

DIREITO E CONSEQUÊNCIA NO BRASIL: EM BUSCA DE UM DISCURSO SOBRE O MÉTODO

Mariana Pargendler^{*}

Bruno Meyerhof Salama^{**1}

Resumo: Proliferam hoje instituições de pesquisa e trabalhos acadêmicos em direito que — diferentemente do método jurídico tradicional, mas à semelhança das demais ciências sociais — objetivam investigar os efeitos das normas jurídicas sobre a realidade econômica e social. No presente artigo sustentamos que, no Brasil, a adoção de novas metodologias na produção jurídica liga-se à transformação no modo de aplicação do direito, que vem crescentemente consagrando a utilização de argumentos consequencialistas em juízo. Examinamos, então, os três vetores de caráter ideológico (o triunfo do progressismo), organizacional (a centralidade do Poder Judiciário no arranjo político) e técnico-jurídico (o reconhecimento da força normativa dos princípios) que forjaram tal transformação no contexto brasileiro. Daí decorre que a aplicação do direito cada vez mais exija não apenas a averiguação de fatos pretéritos para determinar a incidência do suporte fático de regras, mas também

^{*} Professora da Escola de Direito da FGV-SP (Direito GV).

^{**} Professor da Escola de Direito da FGV-SP (Direito GV).

¹ A ordenação dos autores segue exclusivamente a ordem alfabética dos respectivos sobrenomes. Agradecemos aos comentários de Humberto Ávila, Vicente P. Braga, Ângela Donaggio, Maíra Machado, Marta Rocha Machado, Rafael Mafei, Judith Martins-Costa, Salem Nasser, José Rodrigo Rodriguez, Lígia Sica e Osny da Silva Filho, assim como dos participantes do colóquio “Análise Econômica do Direito: Teoria, Empíria e Método Científico”, promovido pela FGV Direito Rio em agosto de 2012, e do Workshop de Pesquisa da Direito GV. Um agradecimento especial também às detalhadas críticas e sugestões de Diego Arguelhes e Fernando Leal. Thiago Reis auxiliou-nos com a pesquisa. A responsabilidade por todos os erros remanescentes é exclusivamente nossa.

juízos probabilísticos sobre fatos futuros a fim de concretizar os fins jurídicos consubstanciados em princípios — propiciando, assim, o surgimento de um potencial novo campo de pesquisa para os juristas. Todavia, a persistência de uma incerteza radical sobre o funcionamento do mundo — inclusive sobre as consequências de diferentes normas jurídicas — inviabiliza o consequencialismo extremado como técnica de decisão sobre a organização social. Em razão da inabilidade das ciências sociais em ditar o funcionamento do sistema jurídico, subsistirá o papel do jurista como formulador de *doutrina* como não ciência.

Palavras-Chave: consequencialismo — Estado regulatório — ciência do direito — empiria

LAW AND CONSEQUENCES IN BRAZIL: IN SEARCH OF A DISCOURSE ON THE METHOD

Abstract: Today, a growing number of research institutions and academic works in law seek to investigate the effects of legal rules on social and economic reality, a goal that differs from that of traditional doctrinal scholarship but is similar to the aspirations of other social scientists. In this Article, we argue that, in Brazil, the adoption of new methodologies in legal scholarship relates to a transformation in the mode of legal interpretation towards greater acceptance of the use of consequentialist arguments in court. As a result, judicial interpretation increasingly requires not only the verification of past facts that are abstractly described in legal rules, but also probabilistic judgments about future facts in order to carry out the legal objectives embodied in legal principles. Nevertheless, the persistence of radical uncertainty about the workings of the world — including the factual consequences of legal rules — thwarts the use of extreme consequentialist reasoning as a decision method

for social organization. In view of social sciences' inability to dictate how the legal system is to operate, the role of legal scholars as authors of doctrine as non-science will subsist.

Keywords: Consequentialism — regulatory State — legal science — empirics

INTRODUÇÃO



fosso que separa a pesquisa em direito da pesquisa em outras áreas do saber humano nunca foi tão estreito quanto hoje. Embalada pela cantilena da interdisciplinaridade, a produção acadêmica em direito tem crescentemente lançado mão do método prevalente em outras ciências naturais e sociais, conferindo maior ênfase à formulação de teorias “falseáveis”² e ao desenvolvimento de estudos empíricos e experimentais aptos a testá-las.³ O fenômeno, aliás, é hoje observável em toda parte: não

² Na filosofia da ciência, a falseabilidade é a característica básica para tornar uma proposição propriamente condizente com o método científico. Uma proposição (ou hipótese) falseável é aquela que, *se for falsa*, então a observação e a experimentação irão, em algum momento, demonstrar a falsidade. Por exemplo: a proposição *todos os cisnes são brancos* é falseável porque é possível encontrar um cisne de outra cor que mostrará a falsidade da proposição. Já a proposição *todos os homens são seres humanos* é não falseável e sim definicional (ou tautológica), porque nenhuma observação do mundo poderá demonstrar que existe algum homem não humano. O grande problema nas chamadas ciências sociais é que muitas das suas proposições são teoricamente falseáveis, mas não o são na prática. Por exemplo, a proposição *a economia de mercado aumenta a eficiência econômica* é teoricamente testável, mas as variáveis são tantas a ponto de tornar a proposição, na prática, não falseável.

³ Este fenômeno é ainda mais acentuado nos Estados Unidos, país no qual, desde o movimento do realismo jurídico do início do século XX, a análise dogmática tradicional paulatinamente perdeu seu inicial prestígio. A esse respeito, ver, a título meramente exemplificativo, POSNER, Richard. *The decline of law as an autonomous discipline: 1962-1987*. *Harvard Law Review*, n. 4, v. 100, p. 761-780, 1987; EDWARDS, Harry T. *The growing disjunction between legal education and the legal profession*. *Michigan Law Review*, n. 91, p. 34-70, 1992-1993; ULEN, Thomas. *A Nobel Prize in legal science? Theory, empirical work, and the scientific method in the study of law*. *University of Illinois Law Review*, n. 4, p. 875-920, 2002;

apenas nos Estados Unidos, onde se originou, mas também na Europa continental, para onde se espalhou.⁴

Sintomaticamente, em nosso país proliferam instituições destinadas a fomentar estudos empíricos em direito com o duplo objetivo de descrever o direito posto e de examinar os efeitos concretos das normas jurídicas e decisões judiciais.⁵ Multiplicam-se, também, os trabalhos empíricos em direito, tanto qualitativos como quantitativos, assim como os fóruns destinados a debater e incentivar esse tipo de produção acadêmica.⁶ Estudos teóricos em “direito e...”⁷ têm, igualmente,

COOTER, Robert. Maturing into normal science: the effect of empirical legal studies on law and economics. *University of Illinois Law Review*, n. 5, p. 1475-1483, 2011.

⁴ Ver, por exemplo, a European Association of Law & Economics, que no ano de 2012 realiza seu 29º encontro anual. Disponível em: <www.eale.org>.

⁵ Vê-se, a título exemplificativo do fenômeno no Brasil, a instituição da Associação Brasileira de Jurimetria, em 2009, com o objetivo de “investigar e incentivar a aplicação da estatística e da probabilidade no estudo do direito e de suas instituições” (Disponível em: <www.abjur.org.br/quem-somos-historico.php>. Acesso em: 26 ago. 2012.); a recente criação, pela Direito GV, do Centro de Pesquisa Jurídica Aplicada, o qual visa a “produzir dados consistentes no exame quantitativo do desempenho de órgãos e instituições básicos do Estado de Direito, na análise qualitativa de decisões e opiniões, e outras formas adequadas de diagnóstico da realidade social” (Disponível em: <www.direitogv.com.br/centro-pesquisa-juridica-aplicada>. Acesso em: 26 ago. 2012.); a iniciativa da FGV Direito Rio com o projeto “Supremo em Números”, cujo objetivo, “em oposição ao modelo de análise qualitativa mais difundido, é fundamentar quantitativa e estatisticamente discussões sobre a natureza, a função e o impacto da atuação do STF na democracia brasileira” (Disponível em: <www.supremoemnumeros.com.br/sobre/>. Acesso em: 26 ago. 2012.). Vê-se, também, a atuação do Conselho Nacional de Justiça, ao qual, por mandamento constitucional, compete “elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário”, assim como “elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa” (Constituição Federal, art. 103-B, § 2º, VI e VII).

⁶ Como exemplos de fóruns especializados, vê-se o Colóquio de Estudos Empíricos, promovido pela FGV Direito Rio, já em sua quarta edição, e o Encontro de Pesquisa Empírica em Direito, cuja segunda edição ocorreu em setembro de 2012 na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP. Para exemplos de trabalhos acadêmicos nesta temática, ver notas 23-24 *infra*.

ganhado terreno no Brasil nos últimos anos.⁸

Tal fenômeno, entretanto, veio desacompanhado de uma reflexão mais aguda sobre esse tipo de investigação.⁹ A que se deve *no Brasil* o crescente interesse de profissionais e estudiosos do direito por trabalhos empíricos e interdisciplinares? Seriam eles nova manifestação de “ideias fora do lugar”, traço marcante da crítica social à produção acadêmica brasileira?¹⁰ Ou, ao contrário, estaria a doutrina jurídica, nos moldes tradicionais, com seus dias contados? O presente trabalho busca oferecer elementos para o enfrentamento dessas difíceis

⁷ A interdisciplinariedade é muitas vezes tratada como a seara do “direito e...”, com o segundo substantivo variando a depender da disciplina em questão. Na academia norte-americana a obra de referência sobre o tema é GALANTER, Marc; EDWARDS, Mark Alan. *Law and society & law and economics: common ground, irreconcilable differences, new directions: introduction: the path of the law ands. Wisconsin Law Review*, n. 1997, v.3, p.375-389, 1997.

⁸ Destaca-se, nesse sentido, a expansão do movimento de Direito e Economia, cujo respectivo congresso anual brasileiro se encontra em sua quinta edição (Disponível em: <www.abde.com.br>.).

⁹ Para uma exceção a essa regra, no que toca ao exame das justificativas para o “estudo empírico da dogmática”, ver RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Pesquisa empírica e estado de direito: a dogmática jurídica como controle do poder soberano*. Disponível em:

<www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/teoria_do_direito_jose_rodrig_o_rodriguez.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2012. Ver também GRECHENIG, Kristoffel; GELTER, Martin. A divergência transatlântica no pensamento jurídico: o direito e economia norte-americano vs. o doutrinalismo alemão. In: SALAMA, Bruno M. (Org.). *Direito e economia: textos selecionados*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 325-394. Nos Estados Unidos, berço do mais recente desenvolvimento dos estudos interdisciplinares, há alguma bibliografia avaliando o fenômeno. Ver, por exemplo, COLLIER, Charles W. The use and abuse of humanistic theory in law: reexamining the assumptions of interdisciplinary legal scholarship. *Duke Law Journal*, n. 41, 1991; POSNER, Richard A. Legal scholarship today. *Harvard Law Review*, n. 115, 2002; RUBIN, Edward L. On beyond truth: a theory for evaluating legal scholarship. *California Law Review*, n. 80, 1992; e EDWARDS, Harry T. The growing disjunction between legal education and the legal profession. *Michigan Law Review*, n. 91, 1992.

¹⁰ Cf. SCHWARZ, Roberto (Org.). *Ao vencedor as batatas*. São Paulo: Duas Cidades, 1992 (notando também que “[a]o longo de sua reprodução social, incansavelmente o Brasil põe e repõe ideias europeias, sempre em sentido impróprio”).

questões.

Nossa hipótese básica é a de que, no Brasil, a paulatina adoção de novos métodos de pesquisa jurídica liga-se à transformação no modo de aplicação do direito. A utilização de argumentos consequentialistas em juízo, em particular, é hoje cada vez mais um aspecto necessário do percurso retórico para a interpretação e aplicação das normas jurídicas. Esta hipótese se divide em três aspectos: (i) um ligado aos seus vetores, (ii) outro ligado à sua fenomenologia jurídica, e (iii) um terceiro ligado aos seus limites.

Vetores. A paulatina mudança no método da produção acadêmica em direito no Brasil se explica menos por fatores internos à academia, sublinhados pela literatura estrangeira,¹¹ e mais por fatores decorrentes da profunda transformação e ampliação do fenômeno jurídico no último século. A transição de um Estado liberal a um Estado democrático regulatório, aliada à concomitante transformação na teoria e prática jurídicas — de um modelo formalista e baseado em regras a um modelo aberto e baseado em princípios —, fizeram crescer entre nós a demanda por estudos científicos aptos a embasar argumentos consequentialistas.

Fenomenologia jurídica. Quer se goste ou não, ponderações sobre as prováveis *consequências fáticas* de determinadas normas jurídicas — antes consideradas dados extrajurídicos que interessariam somente a áreas correlatas (sociologia, economia, psicologia etc.) — hoje se fazem cada vez mais presentes na interpretação do direito no Brasil.¹² Isso principal-

¹¹ Ver nota 50 *infra* e o texto que a acompanha.

¹² Neste ponto, nossa análise é meramente descritiva e baseada em um diagnóstico sobre um modo de argumentação crescentemente empregado na jurisprudência. É certo que, do ponto de vista normativo — isto é, à luz de quais argumentos *devem valer* nos tribunais —, a questão é altamente controvertida e escapa ao objeto deste trabalho. Em última análise, o debate consubstancia o paralelo, no mundo jurídico, do embate filosófico entre éticas deônticas (fundadas na noção de *dever*) e utilitaristas (que valorizam as consequências das ações). Observe-se, porém, que até mesmo filósofos do direito que defendem a argumentação consequentialista tendem a fazê-

mente porque o caráter teleológico dos princípios jurídicos exige, para a sua melhor aplicação, juízos sobre a adequação entre meios e fins — juízos estes que necessariamente dependem de ilações sobre os efeitos concretos de um ou outro regime jurídico. Assim, a própria incidência normativa dependerá intimamente de suas prováveis consequências futuras.

