

DERROTABILIDADE DAS NORMAS-REGRAS (LEGAL DEFESABILITY) NO DIREITO DAS FAMÍLIAS: ALVITRANDO SOLUÇÕES PARA OS EXTREME CASES (CASOS EXTREMOS)

CRISTIANO CHAVES DE FARIAS*

Sumário:

1 A propalada bipartição das normas jurídicas: as regras e os princípios; 2 A inexistência de hierarquia normativa entre princípios e regras; 3 Os princípios e a ponderação de interesses (balanceamento) aplicada no Direito das Famílias; 4 A aplicação das normas-regras e a excepcional possibilidade de derrotabilidade (superabilidade ou *defeseability*) nos *extreme cases* (casos extremos); 5 A derrotabilidade das regras (superabilidade ou *defeseability*) nos *extreme cases* caracterizados no âmbito das famílias; 5.1 Derrotabilidade da regra que estabelece o impedimento matrimonial com base no incesto; 5.2 Derrotabilidade da regra que estabelece o direito real de habitação em favor do cônjuge ou companheiro sobrevivente; 5.3 Derrotabilidade da regra que estabelece a irrevogabilidade e irretroatividade da adoção; 6 Epílogo (à guisa de advertência); Referências.

“Mire, veja: O mais importante e bonito, do mundo, é isto: que as pessoas não estão sempre iguais, ainda não foram terminadas – mas que elas vão sempre mudando. Afinam ou desafinam, verdade maior. É o que a vida me ensinou. Isso que me alegrou montão.”

(GUIMARÃES ROSA, *Grande Sertão: Veredas*)¹

“Eu prefiro ser essa metamorfose ambulante do que ter aquela velha opinião formada sobre tudo...”

Eu quero dizer agora o oposto do que eu disse antes

Eu prefiro ser essa metamorfose ambulante...

Eu vou desdizer aquilo tudo que eu lhe disse antes

Eu prefiro ser essa metamorfose ambulante do que ter aquela velha opinião formada sobre tudo”.

(RAUL SEIXAS, *Metamorfose ambulante*, de Raul Seixas)²

* Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor de Direito Civil da Faculdade Baiana de Direito; Professor de Direito Civil do Complexo de Ensino Renato Saraiva – CERS; Mestre em Família na Sociedade Contemporânea pela Universidade Católica do Salvador – UCSal. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM.

¹ Escrito em 1956, *Grande Sertão: Veredas*, do mineiro JOÃO GUIMARÃES ROSA, é um dos mais relevantes livros da literatura lusófona. A título de curiosidade, em maio de 2002, o *Clube do Livro da Noruega* elegeu os cem melhores livros de todos os tempos, com um corpo de jurados composto por cem escritores de cinquenta e quatro diferentes países. *Grande Sertão: Veredas* foi o único livro brasileiro a integrar a lista dos cem melhores de todos os tempos do Clube do Livro da Noruega.

² *Metamorfose ambulante* integrou o disco *Krig-há Bandolo!*, lançado em 1973. O sucesso estrondoso

1 A propalada bipartição das normas jurídicas: as regras e os princípios

Há um certo consenso doutrinário³ (e, de certo modo, aceite também pela jurisprudência⁴), na contemporaneidade, de que as normas que compõem um ordenamento jurídico se bifurcam em normas-regras e normas-princípios, afastando a antiga visão de que os princípios teriam um papel meramente informativo (auxiliar ou aconselhativo).

De uma banda, os princípios⁵ são proposições genéricas que informam uma ciência. Sua base valorativa. Na conhecida expressão de ROBERT ALEXY, princípios jurídicos são “*mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”.⁶ Enfim, *são normas que determinam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro do contexto jurídico e real existentes.*

Em acréscimo, o constitucionalista alagoano THIAGO BOMFIM sublinha que “*os princípios que hoje povoam o imaginário do Direito representam, em verdade, valores supremos para a realização humana, com um fundamento ético*”.⁷

Com um simbolismo quase idílico, MARCOS JORGE CATALAN propõe uma compreensão dos princípios a partir de uma analogia:

“Imagine-se na base da Cordilheira dos Andes, prestes a escalar o Monte Aconcágua, mais alto pico da América do

pode ser detectado pela inserção do aludido disco na *Lista dos Cem Maiores Discos da Música Brasileira*, promovida pela revista *Rolling Stones*, em 2007, alcançando a décima segunda colocação, demonstrando o vigor e atualidade musical do cantor e compositor. Com vasto conhecimento na área da Sociologia, Filosofia, Psicologia e História (o que se percebe, facilmente, de suas letras), o compositor soteropolitano expõe, em *Metamorfose ambulante*, os fatos sociais estudados pelo francês fundador da Sociologia moderna, ÉMILE DURKHEIM. Após chamar os fatos sociais cotidianos de “*aquela velha opinião formada sobre tudo*”, Raul Seixas exterioriza uma visão de mudança (*metamorfose*), para demonstrar a necessidade de *não seguir, cegamente, os acontecimentos impostos ao cidadão pela sociedade*, de maneira suave e implícita na vida cotidiana. Absolutamente pertinente ao tema, agora, em estudo.

³ A respeito, pelo pioneirismo, faça-se alusão, dentre outros, às obras de CANOTILHO, J. J. Gomes, cf. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p.1.159; ALEXY, Robert, cf. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit., p.67-68; MIRANDA, Jorge, cf. *Manual de Direito Constitucional*, cit., p.224; CUNHA JÚNIOR, Dirley da, cf. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p.155.

⁴ No julgamento de interessante caso, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal aludiu, expressamente, à *força normativa dos princípios* (notadamente dos princípios constitucionais) para reconhecer “o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana” (STF, Ac.unân. 2ª T., RE 477.554 AgR/MG, rel. Min. Celso de Mello, j. 16.8.11, DJe 26.8.11).

⁵ Princípio deriva da linguagem geométrica, onde concerne às “*verdades primeiras*”, constituindo as premissas fundamentais de um sistema que se desenvolve *more geométrico*. Essa formulação é apresentada por PAULO BONAVIDES, que acrescenta, ainda, uma concepção de princípio oriunda da Corte Constitucional italiana, segundo a qual “se devem considerar como princípios do ordenamento jurídico aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas, que concorrem para formar assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico”, cf. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p.255-257.

⁶ ALEXY, Robert, cf. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 86.

⁷ BOMFIM, Thiago, cf. *Os princípios constitucionais e sua força normativa: análise da prática jurisprudencial*, cit., p. 61.

Sul.⁸ Superada a fase de preparação física, é essencial, para o sucesso do projeto, no mínimo, o material de alpinismo. Assim, principalmente nas escarpas e nas rotas negativas, a cada metro ou dois, será cravado na rocha um pino de sustentação, sem o qual a subida tornar-se-á deveras arriscada, pois, a qualquer momento, o alpinista pode desprender-se da rocha numa viagem fatal ao solo, empurrado pela força da gravidade. Princípios, assim, são fontes imediatas do direito na delicada operação de exegese do caso concreto que venha a ser submetido ao hermeneuta, que necessariamente deverá perpassar, em cada situação fática que se lhe apresente, por todo o sistema para que assim, por meio de uma análise axiológica sistemática, possa iniciar seu trabalho interpretativo com a certeza de atingir resultados seguros”.⁹

São, portanto, as bases sobre as quais se constrói o sistema jurídico.

Em outras palavras: constituem as proposições genéricas que servem de substrato para a organização de um ordenamento jurídico. Daí a sua indubitosa importância no estudo das ciências jurídicas. Com isso, não se pode olvidar que os princípios são *enunciados com força normativa* e, por força disso, tendem à produção de efeitos concretos, que emergem do garantismo constitucional, voltados, em especial, à valorização da pessoa humana e à afirmação de sua dignidade.

Hodiernamente, aliás, o estudo da principiologia ganha uma relevância ainda maior em razão do Texto Constitucional, que estabelece os princípios gerais interpretativos para todo o sistema, inclusive para as relações privadas (abrangidos, nessa toada, o contrato, a propriedade e a família).¹⁰

A outro giro, as *regras são relatos descritivos de condutas, com um conteúdo objetivo, certo e específico, a partir dos quais*, mediante uma atividade de verdadeira *subsunção*, haverá o enquadramento de um fato cotidiano à previsão abstrata na norma atingindo-se um objetivo (conclusão almejada pela regra).

De fato, distintamente dos princípios (que possuem uma *textura aberta*), as regras estabelecem soluções apriorísticas, a partir de uma *textura fechada*, prescrevendo um comando imperativo. Não há espaço, pois, para um balanceamento, tão somente para uma aferição da validade da regra em relação ao sistema jurídico como um todo.

Novamente com ALEXY, as regras “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer

⁸ Por curiosidade, registre-se que o Monte Aconcágua (cuja tradução indica um sentido de *sentinela de pedra*), situado nas proximidades de Mendoza, na Argentina, Terra da uva malbec, com 6.960,8 metros de altitude, é, a um só tempo, o ponto mais alto das Américas, no hemisfério sul, e o mais alto fora da Ásia.

⁹ CATALAN, Marcos Jorge, cf. *Descumprimento contratual*, cit., p. 37.

¹⁰ Sobre os princípios constitucionais e sua importância, inclusive para o Direito Civil, consulte-se RUY SAMUEL ESPÍNDOLA, *Conceito de princípios constitucionais*, São Paulo: RT, 1999, e MANOEL MESSIAS PEIXINHO, ISABELLA FRANCO GUERRA e FIRLY NASCIMENTO FILHO, *Os princípios da Constituição de 1988*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio".¹¹

São, portanto, mandados de definição – e não de otimização, qual os princípios.

Verticalizando, é de se notar que “toda regra pode ser apresentada como o resultado de uma ponderação de princípios”.¹² Por isso, a interpretação e aplicação de uma regra está sempre balizada pelos fundamentos dos princípios que inspiraram a edição dessa regra. Trata-se, notadamente, de um resultado determinado almejado pela regra, a partir da compreensão dos caminhos abertos pelos princípios.

E, talvez, por conta dessa determinabilidade *prima facie* das regras, tenha se pretendido submeter as regras a uma clássica assertiva, lacônica e objetiva: *an all or nothing*,¹³ isto é, na aplicação das regras valeria a máxima do *tudo ou nada*, significando que se a regra é válida (= compatível com o sistema jurídico, inclusive com os princípios norteadores daquela matéria), tem de ser aplicada efetivamente, mesmo que o resultado não seja razoável e socialmente adequado. Afinal de contas, uma norma-regra (com solução previamente definida) somente deixaria de ter aplicação concreta quando se mostrasse inválida – quando estivesse em rota de colisão com o sistema jurídico, aqui inseridos os princípios que lhe servem de norte para a edição e a aplicação.

