

Regulando a incerteza: a construção de teorias normativas da decisão jurídica e os riscos do paradoxo da determinação

Fernando Leal¹

Resumo: O objetivo deste trabalho é apresentar e explorar os problemas decorrentes da desconsideração de diagnósticos sobre o funcionamento da realidade em teorias normativas – sobretudo teorias sobre a tomada de decisão judicial. Esses não são problemas de natureza conceitual ou empírica, mas de natureza metodológica. Levá-los a sério é importante para que os diálogos entre teorias jurídicas normativas e as explicações fornecidas por outras ciências sobre o comportamento de determinados atores (como juízes) sejam metodologicamente rigorosos e, assim, possam produzir resultados efetivamente relevantes no domínio do direito.

Palavras-chave: incerteza, metodologia de construção de teorias, paradoxo da determinação, decisão jurídica.

1 Pelos comentários e sugestões a uma versão anterior deste texto sou grato a Thomaz Pereira. Este trabalho foi originalmente publicado sob o título “Regulando a incerteza: a construção de modelos decisórios e os riscos do paradoxo da determinação” na *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 3, n. 3, p. 215-226, set./dez. 2016.

1. INTRODUÇÃO

Entre os problemas centrais da filosofia do direito, três são permanentes. Eles estão relacionados à identificação do que possa ser chamado de *direito*, à definição da *justiça* e à *justificação de decisões* jurídicas. A maneira mais simples de expressar a permanência desses problemas é mostrar que eles não encontram respostas definitivas. Se tomarmos como exemplo o debate que separa tradicionalmente positivistas de não positivistas sobre a natureza do direito – um debate que diz respeito, portanto, ao primeiro problema indicado – encontraríamos em Kelsen uma certa resignação realista sobre as possibilidades de soterramento definitivo das disputas entre os dois lados. Para o autor, “[o] que o positivismo jurídico é não está superado e nunca será superado. Muito menos o direito natural. Este nunca será superado. Essa oposição é eterna. Os espíritos da época mostram apenas que logo um ponto de vista, logo o outro, estará em evidência”.² Mas uma outra maneira de se referir à permanência daqueles problemas está relacionada à pluralidade de questões que cada um daqueles temas levanta e pode vir a levantar. A permanência, ao contrário do aspecto anterior, não decorre da precariedade das *respostas*, mas das dificuldades de se delimitar as próprias *perguntas* relevantes vinculadas a cada um daqueles grandes temas. “O que é o direito?”, “o que é a justiça?” e “como uma decisão jurídica pode ser considerada justificada?” são, portanto, apenas algumas perguntas que captam o que está por trás de cada um dos três problemas apresentados.

Embora o tema da incerteza normativa – um problema permanente para a teoria do direito – possa estar relacionado a cada um daqueles três pontos, ele é tradicionalmente encarado como a razão para a perenidade do terceiro problema. Se a justificação de decisões jurídicas é um problema permanentemente aberto na filosofia do direito é porque nem sempre é claro se ou como o direito atua sobre o comportamento individual em determinadas situações – ou porque, ainda que este não seja o caso, a aplicação da resposta jurídica para certo tipo de questão claramente regulada pelo direito mostra-se, em circunstâncias especiais, indesejável.³ Assim, o problema da justificação de decisões jurídicas existe porque o direito pode ser considerado em alguma medida estruturalmente indeterminado.⁴ E, para a tomada de decisão jurídica, essa indeterminação é a principal fonte de *incertezas* sobre o resultado jurídico de

2 KELSEN, Hans. Disukussion zum Vortrag von Erich Kaufmann. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 3 (1927), p. 53. Tradução livre. Grifo acrescido.

3 Sobre a derrotabilidade de regras jurídicas incidentes v. HART, H. L. A. The ascription of responsibility and rights. *Proceedings of the Aristotelian Society* 49, p. 171-194, 1949 e HAGE, Jaap. Law and Defeasibility. In: HART, H. L. A. *Studies in Legal Logic*. Dordrecht: Springer, 2005, p. 7-32.

4 Assim FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luis Fernando; WERNECK, Diego. Jurisdição, incerteza e Estado de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, v. 243, p. 79-112, 2006, p. 91 e s.

determinadas questões. Conhecer a fonte dessas incertezas, os tipos de problemas normativos por trás delas, os limites da linguagem para a enunciação de padrões de comportamento completamente determinados e apresentar mecanismos voltados a reduzi-las ou mantê-las sob controle são exemplos de subtemas da questão mais geral a respeito da justificação de decisões jurídicas que não se seguem diretamente do material jurídico preexistente ao momento da tomada de decisão.

