução dos conflitos, de modo constitucionalmente adequado, somente serão alcançados com a adoção de uma postura hermenêutica capaz de extrair a máxima efetividade das normas, com extremo acatamento moral, o que implica em não “reduzir o direito a uma técnica” sob pena de rebaixá-lo.⁷

A repressão à má-fé processual, como condição para o alcance do processo justo e da justiça das decisões, exige uma postura judicial adequada à perspectiva do que Mitidiero denominou “formalismo valorativo”,⁸ que é traduzido como a busca pela eficácia máxima das regras, considerando o texto expresso da lei e suas limitações semânticas, sem descurar de seus aspectos teleológico e sistemático.

Assim, na situação acima exemplificada, quando no plano processual se verifica uma recusa infundada relativa à apresentação dos documentos originais que seriam alvo da perícia ou se há a recusa de efetuar o depósito dos honorários fixados, quando se poderia fazer sem qualquer prejuízo substancial, ao contrário do autor, pode-se afirmar a existência de infração ao dever de cooperação, com eventual intuito procrastinatório ou no sentido de impedir o acesso aos elementos fáticos sobre os quais se fundam as pretensões materiais.⁹

Advirta-se, porém, que, na hipótese do parágrafo anterior, a assertiva que conclui pela ausência de cooperação deve ser precedida do esgotamento de todas as circunstâncias previstas em lei para a realização do ato, mormente aquelas dispostas nos arts. 95, § 3º, c/c 98, §§ 5º e 6º do Código de Processo Civil (CPC).¹⁰

Em conclusão, a rigidez típica da adoção exclusiva da classificação abstrata dos fatos revela-se um campo propício para ações abusivas no sentido de que apresentam contrariedade ao sistema no sentido axiológico-teleológico, embora aparentemente contidas no âmbito de uma

7 Ibidem. p. 136.

8 MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 110.

9 DUARTE, op. cit.

10 Art. 95. Cada parte adiantará a remuneração do assistente técnico que houver indicado, sendo a do perito adiantada pela parte que houver requerido a perícia ou rateada quando a perícia for determinada de ofício ou requerida por ambas as partes.

prescrição expressa em ato normativo de caráter permissivo, consoante preceitua Menezes Cordeiro,¹¹ representando neste caso, aspecto favorável à “disfuncionalidade sistêmica”.

2.1. O Código de Processo Civil de 2015

As dificuldades elencadas e exploradas acima, sem prejuízo de outros fatores contextuais, e que traduzem uma perspectiva calcada mais em aspectos formais e rígidos, a partir de conceitos jurídicos atrelados a elementos históricos relativamente distanciados da realidade presente, certamente influenciaram o legislador de 2015, cujo sentimento de ineficácia das regras, então disponíveis, impulsionaram a formulação do art. 373, a seguir disposto: “Art. 373. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.¹²

Consoante demonstra a simples leitura do dispositivo acima, o elemento destacado é aquele contido no § 1º do art. 373, que introduziu no campo legislativo a distribuição dinâmica do ônus da prova.

Os elementos linguísticos expostos no comando sob exame afirmam que, diante das peculiaridades do caso concreto relacionadas à impossibilidade, excessiva dificuldade, ou à maior facilidade de obtenção do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso¹³.

O dispositivo em apreço, de algum modo, representou um avanço na perspectiva da conexão entre as normas de direito material e direito processual, na medida em que a alteração dos encargos processuais somente fazem sentido lógico, quando, ao menos da percepção do julgador, a finalidade do processo não seria alcançada pela aplicação das regras gerais.

11 MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

12 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 17 mar. 2015.

13 DUARTE, op cit.

Dito de outro modo, a alteração pode representar direta interferência do direito material sobre o processo, funcionando este último, portanto, como verdadeiro mecanismo de efetivação do comando substantivo, o que significa, neste ponto, eixo de ligação entre as regras substantivas e processuais.