Ilustrando o caminho até aqui pavimentado, pode-se exemplificar, no campo das relações familiares, com situações de fácil apreensão: ao estabelecer que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, o comando do art. 226 da Constituição da República consagra uma *norma-princípio* (notadamente o princípio da *pluralidade das entidades familiares*), uma vez que há uma indeterminabilidade em seu conteúdo, cujo preenchimento será *casuístico*; distintamente, ao estabelecer as proibições de casamento (impedimentos matrimoniais), o art. 1.521 do Código Civil¹⁴ estampa uma *norma-regra*, pois o seu conteúdo é *apriorístico*, já sendo possível antever o resultado a ser alcançado pela norma.

¹¹ ALEXY, Robert, cf. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p.90-91.

¹² BUSTAMANTE, Thomas, cf. “Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*”, cit., p.167.

¹³ A expressão foi originariamente cunhada por RONALD DWORKIN, em famoso ensaio datado de 1967 (*Is law a system of rules?*. In SUMMERS, Roberto – org. *Essays in legal philosophy*. Berkeley: University of California Press, 1968, p. 38-65), sugerindo que as regras sejam normas que precisam ser cumpridas no modo “tudo ou nada”. Isto é, as “regras são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional de subsunção: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão”, BARROSO, Luís Roberto, cf. *Interpretação e aplicação da Constituição*, cit., p.351.

¹⁴ Art. 1.521, Código Civil: “não podem casar: I – os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II – os afins em linha reta; III – o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV – os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V – o adotado com o filho do adotante; VI – as pessoas casadas; VII – o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.”

2 A inexistência de hierarquia normativa entre princípios e regras

Talvez por conta da dimensão axiológica, da abertura, da abstração e da indeterminabilidade dos princípios, vem se percebendo uma tentativa de diminuição da importância das regras para o sistema jurídico.

Já se chegou a afirmar, até mesmo, que “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. *A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos.* É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremediável a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”, consoante a lição de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO.¹⁵

O reconhecimento da força normativa dos princípios, no entanto, não pode servir para amesquinhar as regras, colocando-as em plano de inferioridade ou relegando-as ao desprezo.

A indagação exsurge naturalmente, em meio à festejada supervalorização dos princípios: haveria uma preferência normativa por um determinado tipo de norma (no caso, os princípios), decorrendo um tipo prevalecente de aplicação da norma (a ponderação de interesses)?

A resposta há de ser negativa.

Malgrado a indiscutível relevância e força normativa dos princípios, não se pode sugerir que o sistema jurídico é, preferencialmente, principiológico, e, tampouco, que é um modelo regulatório prevalecente. Efetivamente, o ordenamento brasileiro, partindo da *Lex Fundamentallis*, adotou um modelo normativo dicotômico, lastreado em princípios e regras, cada uma cumprindo função própria e vocacionada para um determinado objetivo.

Aliás, registre-se que, sob o ponto de vista quantitativo (e, por evidente, não qualitativo), o sistema brasileiro é mais *regulatório* do que principiológico. Bastaria verificar as normas contidas na Constituição da República para se concluir, com segurança e convicção, que há um volume muito maior de regras do que de princípios.¹⁶

Essa opção sistêmica por um maior volume de regras é consentânea com um ordenamento que trilha as pegadas do *civil law* (direito codificado), eliminando – ou, pelo menos, diminuindo – os problemas com a aplicação da norma, diminuindo um despotismo judicial e uma incerteza normativa.

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, cf. *Elementos de Direito Administrativo*, cit., p. 230.

¹⁶ “Embora ela contenha, no Título I, princípios, todo o restante do seu texto é composto de alguns princípios e muitas, muitas regras: o Título II (Direitos e Garantias Fundamentais), o Título III (Organização do Estado), o Título IV (Organização dos Poderes), o Título V (Defesa do Estado e das Instituições Democráticas), o Título VI (Tributação e Orçamento), o Título VII (Ordem Econômica), o Título VIII (Ordem Social), o Título IX (Disposições constitucionais gerais) e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias são compostos, basicamente, de normas que descrevem o que é permitido, proibido ou obrigatório, definindo, atribuindo, delimitando ou reservando fontes, autoridades, procedimentos, matérias, instrumentos, direitos. Em outras palavras, a opção constitucional foi, primordialmente, pela instituição de regras e, não, de princípios”, como vem advertindo a nossa melhor doutrina, ÁVILA, Humberto, cf. “Neonconstitucionalismo: entre a ‘ciência do Direito’ e a ‘Direito da ciência’, cit., p.4.”

As normas-princípios possuem um conteúdo aberto que cumprem a relevante função de oxigenar o sistema, a partir de um grau de abstração e indeterminabilidade. A outro giro, as normas-princípios estabelecem soluções prontas e acabadas, precisas para a vida em sociedade. *Inexiste, pois, dentro de um mesmo plano hierárquico, prevalência entre os princípios e as regras, cumprindo, cada uma delas, um papel específico e altamente relevante.*

Com a inexcitável lição de HUMBERTO ÁVILA: “as regras e os princípios desempenham funções diferentes, não se podendo falar, portanto, da primazia de uma norma sobre a outra”.¹⁷

Nessa linha de intelecção, a outra conclusão não se pode chegar: a norma-regra não é afastada, sumariamente, pela norma-princípio. “Os princípios não podem ter o condão de afastar as regras imediatamente aplicáveis situadas no mesmo plano. Isso porque as regras têm uma função, precisamente, de resolver um conflito, conhecido ou antecipável..., funcionando suas razões (autoritativas) como razões que bloqueiam o uso das razões decorrentes dos princípios (contributivas). Daí se afirmar que a existência de uma regra constitucional elimina a ponderação horizontal entre princípios pela existência de uma solução legislativa prévia destinada a eliminar ou diminuir os conflitos”.¹⁸

Com efeito, uma regra, estabelecendo uma solução específica e concreta para um caso específico e concreto, somente não será aplicada se estiver em rota frontal de colisão com o Texto Constitucional (controle de constitucionalidade) ou se o seu conteúdo discrepa dos princípios norteadores do sistema. Ou seja, somente não se aplica a regra quando se mostrar *inválida*. Em se tratando de uma regra válida – e, por conseguinte, compatível com a Constituição e com os princípios inspiradores do próprio sistema – não se mostra técnico ou razoável negar-lhe aplicação para promover a interpretação casuística de princípios em um caso específico já previamente valorado pelo legislador.

Volvendo a visão para o Direito das Famílias, pode-se antever a impossibilidade de afastar a incidência da regra que proíbe a bigamia (CC, art. 1.521),¹⁹ com o fito de, pretensamente, aplicar o princípio da multiplicidade das entidades familiares (CF, art. 226, *caput*).²⁰ No ponto, havendo uma específica regra no sistema jurídico (compatível com a Carta Constitucional e harmônica com os princípios norteadores da proteção familiar), não se pode invocar um princípio para negar a opção legislativa.²¹

E, em arremate, urge uma advertência: não se imagine com a leitura dessas linhas uma tentativa de desestímulo ou refreamento da força normativa

¹⁷ ÁVILA, Humberto, cf. “Neoconstitucionalismo: entre a ‘ciência do Direito’ e o ‘Direito da ciência’, cit., p.5.

¹⁸ Idem, *ibidem*.

¹⁹ Art. 1.521, Código Civil: “não podem casar: (...) VI – as pessoas casadas”.

²⁰ Art. 226, Constituição Federal: “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

²¹ Calha à perfeição as lúcidas palavras de Humberto Ávila: “os princípios constitucionais, no entanto, só exercem a sua função de bloqueio, destinada a afastar a regra legal, quando ela for efetivamente incompatível com o estado ideal cuja promoção é por eles determinada. O aplicador só pode deixar de aplicar uma regra infraconstitucional quando ela for inconstitucional ou quando sua aplicação for irrazoável, por ser o caso concreto extraordinário”, ÁVILA, Humberto, cf. “Neoconstitucionalismo: entre a ‘ciência do Direito’ e o ‘Direito da ciência’”, cit., p.6.

dos princípios. Ao revés, pretende-se a valorização dos princípios como normas abertas, de solução casuística e com relevante função no sistema. Tão somente não se pode ignorar que as regras se inclinam, em meio a uma sociedade aberta, plural e multifacetada, a desempenhar a função de estabilizar conflitos e reduzir incertezas e arbitrariedades.

3 Os princípios e a ponderação de interesses (técnica de balanceamento) aplicada no Direito das Famílias

A natural abertura e plasticidade das normas-princípios trazem consigo, como consectário lógico, a possibilidade do estabelecimento de conflitos entre diferentes princípios,²² quando de sua aplicação aos casos concretos.

Seguramente, os clássicos métodos hermenêuticos (critério da especialidade, da anterioridade e da hierarquia) se mostram insuficientes e pouco eficientes para dirimir tais colisões principiológicas, em razão do elevado grau de abstração, generalidade e indeterminação de cada um dos princípios em conflito.²³ E nessa ambiência surge, então, a *técnica de ponderação de interesses* para solucionar o entrelaçamento de diferentes normas-princípio, a partir de uma nova formulação.

Nessa arquitetura, a técnica de ponderação de interesses é uma verdadeira *técnica de decisão*, utilizada quando há colisão de princípios, importando, em nível prático, na superação à tradicional técnica de subsunção. Nesse ponto, bem explica MANOEL JORGE E SILVA NETTO, partindo da premissa de que os valores impressos em um sistema são heterodoxos e muitas vezes conflitantes, que “a clássica operação de subsunção (premissa maior = enunciado normativo; premissa menor = fatos; consequência = aplicação da norma ao caso concreto) não é satisfatória para desvendar a solução mais adequada para a hipótese, simplesmente porque o sistema constitucional torna possível a escolha por duas ou mais normas que são conflitantes entre si”.²⁴

Entenda-se: a ponderação dos interesses é uma técnica disponibilizada para a solução dos conflitos normativos, devendo ser sopesados para que se descubra qual dos valores colidentes respeita, com maior amplitude, a dignidade humana. Em linguagem simbólica, devem ser justapostas em uma balança imaginária as normas em conflito para que o princípio da dignidade

²² Explica DANIEL SARMENTO que “longe de se limitar à normatização esquemática das relações entre cidadão e Estado, a Constituição de 1988 espalhou-se por uma miríade de assuntos, que vão da família à energia nuclear. Assim, é difícil que qualquer controvérsia relevante no direito brasileiro não envolva, direta ou indiretamente, o manejo de algum princípio ou valor constitucional. A ponderação de interesses assume, neste contexto, relevo fundamental, não apenas nos quadrantes do Direito Constitucional, como também em todas as demais disciplinas jurídicas”, SARMENTO, Daniel, cf. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, cit., p.23.

