

## COMENTÁRIO

---

### PARA QUE SERVEM AS TEORIAS NORMATIVAS DA DECISÃO JURÍDICA?

Victor Nóbrega Luccas<sup>21</sup>

#### 1. Síntese do Texto Comentado

Em seu texto “*Regulando a incerteza: a construção de teorias normativas da decisão jurídica e os riscos do paradoxo da determinação*”, o Prof. Fernando Leal, preocupado com o problema crucial do controle racional das decisões jurídicas diante da incerteza normativa estrutural que acomete o Direito, propõe que teorias sobre como os decisores *deveriam* construir a decisão jurídica (doravante “Teorias da Justificação”) pa-

---

21 Agradeço a Luís Matricardi, Fabrício Vasconcelos Gomes e Mariana Midea Cuccovia Chaimovich pelos valiosos comentários que contribuíram para o aprimoramento deste texto.

decem de um problema metodológico, decorrente de ignorarem como a realidade efetivamente funciona.

Primeiramente, o Autor defende que as Teorias da Justificação partem do pressuposto descritivo de que os tomadores de decisão, notadamente os juízes, possuem predisposição a agir de forma não vinculada ao Direito, e buscam justamente impedir tais “*atitudes patológicas*”.

Em seguida, o Prof. Leal destaca como as Teorias da Justificação podem falhar, por não lidarem adequadamente com o que denomina “*paradoxo da determinação*”. Em suas palavras, “*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 aumentá-los descontroladamente. (...) em vez de teorias e métodos (...) significarem mais barreiras (...) eles podem se tornar, na verdade, mais munição para que juízes decidam como queiram*”. Ou seja, o paradoxo reside em que as Teorias da Justificação aumentariam a incerteza, ao invés de contribuírem para a previsibilidade e controle das decisões.

Na sequência, o Autor defende que a raiz do paradoxo da determinação estaria em um *problema metodológico* de consistência, do qual padeceriam as Teorias da Justificação. A inconsistência estaria em partir do pressuposto de que os tomadores de decisão possuem a predisposição de não seguir o Direito, mas requerer, para o funcionamento e emprego adequado das Teorias da Justificação, que os tomadores de decisão sejam virtuosos, esforçando-se em seguir o método de justificação prescrito pela teoria e, em última instância, ser fiéis ao Direito.

Como exemplos, o Prof. Leal destaca a teoria dos princípios de Alexy que, em sua análise, desconsideraria “*as reais motivações dos julgadores quando são chamados a decidir*” e prescreveria métodos decisórios “*incapazes de eliminar completamente a discricionariedade judicial*”. Em diferentes momentos do texto, usa como exemplo e objeto de crítica a atuação do Supremo Tribunal Federal do Brasil, que selecionaria fundamentos teóricos conforme a conveniência ou faria uso meramente estratégico de decisões anteriores da própria corte. Sumarizando uma crítica corrente à forma de tomada de decisão jurídica, diz que: “*Uma roupagem jurídica para certo resultado, torna-se, nesse quadro, no máximo uma tentativa de racionalização ex post de escolhas*”.

Em sua conclusão, o Autor diz que o paradoxo da determinação deve ser visto como um alerta para que as Teorias da Justificação realizem diálogos metodologicamente rigorosos com outras ciências sobre o comportamento de determinados atores e possam produzir resultados efetivamente relevantes.

## 2. Crítica ao Texto Comentado

O texto do Prof. Leal é oportuno ao chamar a atenção para o fato de que as Teorias da Justificação, que têm ocupado um papel significativo – senão central – nos estudos

jurídicos das últimas décadas, correm o risco de falhar no seu objetivo de permitir o controle racional da decisão judicial. No entanto, o texto (a) apresenta compreensão equivocada do objetivo das Teorias da Justificação, lhes atribuindo papel que elas não buscam desempenhar; (b) não oferece sustentação empírica suficiente do paradoxo da determinação; e (c) perde a oportunidade de esclarecer as suas recomendações.

Em primeiro lugar, o objetivo das Teorias da Justificação é contribuir para a previsibilidade do Direito ao permitir o *controle racional da decisão jurídica*, não garantir o *constrangimento prático e efetivo dos tomadores de decisão*.

Pouco importa se os julgadores efetivamente seguem, tentam seguir ou apenas fingem tentar seguir alguma Teoria da Justificação. Se as Teorias da Justificação são capazes de prover algum controle racional da decisão, pelo menos a comunidade jurídica será capaz de avaliar essas decisões e pontuar que elas estão erradas e por qual motivo. Ou seja, ainda que os tomadores de decisão continuem errando ou desviando do Direito de forma proposital, caso o pressuposto de capacidade de controle racional das Teorias da Justificação seja satisfeito, elas continuarão sendo de grande valia, independentemente do que os tomadores de decisão efetivamente fizerem. Com elas, poderemos dizer *quem erra, por que erra, como erra*, e demandar a mudança.