Convém esclarecer que as expressões: “impossibilidade” ou “excessiva dificuldade”, relacionadas às questões probatórias, consignadas no corpo da regra em apreço, podem decorrer tanto dos elementos objetivos quanto subjetivos, ou seja, das próprias peculiaridades do objeto, cujas características específicas ensejam maior facilidade para uma das partes, quanto da conduta ou ação promovida por uma das partes, quando eventualmente destrói provas obstaculizando com esta ação ilícita ou abusiva, o andamento da marcha processual.

Neste ponto, as ações ou omissões, nos termos da lei, serão inevitavelmente aquilatadas pelo conduto da distribuição dinâmica, como regra de convencimento, posto que, consoante afirma Devis Echandía,¹⁴ o ônus da prova é na verdade “um substituto da prova”, e, como tal, cumpre a missão de fornecer elementos subsidiários de convicção judicial, emergindo como antídoto contra a dúvida decorrente da produção probatória insuficiente, que pode decorrer da ação abusiva de uma das partes, e não somente como mera justificativa para extinção do processo.

Ressalte-se que o abuso ou a resistência injustificada ao andamento do feito, combatida no direito nacional, especialmente a partir do Código de 1939, consoante já exposto, pode ser executado tanto pelo autor quanto pelo demandado. Embora a prática indique haver maior prevalência do réu em retardar a ação proposta, diante de sua condição de interessado na permanência do quadro fático anterior à propositura, a litigância de má-fé e o abuso podem ser praticados por ambos os sujeitos envolvidos. Nesse sentido, as palavras de Nery Júnior:

Resistência injustificada ao andamento do processo. Caracteriza-se durante o desenvolvimento do processo, sendo mais comum sua prática pelo réu, podendo o autor ser protagonista do ato ilegal. Pode ocorrer por fatores internos ou externos ao processo, mas que neste influem.¹⁵

14 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoria general de la prueba judicial*. 5. ed. Bogotá, DC: Temis, 2002.

15 NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 372.

No mesmo sentido escreve Barbi, para quem:

[...] o réu é normalmente o maior interessado em retardar a decisão final da causa ou a execução da sentença condenatória. Na prática, porém, isso pode ocorrer mesmo com o autor, quando a este interesse a demora. Como exemplo temos o caso daquele devedor que propõe ação para anular ou declarar a nulidade de uma obrigação.¹⁶

A relação entre a identificação e correlata coibição ao abuso do direito de defesa, enquanto situação jurídico-processual, e o direito material envolvido não é novidade no Direito processual civil brasileiro. A respeito, convém lembrar que o art. 273¹⁷ do revogado Código de 1973 assim dispôs sobre a questão, estabelecendo a conduta abusiva como pressuposto à tutela de urgência na modalidade antecipação dos efeitos da prestação jurisdicional final.

Escrevendo a respeito do dispositivo acima transcrito, Theodoro Jr. afirma que a prescrição configura a “mais enérgica e eficaz medida de combate à litigância de má-fé adotada pelo legislador brasileiro”,¹⁸ asseverando o autor em questão que a regra em apreço permite ao autor o “exercício prático das faculdades inerentes ao seu direito material subjetivo, abusivamente negado”.¹⁹

O conteúdo extraído da dicção legal em exame, na perspectiva exposta, representa um fio condutor entre o mérito e o processo, estabelecendo-se sobre as bases de uma presunção simples, ou regra essencial da experiência comum, que assegura a apreensão de inferências, enquanto decorrência de fatos secundários, para se chegar aos fatos principais, na pretensão de se chegar a uma conclusão, acerca da existência de fatos ainda não diretamente provados.

16 BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 179-180.

17 Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou; II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

18 THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 57.

19 *Ibidem*. p. 58.

A questão é que, na visão do legislador, e partindo de um elemento lógico, aquele que emprega meios para postergar o desfecho meritório do feito através de expedientes manifestamente infundados e intrinsecamente contrários ao sentido teleológico-axiológico do processo, ainda que abstratamente admitidos como elemento inerente ao direito de defesa de determinada situação jurídica, não pode se beneficiar da contingência temporal, mantendo a situação desfavorável àquele que pretende o andamento regular e a sentença de mérito, com a resolução definitiva do litígio.

