



## A DERROTABILIDADE E FALIBILISMO: SUA APLICAÇÃO NO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL

---

**José Flávio Fonseca de Oliveira\***

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Derrotabilidade e falibilismo: é possível nas ciências jurídicas?; 2.1. Conceito e a origem da derrotabilidade em Herbert Hart; 2.2. Pensamento falibilista e a derrotabilidade nas ciências jurídicas; 3. Derrotabilidade e o ônus da prova no processo penal; 3.1. A tese da irredutibilidade da derrotabilidade e sua relação com a prova; 3.2. A derrotabilidade e o ônus da prova; 4. Conclusões; 5. Referências bibliográficas.

### RESUMO

A derrotabilidade tem levado o pensamento jurídico a questionar até que ponto uma regra legal pode ser afastada, sem que haja sua anulação. Derrotabilidade e falibilismo se complementam na busca de soluções para problemas que a lógica tradicional (dedutivista e indutivista) não apresenta de maneira satisfatória. A derrotabilidade aborda as possibilidades implícitas que podem levar à superação por certas circunstâncias (de raciocínio, de apresentação de novos fatos, de comparação entre teorias, entre outras) que podem derrotar uma solução já exposta em uma regra legal. Examina-se, portanto, neste artigo a relação da derrotabilidade e o falibilismo e se elas se aplicam às ciências jurídicas. Também é central no artigo saber se a derrotabilidade é aplicável ao processo penal e em que medida isso influencia na discussão sobre o ônus da prova.

**Palavras-Chave:** Falibilismo. Derrotabilidade. Processo Penal. Ônus da prova.

### ABSTRACT

Defeasibility has taken legal thinking to question the extent to which a legal rule can be removed, without its annulment. Defeasibility and fallibilism complement each other in the search for solutions to problems that traditional logic (deductive and inductive) does not present satisfactorily. Defeasibility addresses the implied possibilities that can lead to overcoming by certain circumstances (reasoning, presentation of new facts, comparison between theories, among others) that can defeat a solution already exposed in a legal rule. Therefore, this article examines the relationship between defeasibility and fallibility and whether they apply to the legal sciences. It is also central to the article to know if defeasibility is applicable to criminal proceedings and to what extent this influences the discussion about the burden of proof.

**Keywords:** Fallibilism. Defeasibility. Criminal proceedings. Burden of proof.

---

\* Mestrando em Direito (Relações Sociais e Pensamento Jurídico) pela Universidade Federal do Ceará. Especialista em Direito Previdenciário pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA. Sobral, Ceará. Juiz Federal Substituto da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará.

## 1 INTRODUÇÃO

Objetiva-se, inicialmente, com este ensaio saber se a derrotabilidade tem alguma relação com o falibilismo defendido por Karl Popper e se ela se aplica, com essa base epistemológica, às ciências jurídicas. Por derrotabilidade, como melhor se verá a seguir, pode-se entender as possibilidades implícitas que podem levar à superação por certas circunstâncias que podem derrotar uma solução já exposta em uma regra legal. Outra questão de grande relevância que se coloca como central neste artigo é se a derrotabilidade é aplicável ao processo penal e em que medida isso influencia na discussão sobre o ônus da prova.

A derrotabilidade tem levado o pensamento jurídico a questionar até que ponto uma regra legal pode ser afastada, sem que haja sua anulação. Na epistemologia jurídica o tema tem pertinência porque se fundamenta na possibilidade de falseamento de uma conclusão, de um conceito ou de uma teoria, mesmo que oriunda de normas legais ou ainda decorrente de análise de valores.

O legislador não consegue antever todas as hipóteses de aplicação de uma regra no caso concreto, porque se encontra limitado pela vagueza e ambiguidade da linguagem, além da impossibilidade de prever todas as exceções dessa regra.

Herbert Hart não foi o primeiro, uma vez que esse tema é tratado desde a Grécia antiga, mas pode-se considerar como aquele que recentemente no pensamento jurídico reiniciou a discussão sobre o tema exceção na aplicação de regras legais, quando escreveu sobre derrotabilidade no artigo *Ascription of Responsibility and Right*, de 1948 (publicado em 1949) para expressar a possibilidade de haver exceções que derrotam uma regra, sem que ela seja invalidada. Embora não tenha abordado o tema no seu famoso livro *O Conceito de Direito* de 1961, não abandonou a ideia e com o desenvolvimento e aprofundamento da lógica não-monotônica, raciocínio abduutivo, inclusive, no desenvolvimento da inteligência artificial, a discussão vem à tona, espalhando-se em vários ramos do conhecimento científico e como grande vigor nas ciências jurídicas.

Por fim, para responder às questões propostas, o presente artigo divide-se em três partes. Na primeira parte, expõe-se o conceito e a origem do termo derrotabilidade, para em seguida, na segunda parte, expomos a relação derrotabilidade e falibilismo, como foco nas ciências jurídicas, buscando responder à primeira questão posta. Na terceira parte, já com foco na questão essencial posta na segunda pergunta, tratamos da análise da derrotabilidade no processo penal, voltado ao ônus da prova.

## 2 DERROTABILIDADE E FALIBILISMO: É POSSÍVEL NAS CIÊNCIAS JURÍDICAS?

Para discutir a possibilidade da utilização da derrotabilidade e do falibilismo nas ciências jurídicas, é necessário primeiramente situar a discussão do conceito e da origem do termo derrotabilidade utilizado atualmente. A partir da discussão, que tem como ponto de partida o conceito de derrotabilidade de Herbert Hart, fazendo uma ligação dele com o falibilismo, cuja principal referência utilizada é Karl Popper, defendermos num segundo momento que esses dois conceitos podem ser aplicadas não apenas entre normas jurídicas, por exemplo, quando uma regra derrota outra sem anulá-la, o que ocorre geralmente entre princípios, mas também na comparação entre teorias jurídicas.

### 2.1 Conceito e a origem da derrotabilidade em Herbert Hart

Não há registro do uso da palavra derrotabilidade<sup>1</sup> antes do artigo *The Ascription of Responsibility and Right*, publicado por Herbert Hart em 1949<sup>2</sup>, quando discorreu sobre o caráter adscritivo da linguagem, em face do caráter descritivo. Nele, Hart discute o problema das regras e das exceções implícitas, que podem levar a não aplicação de uma regra sem que haja sua revogação.

Nesse artigo, Hart (1949, p. 174 e 175) ao exemplificar o caráter adscritivo da linguagem, usa o exemplo da responsabilidade em razão de contratos e expõe que a noção de contrato é aquele em que “há condições positivas exigidas para a existência de um contrato válido, ou seja, pelo menos duas partes, uma *proposta* por um e uma *aceitação* por outro, um *memorando escrito* em alguns casos e suas *considerações*”<sup>3</sup>, mas que essa descrição ainda é incompleta, em razão de conceitos vagos, como “oferta”, “aceitação”, “memorando” e “considerações”, o que vai demandar ainda outras considerações, uma vez que “embora necessárias [as condições], não são sempre suficientes” e ainda se deve verificar “o que pode

<sup>1</sup> Sobre a adequação da tradução de *defeasibility* para derrotabilidade adotamos a explicação de Gavião Filho e Prevedello, os quais fazem um breve cortejo da tradução desse termo para o português, que está em consonância com outras línguas latinas. Cf. Gavião Filho e Prevedello (2019, p. 3).