²³ Destarte, a ponderação é uma técnica de decisão que se presta, portanto, para solucionar conflitos estabelecidos no caso concreto “que não puderam ser resolvidos pelos elementos clássicos da hermenêutica jurídica (semântico, lógico, histórico, sistemático ou teleológico) nem pela moderna hermenêutica constitucional”, nas palavras certeiras de ANA PAULA DE BARCELLOS, BARCELLOS, Ana Paula, cf. “Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional”, cit., p. 117.

²⁴ SILVA NETTO, Manoel Jorge e, cf. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 97-98.

da pessoa humana (espécie de “fiel da balança”) indique qual delas deve, em concreto, preponderar.²⁵ Daí se inferir que a ponderação de interesses é uma verdadeira *técnica de balanceamento*.

Encarnado em didático espírito, LUÍS ROBERTO BARROSO descreve a utilização da técnica de ponderação de interesses em três etapas distintas:

“Na *primeira etapa*, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas... A existência dessa espécie de conflito – insuperável pela subsunção – é o ambiente próprio de trabalho para a ponderação.... Na *segunda etapa*, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos... Assim, o exame dos fatos e os reflexos sobre eles das normas identificadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência. Até aqui, na verdade, nada foi solucionado, nem sequer há maior novidade. Identificação de normas aplicáveis e compreensão dos fatos relevantes fazem parte de todo e qualquer processo interpretativo, sejam casos fáceis, sejam difíceis. É na *terceira etapa* que a ponderação irá singularizar-se, em oposição à subsunção... Pois bem: nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso... Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio da *proporcionalidade*”.²⁶

Vale projetar a compreensão efetiva da técnica de ponderação de interesses a partir de um exemplo prático no campo familiarista.

Nas ações de investigação de paternidade, a formação da coisa julgada impediria a propositura de uma nova ação, após ter sido julgada improcedente a primeira demanda investigatória ajuizada, quando são descobertas novas provas? Trata-se de típico exemplo de colisão de princípios constitucionais. De uma banda, a coisa julgada e, lado outro, o direito à perfilhação. A partir

²⁵ Para DANIEL SARMENTO o método de ponderação de interesses explicita preocupação com o caso concreto em que eclode o conflito, “pois as variáveis fáticas presentes no problema enfrentado afiguram-se determinantes para a atribuição do ‘peso’ específico a cada princípio em confronto, sendo, por consequência, essenciais à definição do resultado da ponderação”, SARMENTO, Daniel, cf. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, cit., p. 97. Disso não discrepa FERNANDO GAMA DE MIRANDA NETTO: “a ‘lei da ponderação’ contém o seguinte enunciado: ‘o cumprimento de um princípio depende da importância do outro; o peso de um princípio não pode ser determinado de modo absoluto, pois o discurso apenas pode versar sobre os pesos relativos”, MIRANDA NETTO, Fernando Gama de, cf. *A ponderação de interesses na tutela de urgência irreversível*, cit., p.113.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto, cf. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, cit., p. 334-335.

da ponderação de interesses impõe-se colocar os princípios conflitantes em uma balança imaginária e buscar a solução que respeite, com mais vigor, a dignidade humana. Pois bem, dirimindo a questão, o Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento no sentido de que, ponderando os interesses, há de se permitir novas proposituras de ações perfilhatórias, com base em novas provas:

“(...) 2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo. 3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável. 4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos.”

(STF, Ac. Tribunal Pleno, RE 363.889/DF, rel. Min. Dias Toffoli, j. 2.6.11, DJe 16.12.11)²⁷

Não se imagine, entretantes, que a coisa julgada estaria amesquinhada ou reduzida em sua dimensão. Com a técnica de ponderação, um dos princípios colidentes terá a sua aplicação episódica e casuisticamente afastada, sem sofrer redução de relevância.

²⁷ Outra não é a orientação que emana do Superior Tribunal de Justiça: “Repetição de ação anteriormente ajuizada, que teve seu pedido julgado improcedente por falta de provas. Coisa julgada. Mitigação, doutrina. Precedentes. Direito de Família. Evolução. Recurso acolhido. Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível, nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido. (...) A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca, sobretudo, da realização do processo justo, ‘a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade’. Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum” (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 226.436/PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 4.2.02, in RSTJ 154:403).

Outro exemplo de ponderação de interesses diz respeito à admissibilidade da prova ilícita, cuja utilização, no processo, está vedada por força do inciso LVI do art. 5º do Texto Constitucional, segundo o qual *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*. A aplicação da técnica do balanceamento conduz, por mãos seguras, à admissibilidade excepcional da prova ilícita, sempre que o bem jurídico prestigiado sobrepujar o bem sacrificado, no caso, a privacidade. Dessa maneira, ilustrativamente, seria admissível a prova ilícita em uma ação de suspensão ou de destituição do poder familiar, protegendo integralmente a criança ou o adolescente (CF, art. 227).

Os princípios do Direito das Famílias, portanto, conquanto tragam consigo uma invidiosa *força normativa*, podem exigir uma ponderação (balanceamento) para a sua aplicação, em face de uma colisão estabelecida com outros princípios de idêntica altitude normativa. A técnica da ponderação de interesses exsurge, nesse cenário, como o mecanismo para concretizar uma efetiva solução para o caso.

4 A aplicação das normas-regras e a excepcional possibilidade de derrotabilidade (*superabilidade ou defeseability*) nos *extreme cases* (casos extremos)

Ao lado da indiscutível relevância dos princípios para o sistema jurídico, impõe-se registrar a importância das *normas-regras*.

Partindo da premissa de que *normas-princípios* e *normas-regras* são espécies do gênero *normas jurídicas*, é fácil perceber que o Direito Civil (e, via de consequência, o Direito das Famílias) está plasmado de ambas, com relevância invidiosa para a solução dos conflitos privados estabelecidos.

Reiterando-se, à exaustão, a inexistência de hierarquia entre os princípios e as regras, especialmente em face da ideia de *unidade da Constituição e das normas infraconstitucionais*, vale lembrar que o campo de atuação de cada um é distinto: os princípios possuem um grau de abstração elevado, diferentemente das regras, que trazem soluções apriorísticas, previamente concebidas; os princípios, por serem abertos, reclamam atuação interpretativa do juiz, enquanto as regras são aplicáveis diretamente; e, finalmente, os princípios exigem ponderação (balanceamento) para o caso de colisão, quando há um eventual entrelaçamento de princípios de mesma hierarquia, ao passo em que as regras são aplicáveis pelo sistema do “tudo ou nada” (*an all or nothing*), preconizado, de há muito, por RONALD DWORKIN.²⁸

Pois bem, no campo das relações privadas, por evidente, as *normas-princípios* e as *normas-regras* são aplicáveis com idêntica relevância prática e teórica, como sói ocorrer em qualquer outra seara da ciência jurídica. Se uma convenção de condomínio estabelece que os condôminos devem ser tratados com urbanidade e respeito, há o estabelecimento de um princípio. Por outro turno, se uma outra cláusula da convenção dispõe que a piscina somente pode ser utilizada até um

²⁸ Para maior aprofundamento, veja-se ALEXY, Robert, cf. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p.90-91.

determinado horário, indiscutivelmente, trata-se de norma-regra. E, como se pode notar, ambas com a mesma importância para aquela relação privada.

Vê-se, pois, que as regras possuem um *conteúdo simples, almejando um resultado determinado e um caráter de definitividade*. Mas, não se olvide que a regra não perde o contato com os princípios que serviram para fundamentá-la quando de sua edição: “toda regra jurídica pode ser apresentada como o resultado de uma ponderação de princípios feita pelo legislador”.²⁹ A norma-regra, portanto, deriva das opções ideológicas apresentadas pelos princípios, guardando compatibilidade.

Contudo, a *especificação e a determinabilidade da norma-regra* podem gerar inconveniências para a aplicação da norma jurídica. Isso porque *trazendo consigo soluções apriorísticas, as regras* (válidas e compatíveis com o sistema jurídico) *podem, eventual e episodicamente, se colocar em rota de colisão com os ideais almejados pelo sistema jurídico como um todo*.

Isso porque, conforme a elegante percepção de THOMAS BUSTAMANTE, “por mais que as regras estejam caracterizadas pela presença de um componente descritivo que permite a dedução (após sua interpretação) de um comportamento devido, elas *somente estão baseadas em um montante finito de informações e, apesar de isso não acontecer frequentemente, é sempre possível, pelo menos em tese, que informações adicionais tornem não-dedutíveis conclusões que o seriam na ausência dessas novas informações*”.³⁰

Aqui, visualiza-se o que denominarei *extreme cases* (casos extremos).³¹

São casos raros, de pouca ocorrência prática e de difícil solução jurídica e social. Não se confundem com os *hard cases* (casos difíceis), aludidos pela doutrina, mostrando-se ainda mais complexos estruturalmente e ainda mais escassos.³²

É o que MANUEL ATIENZA, jusfilósofo da Universidade de Alicante, na Espanha, preferiu chamar de *casos trágicos*, uma vez que somente podem ser solucionados se for excepcionado o ordenamento jurídico como um todo. Para estes casos, “*não existe uma resposta correta*”, e eles “*não podem ser decididos senão ferindo o ordenamento jurídico*”.³³

²⁹ PECZENIK, Aleksander, *apud* BUSTAMANTE, Thomas, cf. “Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*”, cit., p.157.

³⁰ BUSTAMANTE, Thomas, cf. “Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*”, cit., p.162.

³¹ Registro o imperativo agradecimento ao Professor Renato Salles, de Salvador(BA), que terminou inspirando o uso dessa nomenclatura.