Limites. Apesar do recurso à discussão das consequências, subsistirá o papel do jurista como formulador de *doutrina* como não ciência. Especificamente, defendemos que a cientificação da produção jurídica (sobretudo no que tange ao exame dos efeitos concretos das regras jurídicas) encontra limites muito claros, por conta de dois motivos insuperáveis:¹³ (i) a incerteza radical sobre o funcionamento do mundo (no que se incluem as consequências concretas de diferentes normas jurídicas) e (ii) a conhecidíssima “guilhotina de Hume” (de acordo com a qual não se pode deduzir o que “deve ser” com base em uma proposição sobre o que “é”).¹⁴ Dito de forma simples: a perfei-

lo tão somente para admitir o apelo às *consequências lógicas* da decisão judicial (i.e., implicações jurídicas da *universalização* das razões dadas), porém não às suas *consequências fáticas*, isto é, o impacto probabilístico das decisões no comportamento humano. Ver, e.g., MACCORMICK, Neil. On legal decisions and their consequences: from Dewey to Dworkin. *New York University Law Review*, v. 58, n. 2, p. 239-258, 1983. Para um exame da utilização de argumentos consequencialistas lógicos no direito tributário brasileiro, ver PISCITELLI, Tathiane dos Santos. *Argumentando pelas consequências no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2011.

¹³ Em que pese a existência de tentativas heroicas. Ver por exemplo UNGER, Roberto. *Passion*. Nova Iorque: The Free Press, 1984, p. vii (indicando que sua aspiração metodológica é “to reconceive and reconstruct the ancient and universal practice of attributing normative force to conceptions of personality or society so that this practice can better withstand the criticisms that philosophy since Hume or Kant has leveled against it”).

¹⁴ A dicotomia entre o mundo dos fatos e dos valores é um tema clássico em filosofia. Fala-se em “guilhotina” porque a construção de Hume determina “partir em dois” os argumentos éticos, separando seus componentes normativos (i.e., juízos sobre o que *deve ser*) e seus pressupostos sobre o funcionamento do mundo (i.e., juízos sobre o que *é*). Ver HUME, David. *Tratado da natureza humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais*. Trad. Deborah Danowski. São Paulo: Imprensa Oficial; Unesp, 2001. livro III, parte I, seção I.

ta engenharia do mundo é impossível, e mesmo que fosse possível talvez não fosse desejável, legítima ou legal. Por conseguinte, tem-se a ilegitimidade e inconveniência (esta última, inclusive sob a ótica consequencialista) da utilização do cientificismo e consequencialismo extremados como forma de organização jurídica e social. Ou seja: a cientificação da pesquisa em direito não pode substituir o juízo de ponderação não científica (logo, dogmática e propriamente doutrinária) do jurista — tal como, aliás, a progressiva cientificação da produção acadêmica em economia não teve o condão de erradicar a doutrina econômica naquela disciplina.¹⁵

Evidentemente, parte do que foi dito acima se resolve apenas no campo da semântica.¹⁶ É possível distinguir diferentes sentidos das formulações teóricas e empíricas em direito, segundo o método empregado nas demais ciências.¹⁷ Segundo a célebre acepção de ciência do direito formulada por Hans Kelsen, os estudos científicos em direito buscariam, objetivamente, descrever as normas jurídicas.¹⁸ A diferença dessa

¹⁵ Conforme exposto na seção III *infra*, a cientificação da produção acadêmica em economia tampouco eliminou o papel da *doutrina* econômica. Sobre o tema, ver ARIDA, Pérsio. A história do pensamento econômico como teoria e retórica. In: REGO, José Marcio. *Retórica na economia*. São Paulo: Editora 34, 1996; e MCCLOSKEY, D. N. *The rhetoric of economics*. Madison: University of Wisconsin Press, 1998.

¹⁶ Ao tratar da aproximação da produção jurídica ao modelo de estudo científico utilizado pelas ciências naturais e sociais não há como escapar de algumas ressalvas de praxe. O conceito de ciência é historicamente determinado (passando por múltiplas acepções ao longo do tempo até as hoje correntes concepções de Karl Popper e Thomas Kuhn). Mais recentemente, o movimento pós-modernista sustenta que a realidade é, em larga medida, mera construção social contingente, denunciando, assim, a ausência de objetividade ou neutralidade como óbice à aspiração da ciência em descrever a realidade. Inexistindo realidade, tampouco há que se falar em “estudos empíricos”. Esta parece-nos, no entanto, posição extremada.

¹⁷ Há, por certo, autores expressivos que reconhecem o caráter científico do direito ao mesmo tempo que enfatizam as diferenças entre a ciência jurídica e as demais ciências. Para as concepções da ciência do direito como ciência *sui generis*, vide nota 40 *infra* e o texto a que se refere.

¹⁸ É certo que Kelsen não afasta, nem tampouco condena, a existência de formas de produção jurídica (peças judiciais, obras doutrinárias ou decisões judiciais) que não

abordagem relativamente à expressiva parcela da pesquisa empírica contemporânea refere-se à expansão do universo jurídico objeto de estudo, assim como à crescente utilização de métodos quantitativos. No passado, o esforço descritivo usualmente tinha por objeto normas jurídicas ou decisões judiciais individualizadas. Hoje, por força de diversos fatores — como a centralidade assumida pelo Poder Judiciário, a descrença no papel do juiz como simples “boca da lei”, a massificação dos litígios, o advento das agências reguladoras, o prestígio das formas alternativas de soluções de conflitos, entre tantos outros —, tais estudos descritivos da realidade jurídica frequentemente tomam por objeto não somente o texto legal, mas também a análise de um largo número de decisões em sede judicial, arbitral ou administrativa.¹⁹

Outra acepção refere-se ao estudo da interação entre direito e realidade social, destinando-se a descrever os efeitos concretos de normas jurídicas e decisões judiciais sobre a organização social, econômica e política. Outrora predominantemente conduzidos por estudiosos de outras áreas do conhecimento (especialmente sociologia, economia e ciência política), tais estudos são hoje não apenas crescentemente consumidos, mas também produzidos por juristas.²⁰ Mudam, assim, não

atendam rigorosamente aos ditames de sua teoria pura, mas tão somente lhe nega o atributo de trabalho *científico* em direito. Ver notas 41-44 *infra*.

¹⁹ Ver, exemplificativamente, Fundação Getúlio Vargas. Ministério da Justiça. Série Pensando o Direito: Dano Moral, n. 27, Convocação 01/2010. Disponível em: <www.portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7B329D6EB2-8AB0-4606-B054-4CAD3C53EE73%7D>. Acesso em: 26 ago. 2012; MACHADO, Maira R. Pesquisa em debate: a aplicação da lei de crimes financeiros nos tribunais brasileiros. *Cadernos Direito GV*, v. 33, p. 1-226, 2010; PRADO, Viviane Muller; ROSSI, Maria Cecília; SILVEIRA, Alexandre Di Miceli; PEREIRA, Thomas Henrique Junqueira de Andrade; MARTINS, Leandro. Decisões da CVM em matéria societária no período de 2000 a 2006. In: WALD, Arnoldo (Org.). *Doutrinas essenciais: direito empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. III, p. 69-88.

²⁰ No direito comparado, sobretudo no norte-americano, os exemplos são tantos que inviabilizam a individualização. Entre nós, ver, exemplificativamente, GOUVÊA, Carlos Portugal. Derechos sociales en contra de los pobres. In: *El constitucionalismo en transición*. Buenos Aires: Librería, 2012. p. 13-36; GORGA, Érica. Changing the

apenas os autores, mas também os leitores. O tipo de argumentação aceitável em um debate jurídico se amplia, e a fronteira entre o jurídico e o não jurídico se torna mais porosa. O resultado tem sido espantoso: opera-se uma progressiva redução do espaço que separa os estudos descritivos do direito, de um lado, e a expansão de estudos sobre as consequências do direito na realidade econômica e social, de outro.

O presente texto oferece elementos para uma narrativa que dê sentido à aparente *cientificização* da produção jurídica. Ainda que aqui esteja a semente para uma teorização ulterior mais ampla, a ênfase recai, em particular, sobre o contexto jurídico-político brasileiro. Dividimos o restante deste texto da seguinte maneira. A seção I, introdutória, apresenta o que pode ser chamado de uma narrativa “padrão”, ou “tradicional”, a respeito da relação entre direito e ciência. A seção II formula uma explicação dos fatores que determinam a importação de métodos de outras ciências ao estudo jurídico no Brasil. A seção III discute as correspondentes modificações na técnica de aplicação do direito a permitir que o exame das consequências da norma jurídica condicione a sua incidência ou não ao caso concreto. A seção IV apresenta razões epistemológicas e teóri-

paradigm of stock ownership from concentrated towards dispersed ownership? Evidence from Brazil and consequences for emerging countries. *Northwestern Journal of International Law and Business*, n. 29, 2008; e PÜSCHEL, Flávia Portella et al. *A quantificação do dano moral no Brasil: justiça, segurança e eficiência*. Relatório apresentado ao Ministério da Justiça no âmbito do projeto Pensando o Direito, 2011. Há, ainda, uma terceira acepção, relativa aos estudos que buscam descrever e prever a aplicação do direito por meio da análise dos fatores extrajurídicos (tais como orientação ideológica, gênero, raça, origem etc.) que explicam o comportamento judicial. Embora não sejam esses estudos o centro da análise que segue, até mesmo eles crescentemente interessam aos estudiosos e aplicadores do direito. Veja-se, por exemplo, o estudo de Laarni Escresa e Nuno Garoupa sobre os fatores determinantes do comportamento judicial nas Filipinas e sua influência sobre paradigmática decisão da Suprema Corte daquele país sobre o *impeachment* de um juiz da Suprema Corte em razão de sua parcialidade. GUILHERMO, Laarni Escresa; GAROUPA, Nuno. The role of the Supreme Court in unstable democracies: the case of the Philippine Supreme Court, an empirical analysis 1986-2010. *Asian Journal of Law and Economics*, v. 3, n. 1, Apr. 2012.

cas pelas quais a “cientificização” da produção jurídica não é inevitável nem ilimitada. A seção V conclui.

I. DIREITO E CIÊNCIA: A EVOLUÇÃO DO PAPEL DO JURISTA

O argumento de que a produção em direito tenha se tornado cada vez mais científica é em parte apenas semântico e comparativo. O que significa dizer que os trabalhos se tornaram mais “científicos”? Além disso, qual o referencial de tal assertiva: teria a produção jurídica se tornado mais científica comparativamente a quê?

Estas são, sem dúvida, questões difíceis e com implicações profundas e variadas. Existe (ou poderia existir) uma ciência do direito? Em caso positivo, qual o seu objeto e método? Em caso negativo, qual seria, afinal de contas, o papel do jurista ou do acadêmico em direito? Não cabe aqui reconstruir historicamente esse debate — tema, aliás, indevidamente omitido por parte da literatura norte-americana recente, que se limita a descrever as definições de ciência em geral sem se ater a obras específicas sobre o alegado caráter científico (ainda que *sui generis*²¹) do direito.²² Neste trabalho, por ora, cumpre apenas

²¹ Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. Regla y compás, o metodología para un trabajo jurídico sensato. In: COURTIS, Christian (Ed.). *Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madri: Editorial Estrata, 2006. p. 41-68, p. 50 (“el derecho — más allá de ser un ‘saber’ reglado, que se puede aprender y transmitir — no es una ‘ciencia’ con las pretensiones (sentidos) que el término ciencia tiene en los últimos trescientos años en Occidente. El derecho no usa el método hipotético-deductivo y, por ello, sus técnicas de investigación no se confunden ni con los trabajos de matemática, ni con los de las ciencias naturales, no con los de las ciencias históricas y humanas. Por eso, al derecho no se lo denomina, en los términos modernos, ciencia. Cuando hablamos de un trabajo jurídico científico queremos decir algo más modesto: se trata de un trabajo elaborado de acuerdo con las reglas académicas del derecho, producido en universidades. (...) Tanto el derecho como la filosofía son saberes, y son campos de saber con principios, puntos de partida y reglas, es decir, con una cierta gramática que controla su producción”); e p. 53 (“[p]or ende, lo mejor para definir el objeto de un trabajo [jurídico] es percibir que su resultado debe ser una conclusión de carácter práctico-normativo, una guía para

observar que cada uma dessas questões envolve complexidades e sutilezas das mais variadas e que serão apenas tangenciadas na análise que segue.

Iniciemos pela discussão da noção de uma eventual “ciência do direito”. Seu objeto e método permanecem amplamente contestados, dificultando a formação de uma comunidade acadêmica. Deve ser estudado o direito nos livros (*law in the books*) ou o direito em ação (*law in action*)? As abordagens do fenômeno jurídico à luz de outras disciplinas (economia, sociologia, história etc.) interessam ou não à ciência do direito? Seria a “ciência do direito” encarregada de prever como decidirão os tribunais?²³ Estaria ela também destinada a prever as conse-

la acción del tipo ‘esto debe hacerse porque es lo debido’, o ‘esto no debe hacerse porque está prohibido’, o aun ‘esto puede hacerse ya que está autorizado’, o ‘esto debe cambiarse porque es injusto’ (antisonómico), etc. (...) Como puede verse una vez más, el objeto de estudio — incluso el jurídico — no es el objeto natural, sino un cierto ‘sentido’ del objeto natural (o de cualquier objeto)”.

²² Ulen, por exemplo, cita Karl Popper, Thomas Kuhn e Thomas Bayes, porém não cita Kelsen, Hart ou outros nomes célebres na teoria do direito. Há uma diferença — sutil, porém fundamental — entre *discordar* e *não tomar conhecimento* daquilo que já existe em teoria jurídica. Cf., Ulen, A Nobel Prize in legal science?, op. cit. Há no entanto algumas publicações interessantes sobre o tema nos Estados Unidos. Por exemplo, do argentino SPECTOR, Horacio. The future of legal science in civil law jurisdictions. *Louisiana Law Review*, n. 65, 2005.