<sup>2</sup> Segundo Gavião Filho e Prevedello (2019, p. 6), David Ross, no livro *The right and the good*. Oxford: Clarendon Press, 1930, falava da ideia de representação de deveres e obrigações *prima facie* questionando as ideias de deveres absolutos de Kant, com o qual se pode fazer uma primeira noção de derrotabilidade, sem fazer menção ao termo.

<sup>3</sup> No original: “[...] there are positive conditions required for the existence of a valid contract, i.e., at least two parties, an *offer* by one, *acceptance* by the other, a *memorandum* in writing in some cases and *consideration* [...]” Tradução de Gavião Filho e Prevedello (2019, p. 5). Cf. o original escrito por Herbert Hart (1948-1949).

derrotar uma pretensão de que há um contrato válido, ainda que estas condições sejam satisfeitas.”<sup>4</sup>

Com a expressão “a menos que” (*unless*), Hart (1949, p. 175) aborda à discussão o uso do termo “defeasibility”, como aquele que representa essa ideia

[...] 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.<sup>5</sup>

Embora ainda não fosse expresso naquela época (o que ficou claro com o livro de 1961 – *O Conceito de Direito*), Hart já buscava demonstrar que a principal fundação dos conceitos na linguagem ordinária não seria a descrição, mas a *adscrição*, ou seja, o uso da linguagem na atribuição de responsabilidades (GAVIÃO FILHO; PREVEDELLO, 2019, p. 3). Em resumo, Hart estava preocupado com verbos de ação que denotam acusação, atribuição de responsabilidade, reivindicação, admissão e julgamento, o qual, no primeiro momento não descreve, verdadeiramente ou necessariamente, o fato como ocorreu, podendo haver circunstâncias a justificar ou afastar a responsabilidade.

Ainda nesse artigo, Hart (1949) formula sua concepção com dois conjuntos de teses bases, que faz a distinção entre as duas circunstâncias as quais se relacionam com a maneira que os juízes devem decidir. A primeira, os elementos da lei exigidos são condições necessárias (“P”) para uma decisão (a favor) do demandante e esses elementos devem estar presentes para que a decisão seja corretamente decidida. A segunda, é que há, também, circunstâncias – defesas ou exceções (“D”) – que colocam o caso sob alguma exceção reconhecida. Numa forma desse raciocínio, podemos dizer, a prova de “P” é necessária, mas por causa de “D”, não é suficiente (pode até ser, mas não necessariamente).

Sobre o conceito de derrotabilidade, pode-se afirmar que se trata de possibilidades implícitas que podem levar à superação por certas circunstâncias (de raciocínio, de apresentação de novos fatos, de comparação entre teorias, entre outras) que podem derrotar uma solução já exposta em uma regra legal.

Segundo Fernando Andreoni Vasconcellos (2013, p. 81),

<sup>4</sup> No original: “[...] although necessary, are not always sufficient and he has still to learn what can defeat a claim that there is a valid contract, even though all these conditions are satisfied.” Tradução de Gavião Filho e Prevedello (2019, p. 5).

<sup>5</sup> No original: “[...] used of a legal interest in property which is subject to termination or “defeat” in a number of different contingencies but remains intact if no such contingencies mature. In this sense then, contract is a defeasible concept.” Tradução de Gavião Filho; Prevedello (2009, p. 5).

A derrotabilidade é um termo jurídico que indica a possibilidade de que certo preceito jurídico possa ser superado em circunstâncias especiais. O conceito tradicional de derrotabilidade atrela-se à ideia de que os preceitos jurídicos possuem exceções implícitas, não previstas de antemão, as quais são capazes de afastar a solução normativa fornecida pelo ordenamento.

Assim, pode-se dizer que a derrotabilidade expressa a ideia de que é impossível estabelecer todas as condições necessárias e suficientes para que seja possível resolver um caso ou uma questão, porque nenhum conjunto de condições será suficiente para resolver todos os casos sob albergue de uma regra nem poderá fixar uma decisão correta previamente fixada. Sempre haverá abertura, explícita ou implícita, para novas circunstâncias a possibilitar a não aplicabilidade da regra e de suas consequências.

Por fim, neste tópico, ainda é importante mencionar que, conforme Gavião Filho e Prevedello (2019, p. 17), para alguns Hart teria abandonado esse conceito de derrotabilidade em *O Conceito de Direito*, em 1961, porque não retoma esse conceito expressamente nas discussões tratadas em sua obra fundamental. Para outros, como Wagner Arnold Fensterseifer (2018, p. 453), a questão seria de foco, porque o caráter adscritivo da linguagem, bem como a textura aberta da linguagem, não demanda, necessariamente, a utilização da derrotabilidade como instrumento do direito, mesmo que ele ainda continue a abordar esse instituto. Parece-nos que a segunda explicação é mais adequada, porque o fato de não tratar no seu livro *O Conceito de Direito* sobre a derrotabilidade não significa que a importância desse conceito e de sua aplicação não seja relevante, mas apenas que o campo de atuação é diferente da textura aberta da linguagem, que abrange outras discussões, que não apenas a existência de exceções derrotadoras.

## **2.2 Pensamento falibilista e a derrotabilidade nas ciências jurídicas**

O pensamento falibilista, pode-se logo afirmar, é uma das bases da ideia da derrotabilidade, uma vez que ao assumir que todo conhecimento é provisório, sujeito ao falseamento. O pensamento derrotável se sustenta igualmente nessa ideia de que a conclusão sempre está aberta à contestação de fatos não revelados ou de condições normativas ou valorativas não trazidas à discussão.

O falibilismo, conforme Karl Popper (2004, p. 16), aplica-se ao conhecimento científico, porque construímos nossas teorias a partir de problema, do qual surgirá uma hipótese para, através do método de tentativa e erro, tentarmos encontrar uma solução. Se a

solução encontrada não traz um resultado apropriado, é logo abandonada, mas se o contrário traz uma solução que resiste às críticas, prevalecerá enquanto não houver uma explicação melhor. Disso surgirão novos problemas, que demandarão novas hipóteses como proposta de solução, a serem testadas novamente, de modo que haverá uma “seleção natural” das teorias.

Esse é o raciocínio que se aplica ao conhecimento das ciências explicativas, ou seja, das ciências naturais como a física, biologia, química, entre outras, e também deve ser aplicado às ciências sociais, como defende Aftalión, Vilanova e Raffo (2004, p. 13). As ciências sociais, ao contrário das ciências naturais, são ciências compreensivas, que não explicam um fenômeno, mas buscam o questionamento e não a observação, demandam a interpretação e não a mensuração, bem como exigem a compreensão, não a explicação. Nas ciências sociais propõe-se, portanto, a possibilidade de falseamento dessa compreensão e dessa interpretação.

Duas questões, então, impõem-se, quando se consideram as ciências jurídicas como parte das ciências sociais: primeiro, sendo seu objeto composto por normas, se estas são falseáveis e, por consequência do que se sustenta neste artigo, se são derrotáveis? E segundo, assumindo-se que nas ciências jurídicas não é possível se afastar o estudo dos valores sobre fatos ou normas, se os valores são falseáveis e também derrotáveis?