Aliás, se o Direito for realmente incerto em determinado caso, sem qualquer limitação de decisão a ser tomada, sequer faz sentido tratar de uma *atitude patológica* em decidir de maneira não vinculada ao Direito. Se o Direito não especifica um resultado (ou um conjunto de resultados aceitáveis), qualquer outro resultado vale. Caso as Teorias da Justificação sejam incapazes de especificar ou limitar os resultados, ao invés de perder nosso tempo aprimorando-as (que é minha preocupação e parece também ser a do Prof. Leal), aqui a solução deveria ser abandoná-las por completo e estudar outros fundamentos (não jurídicos) ou modelos de tomada decisão. Nesse sentido, por exemplo, Jeremy Waldron em seu famoso artigo “*The Core of the Case Against Judicial Review*”, defende que, se o Direito não pode prover uma resposta certa a respeito da validade da legislação, então que a decisão seja explicitamente política e tomada por quem tiver legitimidade.

Portanto, ainda que seja verdade que as Teorias da Justificação tenham por objetivo aumentar a previsibilidade das decisões jurídicas, elas contribuem para tanto de maneira indireta e mediata, por meio do controle racional da decisão, e não por meio do constrangimento prático e efetivo dos tomadores de decisão. Essa contribuição, ainda que insuficiente para garantir a almejada previsibilidade, não pode ser menosprezada. As Teorias da Justificação cumprem papel crucial ao estabelecer uma resposta certa ou um conjunto de respostas aceitáveis e ao permitir a avaliação e a crítica fundamentada aos tomadores de decisão, que pode ser o motor de mudanças institucionais.

Exigir das Teorias da Justificação o constrangimento prático e efetivo dos tomadores de decisão é exigir mais do que elas se propõem a fazer. A teoria é simplesmente incapaz de constrangê-los, assim como a criação de uma lei não impede os cidadãos de descumpri-la. O constrangimento decorre de fatores externos, como uma estrutura institucional que estabeleça os incentivos adequados. Claro que essa estrutura institucional é passível de análise teórica ou empírica e se trata de problema importante, mas distinto. No entanto, não parece haver vantagens em misturar o problema da fundamentação e controle racional da decisão com o problema da estrutura institucional e possíveis fatores externos que constriam os tomadores de decisão. Ao menos, tal vantagem não foi demonstrada no texto comentado.

Em segundo lugar, apesar da exortação do Autor sobre a importância de incorporar diagnósticos empíricos em nossas teorias, não há sustentação fática para se afirmar que as Teorias da Justificação efetivamente aumentariam a incerteza, corroborando a existência de um paradoxo da determinação. Por meio de seus exemplos, o texto apela ao que se poderia considerar senso-comuns acadêmico-jurídicos da atualidade: de que o Supremo Tribunal Federal e seus ministros possuem fundamentações incoerentes entre si e de que a teoria dos princípios de Robert Alexy não é capaz de eliminar totalmente a incerteza na decisão constitucional. Contudo, não há nenhuma demonstração ou sequer indicativo de que as Teorias da Justificação *pioraram* a situação, como pressupõe o paradoxo da determinação. Do uso das Teorias da Justificação não ter reduzido a incerteza não decorre que, sem as Teorias da Justificação, a incerteza seria menor.

Ainda que se parta do pressuposto de que as Teorias da Justificação não são capazes de efetivamente constriam os tomadores de decisão, antes de se afirmar o paradoxo da determinação há perguntas prévias que precisam ser respondidas. Primeiro, (i) se as Teorias da Justificação são efetivamente capazes de, em algum grau significativo, controlar racionalmente as decisões, ainda que não sejam por si só suficientes para constriam os tomadores de decisão.

Se a resposta for negativa, é inútil perseguir tais Teorias da Justificação, pois elas falham em seu objetivo essencial. Se a resposta for positiva, cabe ainda investigar (ii) se elas efetivamente não são seguidas pelos tomadores de decisão, e, (iii) caso não sejam seguidas, por quais motivos.

Com relação às perguntas (i) e (ii), destaco do texto que o Autor argumenta que os métodos falham por serem “*incapazes de eliminar completamente a discricionariedade judicial*”. Essa me parece uma expectativa excessiva sobre o papel das Teorias da Justificação. Não se pode esperar de nenhuma teoria tal definitividade. Ainda que elas sirvam apenas em determinadas situações e resolvam apenas alguns casos, continuarão cumprindo seu papel. Qualquer investigação deveria considerar que o controle

racional da decisão jurídica pode ser uma questão de grau. O que seria exatamente esse grau – se relacionado à quantidade de casos em que a teoria efetivamente provê o controle racional em contraste com os casos em que falha, se relacionado à capacidade de reduzir os argumentos e interpretações aceitáveis a uma única resposta ou a um conjunto – carece de especificação e, infelizmente, não caberá ser discutido nesse pequeno texto.