³² A expressão *hard cases* foi utilizada por RONALD DWORKIN para designar os casos não cobertos por uma regra clara e específica, a determinar a sua solução (como devem ser decididos), DWORKIN, Ronald, cf. *Levando os direitos a sério*, cit., p.127. Entre nós, vem se emprestando a denominação para definir as situações para as quais “a dogmática não oferece solução unívoca imediata, dependendo de uma construção posterior, alicerçada em proposições que sejam juridicamente adequadas e admissíveis”, TAVARES, André Ramos, cf. *Direito Constitucional brasileiro concretizado: hard cases e soluções juridicamente adequadas*, cit., p.51.

³³ ATIENZA, Manuel, *apud* BUSTAMANTE, Thomas, cf. “Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*”, cit., p.163.

Para estes casos extremados é preciso delinear uma base de compreensão: não se trata de uma regra inválida (inconstitucional) ou incompatível com o sistema; ao revés, ela é válida e, *in these*, aplicável ao caso. Contudo, o seu comando normativo é incompatível com os contornos concretos do caso – que transcenderam e transpassaram o resultado almejado pela regra quando de sua elaboração pelo legislador. Enfim, a rara ocorrência da situação concreta faz com que a regra se mostre incompatível para incidir na hipótese.

A explicação de LUÍS ROBERTO BARROSO é clarividente: “há hipóteses em que a adoção do comportamento descrito pela regra violará gravemente o próprio fim que ela busca alcançar”.³⁴

E a técnica da ponderação de interesses, minudentemente vista alhures, não serve para a solução do problema. Aqui, não se trata de balanceamento de princípios, em face da existência de uma regra clara.

Surge, então, nessa arquitetura, com o intuito de emprestar efetiva solução para os *extreme cases*, a possibilidade de *derrotabilidade das regras*, também chamada de *superabilidade* ou *defeseability*.

Com a *derrotabilidade da norma-regra* é possível afirmar a impossibilidade de sacrificar os valores fundamentais almejados pelo sistema jurídico como um todo (e, também, pretendidos pela própria regra em específico), somente para promover a sua aplicação fria e insensível (subsunção) em um caso concreto.

Explica HUMBERTO ÁVILA, com precisão cirúrgica:

“Há casos em que a decisão individualizada, ainda que incompatível com a hipótese da regra geral, não prejudica nem a promoção da finalidade subjacente à regra, nem a segurança jurídica que suporta as regras, em virtude da pouca probabilidade de reaparecimento frequente da situação similar, por dificuldade de ocorrência ou comprovação”.³⁵

Também com clareza solar, a cátedra pioneira de THOMAS DA ROSA DE BUSTAMANTE:

“Pode haver razões para que se deixe de aplicá-las (as regras jurídicas) em certas situações especiais, o que permite sustentar que a incidência de uma norma sobre um caso concreto não garante sua aplicação (pois ela pode vir a ser excepcionada)... Muitas das condições para a aplicação do Direito (*background conditions*) permanecem implícitas (*unstated*), especialmente nos casos excepcionais onde a hipótese de incidência da norma é muito aberta em relação ao caso. Todo condicional jurídico está sujeito a exceções que surgem diante de um caso particular”.³⁶

³⁴ BARROSO, Luís Roberto, cf. *Interpretação e aplicação da Constituição*, cit., p.356.

³⁵ ÁVILA, Humberto, cf. *Teoria dos princípios*, cit., p.117.

³⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de, cf. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*, cit., p.476.

Suplanta-se, assim, o “modelo ‘tudo ou nada’” (*an all or nothing*) de aplicação das normas-regras.³⁷

Equivale a dizer: é possível uma decisão judicial individualizada e específica, *superando a norma regulatória*, para homenagear os valores existenciais do sistema jurídico (e que, em última análise, são perseguidos, com toda convicção, pelas próprias normas-regras aludidas). É como se a norma-regra contivesse uma cláusula implícita em seu âmago, estabelecendo a sua obrigatória aplicação, “*a menos que*” uma situação extraordinária se concretizasse.³⁸

Com isso, será possível fazer justiça no caso concreto, através do levantamento episódico e concreto da regulamentação decorrente de uma norma-regra (afastamento pontual da norma de regência), buscando uma fundamentação condizente com um ideal de *justiça social* (CF, art. 3º).

Até mesmo porque, cuidadosamente analisando, excepcionar a aplicação da norma-regra em um determinado caso *sub examine* pode se justificar em nome dos próprios valores perseguidos pelas regras – que serão episodicamente superadas, permitindo uma decisão paradigmática e referencial para os casos similares.

Sublinhe-se, por oportuno, que a *derrotabilidade é da norma-regra e não do texto normativo*. Até mesmo porque não se pode confundir o texto normativo com a norma estabelecida: um único texto pode conter diferentes normas e as normas, por seu turno, podem emanar de diferentes textos.

No direito inglês já se encontram precedentes judiciais, admitindo, expressamente, a tese da superabilidade.³⁹

Entre nós, em nível de precedente vertical, nota-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, embora sem utilizar a expressão *derrotabilidade*, já teve ensejo de admitir a superação episódica de uma norma regulatória, apresentando solução casuística específica, determinando o trancamento de uma ação penal.⁴⁰ Noutro *extreme case*, o Pretório Excelso deliberou com clareza

³⁷ Sobre o assunto, inclusive com estas referências, veja-se a feliz síntese de LENZA, Pedro, cf. *Direito Constitucional Esquemático*, cit., p. 150.

³⁸ HART, Herbert. *O conceito de Direito*. Tradução A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

³⁹ No caso “R. vs National Insurance Commissioner ex p. O’Connor” (1981 All E.R., 770), uma viúva que foi condenada por homicídio culposo do marido, não fez jus aos benefícios previdenciários deixados por ele, embora inexistisse na legislação de regência uma previsão expressa para a exclusão do benefício. No caso, criou-se uma solução para reconhecer que, embora a legislação aludisse, tão só, ao crime doloso, não se poderia “dar sustentação a direitos originados de ilícitos criminais praticados por seu titular (sem distinguir crimes dolosos ou culposos)”, BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de, cf. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*, cit., p.478.

⁴⁰ “O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 7.703/PE (DJU 11.9.98, rel. Min. Marco Aurélio), considerou ser essa a hipótese e afastou, no caso concreto, a aplicação do art. 1º do DL 200/67 para conceder a ordem e trancar uma ação penal proposta contra ex-Prefeita. A questão era a seguinte. Determinado município contratou, sem concurso público, um gari por cerca de nove meses; posteriormente, o gari ingressou na justiça trabalhista exigindo um conjunto de direitos. A reclamação foi julgada improcedente pelo Juízo Trabalhista, que acolheu a alegação do Município de nulidade da relação por falta de concurso público e determinou a remessa de peças ao Ministério Público para responsabilização da autoridade que dera causa ao descumprimento da

meridiana, permitindo o sequestro de verbas de um estado da Federação, sem preterição de preferência, em um caso anômalo. A fundamentação do *decisum* merece atenção:

“Reclamação: sequestro de valores do Estado da Paraíba: alegação de desrespeito do julgado do Supremo Tribunal na ADIn 1.662 (Pleno, Maurício Corrêa, DJ 19.9.03): improcedência. Os fundamentos do ato reclamado, que determinou o sequestro de valores para pagamento de precatório oriundo de ação de cobrança ajuizada perante a Justiça comum estadual, não guardam identidade com o ato normativo invalidado pelo acórdão da ADIn 1662 (Instrução Normativa 11/97, aprovada pela Resolução 67/97, do Tribunal Superior do Trabalho), o que inviabiliza o exame da matéria na via estreita da reclamação.

(...) O Supremo entende, de modo uniforme, que cabe o sequestro unicamente se houver preterição ao direito de preferência, o que não se verificou no caso destes autos. (...) Daí porque, até para ser coerente com o que tenho reiteradamente afirmado neste Plenário, eu haverei de votar no sentido de dar provimento ao agravo. Ocorre, no entanto, que a situação de fato de que nestes autos se cuida consubstancia uma exceção. Com efeito, estamos diante de uma situação singular, exceção, e como observa CARL SCHMITT, as normas só valem para as situações normais.

(...) De sorte que não é a exceção que se subtrai à norma, mas ela que, suspendendo-se, dá lugar à exceção – apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. A esta Corte, sempre que necessário, incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Ao fazê-lo, não se afasta do ordenamento, eis que aplica a norma à exceção, desaplicando-a, isto é, retirando da exceção. Permito-me, ademais, insistir em que ao interpretarmos/aplicarmos o direito – porque aí não há dois momentos distintos, mas uma só operação – ao praticarmos essa única operação, isto é, ao interpretarmos/aplicarmos o direito não nos exercitamos no mundo das abstrações, porém trabalhamos com a materialidade mais substancial da realidade. Decidimos não sobre teses, teorias ou doutrinas, mas situações do mundo da vida. Não estamos aqui para prestar contas a Montesquieu ou a Kelsen, porém para

regra constitucional. Com fundamento nesses fatos, o Ministério Público propôs a ação penal em face da ex-Prefeita Municipal. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, considerou que o evento era insignificante, que a Municipalidade não teria sofrido prejuízo e que o fim da norma prevista no art. 1º do DL 200/67 não fora afetado e, por essas razões, determinou o trancamento da ação penal”, BARROSO, Luís Roberto, *cf. Interpretação e aplicação da Constituição*, cit., p.356.

vivificarmos o ordenamento, todo ele. Por isso, o tomamos na sua totalidade. Não somos meros leitores de seus textos – para o que nos bastaria a alfabetização – mas magistrados que produzem normas, tecendo e recompondo o próprio ordenamento.”

(STF, Ac. unân. Tribunal Pleno, AgRegRecl. 3034/PB, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 21.9.06, DJU 27.10.06, p.31)

Ainda tratando dos precedentes verticais, por igual, o Superior Tribunal de Justiça já se utilizou, a toda evidência, da técnica da derrotabilidade das regras, sem, contudo, fazer uso da terminologia. Na espécie, a Corte afastou a exoneração de um servidor público que foi reprovado em estágio probatório por não ter alcançado a nota mínima na avaliação por uma (insignificante) diferença de, tão somente, 0,44177%. Superando a regra do edital do concurso, o Tribunal Superior afastou a exoneração, malgrado reconheça a razoabilidade do critério utilizado. Confira-se:

“(…) 3. Esta Corte Superior de Justiça, bem como o Supremo Tribunal Federal, têm admitido a possibilidade de o Poder Judiciário apreciar, excepcionalmente, a razoabilidade e a proporcionalidade do ato praticado pela Administração.