Quanto à primeira questão, se é possível aplicar o pensamento falibilista sobre as normas, não há grandes divergências, como afirma Hugo de Brito Machado Segundo (2016, p. 57), que sustenta ser plenamente possível o falseamento ao se fazer afirmações sobre normas.

Primeiramente, na base dessa resposta, tem-se que quando se estuda o Direito, deparamos com as realidades institucionais (MACHADO SEGUNDO, 2016, p. 64), criadas pela linguagem e pela interação humana, e nisso a necessidade do estudo das normas que também têm parte constituída pela linguagem que formam os textos normativos. Essas normas não somente são estudadas à luz dos fatos, mas também de considerações valorativas, seja porque foram considerados esses valores pelo legislador no momento de sua elaboração, seja porque há necessidade de serem esses valores usados pelo legislador naquele momento considerados também pelo intérprete no momento da aplicação, ou mesmo outros valores não previstos na criação das normas pelo legislador, que surgem sua na aplicação no caso concreto.

Decorrente disso, portanto, pode-se afirmar que a linguagem tem um papel central nessa construção, porque há o abandono crescente da visão de que o texto de norma represente uma realidade independente do intérprete e da linguagem, bem como na assunção

de que essa realidade é traçada em três planos distintos no âmbito da própria linguagem: o sintático, o semântico e o pragmático.

No nível sintático, é possível ficar apenas no plano da lógica (das estruturas formais da linguagem), sem discutir nenhuma correlação com o mundo. No entanto, no nível semântico e pragmático, a vinculação do texto com a realidade é inevitável, a ponto de que ao assumirmos a virada linguístico-pragmática, não podemos nos afastar das conclusões de que as proposições devem ter relação com a verdade (mundo objetivo) e também na comunicação pelas expressões linguísticas, pelo uso ou pela ação.<sup>6</sup>

Nessa nova configuração que ainda experimentamos seus efeitos práticos e teóricos, a interpretação não mais se confina em argumentos lógicos e passa a não utilizar apenas raciocínios dedutivos e indutivos para a solução dos casos, utilizando-se também outras formas de abordagem dos problemas jurídicos, como o raciocínio abduutivo que fundamenta a abordagem pela derrotabilidade.

Henry Prakken e Giovanni Sartor (2003, p. 5) sustentam, igualmente, que é possível aplicar a derrotabilidade ao raciocínio jurídico, e também às normas jurídicas, seja em razão do falibilismo, seja na concepção acima exposta do pensamento de Hart. Pelo falibilismo, deve-se ser capaz de formar crenças sobre questões legais, ou seja, criar teorias sobre o que ocorreu, porque o conhecimento jurídico é limitado e assim não é possível estar ciente de todos os fatos ou de todas as circunstâncias do caso, bem como de todas as questões que as regras e princípios podem abranger, de todos os conceitos legais relevantes para aquele caso.

Já pela abordagem de Hart, como visto na descrição acima de sua teoria, em razão do caráter adscritivo das regras, bem como pela impossibilidade de prever todas as exceções, é possível usar a derrotabilidade em regras. Mas não apenas em relação a regras, mas também a princípios, aplica-se o raciocínio derrotável, de modo que as normas singulares (regras) e princípios legais, quando aplicados aos fatos, irão fornecer apenas conclusões jurídicas *prima facie* (PRAKKEN; SARTOR, 2003, p. 5).

Assim, as regras e princípios devem ser vistos, não apenas como normas para o caso concreto, mas como justificativas de modo que, quando outras justificativas antecedentes estiverem presentes, devem suportar conclusões derivadas dessas regras ou princípios. Ou seja, baseadas em formulações de Stephen Toulmin, “consistem em cadeias de warrants levando a conclusões legais” (PRAKKEN; SARTOR, 2003, p. 5).<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Cf. OLIVEIRA, 1996.

<sup>7</sup> Tradução livre. Cf. TOULMIN, 2001.



Com base no modelo Toulmin, as regras e princípios serão considerados *warrants* que irão suportar ou garantir uma inferência. Contudo, essas conclusões podem ser derrotadas e afastadas a partir de novas inferências, que levam a novas conclusões. Além disso, nada impede que com uma nova exceção apresentada (um novo derrotador), as conclusões anteriores não possam ser restabelecidas, desde que o argumento utilizado seja mais forte que o anterior, e possa assegurar a conclusão recuperada. Sempre em razão de novas inferências, se surgem conclusões mais fortes, há a derrota da conclusão anterior, ainda que para restabelecer outra anterior ainda.

Sobre o segundo questionamento, dentro do pensamento falibilista aplicado às ciências sociais, não há dúvida de que também os valores influenciam nossas escolhas em todos os campos e, logo, também vão influenciar nosso objeto de aprofundamento. Assim, não se pode afastar que os valores influenciam a ciência, ainda que se diga que a escolha foi avaliativa, porque não se baseou em valor algum. Ora, afirmar que a escolha é avaliativa já é uma forma de escolha partindo de alguns valores próprios, ainda que inconscientemente.

Discutir o falseamento ou a derrotabilidade de valores é também discutir essa possibilidade no campo da moral. Prakken e Sartor (2003, p. 1) trazem como uma das faces da derrotabilidade<sup>8</sup>, a face baseada em inferência e nela, a derrotabilidade em raciocínio moral. Com base nos escritos de David Ross e John Pollock, sustentam Prakken e Sartor, que é plenamente aceitável também sustentar a derrotabilidade de questões morais. Primeiro, conforme expõem, qualquer ato tem muitos aspectos a serem considerados e nós não temos capacidade de se pronunciar diretamente sobre a correção ou erro levando em consideração a totalidade desses aspectos. Assim, somente quando consideramos aspecto por aspecto é que podemos chegar uma concepção de um julgamento sobre a totalidade da natureza da questão (PRAKKEN e SARTOR, 2003, p. 2). Assim, as nossas concepções morais serão sempre, na análise de um caso, concepções *prima facie*, que podem ser afastadas no caso concreto, em detrimento de outra concepção moral.

Por outro lado, no campo das ciências jurídicas é preciso aduzir que não se trata apenas de valores positivados, os quais para os positivistas desde longa data já são, na verdade, valores objetivados, como são os direitos fundamentais expostos nas diversas constituições, inclusive na nossa Constituição federal de 1988 (MACHADO SEGUNDO,

---

<sup>8</sup> Segundo Henry Prakken e Giovanni Sartor, são três os tipos de derrotabilidade: (i) a derrotabilidade por inferência (ii) da derrotabilidade por processo e (iii) a derrotabilidade de teorias. Para os doutrinadores, somente com a integração dessas três abordagens, é possível compreender a derrotabilidade no raciocínio legal.



2014, p. 254). Disso não há dúvida da possibilidade de estudo e, portanto, da possibilidade de falseamento.

O que se deve discutir também é se os valores não positivados em textos constitucionais ou em textos legais poderiam ser objetos de estudo e em qual medida seriam considerados objetivos nesses estudos e ao serem utilizados para aplicação de normas a fatos.

Machado Segundo (2014, p. 245) afirma que os valores não são tão subjetivos assim, que o “certo” e o “errado” é plenamente discutível, tanto que as pessoas discutem sobre a assertividade de um valor moral, fato que não ocorre em questões de gosto pessoal.