Entende-se, por conseguinte, que a decisão antecipatória prevista no art. 273, inc. II do CPC de 1973, representa anteparo explícito à conduta abusiva,²⁰ inclusive no campo probatório, posto que gera para a parte beneficiária da proteção, modalidade de inferência, a partir de eventuais substratos probatórios considerados parcialmente suficientes a critério da autoridade judicial, e por isso passíveis de confirmação. Neste caso, gera-se a presunção de que os fatos articulados são suficientes à outorga da prestação jurisdicional favorável, ainda que sujeita à confirmação por ocasião da sentença e após a regular instrução probatória.

Dito de outro modo, a prova pré-constituída ou os elementos que aparelhavam a tutela de urgência antecipada não se confundiam com aqueles a serem extraídos da dilação probatória inaugurada na fase própria, a partir de cognição exauriente, e não deixavam de se apresentar de modo incipiente, exibindo, portanto, espaço cognitivo a ser preenchido através de inferência do julgador.

No entanto, sabe-se que a conduta processual ímproba, no sentido de ocultar provas, com a oposição de resistência injustificada ao andamento do feito, ou mediante ações temerárias e tendentes a provocar incidentes manifestamente infundados,²¹ encontram-se vinculadas à ausência de substratos fáticos a amparar a pretensão que qualifica o interesse jurídico defendido pelo litigante desleal, de modo que é possível dos referidos comportamentos extraírem-se inferências lógicas capazes de encaminhar o ato decisório a conclusões contrárias às pretensões daquele que age de modo abusivo ou ilícito.

20 MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

21 Consoante art. 80, IV, V e VI do CPC de 2015.

Nos casos acima referidos, a coibição ao abuso com a simples imposição de multas ou sanções, que representem decréscimo inferior ao proveito pretendido, seria considerada ineficaz, se levado em consideração o propósito processual estabelecido, cujo conteúdo almeja a aplicação da lei material aos casos concretos “com base em critérios objetivos e no interesse geral da justiça”.²²

Desse modo, a disposição do art. 273, II do Código de 1973, configurava a conduta processual abusiva, que abarca o manifesto interesse protelatório, como elemento de inferência a ser utilizado para preencher espaço cognitivo reservado à dilação probatória exauriente e direta.

Ao estabelecer a antecipação da tutela final, antes da conclusão da fase probatória, o julgador considerava cumprido o ônus de maneira presumida em relação ao beneficiário da medida, fazendo recair sobre a outra parte a carga da prova dos elementos que infirmariam a presunção, então tomada em caráter relativo.

O abuso de direito de defesa, nos moldes acima expostos em relação à antiga tutela antecipatória, como regra de inferência, foi reaproveitado no CPC/2015, na chamada “tutela de evidência”. Nesse sentido, a transcrição do texto legal:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte.²³

A modalidade acima exposta, de modo similar ao que ocorria em relação ao art. 273, II, a rigor, não configura punição, dado que a antecipação do provimento perseguido não pode ser admitida como tal, de modo que a aplicação da lei material ao caso concreto e com base em fatos demonstrados ou encadeamento lógico, suficientemente desvelados, não pode representar outra coisa senão o escopo do processo.

A conduta do sujeito processual interessado aqui compõe aspectos do convencimento judicial, posto que “quando se observa que a parte

22 TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 20.

23 BRASIL. Lei nº 13.105...

está exercendo abusivamente o seu direito de defesa, lançando mão de meios protelatórios, presume-se a falta de consistência e desvalia evidente de sua atuação”²⁴, admitindo-se que, deste fato, extraia-se o fundamento decisório como fruto da inferência inevitável entre a conduta ímproba e ausência de substrato fático a suportar o interesse do agente.