4. A exoneração está calcada na reprovação no estágio probatório, porquanto não alcançado percentual mínimo de 80% (oitenta por cento), sendo o resultado efetivamente obtido de 79,55823%. *A diferença é de apenas 0,44177%, deveras ínfima e, portanto, incapaz de justificar a exoneração de cargo público, o que justifica o arredondamento.*”

(STJ, Ac.unân. 5ª T., REsp 799.431/MG, rel. Min. Laurita Vaz, j. 16.4.09, DJe 5.4.10)

Já no âmbito dos precedentes horizontais, há um interessante julgado, abraçando, expressamente, a teoria da *derrotabilidade da regra jurídica*, em matéria previdenciária. Veja-se:

“Benefício de prestação continuada. LOAS. Renda *per capita*. Necessidade de se contrapor a regra legal em face de todas as circunstâncias do caso. Antinomia em abstrato *vs.* Antinomia em concreto. ‘Derrotabilidade’ do §3º do art. 20 da Lei 8.724/93.

1. Embora o STF já tenha reconhecido a constitucionalidade em tese do §3º do art. 20 da Lei 8.724/93, o requisito da renda mensal *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo, consideradas todas as circunstâncias do caso, *pode apresentar antinomia concreta em face de algum princípio constitucional ou regra implícita deste decorrente.*

2. O reconhecimento dessa antinomia concreta gera a 'derrotabilidade' (defeasibility) da regra legal, mas não viola a autoridade da decisão do STF proferida na ADI 1.232/DF.

3. Quando se resolve uma antinomia em abstrato, considera-se a norma desprezada para todas as demais hipóteses em que a norma se aplicaria..." (TRF-1ª Região, Recurso JEF 2005.35007164388 - Goiânia, rel. Juiz Juliano Taveira Bernardes, www.go.trf1.gov.br/institucional/turma_recursal/acordaos/2005)

Por evidente, a superabilidade das regras válidas diz respeito, basicamente, às situações imprevistas ou imprevisíveis quando da edição do enunciado normativo do seu texto. Ou seja, diante de um *extreme case*.

Efetivamente, não é possível imaginar a superabilidade em casos consolidados quantitativamente no cotidiano forense. Para casos corriqueiros (em que a regra se mostre inadequada por atingir os princípios) impõe-se utilizar outras técnicas de interpretação e de aplicação das normas. Um bom exemplo, inclusive, com aplicação no campo familiarista é a técnica de *redução de significado das regras* (*reduction*).⁴¹⁻⁴² Manejando essa técnica, permite-se estreitar a efetiva compreensão do *mandado de definição* pretendido pelo conteúdo da norma-regra, diminuindo o seu campo de abrangência. Aqui não se trata de derrotar a regra, mas de interpretá-la.

Reitere-se à saciedade que a aplicação da tese da *derrotabilidade das normas-regras* somente se justifica em hipóteses nas quais a sua incidência nua e crua ao caso concreto venha a afrontar, a mais não poder, os princípios ou valores existenciais proclamados pelo próprio sistema (valores juridicamente consolidados). São os *extreme cases* (casos extremados) que, a toda evidência, se mostram de rara ocorrência concreta.⁴³ É dizer: nessas hipóteses, a excepcionalidade da situação ativa um fator de fundo (*background factor*) que impede a decorrência natural, que seria a previsão contida na regra.

⁴¹ "Quando a aplicação de uma regra jurídica interferir excessivamente em princípios considerados especialmente importantes, implicando manifesta injustiça no caso concreto, será possível criar uma exceção à regra em tela com o emprego da técnica de *redução de significado* (*reduction*) de regras jurídicas válidas, por meio da qual se limita o raio de incidência de uma norma jurídica cujo significado literal é considerado muito amplo. Através da redução o tribunal reconhece uma exceção não-escrita à incidência da norma, ou seja, *realiza uma modificação na regra jurídica*", BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de, cf. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*, cit., p.478.

⁴² No Direito das Famílias, já se nota um interessante caso de redução de significado (*reduction*) operado pelo Superior Tribunal de Justiça. Trata-se da interpretação redutiva do art. 1.707 do Código Civil que estabelece a irrenunciabilidade dos alimentos, genericamente: "pode o credor não exercer, porém *lhe é vedado renunciar o direito a alimentos*, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora". Apesar da redação generalista da regra codificada, a jurisprudência superior fixou o entendimento de que a renúncia aos alimentos entre cônjuges e companheiros é válida e eficaz, restringindo a irrenunciabilidade aos alimentos devidos aos incapazes. Note-se ilustrativamente: "(...) A renúncia aos alimentos decorrentes do matrimônio é válida e eficaz, não sendo permitido que o ex-cônjuge volte a pleitear o encargo, uma vez que a prestação alimentícia assenta-se na obrigação de mútua assistência, encerrada com a separação ou o divórcio." (STJ, Ac.unân. 4ª T., EDcl no REsp 832.902/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 6.10.09, DJe 19.10.09).

⁴³ Até porque se não fossem de caráter excepcional, já não mais justificariam a superabilidade episódica da norma-regra.

Em casos tais, *supera-se, em concreto apenas, a norma regulatória, afastando-a episodicamente, permitindo uma decisão judicial baseada na coerência, homenageando os valores humanistas da Constituição da República.*

5 A derrotabilidade das regras (superabilidade ou defeseability) nos *extreme cases* caracterizados no âmbito das famílias

Como não poderia ser diferente, o Direito das Famílias está plasmado por princípios e regras, cumprindo os seus papéis na avançada proteção da pessoa humana.

A norma *regulatória* familiarista quando válida é, presumivelmente, compatível com o Texto Constitucional e com o sistema jurídico, como um todo. Por conseguinte, deve ser aplicada aos casos concretos, subsumindo-se aos fatos por ela antevistos.

Todavia, não se pode ignorar a relevante possibilidade de utilização da teoria da *derrotabilidade (defeseability) das regras* nesse peculiar campo da ciência jurídica. Mesmo porque, nessa seara, a derrotabilidade pode se prestar a garantir o império da proteção da dignidade humana – valor máximo almejado pelo sistema constitucional – em casos específicos, de rara ocorrência e cuja solução concreta não será alcançada pelo uso das normas jurídicas do sistema (regras e princípios).

Aliás, como afirmado alhures, a rara ocorrência faz com que se tornem mais específicos do que os *hard cases*, se tornando verdadeiros *extreme cases*. Casos extremados pela improbabilidade de sua ocorrência, pela especificidade de seu conteúdo e pela dificuldade de solução.

Algumas hipóteses comprovam o raciocínio.

5.1 Derrotabilidade da regra que estabelece o impedimento matrimonial com base no incesto

Os impedimentos matrimoniais são proibições decorrentes da norma-regra de que determinadas pessoas possam contrair casamento. Enfim, é a “proibição de casar dirigida a uma pessoa em relação a outra predeterminada”, consoante a lição de ORLANDO GOMES.⁴⁴ São, portanto, entaves, obstáculos, impostos pela legislação, com o fito de limitar a natural faculdade de casar que é reconhecida às pessoas.

A propósito do caráter proibitivo dos impedimentos casamentários, vale observar a redação da regra contida no art. 1.521 do Código Civil, vazada em termos absolutos, ao afirmar “*não podem casar*”. E os incisos I a V do art. 1.521 estabelecem impedimentos matrimoniais decorrentes de relações parentais de consanguinidade (incisos I e IV). Assim, não podem casar: “I – os ascendentes

⁴⁴ GOMES, Orlando, cf. *Direito de Família*, cit., p. 91. Disso não se afasta a doutrina argentina. Com o mesmo sentido, JORGE OSCAR PERRINO conceitua os impedimentos matrimoniais como “proibições legais fundadas em circunstâncias de fato ou de direito que obstam a celebração do matrimônio”, cf. PERRINO, Jorge Oscar, cf. *Derecho de Familia*, cit., p. 339.

com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II – os afins em linha reta; III – o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV – os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V – o adotado com o filho do adotante”.

Nos aludidos casos, estão presentes razões de natureza sanitária (saúde pública) e moral, obstando-se o casamento entre parentes em linha reta, ascendente ou descendente (esta relação é chamada, comumente, de incesto).⁴⁵

A proibição ao incesto é justificável normativamente. Trata-se, pois, de uma norma-regra compatível com os valores constitucionais e com as diretrizes gerais do sistema de proteção do Direito das Famílias. Em primeiro lugar, porque os estudos biológicos indicam uma alta probabilidade de malformações físicas e psíquicas das pessoas oriundas de relacionamentos entre parentes. Depois, por força da densidade da moral social (coletiva), também é estendido tal impedimento a vários modelos de parentesco.

Com a autoridade de seu invulgar conhecimento, ELISABETH ROUDINESCO promove interessante raciocínio explicativo, esclarecendo a necessidade de proibição do incesto, como uma “construção mítica”, “ligada a uma função simbólica. Ela é um fato de cultura e de linguagem que proíbe em graus diversos os atos incestuosos justamente por estes existirem na realidade. Permite igualmente diferenciar o mundo animal do mundo humano ao arrancar uma pequena parte do homem desse *continuum* biológico que caracteriza o destino dos mamíferos. Nessas condições, a família pode ser considerada uma instituição humana duplamente universal, uma vez que associa um fato de cultura, construído pela sociedade, a um fato de natureza, inscrito nas leis da reprodução biológica”.⁴⁶

A psicanálise, lastreada nas lições de SIGMUND FREUD, em especial em seu *Totem e Tabu*, defende que a proibição do incesto é uma reação cultural, decorrente da necessidade de refrear o poderoso desejo de praticá-lo.⁴⁷ É o que se convencionou denominar de *complexo de Édipo* ou, noutra linha de pensamento, *Lei do Pai* (expressão utilizada por JACQUES LACAN) para designar a primeira proibição imposta ao indivíduo, procurando estruturá-lo enquanto sujeito e proporcionando o acesso à linguagem e à cultura civilizada. A história, inclusive, relata diversos casos de incesto, como o do Imperador Nero, que nutria desejos sexuais por sua mãe e, por isso, buscou satisfazer-se com uma

⁴⁵ Igualmente, SILVIO RODRIGUES destaca ser justificável a proibição do incesto, de natureza eugênica, “pois enlaces dessa natureza podem, em virtude do atavismo, realçar defeitos e taras que se encontravam nos antepassados”, RODRIGUES, Silvio, cf. *Direito Civil*, cit., p. 41.

⁴⁶ ROUDINESCO, Elisabeth, cf. *A família em desordem*, cit., p. 15-16.