²³ A atividade de prever o que o juiz fará nem sempre é jurídica. Segundo Oliver Wendell Holmes, o direito seria a previsão de como decidirão os tribunais. HOLMES JR., Oliver Wendell. The path of the law. *Harvard Law Review*, n. 10, p. 460-461, 1897 (“[t]he prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law”). Em tempos mais recentes, porém, o avanço de estudos econométricos demonstrou que a previsão das decisões judiciais pode ser alcançada por meios absolutamente distintos da forma de saber tradicionalmente entendida como “jurídica”. Veja-se, nesse sentido, a aposta feita sobre a previsão dos resultados de decisões da Suprema Corte norte-americana entre professores de direito, com amplo conhecimento de direito constitucional e das decisões pretéritas dos membros do tribunal, e professores de ciência política, com apoio em modelos econométricos baseados em fatores extrajurídicos, tal como a afiliação política do presidente que nomeou o juiz, o tribunal de origem e a direção ideológica da decisão. Surpreendentemente, os cientistas políticos ganharam a aposta, acertando o resultado em 75% dos casos, contra a taxa de apenas 59,1% de acerto dos professores. Cf. AYRES, Ian. How computers routed the experts. *Financial Times*, 31 ago. 2007.

quências econômicas, políticas e sociais de determinadas regras jurídicas ou posicionamentos jurisprudenciais?

Do ponto de vista histórico, o problema da cientificidade do estudo do direito é recente. Juristas gostam de lembrar que o seu ramo tem mais de dois milênios, em comparação com pouco mais de dois séculos de economia. De fato, o estudo do direito precede não somente o estudo da economia, mas também a própria formulação do conceito de ciência. Observa James Gordley que, assim como a filosofia começou com os gregos, a física, com Galileu e Newton, e a economia moderna, com Adam Smith, a tradição jurídica ocidental remonta ao direito romano.²⁴ O jurisconsulto romano ocupava-se do direito, porém não tinha pretensão alguma de fazer ciência. O que fazia ele então?

A atribuição clássica do jurista na tradição ocidental foi a de produzir *doutrina*.²⁵ Aponta Humberto Ávila que incumbia à doutrina, em Roma, “atribuir sentido a dispositivos legais, direcionando a conduta dos seus destinatários. Ela era seguida porque tinha autoridade legal e era importante porque orientava tanto a atividade dos operadores como a conduta dos destinatários”.²⁶ Desde Augustus, as opiniões de célebres juristas romanos gozavam de autoridade e força obrigatória — ou seja, para todos os efeitos práticos eram leis.²⁷ A célebre “Lei das Cita-

²⁴ GORDLEY, James. The State's private law and legal academia. *American Journal of Comparative Law*, n. 56, p. 639, 2008.

²⁵ Este aspecto foge obviamente do âmbito de reflexão de Ulen, o qual concentra sua análise nos Estados Unidos, país de sistema de *common law*, tradição na qual o papel da doutrina é historicamente menos relevante do que na tradição romano-germânica. Ainda assim, a partir de Blackstone, os trabalhos de célebres juristas de *common law* passaram a assemelhar-se ao paradigma romano, sistematizando as decisões judiciais e criando categorias doutrinárias de modo a explicá-las. *Ibid*, p. 641.

²⁶ ÁVILA, Humberto. Notas sobre o papel da doutrina na interpretação. In: INSTITUTO DE ESTUDOS CULTURALISTAS (ed.). *Cadernos para Debates n. 4: Conversa sobre a Interpretação no Direito (Estudos em Homenagem a Miguel Reale)*. Canela, 2011. p. 141.

²⁷ *Ibid*.

ções”, de 426, não somente reconheceu de forma expressa a autoridade das opiniões de Gaio, Papiniano, Paulo, Ulpiano e Modestino, como também estabeleceu mecanismos decisórios em caso de divergência entre os autores: prevaleceria a concepção da maioria deles, porém, em caso de empate, predominaria a *opinio* de Papiniano.²⁸

Com a progressiva transformação do direito e da prática jurídica, o papel do jurista não se manteve estanque. Sua função como doutrinador e o caráter prescritivo de suas lições persistiram ao longo do tempo, em diferentes moldes. A prática de utilizar a opinião de juristas como fonte de lei se estendeu pela Idade Média e chegou aos nossos tempos. Um bom exemplo pode ser encontrado na doutrina de Bártolo de Saxoferrato,²⁹ o grande jurisconsulto medieval e notável comentarista do direito romano cuja doutrina foi (durante séculos e até a idade contemporânea) tratada como fonte subsidiária de direito em sistemas jurídicos europeus.³⁰ O singular método de Bártolo pressupunha ser possível compatibilizar os costumes locais com certos ensinamentos supostamente universais e encontráveis no direito romano. Judith Martins-Costa nota que o uso de doutrina estrangeira com força de autoridade reflete a premissa de que as sentenças judiciais possam refletir as opiniões de autores de diversos sistemas jurídicos, como se existisse um *direito comum* supranacional.³¹

²⁸ RODRIGUEZ JUNIOR, Otavio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). *Revista dos Tribunais*, v. 891, p. 65-106, jan. 2010. p. 70.

²⁹ Atualmente no Brasil, a referência a Bartolo (e à sua corruptela, o *bartolismo*) muitas vezes reflete uma característica histórica do direito brasileiro, a saber, a de que as doutrinas e análises jurídicas são recebidas menos por sua força argumentativa, e mais por seu número de patronos, especialmente estrangeiros e preferencialmente italianos ou alemães.

³⁰ Ver MIRANDA, Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 30-31.

³¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: Sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999. p. 241. Ver também, MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do Novo Cód-*

No século XX, porém, tal modelo mostrava nítidos sinais de exaustão, e isso por pelo menos duas razões.³² Primeiro, a democratização das formas de governo ao redor do mundo, assim como o movimento de codificação, operaram parcial substituição do doutrinador pelo legislador, não só na dicção, mas também na própria sistematização do direito. A institucionalização da mutabilidade do direito pela positivação, por sua vez, foi causa de ansiedade relativamente ao caráter científico do direito.³³ Segundo, a crescente busca pelos juristas do ideal científico levou-os a conduzir sua análise sob a retórica da *descrição* do sistema, em vez da retórica da *prescrição*. Contudo, a cultura dos manuais jurídicos que rapidamente se formou passou a esconder os problemas jurídicos concretos por trás de definições abstratas. Não tardou até que o descolamento entre a teoria e a prática do direito passasse a ser objeto de severa crítica.³⁴

Tal como a democratização da vida política e social — a suscitar dúvidas sobre o “argumento de autoridade” refletido nas posições doutrinárias —, a preocupação com o caráter científico do estudo do direito é bastante recente e remonta ao sécu-

go Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 193 (notando que “em nossa profunda mentalidade, paradoxalmente, articulou-se ao legalismo a atenção à doutrina como fonte de produção de modelos hermenêuticos, mesmo os derivados da experiência estrangeira. Para os efeitos de uma possível história das mentalidades jurídicas, o termo ‘bartolismo’ indica, pois, esse fenômeno cultural, marca permanente de nossa *forma mentis* estar fortemente arraigada a ideia de a doutrina não apenas desenvolver o papel de formadora dos cânones de interpretação, mas o de tornar-se fonte prescritiva”).

³² Para uma descrição desses dois fatores, ver ÁVILA, *op. cit.*

³³ Ver FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 6ª ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2010, p. 50 (“A percepção da mutabilidade teve consequências importantes para o saber jurídico. No início do século XIX, essa percepção provocou, a princípio, uma perplexidade. Afinal, dirá alguém, referindo-se à ciência do direito, que ciência é esta se basta uma penada do legislador para que bibliotecas inteiras tornem-se maculatura? (Kirschmann, 1966:26”).

³⁴ Ver por exemplo Lopes, Regla y compás, *op. cit.*, p. 55 (“[l]a cultura de los manuales impide justamente eso: que los problemas reales y prácticos se conviertan en problemas jurídicos”).

lo XIX. Foi, porém, no século XX que a preocupação ganhou força. O *status* do estudo do direito dentro da comunidade científica — antes presumido sem maiores dificuldades³⁵ — entrou em jogo, conduzindo à proliferação de estudos e teorias destinados a moldar a chamada “ciência do direito”.³⁶

Em sua *Teoria pura do direito*, uma das mais célebres obras sobre o tema, Hans Kelsen propugna a existência de uma ciência do direito, traçando-lhe os métodos e objeto. Seu “princípio metodológico fundamental” seria justamente “garantir um conhecimento apenas dirigido ao direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito”, assim libertando “a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são

³⁵ BERMAN, Harold J. The origins of Western legal science. *Harvard Law Review*, n. 90, p. 894-943, 1977. p. 895 (observa que as primeiras universidades surgiram no século XII, época na qual o direito era estudado como “ciência”, isto é, como um conjunto de conhecimentos coerente, específico e dotado de metodologia própria). Evidentemente, esta era uma ciência de conhecimento sobre o objeto; não propriamente dotada daquilo que hoje se convencionou chamar de “espírito científico”. Relativamente ao contexto brasileiro, sustenta Marcos Nobre que historicamente “vigora o ‘princípio da antiguidade’, já que no Brasil o direito é a disciplina universitária mais antiga”. Dessa forma, comparativamente às outras disciplinas de ciências humanas, o direito “parecia se arrogar dentre estas a posição de ciência rainha”. NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil. *Cadernos Direito GV*, n. 1, 2004. p. 4-5. Disponível em: <www.cebrap.org.br/v2/files/upload/biblioteca_virtual/NOBRE_Apontamentos%20sobre-%20a%20Pesquisa%20em%20Direito%20no%20Brasil.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2012.

³⁶ Entre nós, ver FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 1980. p. 45 (descreve a ciência do direito como um “pensamento tecnológico”, o qual embora compartilhe algumas características com o pensamento científico *stricto sensu*, dele se diferencia, pois seus problemas “têm uma relevância prática (possibilitar decisões: legislativas, judiciárias, administrativas, contratuais etc.) que exige uma interrupção na possibilidade de indagação das ciências em geral, no sentido de que a tecnologia dogmatiza os seus pontos de partida e problematiza apenas a sua aplicabilidade na solução de conflitos”); REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 82 (defende que “há diversos tipos de ciência, igualmente legítimos, cada qual fiel a seus métodos e processos em função da natureza daquilo que estudam”, razão pela qual “no quadro de um pluralismo metodológico, o Direito é uma ciência tão legítima como as demais”).

estranhos”.³⁷ Para Kelsen, o conceito de direito objeto da ciência jurídica restringe-se às “normas jurídicas”, e a “conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou — por outras palavras — na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas”.³⁸ Por fim, conclui que a ciência jurídica “apenas pode descrever o Direito; ela não pode, como o Direito produzido pela autoridade jurídica (através de normas gerais ou individuais) *prescrever* seja o que for”.³⁹ Em suma, para Kelsen, a ciência do direito tem como método a descrição e por objeto o direito, entendido exclusivamente como sinônimo do conjunto de normas jurídicas acompanhadas de sanção e emanadas de autoridade estatal.⁴⁰

Os estudos empíricos em dogmática jurídica — por exemplo, os levantamentos quantitativos de decisões judiciais ou agências reguladoras que buscam descrever a aplicação de um ou outro instituto — são, de certa maneira, a “versão 2.0” da ciência jurídica sob perspectiva pura ou interna nos moldes kelsenianos. Seu objetivo continua sendo a descrição do direi-

³⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 1.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*, p. 82 (“A ciência jurídica é conhecimento e não constituição (elaboração) do Direito. Na jurisprudência tradicional, porém, domina a opinião de que a ciência jurídica também pode e deve elaborar o Direito. É típico a este propósito o que escreve ENGISCH, Karl. *Einführung in das juristische Denken*. Stuttgart, 1956, p. 8: ‘Constitui... privilégio quase excessivo da ciência jurídica, entre as ciências culturais, não ter de se limitar a acompanhar ou a seguir o Direito, indo ao lado e atrás dele, mas ser-lhe permitido colaborar no ajustamento do próprio Direito e da vida, tanto da vida do Direito como da vida subordinada ao Direito’. Aí está uma confusão entre ciência jurídica e política do Direito”).

⁴⁰ Um erro comum é supor-se que Kelsen teria defendido que a interpretação do direito pudesse ser meramente jurídica. Ao contrário, Kelsen entendeu que a interpretação da lei em casos concretos dependeria inevitavelmente de questões de “política jurídica” (cf. Kelsen, *Teoria pura do direito*, op. cit., p. 396. Richard Posner identifica aqui uma abertura da teoria kelseniana para integração com as ciências sociais (cf. POSNER, Richard. *Law, pragmatism and democracy*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2003. p. 250-291). Essas conclusões são exploradas em SALAMA, Bruno Meyerhof. *O fim da responsabilidade limitada: história, direito e economia*. 2013. No prelo (ainda inédito), epílogo.

to, porém, para tanto, o método utilizado foi atualizado para melhor refletir o *modus operandi* do sistema jurídico de hoje. Outro esforço, à primeira vista drasticamente diferente, é aquele que busca discernir os efeitos concretos das normas jurídicas no mundo dos fatos. Veja-se, como exemplo desta última modalidade popularizada nos Estados Unidos e crescentemente utilizada no Brasil, o clássico estudo de Robert Ellickson *Of Coase and cattle*.⁴¹

O objetivo deste último trabalho está longe de ser a *descrição* da lógica interna de determinado instituto (no caso, a responsabilidade civil dos proprietários de gado pelos danos causados pelos animais à propriedade de fazendeiros vizinhos) e a sua posição no ordenamento jurídico. Pretende o autor, em vez disso, verificar como diferentes normas jurídicas sobre tal situação afetam o comportamento econômico e social — investigação esta necessariamente baseada em dados empíricos extrajurídicos e, portanto, manifestamente *impura*. E não só: seu estudo conclui, em consonância com o teorema de Coase, que com baixos custos de transação para negociações o regime jurídico é verdadeiramente irrelevante e, surpreendentemente, até mesmo desconhecido, abrindo caminho para frutífera literatura sobre o papel das “regras sociais” (*social norms*) como substituto ao regramento jurídico.