No caso específico das propostas teóricas que erguem a pretensão de conduzir processos de justificação de decisões em casos difíceis, os debates permanentes costumam girar em torno dos méritos e deméritos da incorporação por autoridades oficiais do direito das diferentes alternativas para limitar as possíveis escolhas arbitrárias daqueles que tem por função atribuir uma resposta *jurídica* para determinada questão. E assim caminham as disputas constantes entre partidários de diferentes visões sobre como juízes, advogados e outros participantes do discurso jurídico *deveriam* desenvolver as suas cadeias de argumentos para mostrar por que as soluções que propõem para casos controversos não são o produto de simples escolhas pessoais. Parafraseando Kelsen, seria possível dizer que as divergências entre coerentistas, pragmatistas, textualistas e tantos outros nunca será superada. Ora uns, ora outros parecerão ser aqueles que sugerem a resposta mais adequada, à sua maneira, para determinado problema jurídico. Não raro, essas diferentes teorias podem ser até *ortogonais* relativamente aos resultados de disputas jurídicas pontuais, já que podem sustentar, ainda que por caminhos diferentes, a mesma resposta jurídica.⁵ No entanto, mesmo assim, ainda haverá algo por que divergir.

Para além dessas disputas de primeira ordem, contudo, é possível identificar pontos de desacordo relacionados à própria *construção* dessas teorias normativas. Meta-problemas, portanto, que podem trazer questões importantes para reflexões filosóficas sobre o problema da justificação de decisões jurídicas. Para voltar mais uma vez às discussões sobre a natureza do direito, as disputas entre descritivas, normativistas e naturalistas são expressões de como disputas sobre a metodologia mais adequada para o desenvolvimento de um projeto filosófico de investigação da natureza do direito pode estar no centro do que, no fundo, pode separar positivistas de não positivistas.⁶

5 BIX, Brian. Robert Alexy, Radbruch's Formula, and the Nature of Legal Theory. *Rechtstheorie*, v. 37, 2006, p. 144.

6 V. a respeito COLEMAN, Jules. Methodology. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott J. (eds.). *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 311-351. DICKSON, Julie. *Evaluation and Legal Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2001. ALEXY, Robert. The nature of arguments about the nature of law. In: MEYER, Lukas; PAULSON, Stanley L.; POGGE, Thomas Winfried Menko (eds.). *Rights, Culture, and the Law: Themes From the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 3-16. LEITER, Brian; LANGLINAIS, Alex. The Methodology

Da mesma forma, questões relacionadas ao *método* de construção de teorias podem ser cruciais para a avaliação do potencial efetivo de certas teorias normativas da decisão jurídica para inspirar *práticas* jurídicas – especialmente *judiciais*. Apresentar um problema de natureza metodológica capaz de afetar a qualidade de teorias dessa natureza (o “paradoxo da determinação”) e apontar possíveis exemplos de sua ocorrência constituem os objetivos centrais deste trabalho.

2. LOCALIZAÇÃO DO PROBLEMA: PRECISÃO DESCRITIVA X AMBIÇÃO NORMATIVA

Teorias e métodos de decisão costumam ser desenhados para lidar com aquele que poderia ser chamado de “o problema fundamental da metodologia jurídica”. Para Alexy, este problema poderia ser enunciado da seguinte maneira: como controlar racionalmente as valorações de tomadores de decisão que precisam resolver problemas jurídicos cujas respostas não se extraem diretamente da conjugação de proposições normativas e proposições factuais?⁷

O propósito da maior parte das teorias normativas de justificação e dos métodos de decisão que pretendem enfrentar essa pergunta é limitar – ou ao menos manter sob controle crítico – as margens de valoração de tomadores de decisão chamados a enfrentar casos difíceis no direito. Um dos pressupostos que justifica a importância desse tipo de empreendimento é o de que tomadores de decisão que não se sentem limitados pelo direito podem impor as suas próprias preferências ao decidirem casos concretos. O conhecimento de uma certa predisposição de tomadores de decisão – notadamente juízes – para atuar de maneira não vinculada ao direito é, nessa linha, um dos aspectos da realidade que informa teorias e métodos de decisão jurídica que almejam, no fundo, combatê-la.