⁴⁷ Demonstrando que a proibição ao incesto foi a primeira lei fundante e estruturante do sujeito e da própria sociedade, FREUD registra: “onde existe uma proibição tem de haver um desejo subjacente... afinal de contas, não há necessidade de se proibir algo que ninguém deseja fazer e uma coisa que é proibida com maior ênfase (o incesto) deve ser algo que é desejado. Se aplicarmos essa tese plausível aos nossos povos primitivos, seremos levados à conclusão de que algumas de suas mais fortes tentações eram matar seus reis e sacerdotes, cometer incesto, tratar mal os mortos e assim por diante – o que dificilmente parece provável. E nos defrontaremos com a mais positiva contradição se aplicarmos a tese em que nós mesmos pareceremos ouvir com a maior clareza a voz da consciência. Sustentariamos com a mais absoluta certeza que não sentimos a mais leve tentação de violar nenhuma dessas proibições – o mandamento ‘não matarás’, por exemplo – e que não sentimos senão horror à ideia de violá-las”, apud PEREIRA, Rodrigo da Cunha, cf. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*, cit., p. 18-19.

prostituta bastante assemelhada fisicamente à sua genitora. No Império Persa, é conhecida a relação incestuosa entre o Imperador ARTAXERXES e as suas duas filhas.⁴⁸ Assim, a proibição ao incesto se apresenta, realmente, como um interdito cultural, enraizado primitivamente entre nós, como primeira proibição legal, limitando o desejo humano. Isto, aliás, parece tão certo que GILBERTO FREYRE, mesmo sem fazer qualquer menção à Psicanálise, em seu monumental *Casa-Grande & Senzala*, narra a repulsa ao incesto também entre os povos primitivos de nossa Terra-Máter, havendo uma clara “restrição ao intercurso sexual, o totemismo segundo o qual o indivíduo do grupo que se supusesse descendente ou protegido de determinado animal ou planta não se podia unir a mulher de grupo da mesma descendência ou sob idêntica proteção”.⁴⁹

Falando em incesto, como não lembrar das figuras míticas de Édipo e Jocasta, na Trilogia Tebana de SÓFOCLES (o ciclo de mitos que tratam das sortes da cidade de Tebas e sua família real), narrando a propagação de efeitos do incesto na estrutura psicológica das pessoas envolvidas e a repugnância do meio social, trazendo luzes para a justificativa legal de proibição do incesto.⁵⁰

Apesar da reprovação pela Lei Civil, o Direito Penal, em louvável posicionamento (em especial nos tempos atuais em que se apregoa o *Direito Penal mínimo*), não tipificou o incesto como crime, inexistindo sanção penal para a eventual ocorrência de relacionamento sexual entre ascendentes e descendentes.⁵¹

Postas essas ideias gerais, vale, então, encalamistrar uma hipótese pouco comum, mas crível. Se dois irmãos se conhecem e se casam, estabelecendo uma relação entre marido e mulher, sem a ciência do vínculo fraternal que os entrelaça, inclusive com decorrência de prole, haveria nulidade casamentária, por conta do impedimento nupcial, decorrente da fria e insensível aplicação da regra à hipótese vertente?

⁴⁸ O Reinado de ARTAXERXES, na Pérsia, começou no ano 465 a.C. e terminou em 425-4 a.C.

⁴⁹ FREYRE, Gilberto, cf. *Casa-Grande & Senzala*, cit., p. 171.

⁵⁰ Em *Édipo Rei*, narra-se a tragédia estabelecida por um incesto, o casamento de uma mãe (Jocasta) com o próprio filho (Édipo). Inicia-se a peça com Laio, pai de Édipo, sendo avisado por um Oráculo que, se viesse a ter um filho, este seria o seu assassino. Por força disso, logo que Jocasta, sua esposa, deu à luz ao seu filho, Édipo, Laio confiou a um servo a missão de matá-lo. Tocado por extrema piedade, o servo, contudo, entregou a criança a estrangeiros, com o intuito de salvá-la. Assim, a criança foi criada por Pólibo. Já adulto, Édipo, em circunstâncias absolutamente banais, cumprindo a profecia, veio a matar Laio. Em seguida, tomando a rota de Tebas, Édipo vem a decifrar o enigma da Esfinge e, por isso, é aclamado rei pelos tebanos, desposando a viúva Jocasta, por acaso sua própria genitora. Segue-se, então, uma tragédia sobre a cidade: uma praga se abate sobre a região de Tebas, começando a grande tragédia de *Édipo Rei*. A colheita morre nos campos e hortas, os animais são improdutivos, as crianças doentes e os bebês em gestação definham, enquanto os deuses permanecem surdos a todos os apelos. Depois de saber que esses males que assolavam Tebas decorriam de um pecador que ali habitava, o Rei Édipo inicia uma busca insana por conhecê-lo, para matá-lo e restaurar a bonança. Apesar de insistentemente não querer ver, descobre, casualmente, a verdade de sua vida, completando o horror da situação. Surgindo a verdade, Jocasta não espera pelo desfecho e, chegando ao palácio antes de Édipo – que a seguia com o que parecia uma intenção assassina – vem a se enforcar, em suicídio. Arrancando os broches de ouro do vestido dela, Édipo golpeia seguidamente os seus olhos, fazendo o sangue correr pela face da mãe-esposa. “Como pode olhar para o mundo, agora que consegue ver a verdade?” Revela-se, de certo modo, a intenção da peça: *por mais seguro que um homem possa se sentir, mesmo sendo rico, poderoso e afortunado, ninguém pode se sentir seguro de escapar de um desastre; não é seguro chamar qualquer pessoa de feliz...*

⁵¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, cf. *Curso de Direito Civil: Famílias*, cit., p.298.

O caso é verídico, tendo ocorrido em terras espanholas. Vale a pena conferir a notícia:

“É pelo direito a casar-se que os espanhóis Daniel e Rosa Moya Peña lutam agora. A residir na Coruña, estes irmãos, que há 35 anos iniciaram uma relação marital, conseguiram em 2010 que o Estado espanhol os reconhecesse a ambos como progenitores dos filhos que entretanto já são adultos. Foram décadas a lutar nos tribunais.

‘Se morrer, já podem herdar de mim. Legalmente são meus filhos e não sobrinhos’, congratulou-se Daniel em declarações ao jornal espanhol *El País*.

A história do amor destes irmãos já foi levada aos ecrãs espanhóis no filme *Más que Hermanos*. Sinopse: Dani cresce com a irmã e a mãe, cuja traumática separação leva à institucionalização de alguns dos sete filhos. Rosa cresce num orfanato. Em 1977, divertia-se com as amigas numa discoteca de Madrid quando um desconhecido a convida para dançar. Recusa. Duas semanas depois, o acaso volta a juntá-los. Apaixonam-se. Seis meses depois reparam na coincidência dos apelidos. Confrontados os registos de nascimento verificaram que os pais eram os mesmos. Separaram-se. Na altura, o incesto ainda era crime. Cinco meses depois, concluíram que não conseguiam manter-se afastados. Assumiram a conjugalidade. As resistências que tiveram de furar não são alimentadas apenas por questões morais.” (<http://www.publico.pt/sociedade/noticia/lei-portuguesa-nao-penaliza-amor-entre-irmaos-1547025>)⁵²

Ora, se a regra proibitiva do incesto é constitucional e compatível com o sistema jurídico, não há como se negar a aplicá-la (*an all or nothing*). O caso, portanto, seria de um casamento nulo, embora contraído de boa-fé – o que permitiria a projeção de alguns efeitos, a partir da caracterização como casamento putativo.⁵³ A relação afetiva, contudo, inexoravelmente, estaria

⁵² Caso assemelhado foi detectado na Alemanha: “Patrick Stuebing, 29 anos, e Susan Karolewski, 23, vivem num pequeno apartamento nos arredores de Leipzig, na antiga Alemanha Oriental, e parecem um casal como qualquer outro. *A normalidade é só aparente: Patrick e Susan são irmãos e amantes. Há seis anos vivem como marido e mulher, têm quatro filhos...* ‘Muita gente desaprova, mas nós não estamos fazendo nada errado’, diz Patrick. Na semana passada, o casal anunciou que apresentará um recurso à Suprema Corte da Alemanha para que possa constituir legalmente uma família. Pela lei alemã, o sexo entre irmãos pode ser punido com até três anos de prisão. No Brasil, o casamento entre irmãos é proibido, mas não é crime manterem relações sexuais, desde que sejam maiores de dezoito anos”, http://veja.abril.com.br/140307/p_092.shtml.

⁵³ Art. 1.561, Código Civil: “embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória. § 1º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão. § 2º Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao

desfeita, sem a possibilidade de se manter o núcleo familiar constituído. E, no particular, note-se que, inclusive, com a decorrência de prole.

Lado outro, se a concepção de família é de *possibilidade de convivência*, salto aos olhos que, na hipótese prospectada, não se justifica invalidar a relação casamentária estabelecida entre irmãos (que não conheciam tal condição) e que, posteriormente, efetivaram um núcleo familiar, centrado em solidariedade, respeito e afeto. A toda evidência, sacrificar essa comunhão de afetos estabelecida nesse caso seria um golpe no próprio sistema jurídico, que estabelece *especial proteção para os núcleos afetivos*. Até porque, ao proceder assim, estar-se-ia utilizando a regra (CC, art. 1.521, estabelecendo a proibição do incesto) para sacrificar os valores perseguidos pelo sistema jurídico como um todo e, particularmente, por ela mesma.

O que se pretende com a proibição de incesto é evitar um prejuízo para a convivência familiar (por conta dos potenciais efeitos deletérios), mas não sacrificar uma comunhão de vidas formada entre irmãos que, sequer, conheciam essa condição. Por isso, o caso seria de *superabilidade (derrotabilidade) da regra proibitiva do incesto, afastando a norma específica e reconhecendo, casuisticamente, a validade e a eficácia do matrimônio*.

Advirta-se, por oportuno: não se imagine, com isso, que o impedimento matrimonial decorrente da proibição de incesto estaria sendo afrontando ou eliminado do sistema jurídico; apenas e tão somente, será superado no caso concreto, por meio da *derrotabilidade (defeseability)*, para privilegiar as circunstâncias específicas de um verdadeiro *extreme case*.