Quanto à questão (iii) levanto aqui hipóteses não exaustivas, mas cujo exame imagino interessante: (iii.1) os tomadores de decisão não possuem competência técnica para aplicar os métodos decisórios adequadamente, diante da sua sofisticação e complexidade; (iii.2) os tomadores de decisão têm dúvidas sobre qual Teoria da Justificação adotar e em quais situações, diante das várias disponíveis; (iii.3) os decisores efetivamente não têm compromisso de fidelidade ao Direito e decidem conforme outros critérios (extrajurídicos).

A hipótese (iii.3) é adotada pelo Autor como pressuposto de seu artigo e é parte constitutiva do paradoxo da determinação, mas tenho dúvidas sobre o seu acerto, especialmente pelo destaque dado aos casos difíceis no curso do argumento como fonte de incerteza. É no mínimo insuficiente olhar para o comportamento dos tomadores de decisão em casos difíceis a fim de afirmar que eles não têm um compromisso com o Direito. Para dizer que alguém não tem compromisso com o Direito é necessário verificar se o comportamento de tal pessoa desvia daquilo que o Direito determina. Ora, justamente pelos casos serem difíceis se torna mais difícil estabelecer se há ou não desvio (aqui as Teorias da Justificação deveriam nos dar as respostas) e se houve erro ou ação intencional. Ainda que a ciência política ou a ciência econômica possam prever a decisão com alto grau de precisão nesses casos (o Prof. Leal não chega a dizer isso, mas me parece sugerir ou implicar), o fato de a decisão ser conforme a previsão não quer dizer que ela foi contra o Direito e, portanto, não prova essa predisposição da infidelidade.

Cabe aqui comentar a afirmação do Autor de que “*Uma roupagem jurídica para certo resultado torna-se, nesse quadro, no máximo uma tentativa de racionalização ex post de escolhas*”, por me parecer refletir o senso-comum de que se primeiro o tomador de decisão pensou no resultado e depois pensou na justificativa, a decisão está viciada de alguma forma. Essa ideia me parece conter um equívoco corrente sobre o que se deve esperar de uma Teoria da Justificação. Tal tipo de teoria normativa tem de permitir examinar se uma justificativa formal explicitamente declinada é aceitável. Se não for, deve ser alterada.

Como a justificativa surgiu mentalmente na cabeça do julgador – se *ex post*, *ex ante* ou *ex machina* – é irrelevante para a Teoria da Justificação. Para funcionar, a teoria tem que controlar racionalmente a justificação formal explícita e não o processo

mental do decisor. Se o tomador de decisão tem por objetivo seguir o Direito ou não é igualmente irrelevante para a Teoria da Justificação. O que importa é se somos capazes de avaliar a justificativa formal oferecida e dizer se a decisão efetivamente seguiu ou não o Direito. Obviamente, se a Teoria da Justificação é incapaz de orientar os resultados em grau significativo, por exemplo, se frequentemente permite decisões para ambos os lados, ela é inadequada. Mas isso não tem a ver com o processo mental e sim com a sua capacidade de orientar a interpretação jurídica.

Isso não quer dizer que as intenções dos decisores são irrelevantes. Elas podem ser relevantes e muito. Se há muito espaço para interpretação no Direito, e resultados diversos são juridicamente aceitáveis, fará muita diferença, por exemplo, a composição política de uma corte judicial. E, ainda que haja pouco espaço para interpretação, se os julgadores não têm compromisso com o Direito e adotam interpretações equivocadas de propósito, é ainda mais grave e relevante. Esse tipo de problema, porém, não será resolvido no âmbito da Teoria da Justificação, mas talvez do estudo dos mecanismos institucionais de seleção dos tomadores de decisão ou da formação dos juristas em geral.

Em terceiro e último lugar, seria interessante adicionar uma explicação ou exemplo de como o diálogo rigoroso entre teorias jurídicas normativas e ciências do comportamento seriam capazes de alterar as Teorias da Justificação ou permitir que produzam resultados efetivamente relevantes. A solução recomendada, tal como formulada, parece abstrata demais para efetivamente contribuir para constranger os tomadores de decisão.

Diante do exposto, não obstante a oportunidade da reflexão, parece-me que a adequada compreensão das Teorias da Justificação revela que são fundamentais independentemente da sua capacidade prática de constranger os tomadores de decisão e que elas não têm esse objetivo, afastando o problema metodológico apontado; que o paradoxo da determinação permanece uma hipótese e não um fato consumado; e que as soluções para aumentar a previsibilidade da decisão judicial podem sim aproveitar o conhecimento de outras ciências, mas não está claro como elas poderiam alterar as Teorias da Justificação.