Se essa leitura pode ser considerada plausível, existe uma dimensão pretensamente *descritiva* – ainda que não empiricamente justificada – que orienta a construção de diversas teorias normativas da decisão jurídica e de métodos de fundamentação de decisões. São teorias e métodos que pretendem partir de como o mundo é para recomendar como ele *deve ser*. Nesse sentido, o investimento em teorias e métodos de decisão no domínio do direito pressupõe o conhecimento de determinadas *atitudes patológicas* que tomadores de decisão (i) teriam, caso não pudessem ser, de alguma maneira, limitados por metodologias de decisão, ou (ii) que já revelam ter ao decidir, mesmo quando recorrem a métodos e teorias amplamente reconhecidos na prática

of legal philosophy. *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper* 407, 2012. Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/public_law_and_legal_theory/398/. Acesso em: 29 dez. 2015.

7 ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*, op. cit., p. 18.

judicial. Neste último caso, o apelo a métodos e teorias decisórias seria apenas uma maneira de camuflar a ampla liberdade de escolha já exercida em processos decisórios reais.⁸ Para essas propostas, as atitudes de tomadores de decisão são, em suma, um *dado* para o qual alternativas de solução são estruturadas.

Esse aspecto descritivo é crucial para que se possa explorar a possibilidade de propostas teóricas e metodológicas desenvolvidas para conduzir processos de tomada de decisão jurídica não produzirem, uma vez incorporadas na prática judicial, qualquer resultado prático relevante ou até mesmo o efeito *oposto* ao por elas visado. Nesse sentido, é possível argumentar que teorias e métodos complexos de decisão, em vez de reduzirem os níveis de incerteza subjacentes a processos de solução de casos difíceis no direito, podem *augmentá-los* descontroladamente. Para tanto, basta que as propostas normativas de esforços teóricos não internalizem em suas prescrições as atitudes dos tomadores de decisão diagnosticadas como sintomas que pretendem ser combatidos. Este é comumente o caso quando, a despeito das explicações pretensamente realistas sobre as motivações de tomadores de decisão usadas para inspirar a construção de modelos decisórios, *idealizações* são tomadas como referenciais para a orientação da prática decisória. Haveria, nesse cenário, uma combinação incoerente entre apelos teóricos ideais e não ideais, na medida em que, enquanto motivações *não ideais* seriam usadas com o propósito de diagnosticar problemas, motivações *ideais* seriam as bases para prescrições.⁹ O pessimismo da percepção da prática é substituído por algum tipo de otimismo – às vezes, ingênuo – na construção de mecanismos para lidar com esses problemas. Com isso, em vez de teorias e métodos – especialmente os mais sofisticados – significarem mais barreiras, por exemplo, ao exercício da discricionariedade judicial (o que normalmente teorias normativas da decisão jurídica almejam realizar), eles podem se tornar, na verdade, mais munição para que juízes decidam como queiram simplesmente porque “esquecem” em suas prescrições como tomadores reais de decisão tendem, de fato, a agir. Casos como esse revelam um evidente paradoxo. Um *paradoxo da determinação*.¹⁰

Maiores esforços de determinação não necessariamente levam a maior limitação da discricionariedade. Ao contrário, como afirmado, podem apenas tornar o processo decisório mais incerto. Tome-se, como exemplo, a pluralidade de métodos disponíveis

8 Para Schauer, esse é o principal desafio do realismo jurídico para se pensar na existência de um raciocínio tipicamente jurídico. V. SCHAUER, Frederick, *Thinking like a Lawyer*, cap. 7.

9 POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. Inside or outside the system?. *The University of Chicago Law Review* 80, p. 1743-1797, 2013, p. 1744.

10 Posner e Vermeule se referem a esse paradoxo como uma falácia do dentro/fora. A referência sobre o paradoxo da determinação tem origem na economia. V. a respeito BHAGWATI, Jagdish; BRECHER, Richard A.; SRINIVASAN, T. N. DUP Activities and Economic Theory. *European Economic Review* 24, p. 291-307, 1984.