E salienta o autor, que

Ainda quanto a esse eventual desacordo moral, dois aspectos devem ser lembrados, antes de invocá-lo como causa para uma suposta “acientificidade” do estudo dos valores *i)* há desacordo, também, no âmbito das ciências naturais, o que tampouco é causa para se lhes negar a “cientificidade”; *ii)* se se admitir que, porque existem sociedades que alimentam valores diferentes, *devem* existir sociedades que alimentam valores diferentes, estando “todas corretas”, se está implícita e contraditoriamente elegendo um valor universal (a tolerância), e, ainda, extraíndo um “dever ser” de um “ser”, incorrendo-se portanto na falácia naturalista denunciada por David Hume. Não que não se possa defender a *necessidade* de um relativismo axiológico: o que não se pode é fazê-lo com amparo na mera existência factual dele. Os valores, portanto, podem ser objeto de juízos passíveis de discussão intersubjetiva e falibilista, o que permite uma melhor abordagem dos valores subjacentes às normas atualmente em vigor (que Kelsen rotula de “valores objetivos”), que justificaram sua elaboração e têm sua promoção, direta ou indiretamente, por elas determinada. (MACHADO SEGUNDO, 2014, p. 256-257).

Pode-se afirmar, portanto, que normas e valores também são falseáveis, permitindo-se uma comparação entre si e, como decorrência, a possibilidade de derrotabilidade de uma norma por outra, de um valor por outro, quando houver conflito não expresso na própria norma, por exemplo, ou quando se revela importante a consideração de um valor numa situação concreta.

Por último, o falibilismo e a derrotabilidade aplicam-se, igualmente, à comparação de teorias jurídicas. Karl Larenz (1997, p. 640 e 642) defende que as teorias jurídicas, tais quais as teorias nas ciências naturais, com base em Popper, podem ser comparadas, e, também, podem ser falseadas, seja na comparação entre duas teorias em suas integralidades, seja na comparação entre partes de teorias que se tocam, sem que isso inviabilize a comparação. E, mais, segundo Larenz, as teorias jurídicas não devem “explicar”, mas tão somente tornar claras as conexões jurídicas, ou seja, as conexões entre proposições jurídicas ou conteúdos de regulação mais extensos no sistema que seja isento de contradição lógica ou valorativa.

Igualmente, Prakken e Sartor (2003, p. 13) defendem a derrotabilidade baseada em teorias, que resulta na avaliação e escolha entre teorias concorrentes ou entre partes de teorias que explicam e sistematizam as informações de entrada desses sistemas.

Conforme esses autores, a comparabilidade entre teorias não será apenas entre duas subteorias destacadas na teoria, mas pela comparação na teoria  $A^1$  através da retirada de uma subteoria ( $S^1$ , pertencente a  $A^1$ ) para inserir em seu lugar na teoria  $A^1$  outra subteoria ( $S^2$ ), fazendo uma mudança na teoria  $A^1$ , ou seja, dando origem a uma nova teoria ( $A^2$ ). Na verdade, os autores falam em superar esse modelo – de comparação de  $S^1$  e  $S^2$ , porque as teorias jurídicas são derrotáveis, não havendo necessidade de anular as regras ou princípios derrotados, apenas com a atualização de uma teoria consistente por uma nova teoria consistente (PRAKKEN; SARTOR, 2003, p. 13).

Partindo disso, e mesmo em situações em que as novas informações derrotam regras ou princípios no sistema jurídico, sem excluí-los, parecendo caótico o sistema, é possível defender que a comparação requer um sistema desenvolvido para demonstrar qual teoria é mais coerente, com a comparação da teoria como um todo, substituindo-se apenas parte da teoria (subteoria 1) outro parte (subteoria 2).

Esse modelo é compatível com a adoção da ponderação e do balanceamento entre princípios e também utilização da comparação de explicação para fatos, com adição de questões valorativas, fazendo com que haja um ajuste dinâmico quando acrescentadas novas informações. Deve-se permitir, sem perda da consistência da explicação e a depender do acréscimo de novas informações, a construção de teorias com as quais se possam fazer comparações sem abandonar a teoria completa, mas apenas na adequação dessas informações ao todo, visando à solução do problema.

Segundo Prakken e Sartor (2003, p. 14),

Devemos construir representações da lei (nossas teorias legais) pelo uso (somente) de materiais que acreditamos ser útil (ou necessário) em tal construção. Cada um dessas representações pode (e deve realmente) incluir informação conflitante (e, portanto, inconsistente logicamente), quando isso é apropriado, mas deve, no entanto, providenciar um quadro adequado para um raciocínio jurídico e para a solução do problema.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Tradução livre: We should build our representations of the law (our legal theories) by using (only) the materials that we believe to be useful (or needed) in such a construction. Each one of those representations may (and should indeed) include conflicting (and therefore logically inconsistent) knowledge, when this is appropriate, but it should nevertheless provide an adequate framework for legal thinking and problem solving.

De fato, quando se busca utilizar esse modelo de raciocínio utilizando o modelo falibilista de comparação de teorias, ao se acrescentar novas informações (que derrotam conclusões anteriores), não há necessidade de afastar a teoria completa anterior, mas de fazer os ajustes nessas novas informações a fim de levar a uma solução para o caso no estágio final do procedimento.

O que Prakken e Sartor (2003, p. 15) trazem é um modelo de comparação de teorias, com a utilização da ideia de coerência, extraída das explicações de Peczenik<sup>10</sup>, a partir do qual se passa a construir teorias alternativas visando à comparação com as outras versões (teorias) apresentadas, fazendo vencedora aquela parte que tenha uma teoria mais coerente.

Assim, em síntese de constatação, é possível concluir que tanto o pensamento falibilista é aplicável às ciências jurídicas, donde se pode falsear não somente questões de fato, mas também as questões normativas e valorativas, que compõem os ângulos de análise de qualquer fenômeno jurídico, conforme a moderna doutrina jurídica. Também, considerando as teorias jurídicas um aspecto mais amplo do fenômeno, porque busca explicar realidade composta em conexão de normas e valores dentro do sistema jurídico, é também possível comparar as teorias entre si, mesmo que seja parte de uma teoria com outra mais ampla, na busca de uma melhor teoria para explicar a realidade.

Noutro ângulo dessa mesma constatação, a derrotabilidade é aplicável na análise de fato, valor e norma, bem como na comparação entre teorias em geral e entre teorias e subteorias jurídicas, sendo relevante a sua utilização no campo das ciências jurídicas para fins de buscar soluções mais equitativas e justas, afastando-se do pensamento dedutivista e indutivista que nem sempre propiciam soluções adequadas à realidade do caso concreto.

### **3 DERROTABILIDADE E O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL**

Antes de discutirmos a derrotabilidade e ônus da prova, é importante expor a teoria da irredutibilidade na abordagem defendida por Luís Duarte d'Almeida (2015) sobre a tese defendida por Herbert Hart, que de uma maneira geral está relacionada à prova e, por consequência, ao ônus da prova.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Prakken e Sartor (2003, p.14) citam a ideia de coerência para Peczenik, em tradução livre: “Quanto mais as afirmações pertencentes a uma dada teoria se aproximam de uma estrutura de suporte perfeita, mais coerente é a teoria.” Nessa análise, também citam K. Lehrer, Paul Thagard e Alexy, na questão da coerência, Edward O. Wilson, quanto a consiliência, Dworkin, quanto a integridade.