5.2 Derrotabilidade da regra que estabelece o direito real de habitação em favor do cônjuge ou companheiro sobrevivente

O direito real de habitação é a garantia reconhecida ao cônjuge ou a companheiro (e, por óbvio, extensível ao parceiro homoafetivo) de continuar residindo no imóvel, de natureza residencial, que, durante a convivência, servia de lar para o casal, após a morte de um dos componentes de uma sociedade afetiva, independentemente de ter direito meatório ou sucessório sobre o bem e independentemente do regime de bens.

Trata-se de um direito real sobre a coisa alheia, vitalício. Um verdadeiro subtipo de usufruto: *um usufruto para fins de moradia*,⁵⁴ enquanto o cônjuge (ou o companheiro) *viúvo estiver vivo*.

O Código Civil, no art. 1.831, reconhece, expressamente, o direito real de habitação em favor do cônjuge sobrevivente.⁵⁵ Já o direito real de habitação do

celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão.”

⁵⁴ “No campo dos direitos reais de fruição, a menor amplitude quantitativa concerne ao direito real de habitação. É uma espécie do gênero direito de uso. Como se extrai da própria nomenclatura, cuida-se de direito real de uso limitado à habitação, pois, além de incessível, não admite qualquer forma de fruição”, FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, cf. *Curso de Direito Civil: Reais*, cit., p.856.

⁵⁵ Art. 1.831, Código Civil: “ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação

companheiro supérstite decorre da incidência do Parágrafo Único do art. 7º da Lei nº 9.278/96,⁵⁶ que não foi revogado pela superveniência omissiva da Lei Civil. De fato, um caso típico de silêncio não eloquente, conforme o correto e majoritário entendimento da doutrina e a orientação da jurisprudência superior.⁵⁷⁻⁵⁸

A finalidade das regras que estabelecem o direito real de habitação em favor do cônjuge ou do companheiro sobrevivente é dúplice: garantir uma qualidade de vida ao viúvo (ou viúva), estabelecendo um mínimo de conforto para a sua moradia, e, ao mesmo tempo, impedir que o óbito de um dos conviventes sirva para afastar o outro da residência estabelecida pelo casal.

Bem por isso, com esse específico fim, o direito de habitação independe do direito à meação (submetido ao regime de bens) e do direito à herança. Ou seja, mesmo que o cônjuge (ou companheiro) sobrevivente não seja meeiro e não seja herdeiro e, por conseguinte, mesmo que não tenham qualquer direito sobre o aludido imóvel, terá assegurado em seu favor o direito de ali permanecer residindo, enquanto vida tiver.

A regra é visivelmente *protecionista*, portanto.⁵⁹

Pretende impedir uma quebra de razoabilidade em casos corriqueiros de famílias reconstituídas. Assim, obsta-se, *e. g.*, que os filhos do falecido cônjuge ou companheiro (quando não forem descendentes da viúva) venham a retirá-la do imóvel em que residia, em um momento tão doloroso, causando uma situação de verdadeira penúria afetiva e material. A regra, portanto, tem um pano de fundo protetivo, mostrando-se válida e compatível com o sistema jurídico, inclusive com os princípios dos quais defluiu.

relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.”

⁵⁶ Art. 7º, Parágrafo Único, Lei nº 9.278/96: “*dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família*”.

⁵⁷ Nessa esteira, MARIA BERENICE DIAS reconhece que “persiste o direito real de habitação na união estável por força do dispositivo legal não revogado (Lei 9.278/96, art. 7º, Parágrafo Único)”, cf. *Manual de Direito das Famílias*, cit., p. 176. Na mesma direção, veja-se o Enunciado 117 da Jornada de Direito Civil: “o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, ‘caput’, da CF/88.”

⁵⁸ “Direito Civil. Sucessão. Direito real de habitação. Companheiro sobrevivente. Possibilidade. Vigência do art. 7º da Lei n.9.278/96. Recurso improvido. 1. Direito real de habitação. *Aplicação ao companheiro sobrevivente. Ausência de disciplina no Código Civil. Silêncio não eloquente. Princípio da especialidade. Vigência do art. 7º da Lei n. 9.278/96. Precedente: REsp n. 1.220.838/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, 3ª T., julgado em 19/06/2012, DJe 27/06/2012.* 2. O instituto do direito real de habitação possui por escopo garantir o direito fundamental à moradia constitucionalmente protegido (art. 6º, caput, da CRFB). Observância, ademais, ao postulado da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB). 3. A disciplina geral promovida pelo Código Civil acerca do regime sucessório dos companheiros não revogou as disposições constantes da Lei 9.278/96 nas questões em que verificada a compatibilidade. A legislação especial, ao conferir direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, subsiste diante da omissão do Código Civil em disciplinar tal direito àqueles que convivem em união estável. Prevalência do princípio da especialidade. 4. Recurso improvido.” (STJ, Ac.unân. 4ª T., REsp 1.156.744/MG, rel. Min. Marco Buzzi, j. 9.10.12, DJe 18.10.12).

⁵⁹ É unânime o entendimento doutrinário: “é que a intenção manifesta do legislador – via direito real de habitação – não é punir ou suprimir direitos do cônjuge sobrevivente, *mas sim, proteger os membros da família, assegurando-lhes o direito de habitação*”, LEITE, Eduardo de Oliveira, cf. *Comentários ao novo Código Civil*, cit., p.227.

Todavia, conquanto a regra se mostre válida, uma distorção prática pode decorrer do reconhecimento do direito real de habitação. Basta imaginar uma pessoa que faleceu, deixando filhos menores de um primeiro casamento, a quem prestava alimentos para a sobrevivência, e a viúva (ex-cônjuge ou ex-companheira) e deixando, tão somente, um *único* apartamento – que havia adquirido anteriormente à relação afetiva e onde residia com a consorte. Embora os filhos tenham o direito hereditário sobre o imóvel, adquirindo-o automaticamente pela regra sucessória (*droit de saisine*, transmissão automática prevista no art. 1.784 do Código de 2002), a viúva continuará nele residindo até que venha a falecer. Pior: continuará residindo *mesmo que constitua uma nova relação afetiva*, podendo, até mesmo, levar o seu novo parceiro para residir com ela no imóvel (que, efetivamente, pertence aos seus enteados que, inclusive, podem estar à míngua, até porque quem contribuía para o seu sustento, já está morto...).

A situação pode ganhar contornos ainda mais dramáticos: imagine-se, agora, que a viúva, inclusive, possui um imóvel, que tinha antes da relação, e que está alugado, uma vez que passou a residir no imóvel do falecido, quando se estabeleceu o relacionamento. Nessa hipótese, torna-se um drama próximo ao absurdo: a viúva, que possui um imóvel residencial próprio, alugado, permanecerá residindo no bem que servia de lar para o casal, enquanto os filhos (legítimos proprietários) ficam privados do exercício de seu direito, enquanto ela estiver viva, mesmo que constitua uma nova relação afetiva...

Trata-se, a toda evidência, de um *extreme case*. Não se trata de um caso comum, corriqueiro, mas, seguramente, factível.

Para a solução dessa hipótese, a razoabilidade e o natural senso de justiça distributiva (*lembrando a máxima “dar a cada um o que é seu”*) sinalizam para a *derrotabilidade da regra que estabelece o direito real de habitação*, permitindo, então, uma solução adequada e casuística.

Não significaria uma recusa peremptória e definitiva de reconhecer e aplicar a regra do direito real de habitação em favor de pessoas viúvas, em relação ao imóvel que serviu de lar para o casal. Trata-se, episódica e casuisticamente, de *superar, derrotar, a norma-regra, garantindo o império dos valores almejados pelo sistema* (nessa hipótese, proteção integral e prioridade absoluta da criança e do adolescente).

5.3 Derrotabilidade da regra que estabelece a irrevogabilidade e irretratabilidade da adoção

A regra esculpida no art. 39, §1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente é clara, ao proclamar a irrevogabilidade e a irretratabilidade da adoção em nosso ordenamento jurídico:

Art. 39, §1º, Estatuto da Criança e do Adolescente:

“§ 1º A adoção é medida excepcional e *irrevogável*, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei”.

De fato, os efeitos decorrentes da decisão judicial que defere a adoção têm de ser *irrevogáveis* e *irretratáveis*,⁶⁰ evitando uma instabilidade familiar ou uma fraude sucessória. Com isso, a superveniência da morte do adotante não afetará a relação paterno-filial estabelecida pela sentença de adoção, transitada em julgado (ECA, art. 49), não gerando um restabelecimento do poder familiar anterior.⁶¹

Por idêntica lógica, a recíproca há de ser verdadeira. E, com isso, o óbito do adotado não afeta o vínculo de parentesco estabelecido pela adoção.

Nessa ordem de ideias, a superveniência de morte do adotante implica em reconhecimento do direito sucessório do filho adotado, sem qualquer distinção com outros filhos, biológicos ou não, conforme assegurado pela norma constitucional.⁶² E, reciprocamente, a morte do filho adotivo, sem deixar descendentes, implica em direito sucessório para os adotantes.

Há lógica: “por estar sendo formada uma família, por estar sendo concebido um filho através da adoção, por ser este filho idêntico a qualquer outro, já que filho, o legislador, disciplinou ser irrevogável a adoção. O filho biológico não pode ser devolvido, o vínculo de parentesco se mantém por toda a vida e até depois dela; não poderia ser diferente com relação à adoção... *Rompido o vínculo de parentesco com a criação de um vínculo novo, aquele não mais se restabelece*”.⁶³

Enfim, a adoção é para sempre – e não poderia ser diferente.⁶⁴

A situação gera uma conclusão inexorável: com o regular trânsito em julgado da decisão que deferiu a adoção, um eventual desligamento do vínculo paterno-filial estabelecido judicialmente, entre o adotante e o adotado, somente será possível por uma nova decisão judicial, a ser proferida, agora, em uma ação de destituição do poder familiar, nos casos previstos em lei, respeitado o devido processo legal.

Dúvida inexistente, assim, de que a regra da irrevogabilidade da adoção é válida. Além de compatível com o Texto Magno (notadamente com o seu art. 227 que assegura a proteção integral infanto-juvenil), também se concilia, visivelmente, com os princípios norteadores do Texto Estatutário.

Vale, então, prospectar uma hipótese, fazendo alusão a um interessante caso dirimido pela Corte de Justiça mineira – que autorizou o cancelamento de uma adoção, com o propósito de impedir uma relação incestuosa entre o

⁶⁰ A jurisprudência vem sendo firme nesse sentido: “adoção. Revogação. Impossibilidade. De acordo com o art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção é ato irrevogável, não podendo, depois de concretizada, ficar ao alvedrio daqueles que reconheceram espontaneamente o filho. Motivos de arrependimento e ingratidão por parte do adotado não servem, *data venia*, como fundamento ao presente pedido. Recurso improvido” (TJ/RJ, Ac.11ªCâm.Cív., ApCív.2004.001.11029, rel. Des. José C. Figueiredo, j. 16.6.04).