Contudo, conforme será exposto a seguir, a diferença entre *descrever as normas jurídicas* e *descrever as consequências das normas jurídicas sobre a realidade* vem se reduzindo nos últimos tempos. A razão para tanto é a expansão dos elementos que são considerados jurídicos, isto é, aptos a responder à questão fundamental do sistema jurídico — segundo a concepção de Niklas Luhmann, a distinção entre o lícito e ilícito.⁴² A razão para tanto é que, sob o primado das políticas pú-

⁴¹ ELLICKSON, Robert C. *Of Coase and cattle: dispute resolution among neighbors in Shasta Count*. *Stanford Law Review*, n. 38, p. 623 e ss., 1986.

⁴² A respeito da concepção luhmanniana, cf. NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Levia-tã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 80. Cf., no mesmo senti-

blicas consubstanciadas em princípios constitucionais, cada vez mais os prováveis efeitos de certas regras ou regimes jurídicos deixam de ser dados extrajurídicos, passando a ocupar um papel central na argumentação jurídica e na aplicação do direito.⁴³

II. O JURISTA COMO CIENTISTA SOCIAL

A transformação da literatura jurídica é notória.⁴⁴ Qual a explicação do fenômeno? A resposta pode ser remontada a uma discussão antiga a respeito da autonomia da empreitada acadêmica ante as condições sociais que motivam e constroem os pesquisadores. Seria a pesquisa acadêmica um recanto autônomo, seara própria de indivíduos curiosos voltados ao extraordinário empreendimento que é a busca do conhecimento? Ou será que a pesquisa científica deve ser vista como uma parte de uma conjuntura cultural mais ampla, uma faceta de uma realidade bem mais complexa a lhe influenciar decisiva e constantemente?

Os defensores da primeira posição costumam atribuir a cientificação da pesquisa em direito a fatores, por assim dizer, de “oferta”. Sugere-se, nesse sentido, que o fenômeno se deva

do, LOPES, José Reinaldo de Lima. Raciocínio jurídico e economia. *Revista de Direito Público da Economia*, n. 8, p. 137-170, 2004 p. 140 (“[o] ponto de vista jurídico é essencialmente o de *cumprir uma regra*”).

⁴³ Ver, nesse sentido, ARGUELHES, Diego Werneck. Argumentos consequencialistas e Estado de direito: subsídios para uma compatibilização. p. 17. Disponível em: <www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Diego%20Werneck%20Arguelhes.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2013 (sustenta que argumentos consequencialistas podem ser reconstruídos como argumentos institucionais ou estritamente jurídicos sempre que a norma em questão vise à *promoção* de um determinado estado de coisas).

⁴⁴ Embora o presente artigo utilize os termos “produção acadêmica” e “literatura jurídica” indistintamente, é importante ressaltar que, no Brasil, expressiva parcela das publicações em direito se deu (e, em certa medida, ainda se dá) fora das universidades. Autores influentíssimos, como Pontes de Miranda ou Hely Lopes Meirelles, entre tantos outros, jamais ocuparam cátedras universitárias. Tal fenômeno remonta à época do Império, na qual os mais proeminentes juristas, de um modo geral, eram políticos, não acadêmicos. Cf. PARGENDLER, Mariana. *A evolução do direito societário: lições do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013 (no prelo).

sobretudo a circunstâncias internas à academia — e não raro, acrescente-se, à academia norte-americana e à sua influência em nível internacional.⁴⁵ De fato, a visão sobre a academia como relativamente alheia à vida jurídica e social não é de todo absurda. Uma série de fatores — como as práticas de contratação, o regime de trabalho com garantia de estabilidade e a governança das instituições universitárias — possibilitam, em tese, que estudos acadêmicos sejam, ao menos imediatamente, inúteis ou até mesmo disfuncionais.

É tanto ou mais plausível, porém, que os estudos em direito — que, antes de mais nada, referem-se a uma *prática* e a uma *profissão* — reflitam também a estrutura sociopolítica subjacente. Esta observação conduz, então, a uma ponderação sobre fatores de “demanda”, por assim dizer, a estimular a pesquisa acadêmica *cientificizada*. Em particular, se é difícil demonstrar causalidade, é mais facilmente detectável a relação (em maior ou menor grau, a depender do contexto⁴⁶) entre a transformação na articulação social do direito e a paulatina mudança na produção jurídica no último século.

No quadro político brasileiro, essa modificação é impulsionada por três fatores marcantes, a saber: (a) o triunfo da ideologia progressista, (b) a mudança organizacional do modelo estatal e (c) a transição de um modelo formalista e baseado em regras para um modelo aberto e baseado em princípios.

⁴⁵ Ver, e.g., Ulen, A Nobel Prize in legal science?, op. cit., nota 5 (“*My sense (...) is that the increasing theorization of and academic emphasis in legal scholarship are due to internal factors having to do with the history of legal scholarship and legal education's being situated within great research universities, not to external or market forces in the legal services market*”).

⁴⁶ É certo que o desenvolvimento de estudos aptos a embasar argumentos consequencialistas é mais acentuado nos Estados Unidos do que em outros países. Ver, exemplificativamente, GAROUPA, Nuno; ULEN, Thomas S. The market for legal innovation: law and economics in Europe and the United States. *Alabama Law Review*, n. 59, 2008, p. 1555 et ss. (descrevendo a maior influência do movimento de direito e economia nos Estados Unidos relativamente à Europa e atribuindo o fenômeno ao menor grau de concorrência na academia jurídica no contexto europeu).

Como examinado adiante, cada uma dessas três considerações constitui, a nosso ver, um vetor autônomo da cientificização porque gera uma *demand*a por estudos científicos aptos a embasar argumentos consequencialistas.

A. O VETOR IDEOLÓGICO: TRIUNFO DO PROGRESSISMO

O século XX marca a ascensão do progressismo à condição de ideologia basilar do Estado contemporâneo. O progressismo é basicamente a ideologia do adiantamento, desenvolvimento e evolução; sua antítese é o conservadorismo. O progressismo traduz a crença na capacidade humana de deliberadamente ordenar o mundo. Em suas versões mais radicais, traz os chamados “perigos” do iluminismo e expressa a crença equivocada de que a ordem social possa ser plenamente engendrada por uma ou algumas pessoas. Nas suas versões mais moderadas, contudo, traz apenas uma justificativa a mais para a regulação. As origens intelectuais do progressismo remontam ao início da era clássica grega, mas o impulso definitivo lhe foi dado pelo vigor construtivista a partir do século XVII, quando a humanidade adentrara efetivamente a era do racionalismo, do cientificismo e do positivismo. No Brasil, a subida de Getúlio Vargas é o fato histórico a marcar o triunfo do progressismo como ideologia estatal dominante.⁴⁷ Consagrou-se, deste modo, o “uso instrumental do direito” como ferramenta de “engenharia social”.⁴⁸

⁴⁷ Neste sentido, o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, editada em 1942 e até hoje em vigor, é bastante ilustrativo: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

⁴⁸ As expressões vêm de LOPES, Regla y compás, op. cit., nota 44, p. 149. Cumpre ressaltar, porém, que a utilização das consequências fáticas como fundamento de decisões jurídicas — inclusive com alusão às consequências econômicas de um ou outro regime — já era particularmente notável nas decisões do Conselho de Estado no século XIX, o qual, embora fosse um órgão formalmente consultivo, desempenhava as funções de um verdadeiro Poder Moderador. Para alguns exemplos desse

No novo contexto intelectual, o debate entre progressistas e conservadores foi paulatinamente deixando o campo retórico das visões transcendentais ou metafísicas do sagrado e passando a se articular na linguagem do incentivo, da utilidade e da felicidade. O grande contendor do progressismo, no plano das ideias, passou assim a estar no chamado conservadorismo *utilitarista histórico*.⁴⁹ Esta é a posição que equipara a conservação de instituições a uma medida de prudência e cautela, já que as instituições trariam uma espécie de sabedoria indizível das gerações passadas.

O Estado que clama para si a missão de ordenar e aperfeiçoar a sociedade — em síntese, o Estado regulatório — é a encarnação institucional da ideologia progressista.⁵⁰ Seus impactos sobre o direito são de duas naturezas. Primeiro, o Estado regulatório trouxe para a esfera propriamente jurídica uma série de atividades que não estavam previamente disciplinadas juridicamente de modo específico. Exemplos vão da discriminação no trabalho à proteção do meio ambiente, passando por regras de segurança e saúde pública, entre muitas outras. A *juridificação* — isto é, o disciplinamento em lei de regras nessas áreas — obrigou os profissionais do direito, inclusive os docentes e

tipo de argumentação do Conselho de Estado na seara do direito societário, cf. PARGENDLER, Mariana. Politics in the origins: the making of corporate law in nineteenth-century Brazil. *American Journal of Comparative Law*, v. 60, n. 3, p. 806-850, 2012. p. 830 (citando, entre outros exemplos, o voto contrário à posição majoritária do Conselho que interpretara restritivamente o Código Comercial de modo a vedar a constituição de sociedades em comandita por ações no direito brasileiro, o qual justificou ser tal proibição um equívoco “em um país novo, em que é necessário promover associações de comércio e de indústria”).

⁴⁹ Sobre a ideologia conservadora e o utilitarismo histórico, ver SALAMA, Bruno Meyerhof. Sobre a proibição de drogas e a ideologia conservadora. *Revista Discente Direito GV*, 2013, no prelo.

⁵⁰ A ideologia progressista, aliás, está manifesta no art. 3º da Constituição de 1988. *In verbis*: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I — construir uma sociedade livre, justa e solidária; II — garantir o desenvolvimento nacional; III — erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV — promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

pesquisadores, a conhecer temas da biologia, política e economia originalmente tidos como irrelevantes do ponto de vista jurídico, e a integrar saberes desses campos à formulação do direito.

Segundo, e para além desses temas específicos, o progressivismo do Estado regulatório também afetou a prática e a teoria jurídica de uma forma mais ampla. O tema é bem descrito por Fábio Konder Comparato:⁵¹

o “*government by policies*”, em substituição ao “*government by law*”, supõe o exercício combinado de várias tarefas, que o Estado liberal desconhecia por completo. Supõe o levantamento de informações precisas sobre a realidade nacional e mundial, não só em termos quantitativos (para o qual foi criada a técnica da contabilidade nacional), mas também sobre fatos não redutíveis a algarismos, como em matéria de educação, capacidade inventiva e qualidade de vida. Supõe o desenvolvimento da técnica previsional, a capacidade de formular objetivos possíveis e de organizar a conjugação de forças ou a mobilização de recursos — materiais e humanos — para a sua consecução. Em uma palavra, o planejamento.

Esta busca por objetivos concretos — estejamos nós falando da diminuição da violência doméstica ou da eficiência econômica, da melhoria da saúde pública ou da redução do desmatamento — pode, na terminologia de hoje, ser confortavelmente chamada de *política pública*. A política pública propõe ao jurista o desafio de integrar meios jurídicos e fins normativos, e é neste momento que o saber jurídico tradicional se mostra insuficiente. Um exemplo recente ilustra por quê. A Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 1996 — conhecida como Lei Maria da Penha, em homenagem à ativista e vítima de violência doméstica que motivou a adoção do diploma —, foi instituída, de acordo com seu preâmbulo, para criar

mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as For-

⁵¹ COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 102.

mas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

Surgem aqui dois problemas diferentes: uma coisa é saber se os fins a que a lei se propõe — coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher — são legítimos (e é evidente que são); outra coisa, bastante diferente, é saber se os meios jurídicos previstos pela Lei Maria da Penha são hábeis a realizar o seu fim normativo da lei. É conhecido o argumento de muitos, e de não menos do que Immanuel Kant, de que seria próprio ao ofício do jurista “aplicar apenas as leis existentes, mas não investigar se estas necessitam de um melhoramento”.⁵² Tal é a tradição liberal herdada de antanho, mas claramente posta em xeque em tempos recentes. Tanto assim que o tema dos meios previstos na Lei Maria da Penha foi recentemente objeto de decisão pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.424, questionou-se, *inter alia*, a constitucionalidade de se condicionar as ações penais públicas à representação da vítima relativamente aos crimes objeto da lei. A Corte Suprema, por maioria, conferiu interpretação conforme a Constituição aos arts. 12, I, 16 e 41 da Lei Maria da Penha para dispensar a representação da vítima nos crimes em que tal formalidade é exigida pela Lei nº 9.099, de 1995, por entender que a ampla exigência de representação acabaria por “esvaziar a proteção constitucional assegurada às mulheres”, sendo, assim, meio inapto à consecução do fim desejado. A divergência entre a posição majoritária e o voto vencido do ministro Cezar Peluso centra-se justamente nas presumidas consequências concretas, no mundo dos fatos, da exigência legal de representação da vítima — juízo típico das ciências sociais e estranho ao saber jurídico tradicional.

⁵² KANT, Immanuel. *A paz perpétua. Um projeto filosófico*. p. 33. Textos Clássicos de Filosofia: Covilhã, 2008. Disponível em: <www.lusosofia.net>. Acesso em: 18 out. 2012.

No entender do ministro Lewandowski, “as mulheres, como está demonstrado estatisticamente, não representam criminalmente contra o companheiro ou marido em razão da permanente coação moral e física que sofrem e que inibe a sua livre manifestação da vontade”, o que justificaria a eliminação do requisito de representação. O ministro Gilmar Mendes acompanhou o voto vencedor, mesmo afirmando “ter dificuldade em saber se a melhor forma de proteger a mulher é a ação penal pública condicionada à representação da agredida ou a ação incondicionada”. O ministro Joaquim Barbosa, por sua vez, afirmou ser “dever do Supremo, levando em consideração dados sociais, rever as políticas no sentido da proteção”, e assim por diante.