<sup>11</sup> Cf. D'ALMEIDA, 2015.

### 3.1 A tese da irredutibilidade da derrotabilidade e sua relação com a prova<sup>12</sup>

Quando Hart abordou a derrotabilidade nos contratos, ele argumentou sobre a possibilidade de que ao se alegar exceções perante um tribunal, não haveria possibilidade de estipular nenhum conjunto de condições suficientes para um julgamento correto, porque em um caso as condições apresentadas podem ser suficientes para esse julgamento, mas a partir da expansão com novas informações, essas condições passam a não ser mais suficientes para o julgamento correto em outra situação, uma vez que presentes algumas exceções derrotadoras.

Dessa forma de expor a derrotabilidade que Hart apresentou, segundo Luís Duarte d'Almeida (2015, p. 5-6), surgiram duas interpretações<sup>13</sup>: a primeira, a interpretação incorporacionista, sustenta-se numa lógica dedutivista, que todas as condições previstas em lei (P) são condições necessárias positivas e que todas as exceções e defesas (D) devem ser reduzidas a condições negativas para a procedência de uma ação (Se P e não-D, a ação de ser julgada em favor do autor ou acusador)<sup>14</sup>. Nessa abordagem, condições positivas e negativas estão incorporadas (internamente) à regra. Por ela, somente são condições negativas aquelas hipóteses expressamente previstas como exceção à regra (ex. legítima defesa, em caso de assassinato ou o estupro como permissivo do aborto).

Duarte d'Almeida rejeita a versão incorporacionista (Se P e não-D), porque nessa versão há as condições *P* são condições necessárias ou positivas e as condições *D* são condições de suficiência ou condições negativas, sendo que se exige sempre a ocorrência de *não-D*, porque por mais diligente que o legislador seja ele nunca será capaz de trazer todas as exceções que tornem a regra justa. Exemplo dessa discussão é o aborto de feto anencéfalo, que expôs mais uma exceção ao crime de aborto, não prevista em lei<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Nesta primeira subseção, não se tem a pretensão, pelo escopo do próprio artigo, de expor teorias de prova no processo penal, nem mesmo sobre conceito desse instituto e sua aplicação no caso concreto, mas apenas a explanação sobre as condições necessárias e suficientes que se relacionam à prova desses requisitos de um crime e as condições derrotadoras existentes afasta os efeitos, mesmo presentes todos os requisitos.

<sup>13</sup> Ainda segundo Duarte d'Almeida, Hart teria formulado sua teoria com a seguinte ideia: “(T1\*) Os conceitos derrotáveis não podem ser definidos em termos de um conjunto de condições necessárias e suficientes.” (Tradução livre).

<sup>14</sup> O uso de P e D é extraído desses estudos de Duarte d'Almeida, que usa P como condições presentes na lei como requisitos a serem provados de um instituto. Um exemplo seria: Art. 121. Matar alguém. Penal: 6 a 12 anos. Os requisitos P seria, basicamente, “matar” e “alguém”. Já as condições derrotadoras expressas por D, seria, por exemplo, legítima defesa (condição expressa) ou outras condições não expressas que poderiam levar à absolvição do acusado.

<sup>15</sup> ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da

Como visto, nessa abordagem incorporacionista não seria possível sustentar exceções implícitas, porque todas as exceções devem ser explícitas já que delimitam o campo de atuação da regra ou do princípio (D'ALMEIDA, 2015, p. 138). Para os seguidores dessa tese, as exceções implícitas seriam contraditórias com a ideia de regra, porque como poderia uma exceção não prevista na lei derrotar, sem anular, uma regra que deve reger uma situação jurídica.<sup>16</sup>

A segunda interpretação da tese de Hart é de natureza não-monotônica ou não dedutivista e afirma que basta a presença das condições previstas em lei para a procedência (Se P, a ação de ser julgada em favor do autor ou acusador) e se houver a presença de D (exceções derrotadoras), isso leva a improcedência (Se P e D, a ação de ser julgada em favor do réu/acusado).

A tese não-monotônica que se contenta com uma versão inicial de interpretação da abordagem de Hart, segundo Duarte d'Almeida, também não é satisfatória para responder às questões da derrotabilidade das regras, porque não se pode confundir a necessidade de provar P, como uma condição necessária, como também não provar D como uma condição de suficiência para uma procedência de uma ação. Embora essa abordagem admita a derrotabilidade, como acréscimo de novas informações, ela exagera na exigência da prova das condições necessárias (P) e também ao sustentar que a ausência de qualquer exceção seja uma condição de suficiência (D) (D'ALMEIDA, 2015, p. 73-77).

Duarte d'Almeida (2015, p. 79) sustenta uma tese alternativa a essas duas, chamada de tese da irredutibilidade<sup>17</sup> na qual as condições necessárias existentes na lei (fatos P) devem ser provadas para a procedência de uma ação, mas as condições derrotadoras (fatos D) nem precisam estar presentes para a procedência nem são condições de suficiência para a procedência, mas essas condições derrotadoras se provadas levarão à improcedência de uma ação, desde que essa exceção D seja suficiente para afastar P e não seja inconsistente com qualquer P. Em resumo, esses fatos P e D são de ordens distintas, não podendo ser classificados como condições positivas (fatos P) e negativas (fatos D), nem como condições necessárias e suficientes, respectivamente, para a procedência, sob pena de inviabilizar a possibilidade de solução de diversos casos.

---

gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. (ADPF 54, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013 RTJ VOL-00226-01 PP-00011).

<sup>16</sup> Segundo Duarte d'Almeida, Frederick Schauer critica Hart sobre essa possibilidade de derrotabilidade de regras.

<sup>17</sup> É bom deixar claro que a tese de Duarte d'Almeida também é não-monotônica, porque não se limita a raciocínios dedutivos ou indutivos, mas a raciocínio abduativos, pelo que podem existir exceções explícitas e implícitas em regras, que a derrotam num caso concreto, sem anulá-la.

Essa versão de Duarte d’Almeida é um refinamento da versão de Hart, porque exige para a procedência, além da prova dos fatos que suporte à norma (P), que as exceções apresentadas no curso do processo possam derrotar P e ao mesmo tempo não seja inconsistente com P.

Vejam os exemplos já julgados na jurisprudência brasileira que podem trazer luzes a essas distinções. Em um caso julgado pelo Tribunal de Justiça de Rondônia<sup>18</sup>, admitiu a tese da derrotabilidade em caso de estupro de vulnerável, na qual foram apresentadas circunstâncias derrotadoras excepcionais. Em síntese extraída do voto do Relator Desembargador José Jorge Ribeiro da Luz, uma adolescente de 13 anos durante os anos de 2013 e 2014 manteve uma relação amorosa com um adolescente de 17 anos, os quais viveram maritalmente (união estável), e que a menor engravidou quando ainda tinha 13 anos e depois tiveram um filho resultado de relações sexuais consentidas pela menor e conhecidas pelos pais dela. Veja-se que nesse caso a norma penal que trata do estupro de vulneráveis<sup>19</sup> foi plenamente implementada, porque a vítima era menor de 14 anos, embora o adolescente pudesse ser enquadrado pelo Estatuto da Criança e Adolescente, isso não afastaria o crime, que seria qualificável como ato infracional. No caso, as circunstâncias derrotadoras foram o consentimento da família e a vontade dos dois de constituir família, que fizeram a norma ser derrotada, sem anulação.