para orientar a interpretação constitucional no país e a dificuldade cada vez maior de antecipação de resultados e dos caminhos da fundamentação de decisões no Supremo Tribunal Federal. A tentativa de “controlar” a interpretação constitucional por meio de métodos e teorias decisórias que se constroem em torno de elementos contrafactuais ou prescrições vagas, em vez de aumentar a previsibilidade dos resultados, permite, na verdade, que fundamentos teóricos muito diferentes possam ser livremente selecionados para justificar qualquer decisão. O ministro que hoje se serve da concepção de direito como integridade de Dworkin é, amanhã, o que adotará uma postura formalista, usará a interpretação teleológica, a ponderação de princípios ou a teoria da justiça de John Rawls para justificar suas decisões. Ou várias dessas alternativas ao mesmo tempo. É certo que esse uso estratégico de teorias ou métodos decisórios não é necessariamente um problema das próprias teorias ou dos métodos em si. A compreensão ou a recepção inadequada dos pressupostos de grandes edifícios teóricos é um motivo comum para justificar o seu mau uso. Nada obstante, para o caso específico de teorias que se apresentam como institucional e/ou constitucionalmente adequadas para um determinado contexto, o paradoxo da determinação se torna um problema a ser levado a sério para se apreciar a qualidade de teorias normativas sobre a decisão jurídica.

3. UM PROBLEMA METODOLÓGICO

O problema por trás do paradoxo da determinação não é de natureza conceitual ou empírica. Não há necessariamente uma tensão entre sugerir teorias decisórias inspiradas em alguns ideais e recorrer a dados sobre o funcionamento do mundo para construí-las. Tampouco está o problema nas prescrições em si ou no desenvolvimento de modelos comportamentais que não possuem implicações normativas ou não aspiram servir de base para a formulação de políticas públicas. O problema é *metodológico*; mais especificamente, de *consistência* – “consistência de assunções e perspectivas”.¹¹ A inconsistência que gera o paradoxo da determinação se localiza precisamente na *divergência* entre o tipo de motivação pressuposto para que o modelo de solução desenhado para lidar com certo problema do mundo funcione e o tipo de motivação diagnosticado como a base a partir da qual decisões são tomadas na realidade. É preciso, por isso, que aquilo que é endogenamente identificado como comportamento padrão de certos atores seja incorporado nos esforços prescritivos destinados a, por meio de métodos de tomada de decisão ou incentivos específicos, reorientá-los para a realização de um estado de coisas considerado desejável pela própria teoria. Sem essa incorporação, diagnósticos sobre o funcionamento do mundo tornam-se úteis

11 POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian, *Inside or Outside the System?*, op. cit., p. 1745.

apenas para anunciar o insucesso de remédios prescritos para lidar com certos problemas, e não para inspirar a prescrição dos remédios adequados. Quando isso acontece, as teorias normativas da decisão jurídica perdem a força do apelo vinculado à proposição de soluções para problemas reais e passam a contar, no limite, apenas com a virtude de atores institucionais que podem se deixar inspirar por prescrições não empiricamente informadas.

O risco de inconsistência teórica por trás do paradoxo da determinação pode ser notado no direito não só quando as intuições de formuladores de propostas normativas destinadas a lidar com ou neutralizar certas disposições reais de tomadores de decisão são simplesmente deixadas de lado quando as suas sugestões sobre a tomada de decisão jurídica adequada – a preocupação central deste texto – são desenvolvidas. Ele se torna especialmente relevante quando estudos empiricamente informados sobre o comportamento judicial proliferam, mas terminam por ser amplamente mencionados por teóricos mais para dar uma roupagem de sofisticação às suas propostas normativas do que para, por meio de efetiva incorporação, inspirá-las. Neste contexto, o diálogo que juristas podem tentar estabelecer, por exemplo, com a ciência política ou a economia comportamental pode, antes de levar a teorias mais consistentes sobre a compreensão ou a orientação da tomada de decisão judicial, “produzir um tipo de esquizofrenia metodológica”.¹² Mais dados e mais informações sobre o mundo não significam, como já alertado, teorias normativas necessariamente mais robustas para aumentar a qualidade das decisões de juízes reais. Voltando mais uma vez ao tema da interpretação constitucional, a aproximação recente da teoria constitucional brasileira com a ciência política e o aumento da produção de dados sobre o funcionamento real das instituições brasileiras não levarão necessariamente, se o argumento de Posner e Vermeule faz sentido, a prescrições mais adequadas para resolver problemas reais se, do ponto de vista *exclusivo* dos potenciais da própria teoria de propor melhores soluções, os diagnósticos mais precisos sobre o mundo forem desconsiderados na formulação dos critérios de orientação da prática jurisdicional. Ao contrário, o risco é o de proliferação de certo tipo de padrão de produção de trabalhos acadêmicos. Neles, “the diagnostic sections of a paper draw upon the political science literature to offer deeply pessimistic accounts of the ambitious, partisan, or self-interested motives of relevant actors in the legal system, while the prescriptive sections of the paper then turn around and issue an optimistic proposal for public-spirited solutions”.¹³