Já o voto vencido do ministro Cezar Peluso, para além de citar “estudos de várias associações da sociedade civil e também do Ipea” sobre a vantagem do processamento das ações pelos juizados especiais, decidiu pela constitucionalidade da ampla exigência de representação. Explicou que a inclusão de semelhante requisito no texto legal não foi leviana, e sim produto de consideração de “elementos trazidos por pessoas da área da sociologia e das relações humanas”, inclusive “por meio de audiências públicas, que apresentaram dados capazes de justificar essa concepção da ação penal”. Em síntese, sob o louvável pretexto de se proteger as mulheres, a análise dos “efeitos práticos da decisão” revelaria o caráter contraprodutiva do voto majoritário relativamente à proteção e autonomia das mulheres.⁵³

Generalizando, pode-se dizer que a ascensão do *government by policy* propõe ao jurista problemas para os quais o

⁵³ Grifos nossos. Todas as citações supra indicadas referem-se à notícia veiculada no site do Supremo Tribunal Federal, porquanto o acórdão ainda não foi publicado. Notícias STF: quinta-feira, 9 fev. 2012. *Supremo julga procedente ação da PGR sobre Lei Maria da Penha* (9/2/2012). Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199853>. Acesso em: 26 ago. 2012.

conhecimento jurídico tradicional — interpretar leis e redigi-las, sustentar um argumento para um debate judicial ou desconstruir a coesão de argumentos sobre a interpretação das leis — oferece poucas respostas. A política pública é eminentemente finalística, isto é, está eminentemente voltada à consecução de fins concretos. Sua legitimidade, portanto, prende-se não apenas aos procedimentos seguidos para a sua feitura, mas também à plausibilidade de que os efeitos pretendidos possam ser de fato alcançados.

O ponto básico é o seguinte: para se analisar a pertinência entre meios jurídicos e fins normativos não basta interpretar a lei nem recorrer a intuições de justiça. É preciso, ao contrário, apelar a uma ferramenta descritiva do mundo. Na terminologia empregada por Tercio Sampaio Ferraz Jr., seria possível, então, vislumbrar-se um crescimento na importância de normas sujeitas ao controle de *validade finalística* relativamente às normas sujeitas ao controle de *validade condicional*.⁵⁴ É neste momento que o conhecimento científico sobre o mundo social passa a ser, por assim dizer, “demandado” pelos profissionais do direito. Abre-se, assim, um novo campo de atuação *possível* para o estudioso do direito, qual seja, o de empregar os métodos e conhecimentos produzidos pelas ciências sociais para prever os efeitos concretos de diferentes normas e regimes jurídicos.⁵⁵ Embora este *métier* específico seja recente, ele se coaduna confortavelmente com a função histórica do jurista na tradição

⁵⁴ Segundo o autor, o controle de validade condicional é mais “formal e automático”, pois se refere à “relação autoridade/sujeito (cometimento) de uma norma”, desvinculando meios e fins. Já a validade finalística, por prescrever que “certas finalidades sejam alcançadas”, demanda “consideração mais cautelosa de aspectos empíricos (verificação de se os fins foram atingidos)”. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010. p. 152-154 (acrescentando, ainda que, “[n]o direito contemporâneo prepondera a validade condicional, embora ocorram também casos de validade finalística”).

⁵⁵ Foge ao objeto de trabalho discutir as vantagens e desvantagens comparativas de juristas e cientistas sociais (economistas, sociólogos, psicólogos etc.) na avaliação das consequências do direito na realidade social.

romano-germânica como guia e auxiliar do aplicador do direito.⁵⁶

B. O VETOR ORGANIZACIONAL: O JUDICIÁRIO NO CENTRO DO ARRANJO POLÍTICO

Como dissemos, a integração de métodos científicos à teoria jurídica, por incipiente que seja, também pode ser atribuída à mudança organizacional do modelo estatal. Em muitos países democráticos do Ocidente (e talvez na maioria deles), o Estado regulatório acabou por alçar (às vezes aberta e às vezes veladamente) o Poder Judiciário à condição de ente ativo na formulação da política pública. Isto quer dizer que o *government by policy* a que aludimos acima passou a ter, no Poder Judiciário, um ator protagonista, e não apenas coadjuvante.

Repare-se bem: a transformação no modelo de Estado a que aludimos acima não explica, por si só, a cientificização da produção acadêmica jurídica. É certo que uma regulação que não atenda plausivelmente aos seus fins normativos não será politicamente palatável. Mas daí não segue, desde logo, que estejamos diante de um problema jurídico (no sentido próprio da atividade do profissional ligado ao direito). Afinal, se ao Judiciário couber apenas o papel de fazer valer a regra gestada em outras esferas de poder, então toda a teorização jurídica deverá ser apenas interpretativa e voltada a encontrar os percursos intelectuais que permitirão ao juiz cumprir, da forma mais fiel possível, a regra que se lhe apresenta em um litígio. Quando o papel do Judiciário no grande balé institucional da formulação política é acanhado, toda a teorização jurídica apta a influenciar a decisão do juiz tende a ser *formalista* ou pautada pelas exigências de justiça apenas no caso concreto.⁵⁷

⁵⁶ Não é esta, necessariamente, a função atual dos *legal scholars* no contexto norte americano. Cf. nota 100 *infra*.

⁵⁷ Sobre o ponto, ver SALAMA, Bruno Meyerhof. Vetores da jurisprudência na interpretação dos contratos bancários no Brasil. *Revista de Direito Bancário e do*

Ocorre que este Poder Judiciário, exclusivamente reativo, passivo e despreocupado com as repercussões amplas de suas interpretações, é cada vez menos observável nos estados de boa parte do Ocidente. O caso norte-americano é muito conhecido, mas a experiência brasileira das últimas duas décadas é igualmente emblemática para ilustrar como a mudança no arranjo político cria uma demanda por certo tipo de produção acadêmica jurídica em constante flerte com as ciências sociais.

No Brasil pós-1988, o Poder Judiciário passou da periferia ao centro do arranjo político⁵⁸. Os tribunais — e o Supremo Tribunal Federal (STF) em particular — foram alçados à condição de *Poder Moderador*, como bem observou Oscar Vilhena.⁵⁹ Assim, o papel de árbitro dos grandes conflitos institucionais e políticos que historicamente coubera ao Exército passou a ser ocupado pelo STF. Ao mesmo tempo, o Poder Judiciário acabou cada vez mais desempenhando um papel relevante no delineamento das políticas públicas no Brasil — ora negativamente, contrabalançando o excesso, ora positivamente, contrabalançando a inação; e, nos dois casos, contribuindo decisivamente para a criação de incentivos (e desincentivos) para toda sorte de atividades. É como se o Judiciário tivesse sido *empurrado* — muitas vezes a contragosto, ocasionalmente com certo júbilo — para a posição de ator relevante, e diversas vezes decisivo, no grande quadro institucional de for-

Mercado de Capitais, n. 57, jul./set. 2012; e RODRIGUEZ, Jose R. The persistence of formalism: towards a situated critique beyond the classic separation of powers. *The Law and Development Review*, v. 3, n. 2, p. 41-77, May 2010. Há, evidentemente, exceções, a depender do conteúdo da lei e da estratégia adotada pelo Judiciário. Os juízes italianos alegadamente resistiram ao fascismo aplicando de forma mais literal possível a legislação existente. Cf. CALABRESI, Guido. Two functions of formalism: in memory of Guido Tedeschi. *University of Chicago Law Review*, v. 67, p. 479, 2000. O mesmo fenômeno é observável em inúmeros outros casos, inclusive em muitas das posições conservadoras da Suprema Corte dos Estados Unidos.

⁵⁸ Esta discussão consta de Salama, *O fim da responsabilidade limitada*, op. cit.

⁵⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal: o novo Poder Moderador. In: MOTA, Carlos Guilherme Mota; SALINAS, Natasha S. C. *Os juristas na formação do Estado-nação brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

mulação da política pública.

Engana-se quem pensa que a interface das ciências sociais com o direito seja, então, fenômeno apenas norte-americano. Por conta dessa centralidade do Poder Judiciário no arranjo político brasileiro, multiplicaram-se os estudos sobre o STF, tanto nas faculdades de direito quanto nos programas de sociologia, história e ciência política. Há também um aspecto concreto que toca à vida de todos, às vezes de forma teatral. Tão logo proferidas, algumas decisões do Supremo migram para os editoriais jornalísticos, para as pesquisas de opinião, para as redes sociais e para as conversas do dia a dia. Embora a relevância do STF não seja propriamente nova, sua atual proeminência é incomparável.

Nos dizeres de Oscar Vilhena, vivemos hoje em uma *supremocracia*: o processo de expansão da autoridade dos tribunais ao redor do mundo teria ganhado, no Brasil, contornos ainda mais acentuados.⁶⁰ Quando Kelsen procurou justificar a necessidade de cortes constitucionais no continente europeu, recorreu a uma argumentação eminentemente negativa: caberia a elas resguardar a autoridade da Constituição diante de leis e atos que desafiassem seu conteúdo.⁶¹ Isso parece ter mudado.⁶² O controle de políticas públicas e a edição de súmulas vinculantes, por exemplo, revelam, também por aqui, a dissolução das funções estatais preconizadas pelos clássicos da teoria do Estado.⁶³

C. O VETOR JURÍDICO: A CONSEQUÊNCIA COMO LIGAÇÃO ENTRE MEIO JURÍDICO E FIM NORMATIVO

⁶⁰ Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista Direito GV*, n. 8, p. 441-463, 2008.

⁶¹ V. KELSEN, Hans. *Verfassungs-und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates*. Trad. port. de Alexandre Krug. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 123-186.

⁶² Novamente Vieira, *Supremocracia*, op. cit., p. 454-456.

⁶³ ACKERMAN, Bruce A. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, n. 113, p. 633-729, 2000.

Evidentemente, este quadro repercutiu também na técnica jurídica. No último século, o pilar dos sistemas jurídicos ocidentais migrou do direito privado ao direito público. Concomitantemente, a aplicação direta de princípios — atualmente reconhecidos como verdadeiras normas jurídicas vinculantes e autoaplicáveis — tornou-se cada vez mais frequente.⁶⁴ A simples descrição “pura” de regras, prescindindo do exame da conduta humana, e a aplicação do raciocínio lógico-dedutivo ficam prejudicadas nesse novo contexto.

A aplicação do teste de proporcionalidade para solucionar conflitos entre princípios (entendidos por Alexy como “mandamentos de otimização”,⁶⁵ ou seja, normas que estabelecem que algo deva ser realizado, diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes, na maior medida possível) incorpora à técnica decisional jurídica elementos tradicionalmente vistos como “extrajurídicos” e ligados às consequências de diferentes regimes. Na lição de Humberto Ávila, “[o] postulado da proporcionalidade não se confunde com a ideia de proporção nas suas mais variadas manifestações”. Em vez disso,

[e]le se aplica apenas a situações em que há uma relação de

⁶⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 15-16. Contraste-se o entendimento contemporâneo com a visão dos princípios constitucionais dominante entre os juristas no passado. Pontes de Miranda, ao comentar o art. 145 da Constituição de 1946, que tratava dos princípios conformadores da ordem econômica, conclui que “o texto é mera recomendação. Não há sanção para infração dele. Os legisladores que a ele não obedecem, escapam a qualquer restrição legal”. PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Henrique Cahem Editor, 1947. v. IV, p. 9.

⁶⁵ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte* (1985). Trad. port. de Virgílio Afonso da Silva. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 91: (“O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *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”).

causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro(s) meio(s) menos restritivo(s) dos direitos fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).⁶⁶

O problema é que a correta aplicação de princípios mediante o teste de proporcionalidade depende, em muitos casos, e talvez na maioria deles, de dados empíricos ou pelo menos de juízos probabilísticos sobre os esperados efeitos concretos de diferentes normas.⁶⁷ Assim, a questão distintiva do sistema jurídico relativamente aos demais sistemas — a diferenciação do lícito do ilícito⁶⁸ — tem sido respondida não somente pelo apelo à interpretação de normas abstratas, mas também com fundamento em juízos de causalidade sobre o efeito das normas no mundo dos fatos. Esta é, anote-se, uma observação sobre a prática e a praxe da operação do direito no Brasil: um dado sociológico e não uma proposição filosófica.

III. AS CONSEQUÊNCIAS COMO CONDIÇÃO DE INCIDÊNCIA NORMATIVA

⁶⁶ Ávila, *Teoria dos princípios*, op. cit.

⁶⁷ Neste sentido, POSNER, Richard A. *Overcoming law*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1995. p. 7 (defendendo sua versão de adjudicação pragmática como aquela em que o juiz “*is drawn to the experimental scientist, whom [the pragmatist judge] urges us to emulate by asking, whenever a disagreement arises: What practical, palpable, observable difference does it make to us?*”). Contra, ver DWORKIN, Ronald. In praise of theory. *Arizona State Law Journal*, v. 29, p. 353, 1997. E, ainda, MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Posner e a análise econômica do direito: da rigidez neoclássica ao pragmatismo frouxo. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Coord.). *Trinta anos de Brasil: diálogos entre direito e economia*. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁶⁸ Cf. Neves, *Entre Têmis e Leviatã*, op. cit., nota 44, para uma análise da visão de Niklas Luhmann.

A utilização do saber científico na aplicação do direito está longe de ser fenômeno recente. Por certo, é lição clássica de história do direito que, na Idade Média, a averiguação da ocorrência ou não de determinados fatos era delegada a instâncias sublimes, mediante a utilização dos chamados *ordálios* ou juízos divinos. A sobrevivência na prova — a do ferro em brasa ou da água fervendo, *ordálios unilaterais*, ou em duelo, *ordálio bilateral* — indicaria a inocência do acusado relativamente ao ato criminoso imputado.⁶⁹ Entretanto, com o avançar do pensar racionalista — e dos correlatos avanços da prática jurídica para acomodar meios mais sofisticados e racionais de prova —, o saber científico foi crescentemente chamado para auxiliar na verificação da ocorrência de fatos que integram o suporte fático da norma.

A. O PAPEL DAS CIÊNCIAS NA DETERMINAÇÃO DOS FATOS QUE INTEGRAM O SUPORTE FÁTICO

A primeira e mais rudimentar espécie de utilização do saber científico na aplicação do direito refere-se à averiguação concreta de fatos que constituem o suporte fático (*Tatbestand*) de normas jurídicas.⁷⁰ A ciência é aqui convocada para determinar a verificação ou não, no mundo da vida, de *fato* previsto, *in abstracto*, pela regra jurídica. Exemplificativamente, o mé-

⁶⁹ Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 88.