Embora as condições previstas em lei (P) estivessem presentes (menor de 14 anos, relação carnal com ou sem consentimento), a situação derrotadora (D) foi provada e o acusado foi inocentado. Se pela tese incorporacionista essa alegação derrotadora D era condição necessária da regra penal, deveria estar explícita e prevista na norma penal e logo, não se poderia absolver o acusado. Já nas teorias não-monotônicas e na tese de Duarte d’Almeida, essa condição D não era condição necessária, mas apenas uma condição a afastar a aplicação da norma, quando presente através da prova.

---

<sup>18</sup> EMENTA: Estupro de vulnerável. Sentença absolutória. Recurso ministerial. Derrotabilidade da norma jurídica. Circunstâncias dos autos. Possibilidade. Namoro e posterior união estável. Gravidez. Relativização do conceito de vulnerabilidade. Necessidade. À existência de elementos que demonstrem, no caso concreto e excepcionalmente, uma exceção relevante, poderá a norma ser afastada, ainda que tenha preenchido seus requisitos necessários e suficientes para validade e aplicação. **Comprovado nos autos que as relações sexuais ocorreram de forma voluntária, resultante de relacionamento amoroso público, com conhecimento e consentimento da vítima e familiares, que evoluiu para união estável, da qual resultou gravidez e o nascimento de uma criança, é de se permitir a relativização da vulnerabilidade da vítima, ainda que não se entenda pela derrotabilidade da norma penal.** (Apelação 0000832-23.2014.822.0012, Rel. Des. José Jorge R. da Luz, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia: 1ª Câmara Criminal, julgado em 11/05/2017. Publicado no Diário Oficial em 26/05/2017.) Grifos nossos.

<sup>19</sup> Código Penal: Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

Contudo, para a versão não-monotônica, essa circunstância derrotadora pode significar a absolvição simplesmente pela presença dessa condição derrotadora (D), porque em havendo situação de excepcionalidade, que é o caso, a regra deve ser afastada.

Já na tese de Duarte d'Almeida, essa construção admitiria ainda um juízo de compatibilidade da exceção, de modo que a simples presença da condição não levaria à absolvição no caso exemplificado. Veja-se que para Duarte d'Almeida, há necessidade da prova de P (no caso foi provado o estupro), uma situação derrotadora D (o fato de ter havido conjunção carnal entre pessoas menores em união estável) e também a pertinência da exceção ao caso, porque se poderia fomentar a proteção da união estável, mesmo entre menores de 14 anos e punir o maior de idade (neste caso, um menor de idade 18 anos e ainda adolescente), quando da relação nasce outro menor, que também tem a proteção do direito.

Esse exemplo demonstra que a análise pela tese de Duarte d'Almeida torna o uso da derrotabilidade mais seguro para o ordenamento jurídico, porque incrementa uma análise de adequabilidade do afastamento da regra apenas em casos realmente excepcionais, sem que isso torne a regra inadequada à realidade geral ou que sua aplicação ao caso concreto surja uma situação de total injustiça, que faz da aplicação da regra uma pura exigência da legalidade estrita, sem observar se provoca mais injustiça ainda sua implementação.

### 3.2 A derrotabilidade e o ônus da prova

A aplicação da derrotabilidade ao tema do ônus da prova importa, inicialmente, saber qual a natureza do ônus, se de obrigação, dever ou faculdade. Isso é importante, porque a quebra de uma obrigação gera responsabilidade, ao passo que o não exercício de uma faculdade pode não ter como consequência nenhuma responsabilidade, nem mesmo processual.

Segundo Gustavo Badaró (2003. p. 171), em sua obra *Ônus da prova no processo penal*, o ônus da prova, por envolver poder e liberdade, é uma faculdade de quem o recebe por atribuição, que pode exercer ou não para que lhe seja entregue a proteção de um interesse juridicamente protegido. Não se trata de obrigação, que decorre de um dever, mas de uma faculdade que não obriga o exercício, mas apenas atribui a consequência do não exercício para quem for atribuído o ônus<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Não se pretende neste artigo fazer um aprofundamento sobre o ônus da prova, porque o objetivo é demonstrar que esse instituto é um do ponto em que é possível exercer o pensamento derrotável. Assim, para uma completa



O ônus da prova, fixada sua natureza de faculdade, relaciona-se ao pensamento por derrotabilidade tanto ao caráter dinâmico de um processo, como a um caráter estático. Isso porque, sua análise envolve uma das faces da derrotabilidade defendida por Prakken e Sartor, que é a derrotabilidade baseada em processo. Essa abordagem adota uma visão dinâmica, baseia-se no procedimento legal, o que é essencial no processo penal, porque não se pode prescindir de um processo para verificar se um ato é ou não crime, por exemplo (PRAKKEN; SARTOR. 2003, p. 8).

De acordo com esses dois autores, o raciocínio derrotável baseado em processo se sustenta em dois aspectos dos procedimentos legais: o aspecto estático das regras básicas do procedimento, incluindo a regra estática do ônus da prova e o papel das presunções, para resolver as primeiras obrigações das partes e o aspecto dinâmico do ônus da prova<sup>21</sup>.

Sobre o primeiro aspecto, o procedimento legal estabelece desde logo as “atitudes proposicionais” das partes, referente a quando uma reclamação (uma ação ou uma denúncia) deve ser questionada, contestada ou não contestada e quais suas consequências. Essa distribuição inicial tem relação direta com o ônus da prova e as presunções, porque gera as consequências para quem alega algo não prova.

Nicholas Rescher (2006, p. 14 e 16), a propósito, afirma que a presunção e ônus da prova são correlativos entre si porque estão imbricadamente coordenados em toda a extensão da investigação racional. Nessa correlação, a presunção e o ônus da prova assumem uma posição essencial na estruturação de um sistema jurídico, pois evitam que uma discussão seja realizada *ad infinitum*, estabelecendo, desde logo, uma presunção favorável a certos atores ou certos direitos de modo que, a partir desse ponto, cabe o ônus da prova a quem deseja desconstituir essa presunção estabelecida no sistema.

A utilização do ônus da prova e das presunções como pontos de partida de um procedimento tem correlação com a falibilidade do conhecimento, porque não é possível conhecer tudo sobre todos os aspectos de uma questão de fato, tampouco é possível estabelecer a origem do problema, sendo importante, portanto, fazer o recorte inicial, atribuindo o ônus da prova a uma das partes (geralmente o autor) e considerado esse ônus desincumbido ou não no momento do julgamento, para não permitir que o processo se estenda no tempo indefinidamente, em razão dos custos envolvidos.

---

compreensão desse instituto no direito penal e processual penal, no livro de Gustavo Badaró traz um aprofundado estudo sobre o tema.

<sup>21</sup> Deve-se deixar claro que não se trata aqui de atribuição dinâmica do ônus da provas, como hoje previsto no Código de Processo Civil brasileiro (art. 373, CPC), mas do caráter dinâmico do ônus da prova que demanda sempre um procedimento dialético entre as partes: aquela que alega e aquele que se defende, como argumento e contra-argumento, com prova e contraprova etc.