O risco de ocorrência de um paradoxo da determinação pode ser notado em dois exemplos. No primeiro, discute-se a real utilidade da incorporação na prática judicial

12 POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian, *Inside or Outside the System?*, op. cit., p. 1745.

13 POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian, *Inside or Outside the System?*, op. cit., p. 1745.

de métodos sofisticados de justificação de decisões – como a fórmula do peso de Robert Alexy¹⁴ – quando se parte de um diagnóstico sobre determinadas atitudes de tomadores de decisão para manipular a máxima da proporcionalidade – ministros do STF, por exemplo – com o intuito de fazer prevalecer os seus próprios interesses. Este caso ilustra como problemas teóricos podem surgir quando se tenta aproximar estudos sobre o comportamento real de tomadores de decisão com teorias normativas da decisão judicial disponíveis que podem ser consideradas *fortemente* ideais, *i.e.* com pouco (ou mesmo sem qualquer) apelo empírico relevante para a elaboração de suas recomendações. O paradoxo da determinação é, com outras palavras, o produto potencial da tentativa de embasar empiricamente teorias que não partem de diagnósticos sobre como agem efetivamente tomadores de decisão. No segundo exemplo, questiona-se uma teoria que recomenda a tribunais superiores o uso apropriado de precedentes ou a construção de suas decisões de maneira tal que facilite o seu potencial para funcionar como precedente para a solução de casos futuros, mas que parte, ao mesmo tempo, da visão de que os seus membros agem de maneira autointeressada e tendem a usar estrategicamente as decisões da própria corte para fundamentar as suas visões sobre problemas concretos. Neste caso, o paradoxo decorre da inconsistência entre diagnóstico (pessimista) e prescrição (otimista, na medida em que depende de comportamento virtuoso) na própria teoria desenvolvida para lidar com atitudes que podem ser consideradas patológicas.

4. DOIS EXEMPLOS

A possibilidade de o paradoxo da determinação se aplicar à teoria dos princípios está relacionada especificamente a um problema de recepção, e não a alguma inconsistência interna da própria teoria. De fato, não me parece simples identificar uma divergência

14 A fórmula do peso (*Gewichtsformel*) é a expressão de um esquema de justificação que ergue a pretensão de estruturar a argumentação em torno da orientação sugerida pela lei de sopesamento. De acordo com a referida lei “quanto maior o grau de não realização ou restrição de um princípio, maior deve ser a importância de realização do outro”. Cf. ALEXY, Robert. Die Gewichtsformel, in: J. Jickeli, P. Kreutz und D. Reuter (Org.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*. Berlin: De Gruyter Recht, 2003, p. 771-779, p. 772. A fórmula é composta por três frações que pretendem medir (i) a intensidade da interferência nos princípios em colisão (I_i/I_j), (ii) a relação entre os pesos abstratos dos princípios envolvidos (G_i/G_j) e (iii) a confiabilidade das premissas empíricas sobre o que a não implementação da medida sob consideração implica para a realização e não realização dos princípios imbricados (S_i/S_j). Cf. Alexy, Die Gewichtsformel, op. cit., p. 790. Esses fatores são avaliados por meio de uma escala triádica, de acordo com a qual os graus *leve*, *médio* e *grave* podem ser atribuídos a cada parte da fração. A expressão reduzida da fórmula, sendo G_{ij} o peso concreto de um princípio P_i relativamente a um princípio P_j , é:

$$G_{ij} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

entre diagnósticos reais e pretensões normativas quando o tema é a utilidade de ferramentas metodológicas como a fórmula do peso ou a lei de sopesamento para orientar processos de tomada de decisão jurídica em que princípios jurídicos estão em colisão. Isso porque Alexy, embora, por meio da fórmula, almeje também reconstruir a prática decisória do Tribunal Constitucional Federal alemão, não levanta nenhuma pretensão de investigar em abstrato as disposições ou motivações reais de tomadores de decisão para, a partir delas, justificar a estrutura da ponderação e recomendar métodos decisórios como fomentadores de racionalidade. A construção do edifício teórico, ao contrário, é feita a partir de passos que pretendem harmonizar conceitual e normativamente o instrumental metodológico fornecido pela teoria dos princípios em um grande sistema, que inclui desde uma concepção sobre a natureza do direito e uma teoria procedimental da correção prática até uma concepção sobre o constitucionalismo democrático.¹⁵ Assim, a teoria não parece ser afetada por não incorporar análises exógenas sobre o comportamento dos atores que ela mesma pretende influenciar – juízes, por exemplo – simplesmente porque não há apelos sobre como esses atores, de fato, comportam-se especificamente em ambientes de tomada de decisão jurídica. Há, na verdade, apelos à realidade tal qual ela se apresenta quando, como mencionado, a fórmula do peso ergue a pretensão de ser uma reconstrução racional do processo decisório do Tribunal Constitucional Federal alemão. Mas, mesmo neste caso, nada é dito sobre as reais *motivações* dos julgadores quando são chamados a decidir.

Problemas de recepção, porém, podem ocorrer quando dados ou certas intuições sobre motivações comportamentais de tomadores de decisão são usados para apresentar um cenário problemático e, logo após, o arsenal metodológico fornecido por Alexy é prescrito como antídoto. Neste caso, o paradoxo da determinação poderia aparecer ao se tentar, de um lado, recorrer a visões tipicamente realistas sobre o comportamento judicial, e, de outro, receitar como soluções para esse problema métodos decisórios incapazes de eliminar completamente a discricionariedade judicial. Se se parte, por exemplo, da visão de que o material jurídico autoritativo não determina o resultado de processos judiciais, mas, ao contrário, que decisões judiciais podem ser mais adequadamente explicadas a partir de influências de fatores não propriamente jurídicos, pressupõe-se que o direito não é necessariamente o motor da tomada de decisão. Uma roupagem jurídica para certo resultado torna-se, nesse quadro, no máximo uma tentativa de racionalização *ex post* de escolhas. Dado, porém, que a teoria dos princípios, em sua dimensão normativa, não incorpora essa predisposição real de tomadores de decisão em seus referenciais de justificação de decisões, a incon-

15 Sobre esses passos do projeto teórico alexyano, v. ALEXY, Robert. *Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts*, especialmente p. 159 e ss.

sistência teórica surge quando são sugeridos mecanismos de racionalidade que se sabe, desde o início, que tenderão a ser manipulados.¹⁶

O mesmo tipo de problema pode ser percebido quando se tenta construir teorias normativas sobre o trabalho com precedentes que, apesar de partirem de certos diagnósticos sobre certas disposições concretas de tomadores de decisão, resumem-se apenas a exortações à adoção de comportamentos virtuosos inspirados em ideais como os de Estado de Direito ou de democracia.¹⁷ Se a descrição do funcionamento real de um tribunal como o Supremo mostra uma predisposição para o uso completamente estratégico e/ou desparametrizado de decisões anteriores da corte¹⁸ e sugere que os seus ministros buscam maximizar o poder que exercem, existe um problema de consistência facilmente constatável quando teorias normativas sobre o comportamento judicial sugerem mecanismos de vinculação horizontal a precedentes, deferência a decisões do Legislativo e do Executivo e posturas minimalistas. O problema neste ponto está, mais uma vez, na prescrição de algo que já se sabe, de antemão, que o tribunal não fará – salvo quando juízes tiverem motivações estratégicas para adotar qualquer um daqueles comportamentos. E um dos motivos simples para justificar a irrelevância de uma determinada teoria sobre o trabalho com precedentes nesses contextos reside no fato de que a descrição sobre o funcionamento da realidade revela que aquilo que efetivamente impulsiona as decisões dos ministros é incompatível com o endosso das sugestões normativas da teoria, ancoradas em idealizações sobre a atividade jurisdicional e conceitualismos.¹⁹

5. CONCLUSÃO

O paradoxo da determinação é um problema metodológico que afeta a qualidade de teorias normativas que almejam lidar com a incerteza normativa por meio da fixação de regras de decisão ou roteiros de argumentação supostamente adequados a certa realidade. O problema, de fato, surge quando as descrições sobre o mundo não informam as recomendações dirigidas a atores institucionais como juízes e legisladores. Cria-se, assim, um espaço vazio entre os diagnósticos pretensamente realistas sobre

16 LEAL, Fernando. *Irracional ou Hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo*, p. 187.

17 V. para problemas da realidade norte-americana, POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. *Inside or Outside the System?*, op. cit., p. 1780-1783.