Revelado não como sanção propriamente dita – posto que consoante afirmado o resultado do processo em si não se destina a punir a conduta praticada no exercício do direito de ação ou defesa, mas como prescrição dirigida primordialmente ao magistrado na condição de regra de convencimento –, o abuso, ou manifesto intuito protelatório, previstos no art. 311, inc. I, não impede a imposição de multa prevista no art. 81 do CPC/2015²⁵.

A antecipação dos efeitos eventualmente obtidos somente com a tutela jurisdicional final, na tutela de evidência, traz como consequência a inversão do ônus do tempo no processo,²⁶ o que corresponde à presunção do cumprimento do encargo por um e a antecipação da imposição ônus da prova para a outra parte, revelando-se a carga subjetiva, na hipótese tratada, como instrumento judicial de convencimento, dado que a observação da conduta considerada abusiva é o fator tomado pelo julgador no plano cognitivo, que define, ainda que provisoriamente, o mérito da demanda.

3. NORMAS PROCESSUAIS EM FACE DA PARIDADE DAS ARMAS

Percebe-se atualmente uma clara preocupação, no atual estágio da ciência processual, revelada pela doutrina e modernamente captada pela legislação de vários países, voltada a permitir a produção da prova dos fatos, como elemento facilitador da extração da verdade emergente dos meios de prova. A isonomia, que sempre norteou a produção

24 CARNEIRO, Athos Gusmão. Da antecipação de tutela no processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 34-35.

25 Discorda-se, assim, da posição adotada por Lopes, no sentido de que seria vedada a incidência de multa sancionatória cumulada com tutela antecipada na hipótese do art. 273, II do CPC/1973 ou equivalente hipótese da tutela de evidência expressa no art. 311, I do CPC/2015, em razão do princípio da especialidade e vedação ao *bis in idem* (LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela Antecipada Sancionatória*. São Paulo: Malheiros, 2006).

26 MITIDIERO, op. cit.

normogenética acerca do ônus da prova, não mais é encarada como mera igualdade formal, isto em face da constatação de que a realidade se sobrepõe aos conceitos jurídicos abstratos.

No sentido retro, e como ilustração prática, percebe-se um claro movimento pela proteção de grupos hipossuficientes, visando o acesso à justiça e respeito ao princípio da paridade material de armas no âmbito processual. Nesse caso, em situações de franca desigualdade; e a critério do julgador, a distribuição do ônus da prova tem sido aplicada em dissonância às balizas clássicas cristalizadas no brocardo *onus probandi incumbit ei qui dicit*.

Dito de outro modo, percebeu-se que as regras clássicas que imputavam às partes posições jurídicas e encargos rígidos e dissociados dos fatos concretos não se revelavam adequados ao escopo processual vinculado à justiça da decisão, que pressupõe uma apuração consistente dos fatos verificáveis, arguidos pelos atores da relação jurídica em apreço.

Ressalte-se que os problemas do distanciamento em relação aos fatos concretos não ocorrem nas legislações dos países que adotam o *common law*, em que o regramento não existe, como no caso dos Estados Unidos da América do Norte, ou são menos relevantes, diante de infundável gama de exceções, como no caso da Inglaterra.²⁷

Por vezes, porém, são criadas exceções legais voltadas ao escopo vinculado ao fundamento da distribuição do ônus, que se justifica na criação de condições equânimes de produção das provas, ou seja, busca da verdade dos fatos.

Essa preocupação epistêmica tem impulsionado modernamente vários sistemas jurídicos a criar mecanismos ou prever hipóteses em que uma das partes estaria inicialmente livre do encargo de provar o fato alegado como fundamento à ação ou defesa, o que representa um reforço no sentido e alcance da função exercida pela fixação de regras específicas sobre o ônus de provar.