No processo penal, essa distribuição inicial já ocorre também em decorrência de outras imposições, como a presunção de inocência prevista na Constituição federal, que faz com que essa faculdade caiba inicialmente ao Ministério Público<sup>22</sup>, atribuindo-lhe também a iniciativa probatória de que o réu é culpado, cabendo ao réu apresentar as matérias de exceção e de defesa que julgue necessárias para afastar essas imputações, mas sem que lhe seja exigido provar a negativa do fato.

Mas também não é apenas nisso que tem importância a fixação inicial para iniciar a ação e arcar com o ônus disso decorrente, pois como afirmam Prakken e Sartor (2003, p. 9), deve-se levar em conta como o procedimento é legalmente regulado, como essa distribuição do ônus da prova é realizada, quanto ao que deve ser considerado provado ou não, a admissibilidade das evidências e contraevidências e as forças conclusivas de algumas evidências, conforme fixadas em lei. Além também, nessa mesma regulação, quais provas são admissíveis ou consideradas ilegítimas e a forma de produção dessa prova, para torná-la admissível, bem como quais argumentos devem ser aceitos, se o argumento é internamente aceitável, se o contra-argumento é admissível e se o argumento é dialeticamente aceitável, sobrevivendo à competição com os contra-argumentos.

Dessa última questão, extraem-se também as regras de julgamento e consideração dos argumentos, que se dirigem tanto às partes, quanto aos julgadores. Ou seja, além de ter grande relevância os argumentos e contra-argumentos que derrotam outros argumentos e contra-argumentos, ao adicionar a alocação do ônus da prova, as avaliações realizadas pelos julgadores são também argumentos sobre os argumentos e contra-argumentos fornecidos pelas partes. Como afirmam Prakken e Sartor (2003, p. 9):

Então, uma vez que a evidência tenha sido avaliada, a lógica (derrotável) entra em jogo: acabamos com uma coleção de argumentos, contra-argumentos e argumentos de prioridade, e se adicionarmos a isso a alocação do ônus da prova, podemos criar um jogo de argumento lógico se a reivindicação inicial é comprovada.<sup>23</sup>

Assim, inicia-se um jogo (processo interativo) de argumentos e contra-argumentos, com argumentos prioritários, quando se admite e se inicia um processo. É aqui que entra o

<sup>22</sup> Cf. Badaró (2003, p. 240), no aspecto subjetivo do ônus da prova, afirma: “Em suma, quanto ao ônus subjetivo, há *onus probandi* do Ministério Público, para que não sucumba em seu interesse em ver provada a tese acusatória. Na ação penal condenatória, embora em tese fosse concebível que o acusado tivesse sua atividade probatória balizada por ônus, diante do *in dubio pro reo*, ele jamais poderá ser prejudicado pela dúvida sobre fato relevante. O querelante tem o ônus da prova dos fatos invocados na queixa crime.”

<sup>23</sup> Tradução livre: So, once the evidence has been evaluated, (defeasible) logic comes into play: we end up with a collection of arguments, counterarguments, and priority arguments, and if we add to that the allocation of the burden of proof, we can compute with a logical argument game whether the initial claim is proven.

segundo aspecto da derrotabilidade baseada em processo, que trata do papel dinâmico do ônus da prova, ao estabelecer se uma parte apresenta um argumento, cabe à outra parte o contra-argumento, para derrotar as razões do argumento, fornecendo contra-evidências.

No aspecto dinâmico, a derrotabilidade envolve as três dimensões do acontecimento, ou seja, envolve a derrotabilidade sobre fatos, normas e valores. No Direito não mais se trabalha apenas a interpretação do texto da norma, mas a interpretação da própria norma e dos valores que a permeia, além dos fatos subjacentes, de modo que a derrotabilidade baseada em processo, amparada no ônus da prova, possibilita ao adversário questionar não apenas uma afirmação de um fato, mas a afirmação de qual sentido tem a norma e de qual valor prepondera na interpretação ou aplicação.

Duarte d’Almeida (2015, p. 89-92) nos auxilia nessa compreensão sobre o ônus da prova na discussão da aplicação do pensamento derrotável no processo penal. Para ele é um erro simplesmente afirmar que ao autor cabe o ônus de provar P e ao réu o ônus de provar D, já que outras possibilidades surgem se analisarmos bem essas atribuições.

Tendo em vista a afirmação de que “*Se P está provado e não está provado D, é correto decidir pelo autor*” (o que representa essa assertiva de repartição do ônus sobre provar P ao autor e D ao réu), é possível sustentar que embora caiba à acusação provar os fatos P e à defesa o ônus de provar D, isso não é suficiente, porque basta que P não esteja provado para que sequer seja necessário provar D, o que levar a outra formulação da assertiva acima: “*Se for provado que P, então (se não provado que D, então é correto decidir pelo autor)*”. Essa formulação deve ser dita separadamente, conforme Duarte d’Almeida (2015, p. 92) nos traz, para deixar claras as possibilidades:

- (25) É correto decidir pelo autor somente quando P está provado;  
mas também que
- (30) Se está provado que D, então não é correto decidir pelo autor,  
e também
- (31) É correto decidir pelo autor somente quando (P está provado e não é provado  
que D).<sup>24</sup>

Assim, veja-se que ao autor (acusação) cabe provar P e impedir (derrotar) que se prove D, enquanto ao réu cabe provar D (exceções), mas também afastar ou impedir a prova de P

---

<sup>24</sup> Tradução livre:

(25) It is correct to decide for the plaintiff only when P is proved,  
but also that

(30) If it is proved that D, then it is not correct to decide for the plaintiff,  
and so that

(31) It is correct to decide for the plaintiff only when (P is proved and it is not proved that D).

(derrotar as provas apresentadas pela acusação). Em resumo o ônus da acusação é (P estar provado *E* não está provado *D*), para a defesa o ônus é (nem P está provado OU está provado *D*).

Isso modifica sensivelmente o ônus do réu, que somente deve provar as exceções e defesas caso haja prova dos fatos cujo ônus é da acusação, ampliando a âmbito de defesa dos acusados, que podem agir estrategicamente, já que devem falar por último e isso possibilita utilizar as armas de forma a potencializar maiores chances de absolvição.

Com isso, pode-se perceber que a partir do momento que a acusação prova *P*, o ônus da prova sobre a alegação passa ao réu, que possa ser usada para desconstituir *P* ou tentar provar uma exceção *D*. Essa é uma primeira mudança no processo. E então, quando o réu levanta uma objeção contra *P*, derrotando-a, ou seja, prova uma exceção *D*, o ônus da prova, isto é, a obrigação de desconstituir *D* ou provar *P* volta à acusação.

Mas não se pode descuidar de que ao provar *P*, a acusação não tem mais ônus algum, porque se não for provado em relação da *D*, pelo réu ou para afastar *P*, a condenação será inevitável, de modo que ainda remanesce uma carga probatória significativa em desfavor do réu.

Claro que esse movimento não é infinito, como vimos, porque a distribuição do ônus já vem para estabelecer o início e final do procedimento, como no nosso processo penal, que fala que cabe a quem alega provar suas alegações.<sup>25</sup> Mas em termos de aplicação da derrotabilidade, o primeiro passo é a prova de *P*, que segundo Duarte d'Almeida nunca será prova suficiente da procedência (D'ALMEIDA, 2015 p. 94).