⁶¹ Art. 49, Estatuto da Criança e do Adolescente: “a morte dos adotantes não restabelece o pátrio poder dos pais naturais”.

⁶² “A condição de herdeiro em representação ao pai pré-morto é decorrência natural da filiação constituída por sentença que deferiu a adoção *post mortem*, já transitada em julgado” (TJ/RS, Ac.7ªCâm.Cív., AgInstr.70012153995, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j.27.7.05).

⁶³ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho, cf. “Adoção”, cit., p.189.

⁶⁴ Bem por isso, o art. 41 do Estatuto Menorista estabelece o desligamento dos vínculos biológicos como efeito da adoção: “a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, *desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais*.”

adotado e a sua irmã, uma filha do adotante e, como consequência, a nulidade do casamento, do qual já tinha decorrido, inclusive, filhos.

O caso chama a atenção. Uma garota foi adotada, quando criança, pela prima de sua mãe biológica. A adotante já tinha dois filhos biológicos e a adotada continuou convivendo com a sua avó materna e se relacionando com os novos irmãos com um vínculo idêntico ao que já tinham anteriormente. Isto é, não se estabeleceu uma relação fraterna. Posteriormente, a adotada passou a conviver maritalmente com um deles, inclusive advindo filhos desse relacionamento afetivo – o que motivou o pedido de cancelamento da adoção, na medida em que o casal era composto por dois irmãos (adotivos), pais de um filho. O Pretório de Minas Gerais, excepcionando a regra da irrevogabilidade, deferiu o pedido de cancelamento da adoção, restabelecendo o vínculo biológico.

Consta da fundamentação do acórdão:

“Trata-se de realidade fática – singular, diferenciada e especialíssima – cujo exame exige cautela e ponderação, porquanto envolve valores ético-constitucionais, impendendo exarar que ‘as disposições legais não esgotam todo o conteúdo da tutela da personalidade humana, surgindo aspectos que não encontram proteção nas normas legais existentes’, como ensina Sílvio Romero Beltrão... Poder-se-ia, simplesmente, negar provimento ao recurso, ao singelo argumento de que “a adoção é irrevogável”, aplicando-se a regra legal. Tem-se, de um lado, o texto letárgico e indiferente da lei, que estabelece a irrevogabilidade da adoção; de outro, prerrogativa fundamental, atinente à dignidade da pessoa humana, cuja peculiaridade e especificidade, do caso concreto, recomenda (ou melhor, exige) a análise sob inspiração hermenêutico-constitucional, com engenhosidade intelectual, social e jurídica, a fim de se alcançar o escopo magno da jurisdição: a pacificação social.”

Cuida-se, a mais não poder, de uso da *derrotabilidade das normas-regras*, superando-se, episódica e casuisticamente, a regra geral do sistema (que continuará sendo – e não pode ser diferente – a irrevogabilidade da adoção). Apenas excepcionou-se a regra em um caso justificável (*extreme case*) para o amplo respeito aos princípios fundamentais do ordenamento, em especial à dignidade humana.

O precedente merece referência:

“Adoção. Elementos e circunstâncias dos autos. Direito fundamental à dignidade da pessoa humana. Cancelamento do ato. Possibilidade jurídica do pedido em abstrato, no caso concreto. Interpretação teleológica/sociológica. Princípios

da proporcionalidade e razoabilidade. Teoria da concreção jurídica. Técnica da ponderação. Situação fático-social. Criança. Proteção integral, com absoluta prioridade. Sentença anulada. Recurso provido.

Tem-se conflito das realidades fático-social e jurídica, ocasionado pela escolha indevida do instituto da adoção, ao invés da tutela.

Não se olvida que a adoção é irrevogável, mas o caso sob exame revela-se singular e especialíssimo, cujas peculiaridades recomendam (ou melhor, exigem) sua análise sob a ótica dos direitos fundamentais, mediante interpretação teleológica (ou sociológica), com adstrição aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, dando-se azo, com ponderação, à concreção jurídica, máxime por envolver atributo da personalidade de criança advinda de relacionamento 'aparentemente' incestuoso, até porque o infante tem proteção integral e prioritária, com absoluta prioridade, assegurada por lei ou por outros meios."

(TJ/MG, ApCív.1.0056.06.132269-1/001(1) - comarca de Barbacena, rel. Des. Nepomuceno Silva, j.6.12.07, DJMG 9.1.08, p.5)⁶⁵

Inferese, pois, que nenhuma norma-regra pode impedir eventuais exceções, em casos concretos, justificados. Assim, em casos raros, pontuais e especiais (*extreme cases*), será possível o cancelamento da adoção e o restabelecimento do poder familiar com a intenção de resguardar os interesses existenciais (jamais para fins patrimoniais) e a dignidade do próprio adotado.

6 Epílogo (à guisa de advertência)

Em arremate, resta certo e incontroverso que a inexistência de hierarquia (quantitativa ou qualitativa) entre as regras e os princípios, faz surgir a necessidade de compreender as particularidades e idiosincrasias de cada uma destas categorias de normas jurídicas.

Os princípios (*mandados de otimização*, com conteúdo aberto e solução casuística) podem ser balanceados, para garantir a unidade e coerência do sistema jurídico. Jamais, contudo, podem ser *derrotados* ou *superados* por não estabelecerem, em seu conteúdo, uma hipótese clara e específica de incidência, até mesmo em razão de seu alto grau de abstração.⁶⁶

⁶⁵ O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, igualmente, já possui um precedente, marcado pelo mesmo caráter de excepcionalidade: "Adoção. Revogação. Possibilidade em casos excepcionais. Tal excepcionalidade configura-se bem no caso concreto, onde o vínculo legal jamais se concretizou no plano fático e afetivo entre adotante e adotada, uma vez que esta nunca deixou a convivência de seus pais sanguíneos. Adoção que nunca atingiu sua finalidade de inserção da menor como filha da adotante." (TJ/RS, Ac. 7ª Câm. Cív., ApCív. 70003681699 - comarca de Porto Alegre, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 27.2.02).

⁶⁶ "Os princípios são normas cuja institucionalização é *parcial* (já que falta a determinação dos

As regras (que são *mandados de definição*), por seu turno, submetem-se à *superabilidade* ou *derrotabilidade*, com o propósito de viabilizar uma solução efetiva e eficaz para os *extreme cases* (casos extremados), nos quais a aplicação fria e insensível da norma-regra conduziria a um aniquilamento irreversível dos objetivos almejados pelo sistema jurídico.

Sem dúvida, a admissibilidade da *derrotabilidade das regras*, ainda que em caráter excepcional, autoriza a prolação de uma decisão *contra legem* – sem eufemismo ou puritanismo. O fundamento, porém, desse permissivo de decisões contrárias à norma jurídica é, curiosamente, o mesmo que embasa o respeito às normas jurídicas: a decisão *contra legem* é admitida quando necessária para que a aplicação de uma regra não afronte os valores que justificaram a sua elaboração.

E, de um jeito ou de outro, *se mostra inevitável admitir a existência de decisões 'contra legem' em qualquer estado constitucional de Direito*. E, como pondera THOMAS BUSTAMANTE, “a prática jurídica, por certo, é também sensível aos argumentos que predominem no discurso filosófico sobre a argumentação *contra legem*”.⁶⁷

Até porque, como já dizia TITO LÍVIO, desde priscas eras, “nenhuma lei se adapta igualmente bem a todos”.⁶⁸

Enfim, é o sistema jurídico sempre mudando, posto que não está pronto e acabado, se adaptando às necessidades impostas pela vida – que é muito mais ampla – e melhor! – do que o Direito. Como uma verdadeira *metamorfose ambulante*...

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto, *Teoria dos princípios*, São Paulo: Malheiros, 7ª ed., 2007.

_____. “Neoconstitucionalismo: entre a ‘ciência do Direito’ e o ‘Direito da ciência’”. In *Revista eletrônica de Direito do Estado – REDE*. Salvador, n. 17, jan./mar. de 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. “Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional”. In BARROSO, Luís Roberto (org.), *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

comportamentos concretos que se seguem dessas normas) e, por conseguinte, não podem ser superados porque não estabelecem nenhuma hipótese de incidência”, BUSTAMANTE, Thomas, cf. “Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*”, cit., p.153.

⁶⁷ BUSTAMANTE, Thomas, cf. “Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*”, cit., p.177.

⁶⁸ TITO LÍVIO (59 a.C-17 d.C) nasceu em Pádua, na Itália, e foi pesquisador e historiador latino. *História de Roma* integrou a sua grande obra *Ab Urbe condita libri* (*Desde a fundação da cidade*), composta por cento e quarenta e dois livros, dos quais apenas trinta e cinco conseguiram chegar até os nossos dias.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, São Paulo: Saraiva, 2009.

BOMFIM, Thiago. *Os princípios constitucionais e sua força normativa: análise da prática jurisprudencial*, Salvador: JusPODIVM, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 16ª ed., 2005.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. "Adoção". In MACIEL, Kátia Regina Ferreira Logo Andrade (coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

_____. "Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*". In *Revista Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: PUC-RJ, n. 37, jul./dez. de 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed., Coimbra: Almedina, 1993.

CATALAN, Marcos Jorge. *Descumprimento contratual: modalidades, consequências e hipóteses de exclusão do dever de indenizar*, Curitiba: Juruá, 2005.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, São Paulo: RT, 3ª ed., 2006.

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

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB*. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

_____. *Curso de Direito Civil: Reais*. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

_____. *Curso de Direito Civil: Famílias*. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

FREYRE, Gilberto. *Casa Grande & Senzala*. 49ª ed. São Paulo: Global, 2004.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. XXI.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*, 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família - Aspectos polêmicos*, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme & ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*, São Paulo: RT, 2001.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*, São Paulo: RT, 1984.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 1996, Tomo II.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *A ponderação de interesses na tutela de urgência irreversível*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PERRINO, Jorge Oscar. *Derecho de Familia*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006, Tomo I.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Direito de Família*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 6.

ROUDINESCO, Elizabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar editor, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: RT, 2012.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional brasileiro concretizado: hard cases e soluções juridicamente adequadas*. São Paulo: Método, 2006.