⁷⁰ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo I. Atualização: MARTINS-COSTA, Judith; HAICAL, Gustavo; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. São Paulo: RT, 2012, p. 77 (“O suporte fático (*Tatbestand*) da regra jurídica, isto é, aquele fato, ou grupo de fatos que o compõe, e sobre o qual a regra jurídica incide, pode ser da mais variada natureza: por exemplo, *a*) o nascimento do homem, *b*) o fato físico do mundo inorgânico, *c*) a doença, *d*) o ferimento [etc.] (...). É incalculável o número de fatos do mundo, que a regra jurídica pode fazer entrar no mundo jurídico, — que o mesmo é dizer-se pode tornar *fatos jurídicos*”). Acrescenta Pontes, ainda, que “a probabilidade dos fatos, positivos ou negativos, pode ser suporte de regras jurídicas. Sempre que a regra jurídica se satisfaz com o risco, o perigo, ou a ameaça, faz suficiente suporte fático seu a probabilidade. *Ibid.*, p. 85.

dico legista opinará como perito, na fase instrutória do processo, sobre a ocorrência, o horário e a causa do evento *morte*, esta última elemento do suporte fático de diversas regras jurídicas de direito penal e sucessório, por exemplo. O saber técnico do engenheiro é igualmente considerado a fim de determinar-se a existência de erro de cálculo na formulação de projeto de construção, sendo este último elemento hábil à configuração de culpa e do nexo causal como requisitos para a responsabilidade civil do construtor pela queda de um prédio (art. 186, Código Civil).

Nesse sentido, aos avanços das ciências duras e à oferta de testes científicos a baixo custo corresponde um aumento por sua demanda na esfera jurídica. As evidências científicas, assim, paulatinamente substituíram as presunções absolutas (*jure et de jure*) antes impostas por regra legal em época na qual os benefícios da produção de prova eram certamente superados por seus custos. Para ilustrar, sob o Código de Hamurabi, que vigeu no século XVIII a.C. na antiga Mesopotâmia, se um construtor edificasse uma casa para homem livre e a casa caísse causando a morte do dono da casa, o construtor poderia ser morto.⁷¹ Esta pena fazia parte do esquema de regulação vigente à época, e presumivelmente estava associada à ideia de que um “arquiteto” nesta situação provavelmente tomaria muito cuidado para evitar que a casa caísse. A ideia de responsabilização baseada na culpa — e para se averiguar a culpa é preciso relativa sofisticação técnica — só viria muitos séculos depois com a releitura humanista da ética aristotélica.⁷²

A mudança no tratamento jurídico e as presunções relacionadas à filiação também ilustram essa tendência. Ao passo

⁷¹ Código de Hamurabi: “229. *If a builder build a house for some one, and does not construct it properly, and the house which he built fall in and kill its owner, then that builder shall be put to death*”. Disponível em: < www.avalon.law.yale.edu/ancient/hamframe.asp>. Acesso em: 29 ago. 2012.

⁷² Cf. GORDLEY, James. *Foundations of private law: property, tort, contract, unjust enrichment*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 159.

que, sob a égide do Código Civil de 1916 (arts. 338-340), vedava-se ao marido contestar a paternidade de filho de sua esposa, desde que com ela houvesse coabitado “nos primeiros cento e vinte e um dias, ou mais, dos trezentos que houverem precedido ao nascimento do filho”, tal óbice foi expressamente afastado pelo Código Civil de 2002.⁷³ De forma semelhante, desapareceu o papel do casamento como fonte de legitimação e de reconhecimento jurídico da prole, sendo constitucionalmente garantido o tratamento igualitário a todos os filhos (Constituição Federal, art. 226, § 6º). Para além de razões de ordem moral, uma razão determinante para a transformação é, sem dúvida, o avanço da ciência e da técnica — especificamente, a ampla disponibilidade, a baixo custo, do exame de DNA apto a determinar a filiação natural.⁷⁴

Ressalte-se, porém, que esse primeiro estágio de cientificação da aplicação do direito não trouxe repercussões significativas para o funcionamento do direito e o ofício de seu operador. Afinal, o saber científico acionado é, sem exceção, fornecido por peritos em outras áreas do conhecimento, em momento processual oportuno. O advogado pode, sem maiores hesitações, informar seu cliente sobre as consequências jurídicas de um resultado positivo ou negativo de um exame de DNA. Da mesma forma, uma vez produzida a prova técnica, o silogismo judicial opera de modo habitual.

⁷³ “Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.”

⁷⁴ Por certo, o direito à contestação da paternidade genética, por parte do suposto genitor, tem sido flexibilizado quando presente, no caso concreto, a chamada “paternidade socioafetiva”. A *ratio* desse posicionamento jurisprudencial é, mais uma vez, a valorização dos fins refletidos em princípios em detrimento de regras legais, a refletir a preocupação com as consequências deletérias para o suposto filho que tem o vínculo afetivo contestado. Ver Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.059.214. Quarta Turma. Relator min. Luis Felipe Salomão. J. 16/2/2012. DJ 12/3/2012 (citando a conclusão do laudo elaborado por psicóloga de que “a ré está vivendo, há dois anos, uma situação traumática. Sua identidade pessoal foi ameaçada por Pedro Paulo, teve prejuízo em sua autoestima e no seu sentimento de confiança pelas pessoas que a cercam”).

B. O PAPEL DA CIÊNCIA QUANDO A CONSEQUÊNCIA DE UM FATO INTEGRA O SUPORTE FÁTICO

Um *segundo* estágio, com implicações mais profundas, refere-se à crescente adoção de normas cujo suporte fático inclui não apenas a ocorrência de um fato pretérito, considerado de forma estática, mas as *consequências* efetivas desse fato. Aqui a ciência (social) — sobretudo a economia — é chamada a examinar as consequências positivas ou negativas de um dado fato ou conduta, que, por sua vez, determinará a incidência ou não da norma. O direito concorrencial comparado fornece-nos profícuo exemplo desta nova técnica regulatória.

No passado, o direito antitruste apresentava regras claras (as chamadas *per se rules* do direito norte-americano) que caracterizavam como ilícitas determinadas condutas. Assim, no período de 1911 a 2007, as cláusulas contratuais em contratos de distribuição que fixavam preço mínimo para a revenda de determinado produto eram consideradas ilegais no direito norte-americano. Mais recentemente nos Estados Unidos — e hoje igualmente no Brasil e na União Europeia —, adota-se um regime que repudia o controle formal (legalista) implícito nas regras *per se*. Em vez disso, a ilicitude ou não do arranjo dependerá dos seus presumíveis (ou comprovados, a depender do caso) efeitos concretos pró- ou anticompetitivos, conforme o poder de mercado empiricamente verificado das empresas em questão. Trata-se da chamada “regra da razão” (*rule of reason*), na expressão norte-americana, referida pelo direito europeu, de forma mais explicativa, como “*effects-based analysis*.”⁷⁵

Assim como o avanço da genética conduziu ao abandono de presunções em matéria de direito de família, o progresso

⁷⁵ GERADIN, Damien; PEREIRA NETO, Caio Mario. *From “per se” to “effects-based” analysis of vertical restraints adopted by dominant firms: the examples of EU and Brazilian competition law (working paper não publicado, 2012).*

da economia permitiu a eliminação de presunções absolutas no direito concorrencial. Enquanto o modelo fundado em regras *presume* as consequências de determinadas condutas (banindo condutas que tendem a ter efeitos negativos), a *effects-based analysis* traz para o processo a discussão sobre a prova dos efeitos da conduta em cada caso. A fim de determinar a existência ou não de tais efeitos anticompetitivos que integram o suporte fático da norma, economistas e econometristas atuam como peritos. Tal mudança, contudo, não é isenta de riscos: no modelo anterior a licitude ou não da conduta é previsível *ex ante*, pois decorria da mera leitura e interpretação da norma; já no regime atual a ilicitude decorre de dados e cálculos complexos apenas compreensíveis pelos especialistas na área, com possível dano ao ideal da previsibilidade que pauta o Estado de direito.

C. O PAPEL DA CIÊNCIA QUANDO AS CONSEQUÊNCIAS DE UMA NORMA DETERMINAM SUA APLICAÇÃO

A verdadeira revolução no papel do jurista — cujas repercussões para o funcionamento do sistema jurídico ainda não foram suficientemente apreendidas — decorre justamente de seu papel como aplicador de princípios e implementador de políticas públicas. O fator diferenciador, relativamente ao tirocínio jurídico tradicional, que subjaz à aplicação de princípios e aos juízos de proporcionalidade, é justamente a integração das consequências da norma como elemento que determina a validade ou incidência da norma no caso concreto. Isto é, a norma incidirá ou não a depender de suas presumíveis consequências futuras.

Nas regras jurídicas tradicionais, os fatos referidos no suporte fático estão no passado. Assim é no crime de homicídio, para apenas citar um exemplo simplório (“Art. 121. Matar

alguém: Pena — reclusão, de seis a vinte anos”). Radicalmente diferente é a técnica utilizada na aplicação de princípios, na ponderação dos quais são necessariamente apreciados os efeitos futuros de um ou outro cenário para, então, optar-se pela incidência ou não da regra. Tanto assim que, ao pontuar as limitações do modelo de incidência ponteano à aplicação de princípios jurídicos, observaram os atualizadores do *Tratado de direito privado* que — diferentemente das regras, “normas imediatamente descritivas de comportamento” — “os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que, ao invés de descreverem comportamentos, estabelecem um ‘estado ideal de coisas’ (isto é, um fim) cuja realização implica a adoção de determinados comportamentos.”⁷⁶

É neste contexto que se faz necessário recorrer às ciências sociais — sobretudo à teoria dos preços da microeconomia — para prever, com um mínimo de racionalidade, quais estados de coisas resultarão da aplicação de um ou outro regime jurídico. Exemplo disto é dado pela decisão do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.946. Nela se discutia se o art. 14 da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, que fixava em R\$ 1.200 o limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social, seria constitucional relativamente à licença gestante.⁷⁷ O caso é paradigmático não apenas por reconhecer a inconstitucionalidade da emenda constitucional (ainda que sem redução de texto), como também por alicerçar sua fundamentação precisamente nas prováveis consequências deletérias de uma interpretação literal da norma quanto à posição da mulher no mercado de trabalho. Assim observou o Tribunal:

Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$1.200,00 (hum mil e duzentos

⁷⁶ Miranda, *Tratado de direito privado*, op. cit., Tomo I, p. 80 (inclusão dos atualizadores).

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.946-DF. Tribunal Pleno. Rel. min. Sydney Sanches. J. 3/4/2003.

reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira *facilitada e estimulada* a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora.

Estará, então, propiciada a *discriminação* que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, *por motivo de sexo* (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal.

Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$ 1.200,000, para não ter de responder pela diferença.⁷⁸

A decisão de conferir interpretação conforme a Constituição, excluindo a licença gestante do alcance da regra do art. 14 da Emenda Constitucional 20 de 1998, deveu-se à percebida falta de adequação entre meio jurídico (limitação do pagamento da licença maternidade pela previdência social, transferindo-se o respectivo ônus ao empregador) e o fim normativo consagrado pelo texto maior de combater a discriminação à mulher no mercado de trabalho. Nesse contexto, conclui a Corte que, “à falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7º, XVIII [que consagra “licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias”], a pura e simples aplicação do art. 14 da E.C. 20/98, de modo a torná-la insubsistente, implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado”.⁷⁹

Vejamos outro exemplo: a decisão do STF que discutiu a compatibilidade entre a penhorabilidade do bem de família do fiador, prevista pelo art. 3º, VII, da Lei 8.009 de 1990, e a garantia do direito à moradia prevista pelo art. 6º da Constituição Federal, com a redação conferida pela Emenda Constitui-

⁷⁸ Ibid., ementa.

⁷⁹ Ibid.

onal nº 26 de 2000. Segundo o voto vencedor, de relatoria do ministro Cezar Peluso, que reconheceu a constitucionalidade da regra, “os proprietários no Brasil são poucos”, justificando-se, assim, o “estímulo à habitação arrendada” presumivelmente promovido pela regra questionada. Conclui, então, que a eventual declaração da inconstitucionalidade do referido dispositivo, “romperia (sic) equilíbrio do mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com consequente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia”.⁸⁰

A decisão, portanto, não somente alude a fatos da realidade social fora do alcance imediato da norma em questão (por exemplo, a proporção de brasileiros que são proprietários de imóveis), mas também tira ilações de causalidade entre a regra de penhorabilidade do bem de família do fiador e a operação do mercado de locações. É bem verdade que nem sempre o STF ou outros tribunais do país utilizam expressamente a retórica da lei como mecanismo de “estímulo” a determinados comportamentos, tal qual a decisão mencionada. Contudo, com frequência se atingem os mesmos objetivos através do vocabulário da “proporcionalidade” — e é talvez por isso que ainda não se tenha refletido de forma cuidadosa sobre como lidar com as afirmativas empíricas controversas suscitadas por este tipo de exame.⁸¹

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 407.688-8. Tribunal Pleno. Rel. min. Cezar Peluso. J. 8/2/2006.

⁸¹ ARGUELHES, Diego; PARGENDLER, Mariana. Custos colaterais da violência no Brasil: rumo a um direito moldado pela insegurança? *Revista Direito GV*, 2012 (no prelo). Ver, também, SCHUARTZ, Luis Fernando. *Norma, contingência e racionalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 218: (“O problema com a ‘fórmula da ponderação’ está menos na sua aptidão para modelar adequadamente o ‘balanceamento’ de princípios tal como levado a efeito por juízes e tribunais e mais no que ela pressupõe quanto à obtenção dos dados necessários para que possa efetivamente ser aplicada. O problema, noutras palavras, não está no lado dos resultados nem na definição da ‘regra de transformação’ que a fórmula exprime, mas em como assegurar o acesso aos valores concretos das variáveis relevantes que servem de dados para efetuar os cálculos da maneira especificada na fórmula”).

É certo, porém, que semelhante técnica de decisão gera demanda por estudos científicos — teóricos, empíricos ou experimentais — nos moldes das demais ciências. Caso tivesse sido detectado, por exemplo, que a penhorabilidade do bem de família do fiador não apresenta qualquer influência positiva no mercado de locações de modo a promover o acesso a moradia de não proprietários, é possível que a Corte tivesse decidido de forma diferente. As decisões acima referidas — relativas à Lei Maria da Penha, à Emenda Constitucional nº 26 e à Lei do Bem de Família — são meramente ilustrativas das considerações consequencialistas, não raro amparadas em raciocínio econômico, de que se tem valido o STF.