Por fim, também é importante deixar claro, mais uma vez, que o ônus não é uma obrigação, nem pode ser considerar o ato de provar algo ou requerer a prova, mas a mera faculdade de trazer a prova de *P*, como é da acusação, ou a prova de *D*, ou ainda, a prova derrotadora de *P* ou também de *D*.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> Código de Processo Penal Brasileiro: Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (...).

<sup>26</sup> Não tem este artigo escopo de distinguir ônus da prova de atividade probatória, nem de trazer as categorias de provas que aquele a que foi incumbido provar teria ao exercer a faculdade atribuída pelo ônus. Na verdade, busca-se apenas demonstrar que há um caráter dinâmico quando uma parte prova e exerce o ônus que a ele atribuído, passando à outra parte um novo ônus, não distribuído inicialmente, mas derivado dessa prova pela outra parte.

## 4 CONCLUSÕES

A derrotabilidade tem como base o falibilismo, complementando-o em razão da constatação de que não temos como ter certeza de uma verdade absoluta (ou uma verdade real), auxiliando em problemas cuja solução dada pelo raciocínio indutivo e dedutivo, típico da lógica tradicional, seria um entre dois extremos, ou por insuficiência da solução adotada ou por pura injustiça que fugiria do escopo da regra levada a efeito para a solução do problema.

Hart inicia esse profícuo debate sobre a derrotabilidade em 1949, em seu já citado artigo, discutindo o caráter adscritivo da linguagem e trata das exceções explícitas e implícitas, que podem levar a derrotar a regra, sem, contudo, produzir sua anulação. Em razão da própria vagueza e ambiguidade da linguagem, não é possível ao legislador prevê todas as hipóteses e exceções de aplicação de uma norma, abrindo ao aplicador da norma a possibilidade de exercer no momento da aplicação/interpretação uma situação derrotadora da regra, a fim de evitar uma verdadeira injustiça se prevalecer a aplicação das regras sem considerar essas circunstâncias excepcionais.

A derrotabilidade e o falibilismo aplicam-se às ciências jurídicas e seu estudo, no campo específico do direito processual, por exemplo, como no caso do ônus da prova, que se mostra relevante, porque em muitas situações como a exemplificada neste artigo podem levar a extrema injustiça, sacrificando outros bens jurídicos relevantes sem que isso assegure o bem jurídico protegido pela norma derrotada.

No aspecto da distribuição do ônus da prova, também é relevante o uso da derrotabilidade, porque leva as partes a um comportamento estratégico de sua atuação, podendo construir a acusação a depender das hipóteses derrotadoras que possam surgir, como também o comportamento do acusado pode depender inteiramente da ausência de prova da acusação, seja apresentando uma prova a desconstituir ou derrotar a existência da prova do crime, seja também a apresentando fatos derrotadores, mesmo não previstos em lei que tenham força suficiente a derrotar a adequação dos fatos ao tipo penal que sem essa prova desse fato excepcional a condenação seria inevitável.

Esperamos ter cumprido o escopo inicial, como exposição do essencial do que vincula derrotabilidade e falibilismo, este como base epistemológica raciocínio abduutivo, bem como pela apresentação de argumentos de que a derrotabilidade pode ser aplicada no direito processual penal, com a abordagem sobre o ônus da prova.

O campo de estudo, no Direito como um todo, e no Direito Processual Penal e Direito Penal, ainda está por ser explorado para a aplicação da derrotabilidade, mesmo que já haja

alguns bons estudos, é preciso trazer o debate para além da possibilidade de aplicação, como também na construção de modelos teóricos que permitam aplicar o pensamento derrotável especialmente para garantia da segurança jurídica.

## 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. **Introducción al derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.

BADARÓ, Gustavo H. R. I. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O discurso científico na modernidade: o conceito de paradigma é aplicável ao direito?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DAMÁSIO, António R. **E o cérebro criou o homem**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

D'ALMEIDA, Luís Duarte. **Allowing for Exceptions: A Theory of Defences and Defeasibility in Law**. New York: Oxford University Press, 2015.

FENSTERSEIFER, Wagner Arnold. A derrotabilidade da regra tributária. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, n.40, p. 443-468. 2018.

FOOT, Philppa. The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect in Virtues and Vices. *In: Oxford Review*, n. 5, 1967.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; PREVEDELLO, Alexandre. A derrotabilidade na teoria dos princípios. **Pensar - Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 24, n. 1, p.1-14, jan./mar. 2019. Fundação Edson Queiroz. <http://dx.doi.org/10.5020/2317-2150.2018.7501>. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/7501>>. Acesso em: 19 out. 2019.

HART, Herbert L. A. The ascription of responsibility and rights. **Proceedings of the Aristotelian Society**, n. 49, p. 171-194, 1948-1949. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/4544455?origin=JSTOR-pdf&seq=1>>. Acesso em: 12 out. 2019.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. 3.ed. Tradução de José Lamego, Lisboa: Calouste-Gulbenkian, 1997.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Contributions from neuroscience and biology to the philosophy of law. **UNIO - EU Law Journal**. Vol. 1, Nº. 1, July 2015, pp 40-54.

\_\_\_\_\_. Epistemologia Falibilista e Teoria do Direito. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro da Universidade de Lisboa**. Ano 3. 2014, n. 1, p. 197-260. Disponível em: <[http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/01/2014\\_01\\_00197\\_00260.pdf](http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/01/2014_01_00197_00260.pdf)>. Acesso em: 12 out. 2019.

\_\_\_\_\_. **O direito e sua ciência: uma introdução à epistemologia jurídica.** São Paulo: Malheiros, 2016.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do Direito: conceito, objeto, método.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea.** 4ª Ed. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

POPPER, Karl. **A lógica das ciências sociais.** Tradução de Estêvão de Rezende Martins. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

\_\_\_\_\_. **A vida é aprendizagem.** Epistemologia evolutiva e sociedade aberta. Tradução de Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 2001.

\_\_\_\_\_. **O Conhecimento e o Problema Corpo-Mente.** Organização de M. A. Notturmo. Lisboa: Edições 70, 2009.

PRAKKEN, Henry; SARTOR, Giovanni. **The three faces of defeasibility in the law.** Jun. 2003. Disponível em: <<http://www.cs.uu.nl/groups/IS/archive/henry/ratiojuris03.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2019.

RESCHER, Nicholas. **Presumption and the practices of tentative cognition.** Cambridge: Cambridge University Press. 2006.

SANTOS, José Francisco dos. **Realismo e falibilismo: um contraponto entre Peirce e Popper.** 2006. 118 f. Tese (Doutorado em Filosofia) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/11709>>. Acesso em: 10 out. 2019.

SCHAUER, Frederick, Is defeasibility an essential property of law? (October 12, 2008). In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni Battista (org.). **Law and defeasibility.** Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 77-88.

\_\_\_\_\_. On the supposed defeasibility of legal rules. **Current legal problems**, 51.1, 1998, p. 223-240.

TOULMIN, Stephen Edelston. **Os usos do argumento.** Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **Coerência e direito tributário.** 2013. 209 f. Tese (Doutorado) - Curso de Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1884/31766>>. Acesso em: 18 out. 2019.

\_\_\_\_\_. **O conceito de derrotabilidade normativa.** 2010. 132 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1884/18639>>. Acesso em: 23 nov. 2019.

*\*Submetido em 17 mai. 2020. Aceito em 09 jun. 2020.*