18 V., por exemplo, o retrato feito em LEAL, Fernando. *Uma Jurisprudência que serve para tudo*. Disponível em: <http://jota.info/uma-jurisprudencia-que-serve-para-tudo>. Acesso em: 20 dez. 2015 e LEAL, Fernando. Força autoritativa, influência persuasiva ou qualquer coisa: o que é um precedente para o Supremo Tribunal Federal? *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 7, n. 1, p. 205-236, jan./abr. 2020.

19 Entende-se conceitualismo como a tentativa de extrair parâmetros de interpretação diretamente de compromissos conceituais abstratos, como democracia, Estado de Direito, constitucionalismo ou separação de poderes. Assim, VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty*, p. 2.

atitudes ou crenças de certos atores institucionais e as idealizações, que *não* partem daqueles diagnósticos, por trás das sugestões sobre como tomadores de decisão devem agir em casos para os quais o direito não fornece resposta precisa. Em um contexto acadêmico em que cada vez mais dados sobre o funcionamento real das instituições são produzidos e em que as lentes de outras disciplinas são usadas para a melhor compreensão do mundo, o paradoxo da determinação não deve ser encarado como argumento para a rejeição de aproximações entre o direito e outras áreas.²⁰ Ao contrário, ele deve ser compreendido como um alerta importante para que os diálogos entre teorias jurídicas normativas e as explicações fornecidas por outras ciências sobre o comportamento de determinados atores sejam metodologicamente rigorosos e, assim, possam produzir resultados efetivamente relevantes.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts. *ARSP* 95, n. 2, p. 151-166, abr. 2009.
- ALEXY, Robert. The nature of arguments about the nature of law. In: MEYER, Lukas; PAULSON, Stanley L.; POGGE, Thomas Winfried Menko (eds.), *Rights, Culture, and the Law: Themes From the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 3-16.
- ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. ed. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1991.
- ALEXY, Robert. Die Gewichtsformel, In: J. Jickeli, P. Kreuz und D. Reuter (Org.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*. Berlin: De Gruyter Recht, 2003, p. 771-779.
- BHAGWATI, Jagdish; BRECHER, Richard A.; SRINIVASAN, T. N. DUP Activities and Economic Theory. *European Economic Review* 24, p. 291-307, 1984.
- BIX, Brian. Robert Alexy, Radbruch's Formula, and the Nature of Legal Theory. *Rechtstheorie*, v. 37, p. 139-149, 2006.
- COLEMAN, Jules. Methodology. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott J. (eds.). *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 311-351.
- DICKSON, Julie. *Evaluation and Legal Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2001.
- FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luis Fernando; WERNECK, Diego. Jurisdição, incerteza e Estado de Direito. *Revista de Direito Administrativo* 243, p. 79-112, 2006.
- HAGE, Jaap. Law and Defeasibility. In: HAGE, Jaap. *Studies in Legal Logic*. Dordrecht: Springer, 2005, p. 7-32.
- HART, H. L. A. The ascription of responsibility and rights. *Proceedings of the Aristotelian Society* 49, p. 171-194, 1949.

20 POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. *Inside or Outside the System*, op. cit., p. 1797.

- KELSEN, Hans. Disukussion zum Vortrag von Erich Kaufmann, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 3, 1927.
- LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 177-209, out./dez. 2014.
- LEAL, Fernando. Uma Jurisprudência que serve para tudo. *Jota*. Texto disponível em: <http://jota.info/uma-jurisprudencia-que-serve-para-tudo>. Acesso em: 20 dez. 2015.
- LEAL, Fernando. Força autoritativa, influência persuasiva ou qualquer coisa: o que é um precedente para o Supremo Tribunal Federal? *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 7, n. 1, p. 205-236, jan./abr. 2020.
- LEITER, Brian; LANGLINAIS, Alex. The Methodology of legal philosophy. *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper* 407, 2012. Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/public_law_and_legal_theory/398/. Acesso em: 29 dez. 2015.
- POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. Inside or outside the system?. *The University of Chicago Law Review* 80, p. 1743-1797, 2013.
- SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- VERMEULE, Adrian. *Judging Under Uncertainty*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.