D. JUDICIÁRIO E CONSEQUENCIALISMO

Falamos em consequencialismo aliado a raciocínio econômico, duas ideias pouco estudadas no Brasil, e por isso aqui cabe uma advertência: o raciocínio consequencialista é muitas vezes econômico em um sentido bem específico, a saber, no sentido de que os precedentes judiciais criam incentivos. Mas o que são, afinal, incentivos?⁸² Incentivos são preços implícitos. Nos mercados, indivíduos procuram maximizar seus benefícios realizando escolhas que minimizem seus custos e maximizem seus benefícios. Por exemplo, em geral os consumidores irão consumir menor quantidade de um bem quando o preço subir, e maior quantidade quando o preço cair. Ora, o ponto, então, é o de que precedentes judiciais criam incentivos justamente porque estabilizam expectativas sobre as regras do jogo. E, ao fazê-lo, alteram os custos relativos de diferentes condutas. Tornam, portanto, certas condutas mais prováveis que outras. É deste modo que a jurisprudência afeta condutas futuras da coletividade.

⁸² Para uma explicação detalhada, ver SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? *Caderno Direito GV*, n. 22, mar. 2008.

De fato, há hoje no Brasil uma multiplicidade de casos em que a Corte tece juízos sobre os prováveis efeitos concretos de diferentes normas para, então, concluir sobre a sua compatibilidade ou não com a ordem constitucional brasileira. Bem ilustram esse método as decisões do STF sobre (i) a inconstitucionalidade da Lei nº 8.620/93, que responsabilizava o sócio de responsabilidade pelo inadimplemento de contribuições previdenciárias pela sociedade, por violação ao princípio da livre iniciativa;⁸³ (ii) a constitucionalidade do dispositivo da lei de falências que impõe limites quantitativos à prioridade concedida às dívidas trabalhistas;⁸⁴ (iii) a exigência constitucional de estender-se os efeitos jurídicos da união estável às uniões homoafetivas;⁸⁵ (iv) a constitucionalidade da adoção de cotas

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 526.276. Tribunal Pleno. Rel. min. Ellen Gracie Northfleet. J. 3/11/2010 (“O art. 13 da Lei 8.620/93 também se reveste de inconstitucionalidade material, porquanto não é dado ao legislador estabelecer confusão entre os patrimônios das pessoas física e jurídica, o que, além de impor descon sideração *ex lege* e objetiva da personalidade jurídica, descaracterizando as sociedades limitadas, implica irrazoabilidade e inibe a iniciativa privada, afrontando os arts. 5º, XIII, e 170, parágrafo único, da Constituição”). A conclusão de que a responsabilização dos sócios pelas dívidas sociais inibe a iniciativa privada é um juízo de causalidade falsificável — e, com efeito, contestado por alguns estudos empíricos. Veja-se, por exemplo, o estudo empírico de Mark Weins tein, segundo o qual não há evidências de que o sentido de que o advento da respon sabilidade limitada na Califórnia entre 1929 e 1931 teve qualquer efeito no valor das ações de companhias abertas californianas. WEINSTEIN, Mark. Share price chang es and the arrival of limited liability in California. *Journal of Legal Studies*, v. 32, n. 1, p. 1-25, 2003.

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.934. Tribunal Pleno. Rel. min. Ricardo Lewandowski. J. 27/5/2009. Nas palavras do min. relator, “forçoso é convir que o limite de conversão dos créditos trabalhistas em quirografários fixado pelo art. 83 da Lei 11.101/2005 não viola a Constituição, porquanto, longe de inviabilizar a sua liquidação, tem em mira, justamente, a prote ção do patrimônio dos trabalhadores, em especial dos mais débeis do ponto de vista econômico”.

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277. Tribunal Pleno. Rel. min. Ayres Britto. J. 5/5/2011. O voto do min. Marco Aurélio faz referência expressa ao fato de o Brasil ocupar o primeiro lugar no *ranking* de homicídios anuais contra homossexuais para fundamentar a sua decisão pela proce dência da ADI, em mais um passo para o Brasil vencer “a guerra desumana contra o preconceito”.

raciais por universidades brasileiras;⁸⁶ e até mesmo (v) a inconstitucionalidade da criminalização de aborto de feto anencéfalo.⁸⁷ Cada um desses casos reflete seja a utilização efetiva, seja a potencial demanda por estudos que fundamentem ou neguem os substratos fáticos e os juízos de causalidade realizado pela Corte como fundamento à sua decisão nos casos concretos.

Em suma, tudo que se disse anteriormente significa que o Poder Judiciário de muitos países, incluindo-se o Brasil, está envolvido até o pescoço com a formulação de políticas públicas. E assim — quer gostem, quer não gostem, quer o façam aberta ou veladamente — seus integrantes estão irresistivelmente impingidos a pensar seriamente sobre relações de adequação entre meios jurídicos e fins normativos, relações essas que não podem ser obtidas somente com a filosofia, a lógica, a filologia ou a gramática. Como se vê, trata-se de um Poder Judiciário, ousamos dizer, ávido por estudos que articulem a interpretação do texto da lei com suas prováveis repercussões práticas.

É bem verdade, por sua vez, que as implicações do novo modelo de aplicação do direito em muito ultrapassam a transformação da produção acadêmica em direito para atingir, igualmente, o funcionamento do processo judicial. No sistema tradicional de interpretação silogística aplicam-se regras a fatos

⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186. Tribunal Pleno. Rel. min. Ricardo Lewandowski. J. 26/4/2012. Segundo veiculado no sítio do STF, o ministro Gilmar Mendes fundamentou sua decisão no baixo número de negros nas universidades brasileiras e na “dificuldade quase lotérica” de seu acesso à universidade. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206042>. Acesso em: 26 ago. 2012.

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Tribunal Pleno. Rel. min. Marco Aurélio de Mello. J. 11/4/2012 (fundamentando sua decisão, *inter alia*, nos “[d]ados apresentados na audiência pública”, os quais “demonstram que a manutenção da gravidez nesses casos impõe graves riscos para a saúde da mãe, assim como consequências psicológicas severas e irreparáveis para toda a família”).

pretéritos, os quais são objeto da fase instrutória e de eventual audiência de instrução com a oitiva das partes e testemunhas. Tal como se dá com a literatura jurídica, são visíveis, embora ainda incipientes, no âmbito processual, as mudanças no sentido da adequação dos procedimentos ao papel central do Poder Judiciário na formulação de políticas públicas. Exemplo notável de um primeiro passo rumo a tal adaptação teve lugar com a previsão legal e a crescente realização de audiências públicas⁸⁸ — mecanismo típico de órgão formulador de políticas públicas — pelo STF em sede de ação direta de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, um dos fóruns para a influência da produção do jurista-cientista social.⁸⁹

Ressalte-se, ademais, que a ênfase acima conferida à incorporação da produção do jurista-cientista social pelo Poder Judiciário deve-se ao fato de ser este órgão, presumivelmente, o último reduto da aplicação do direito desligada de uma preocupação com os efeitos fáticos da decisão. Este fenômeno é ainda mais acentuado — e, portanto, a correspondente produção acadêmica ainda mais demandada — em outros órgãos

⁸⁸ A Constituição refere-se às audiências públicas com a sociedade civil quando trata da competência das comissões das casas do Congresso Nacional (art. 58, § 2º, II). Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204680>. Acesso em: 26 ago. 2012.

⁸⁹ Art. 9º, § 1º e art. 20, § 1º da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, *in verbis* (“Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”). Outras inovações institucionais têm sido sugeridas pela doutrina e mais certamente virão. Veja-se, nesse sentido, GOUVÊA, Carlos Portugal. Democracia material e direitos humanos. In: AMARAL JR., Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra. *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 99-121. O autor defende a criação de um “Conselho Constitucional de Desenvolvimento Social e Econômico”, encarregado de “apresentar relatórios públicos de análise distributiva de custo-benefício de suas políticas públicas”, a cujo saber técnico o Judiciário poderia recorrer na implementação de políticas públicas por via judicial. *Ibid.*, p. 118.

estatais, como as agências reguladoras e demais autarquias. Embora o Brasil não consagre a exigência de elaboração formal de uma análise de custo-benefício (*cost-benefit analysis*) previamente à implementação de instrumentos normativos em sede administrativa, tal como ocorre nos Estados Unidos,⁹⁰ a versão nacional mais branda — a chamada análise de impacto regulatório — vem progressivamente ganhando espaço.⁹¹ A par disso, as decisões de agências reguladoras brasileiras — quanto formalmente adstritas à aplicação da lei e da normatização infralegal — lançam mão com grande frequência de argumentos relativos aos efeitos concretos de sua decisão.

Os exemplos nesse sentido são tantos que inviabilizam uma análise mais detida. Vejamos, a título ilustrativo, a decisão do Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) no paradigmático caso Tractebel. Ao interpretar o art. 115, parágrafo 1º, da Lei nº 6.404 de 1976⁹² (Lei das Sociedades por Ações), a Comissão concluiu que basta a configuração do conflito *formal* de interesses entre o controlador e a companhia

⁹⁰ Com a adoção da *cost-benefit analysis*, incumbe aos tribunais examinar se tal ponderação foi efetivamente realizada de forma adequada pelo órgão regulador. Cf. a recente e controvertida decisão do DC Circuit nos Estados Unidos, a qual invalidou os regulamentos recém-promulgados pela Securities and Exchange Commission, segundo mandamento do Dodd-Frank Act, por considerar que a Comissão não considerou adequadamente as consequências econômicas das novas regras, assim violando o Administrative Procedure Act. *Business Roundtable v. SEC*, 647 F.3d 1144 (D.C. Cir. 2011).

⁹¹ O estudo de Salgado e Borges detalha a origem histórica da análise de custo-benefício em sede regulatória e a sua progressiva introdução no país, afirmando que “o Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002, (...) representa o esboço de uma primeira iniciativa em AIR [análise de impacto regulatório] no Brasil”. SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. *Análise de Impacto Regulatório: uma abordagem exploratória. IPEA: Texto para Discussão n. 1463*, 2010. p. 19. Relatam os autores, ainda, a realização de nada menos do que 2.402 audiências públicas pelas agências reguladoras federais entre 1998 e 2008.

⁹² Assim dispõe o mencionado dispositivo: “o acionista não poderá votar nas deliberações da assembleia-geral relativas ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social e à aprovação de suas contas como administrador, nem em quaisquer outras que puderem beneficiá-lo de modo particular, ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia”.

para obstar àquele o exercício do direito de voto em assembleia.⁹³ Para além de aludir ao texto legal do referido dispositivo, o diretor relator referiu que, em busca de “uma solução ótima para o problema em questão”, a análise começa por “avaliar os incentivos”. Diante do “risco *ex ante* de que ele não se comporte segundo os interesses dos minoritários”, conclui que, “se nenhuma medida for tomada para alinhar interesses”, “o minoritário deixará de contratar com a companhia”, pois “sua riqueza poderá ser transferida para outra empresa do controlador”.

Além disso, a decisão expressamente rechaça o argumento contrário de que “tal restrição de voto teria efeitos deletérios na dinâmica empresarial e na formação de contratos entre as partes interessadas”, afirmando inexistir “comprovação empírica deste argumento, nem embasamento teórico”. Citou, ainda, o estudo dos economistas Djankov e colaboradores, o qual propõe o mecanismo de restrição de voto como forma eficiente de proteção da minoria acionária.⁹⁴ A utilização do raciocínio econômico e de estudos empíricos que tratam dos efeitos de regras jurídicas como incentivos dificilmente poderia ter sido estampada de forma mais clara.

IV. O PAPEL DA DOCTRINA JURÍDICA COMO NÃO CIÊNCIA

Até aqui, argumentamos que o surgimento do que se poderia chamar de jurista “cientista social” explica-se pela transformação dos modelos de Estado e de aplicação do direito

⁹³ CVM. Processo Administrativo n. RJ 2009-13179. Interessado: Tractebel Energia S.A. Assunto: Recurso contra entendimento da SEP, a respeito da possibilidade do acionista controlador, GDF Suez Energy Latin America Participações Ltda., votar na assembleia sobre a aquisição de ações da Suez Energia Renovável S.A. Diretor-relator: Alessandro Broedel Lopes. J. 9/9/2010.

⁹⁴ Ibid. Cf., também, DJANKOV, S.; LA PORTA, R.; LOPEZ-DE-SILANEZ, F.; SHLEIFER, A. The law and economics of self-dealing. *Journal of Financial Economics*, n. 88, p. 430, 2008.

nos últimos 50 anos. A pergunta que ora se põe é a seguinte: a produção jurídica nos moldes das ciências sociais irá absorver as demais modalidades de produção jurídica? Estará a *doutrina jurídica*,⁹⁵ tão bem representada por manualistas e comentaristas, com seus dias contados? A resposta é, a nosso ver, negativa. Apesar da crescente demanda por trabalhos que examinem os efeitos das normas jurídicas no mundo real, o jurista enquanto formulador de doutrina não falsificável (logo, livre do método científico e da empiria, e portanto, propriamente dogmática) deve subsistir.