Ante ao exposto, pode-se afirmar a existência de um movimento a partir da constatação de que em vários sistemas são criados

27 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 262.

mecanismos que buscam equalizar materialmente a relação processual, aplainando a desigualdade substancial, numa leitura contemporânea do princípio da paridade de armas, que, na perspectiva em discussão, deve ser observado no âmbito do processo justo, assim reconhecido como aquele que permite reais oportunidades equivalentes aos envolvidos no litígio quanto à produção de provas dos fatos alegados nos respectivos interesses.

Apresentadas estas breves noções sobre paridade das armas, passa-se a abordar a ideia de derrotabilidade.

4. A IDEIA DE DERROTABILIDADE DAS NORMAS

Para Borges,²⁸ uma norma é derrotável ou aberta quando está sujeita a exceções implícitas que não são passíveis de enumeração antecipada, de tal maneira que não se poderia precisar antecipadamente as circunstâncias nas quais operariam como genuína condição suficiente de sua aplicação.

Esta ideia de derrotabilidade tem uma estreita relação com a noção de “normalidade”, conceito que varia de acordo com as crenças do falante e as circunstâncias nas quais estas se colocam: uma situação pode resultar normal para uma pessoa e para outra não, ou pode ser correta numa situação para a mesma pessoa, mas incorreta em outra situação.²⁹

A ideia de uma norma derrotável ou aberta – ou seja, uma norma sujeita a exceções implícitas, impossíveis de enumerar antecipadamente, onde seria impossível tentar precisar de antemão as circunstâncias que operariam como condição suficiente de sua aplicação – explica acertadamente o que propõe a derrotabilidade³⁰. A respeito, agrega Vasconcellos que “a presença de uma exceção pode fazer com que, mesmo preenchidos os requisitos necessários e suficientes da norma jurídica, os seus efeitos jurídicos podem não se dar ou podem ficar afastados”.³¹

28 BORGES, op. cit., p. 93.

29 SERBENA, Cesar Antonio. *Teoria da Derrotabilidade*. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

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

31 GRAEFF, Patrícia. *Derrotabilidade, vagueza e textura aberta: um estudo acerca dos limites do Direito segundo Herbert Hart*. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015, p. 26.

Sem dúvida, o problema surge quando se tem que determinar quando uma norma é derrotável, ou seja, em quais casos estariam presentes essas exceções implícitas que fariam que a norma fosse afastada. Nesse sentido, Bayón e Rodríguez³² explicam onze argumentos onde este fato se produziria:

1. A interpretação que é atribuída a um enunciado jurídico em determinado momento pode ser diferente em relação à atribuída em outro momento, de modo que a norma por ele expressa 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. Não é possível precisar o conteúdo conceitual de um enunciado sem levar-se em conta o contexto no qual é formulado. Outros enunciados do sistema podem autorizar exceções na norma por ele expressada;
4. Os enunciados jurídicos estão sempre sujeitos ao problema da textura aberta da linguagem, razão pela qual resta indeclinável um grau maior ou menor de incerteza a respeito da aplicabilidade de uma norma a um caso particular;
5. Ao legislar, uma autoridade legislativa não pode considerar mais do que os casos normais, não obstante possa 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 descritivos e não descritivos (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,

32 BAYÓN, Juan Carlos; RODRÍGUEZ, Jorge. *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales: el debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

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 adscrive 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 invocada por um órgão jurisdicional 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 que se determine a qualificação normativa de determinada conduta atribuída a um sujeito em um caso concreto, é necessário descrever a situação em que ele se encontra. Diferentes descrições podem determinar diferenças na qualificação normativa. Como não há uma descrição que se pode considerar “verdadeira” ou “completa”, sempre é possível que, em uma situação na qual acredita-se ser o sujeito o detentor de uma obrigação, exista alguma particularidade que torne operativa uma exceção;
10. No item anterior, supõe-se que se está diante de uma informação completa. Todavia, nossa informação acerca da realidade é sempre incompleta. Quando se formula juízos normativos que se referem a casos particulares, apenas é possível emitir juízos derrotáveis, pois uma maior informação poderia derrotá-los;
11. Por fim, qualquer pretensão que for formulada junto ao juiz, com respaldo no disposto em uma norma geral, pode ser derrotada pela parte adversa, se esta demonstrar que, no caso em tela, concorre uma exceção que também encontra apoio em uma disposição do sistema.

Não obstante essa lista apresente várias hipóteses, isto não quer dizer que estas são as únicas, pois novas possibilidades podem surgir, levando ao afastamento da solução *prima facie*.

Referente à derrotabilidade das normas jurídicas, tem-se que, nas sociedades contemporâneas, há a presença de normas legais com características hipotético-condicionais, com a função de tutelar e resguardar as condutas intersubjetivas, assegurando previsibilidade e segurança jurídica aos cidadãos. Estas previsões têm uma natureza *prima facie*, que pode ser derrotada, porém, determinar quais normas são derrotáveis e quais não, implica fazer uma análise das características destas. Pode-se dizer que, quanto maior é o grau de abstração da mensagem, maiores são as chances de que a sua previsão possa ser derrotada ou não aplicada.³³

Apesar de tanto o direito como a experiência judicial desenvolverem continuamente a tarefa de fazer explícitos os pressupostos e as exceções que poderiam ser apresentadas, sempre se deparam com circunstâncias excepcionais que, por sua própria natureza ou diversas circunstâncias, não podem fazer-se explícitas. Assim, surge a necessidade de deixar formulações de exceções para casos “anormais”.

Um exemplo que pode ser citado e que surge com bastante frequência nas diversas legislações é a que tem a ver com a prova ilícita ou ilegal, ou seja, aquela obtida mediante tortura, interceptação telefônica, suborno etc. Coincidem as legislações em que a prova obtida por estes meios não pode ser utilizada durante o processo.³⁴

Nesse mesmo sentido e para relacionar com o parágrafo anterior, outra situação contemplada nas legislações é a adoção do menor. A doutrina e jurisprudência coincidem ao afirmar que, por meio desta, se procura, entre outras coisas, garantir a idônea assistência aos menores³⁵. Portanto, deve-se procurar por todos os meios criar um

33 PREVEDELLO, Alexandre. *Teoria da Derrotabilidade*. Curitiba: Juruá Editora, 2019.

34 A Constituição Federal Brasileira de 1988, ao tratar sobre o tema, estabelece em seu art. 5º, inc. LVI, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Assim mesmo algumas legislações também contemplam esta figura, como é o caso do Código Processual Civil Peruano, o qual, no seu art. 199, refere-se à ineficácia da prova no seguinte sentido: “Carece de eficácia probatória a prova obtida por simulação, dolo, intimidação, violência ou suborno” (SERBENA, op. cit., p. 56).

35 GOMES, Orlando. *Direito de família*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ambiente agradável e apropriado para que o menor cresça e se desenvolva satisfatoriamente.

Fazendo um paralelo entre a adoção de menor e a prova ilícita, suponha-se que uma testemunha num processo de adoção, mediante o uso da força física, afirma que a pessoa que vai adotar o menor é chefe de uma quadrilha de traficantes. Nesse caso, surge o problema: o juiz deve excepcionar a regra que afirma que a prova ilegal não deve ser considerada pelo judiciário, ou deve aplicá-la? Ao optar pelo afastamento da norma, estaria se apresentando um caso de derrotabilidade da norma pelo princípio do interesse superior da criança.

Outro exemplo que traz um caso concreto e relevante que auxilia na compreensão do significado da derrotabilidade das normas jurídicas é a Arguição de Descumprimento do Preceito Fundamental (ADPF) 54, que foi julgada no STF. Por maioria dos votos, seus ministros decidiram que era inconstitucional a interpretação favorável à interrupção da gravidez de feto anencéfalo, tendo em vista que o aborto é conduta tipificada nos arts. 124, 126 e 128, incs. I e II, do CP³⁶.

Sob a ótica da *defeasibility*, o julgamento teve como resultado o reconhecimento de uma exceção implícita à norma jurídica geral de que é proibido o aborto ao não aplicar a consequência jurídica prevista em lei mesmo que a hipótese fática se coadune perfeitamente à descrição da proposição jurídica hipotética. Portanto, o tribunal reconheceu uma exceção implícita, que a seu turno, se vincula a duas outras exceções expressas e formuladas pelo legislador de autorizar a realização do aborto sempre que não houver outro meio de salvar a vida da gestante ou em caso de a gravidez decorrer resultante de estupro. Assim, no ordenamento jurídico brasileiro, há uma formulação simplificada, de que é vedada a prática de aborto, exceto: (a) se for necessário para salvar a vida da gestante; (b) caso a gravidez decorra de estupro; e (c) quando o feto for anencefálico.

Como se pode observar, o juiz, durante o processo judicial, considera um conjunto de premissas com a finalidade de emitir uma sentença,

36 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54. Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, RTJ v. 00226-01, p. 00011, 30 abr. 2013.

e estas novas premissas – sejam provas ou dispositivos legais etc. – são suficientes para que se produzam modificações ou alterações da sentença,³⁷ inclusive afastando-se da norma, ou melhor dizendo, derrotando-a.

5. CONCLUSÃO

A noção de verdade como elemento subjetivo e desconexo do mundo exterior, ou dado meramente cultural e, portanto, variável, parece não mais significar algo seriamente considerado no mundo das ciências, sendo certo que as descobertas científicas e os avanços tecnológicos cumprem um papel relevante neste contexto.

Do ponto de vista dos fatos, no que interessa predominantemente ao Direito Probatório, a compreensão dos fenômenos naturais e o avanço das provas científicas no processo civil permitem cada vez mais o pronunciamento judicial com base em elementos altamente probabilísticos ou dito de outro modo, em graus cada vez mais próximos da verdade.

Portanto, a derrotabilidade, entendida como a ideia pela qual a norma jurídica pode ser afastada ou não aplicada devido à existência de um fato, interpretação ou circunstância com ela incompatível, parece ser conflitante com a lógica deôntica clássica, mas não com a lógica não monotônica. Principalmente, tendo em consideração que, embora as decisões judiciais sempre tenham como base ou fundamento as regras existentes, há casos excepcionais nos quais é necessário o afastamento das regras aplicáveis. Este é o campo de atuação da derrotabilidade, ou seja, se apresenta como uma metodologia capaz de conciliar os rigores da lógica e a flexibilidade da argumentação jurídica.

A exceção pode confirmar ou infirmar a regra. A perspectiva teórica da derrotabilidade processual, todavia, permite a construção de soluções normativas atreladas à excepcionalidade, invocadas apenas e tão somente em situações extremas, quando as premissas do caso concreto impuserem uma resposta nitidamente singular.

37 PREVEDELLO, op. cit.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 35.

BAYÓN, Juan Carlos; RODRÍGUEZ, Jorge. **Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales: el debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas**. Bogotá, DC: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BORGES, José Souto Maior. **O contraditório no processo judicial (uma visão dialética)**. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 54**. Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, RTJ v. 00226-01, p. 00011, 30 abr. 2013.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Teoría general de la prueba judicial**. 5. ed. Bogotá: Temis, 2002.

DUARTE, Breno. **Ônus da Prova e Convencimento Judicial no Processo Civil**. Curitiba: Juruá Editora, 2020.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GRAEFF, Patrícia. **Derrotabilidade, vagueza e textura aberta: um estudo acerca dos limites do Direito segundo Herbert Hart**. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Tutela Antecipada Sancionatória**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. Da boa fé no Direito Civil. Coimbra: Almedina, 2001.

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PREVEDELLO, Alexandre. Teoria da Derrotabilidade. Curitiba: Juruá Editora, 2019.

SERBENA, Cesar Antonio. Teoria da Derrotabilidade. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

TARUFFO, Michele. A prova. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. As garantias do cidadão na Justiça. São Paulo: Saraiva, 1993.

THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

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