A transposição para o direito do espírito científico — hipótese, experimentação, verificação, conclusão — tem limites muito claros, e a produção doutrinária não científica preenche um papel fundamental. Em primeiro lugar, a divisão do trabalho e a especialização são relevantes. Por conta da sua formação, os juristas não possuem, em princípio, vantagem comparativa ao realizarem trabalho empírico. É bem verdade que seu contato direto com as *entranhas* da burocracia estatal e seu manejo diário de ferramentais institucionais como contratos e ações judiciais lhes dá acesso e lhes despertam a curiosidade para questões e temas que dificilmente ocorreriam aos economistas e sociólogos. Ainda assim, a desvantagem do ponto de vista do aparato metodológico pode facilmente transformar bons juristas em maus economistas ou maus sociólogos. Um ponto adicional é que a própria amplitude com que se produz doutrina não científica em direito dá, por si só, a dimensão da sua importância; na terminologia econômica, chamaríamos isso de *preferência revelada* pelo mercado consumidor (e es-

⁹⁵ O conteúdo e o estilo da doutrina variam ao longo do tempo e nas diferentes tradições jurídicas. Para uma excelente reflexão sobre o significado e a evolução histórica da noção de *doctrine* no direito francês, cf. JESTAZ, Philippe; JAMIN, Christophe. *La doctrine*. Paris: Dalloz, 2004. No contexto brasileiro, fala-se hoje em uma “crise da doutrina”, ocasionada, entre outros fatores, pela drástica expansão no número de publicações jurídicas nos últimos anos — expansão esta que não raro se deu em detrimento da qualidade dos estudos. A esse respeito, ver Rodriguez Junior, Dogmática e crítica da jurisprudência, op. cit., p. 86-87.

tamos aqui a tratar, claro, do “consumo” de doutrina jurídica não científica).⁹⁶

É possível, contudo, caminhar um pouco mais na análise deste “apetite” por doutrina jurídica entre os profissionais ligados à feitura, interpretação e aplicação do direito. Ao contrário do que possa parecer, os problemas da doutrina jurídica como não ciência são comuns àqueles observáveis na doutrina econômica. O ponto é sutil e talvez contraintuitivo, porque é bastante comum pensar-se na economia como ciência e no direito como dogma. Esta simplificação, contudo, é enganosa.

Desde a obra clássica de John Neville Keynes (pai de Maynard Keynes, seu filho ilustre) já se entende que a economia tem três dimensões:⁹⁷ uma dimensão positiva (propriamente científica), uma dimensão normativa (ramo da ética aplicada) e uma arte (sua aplicação).⁹⁸ Dizer que a economia tem

⁹⁶ Embora, em tempos atuais, a proporção de trabalhos de cunho doutrinário seja mais elevada fora dos Estados Unidos, tal não quer dizer que inexista demanda naquele país. Uma anedota alegadamente verdadeira narra uma conversa entre um juiz da Suprema Corte norte-americana e um professor de direito constitucional. Diante de um debate sobre a utilização da experiência comparada como inspiração, o juiz sugeriu que seria extremamente útil se os professores escrevessem artigos sobre a experiência de diferentes países com um ou outro instituto — ao que o professor teria respondido: “eu não sou seu assistente de pesquisa; você é como um inseto que eu estudo”.

⁹⁷ KEYNES, John Neville. *The scope and method of political economy*. Londres: Macmillan, 1891.

⁹⁸ Para uma discussão detalhada do tema, ver SALAMA, Bruno Meyerhof. *The art of law & macroeconomics*. *University of Pittsburgh Law Review*, n. 2, v. 74, 2012 (no prelo). Disponível em: <www.works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/70> (“Neville Keynes wrote [The scope and method of political economy] in reaction to a controversy over the epistemological character and method of economics that was central to economic thinking in his time — and in fact, one that haunts the economic profession until today. The controversy is related to whether economics is a scientific endeavor that establishes hypotheses based on the deduction of assumed truths about the world (such as that men rationally maximize utility), or whether economics is an examination of the workings of institutions considered in a specific historical setting (...) he proposed that economics should be viewed as partly a positive science concerned with finding truths about how the world works; partly an ethical inquiry; and partly an art concerned with practical precepts for action. What Neville Keynes did, therefore, was to posit the existence of a third dimension — the

uma dimensão científica significa que o seu objeto de estudo pode — em princípio, pelo menos — ser dominado através da técnica e do cálculo. Dizer que possui uma dimensão ética significa reconhecer que existem problemas que não se resolvem mesmo que dominássemos completamente as relações de causa e efeito no mundo.⁹⁹ Aqui a formulação radical de Tolstói é esclarecedora: “A ciência carece de sentido, pois não tem resposta alguma para a única questão que nos interessa — ‘Que devemos fazer? Como devemos viver?’”.¹⁰⁰ Por fim, dizer que a economia tem uma dimensão de arte significa que a utilização de ideias econômicas na formulação e execução da política pública não é, nem nunca foi, um empreendimento propriamente científico. E há mais: no campo da arte, ao contrário da ciência, não existe nenhum progresso.

Um exemplo utilizado por Neville Keynes — estamos falando de algo escrito em 1891 — ilustra bem esta tripartição da economia. Consideremos o fenômeno do pagamento de juros.¹⁰¹ Uma questão, dizia Neville Keynes, é entender por que se pagam juros e que fatores determinam a sua taxa: esta é uma investigação positiva, logo uma questão para a ciência econômica. Outra questão diz respeito ao que seja uma taxa de juros justa (aquela que reflete o custo de oportunidade? Ou será que certas pessoas deveriam poder pagar juros inferiores por critérios de justiça distributiva? Etc.). Esta questão não é científica, mas diz respeito ao que Neville Keynes chamou de “ética

‘art’ of economics — which should be added to the two standard ones (positive and normative economics)”.

⁹⁹ É por isso, aliás, que faz sentido pensar na análise jurídica como tendo — para além da discussão exclusivamente descritiva ou prescritiva — também uma dimensão avaliativa. Sobre o tema, ver BLACKBURN, Pierre. *Logique de l’argumentation*. 2. ed. Saint-Laurent: ERPI, 1994. p. 77-79.

¹⁰⁰ Apud WEBER, Max. A ciência como vocação. In: _____. *Três tipos de poder e outros escritos*. Lisboa: Tribuna da História, 2005. P. 18. Disponível em: <www.lusosofia.net>.

¹⁰¹ Keynes, *The scope and method of political economy*, op. cit., p. 21.

da economia política”.¹⁰² Um terceiro problema, distinto dos dois anteriores, é o debate aplicado (em vez de apenas teórico) sobre se o Estado deve interferir sobre acordos privados acerca do pagamento de juros, e, em caso positivo, que meios deve empregar para que o objetivo ético desejado possa ser atingido, pelo menos aproximadamente.¹⁰³ A formulação de preceitos econômicos (*economic precepts*) desse tipo é objeto da “arte da economia política”.

É possível dar ainda mais concretude a tais ideias ilustrando-as com um exemplo familiar. Consideremos as crises econômicas do mundo em desenvolvimento das décadas de 1980 e 1990. Um diagnóstico *científico* foi o de que os países em crise haviam sido excessivamente protecionistas e seus governos demasiadamente interventores e perdulários (evidentemente, havia diagnósticos *científicos* bastante distintos, até mesmo opostos, como é comum nas ciências sociais). Um problema ético imbricado com este diagnóstico era se os apertos fiscais alegadamente necessários para melhorar a condição econômica desses países seriam justos com suas populações pobres. Um terceiro problema — nem científico nem ético, mas apenas aplicado — era encontrar a doutrina econômica própria para lidar com as crises econômicas. Como se sabe, uma das doutrinas econômicas mais influentes no período — composta por 10 mandamentos claros e inteligíveis chamados de “Williamson’s Ten Points”¹⁰⁴ — foi aquela apelidada de “Consenso de Washington”.

De fato, as doutrinas econômicas receberam, ao longo dos séculos, apelidos não menos curiosos do que muitas doutrinas jurídicas muito comuns até hoje. Um exemplo emblemático pode ser encontrado na conhecida doutrina do *laissez-*

¹⁰² Ibid., p. 22.

¹⁰³ Ibid., p. 22, 32-33.

¹⁰⁴ WILLIAMSON, John. What Washington means by policy reform. In: ____ (Ed.). *Latin American readjustment: how much has happened*. Washington: Institute for International Economics, 1989.

faire, laissez-passer, ainda cunhada pelos fisiocratas franceses. Embora menos em voga em tempos recentes, acostumamo-nos aqui a ouvir falar da “industrialização por substituição de importações”, popularíssima no Brasil após a Segunda Guerra Mundial, e de seu desdobramento após a crise econômica de fins da década de 1970 — “exportar é o que importa”. Outras doutrinas econômicas entraram para a história com termos mais técnicos, como o *mercantilismo*, o *socialismo*, o *desenvolvimentismo*, e assim por diante. Cada um desses pensares econômicos continha um diagnóstico que se propunha científico, uma filosofia ética e um conjunto de proposições de caráter prático, do tipo regras de bolso, que compunham sua *doutrina*.

E anote-se: essas proposições práticas — por exemplo, no caso de Consenso de Washington, privatizar, proteger direitos de propriedade, adotar o câmbio flutuante, redirecionar o gasto público para os setores de saúde e educação etc. — jamais resultaram, nem poderiam ter resultado, de um juízo puramente científico. Ao contrário, traduziam uma composição pragmática entre visões sobre o funcionamento do mundo (daí a inspiração científica), considerações de natureza ética (daí as preocupações com a justiça) e conveniência sociopolítica (como sói ser no campo da política pública).

Dissemos tudo isso principalmente para mostrar que a economia, “rainha das ciências sociais”,¹⁰⁵ possui doutrina não científica — e acrescentamos: possui doutrina não científica da mesmíssima forma que o direito. Os motivos pelos quais a economia necessita, ela também, de doutrina não científica, agora já é possível explicar, se relacionam a cada uma das três dimensões do pensar em economia, como segue.

Primeiro, a economia, na sua vertente científica, ainda está em situação de *atraso relativo* ante as ciências ditas *duras*.

¹⁰⁵ Tal expressão, que é de uso corrente, refere-se ao fato de a produção acadêmica em economia ter, ao longo do século XX, emulado o método das ciências “duras” em um maior grau do que qualquer outra ciência social.

Dito de forma simples, ainda estamos bastante longe de termos modelos econômicos preditivos confiáveis.¹⁰⁶ Isto vale tanto para os modelos relacionados diretamente ao objeto básico da economia — produção, distribuição e consumo de bens e serviços — quanto para os modelos econômicos que se valem da *rational choice* (ou teoria da escolha pública) aplicada a variáveis institucionais.

Os motivos para tanto são diversos. Dizem respeito, ao menos em parte, à existência de instituições informais (como normas sociais de comportamento, códigos de conduta, convenções, valores, crenças, tabus, costumes, religiões etc.) cujo funcionamento não é ainda plenamente compreendido. É por isso que, como explica Douglass North, a elaboração de uma teoria das instituições requereria uma teoria sobre a formação das crenças humanas.¹⁰⁷ O problema, contudo, é que a humanidade ainda não possui uma boa teoria das crenças humanas. Assim, teorias sobre incentivos e consequências continuarão sendo na melhor das hipóteses aproximações. Na física e nas demais ciências *hard*, os modelos são igualmente aproximações, mas contam com a significativa vantagem dos *experimentos*, os quais tendem a ser impraticáveis (ou pouco representativos) no caso das ciências sociais. Se as aproximações da ciência econômica são, em termos do seu poder preditivo, equiparáveis aos modelos da física, é objeto de discussão, mas não nos parece ser o caso.

Segundo, ainda que se tivesse uma ciência dos meios adequada — isto é, ainda que fosse possível modelar adequadamente as coisas do mundo econômico e, portanto, saber como de fato o mundo é —, nada saberíamos sobre como o mundo deveria ser. Na proposição clássica de Hume, de um “*is*”

¹⁰⁶ Piada: a economia é uma ciência parecida com a cartomancia, apenas um pouco menos precisa.

¹⁰⁷ Cf. examinado SALAMA, Bruno Meyerhof. Sete enigmas do desenvolvimento em Douglass North. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMOULIS, Dimitri. *Desenvolvimento e Estado de direito*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 55-56.

nunca se pode derivar um “*ought to*”.¹⁰⁸ Ora, o universo da pesquisa empírica é o da tentativa de descrição *de como o mundo é*; mas o universo do direito trata de *como o mundo deveria ser*. E assim já se vê que, mesmo que se formule — cientificamente — uma proposição sobre o funcionamento do mundo, só por uma perversão da lógica se poderia desde logo dizer algo sobre como o mundo deveria ser.

Aqui o percurso intelectual de Richard Posner, arauto da *Law & Economics*, é emblemático.¹⁰⁹ No início da década de 1980, Posner escreveu um livro — provavelmente seu pior livro — cujo título não deixa dúvidas: *A economia da justiça* (*The economics of justice*).¹¹⁰ A tese do livro era a de que a eficiência deveria ser um horizonte ético adequado para o direito e a prática institucional de um modo geral. Verdade que Posner ressaltou que tal tese somente faria sentido prático no contexto norte-americano, mas ainda assim de toda parte vieram ataques à tese. Foram precisos 10 anos de intenso debate com diversos adversários para que Posner finalmente reconhecesse seu erro, o que foi feito em *Problemas de filosofia do direito* (*The problems of jurisprudence*, de 1990).¹¹¹ Os contornos deste debate importam menos, sua implicação é o que realmente interessa: não há, nem jamais poderia haver, razão científica para justificar a eficiência como um ideal superior aos demais.

Terceiro, nenhuma posição prática pode ser justificada cientificamente, e as razões para tanto são profundas e variadas. Duas delas já foram vistas: o mundo em que impera a es-

¹⁰⁸ Cf. Ver Hume, *Tratado da natureza humana*, op. cit. Ver também SEARLE, John R. How to derive “ought” from “is”. *The Philosophical Review*, v. 73, n. 1, p. 43-58, 1964.

¹⁰⁹ Para um exame desta trajetória, ver SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. In: Lima (Coord.), *Trinta anos de Brasil*, op. cit.

¹¹⁰ POSNER, Richard. *A economia da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

¹¹¹ POSNER, Richard. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

perança (e talvez a crença) na ciência é também o mundo da perda das ilusões em uma ordem teleológica simplesmente dada e cujos fins estão fora de questão. Nas palavras de Weber, este é o mundo do “desencantamento”, porquanto “as diferentes ordens de valores do mundo estão entre si numa luta sem solução possível”.¹¹² A outra razão é justamente a incapacidade da ciência social de permitir que possamos abandonar o fardo das nossas ideologias, substituindo-o por uma bem mais elegante atividade de processamento de dados. E isto não é tudo porque, para além dos problemas de valores e cálculo, há também a política, isto é, o jogo de interesses.

Todo o quadro acima nos conduz ao problema da radical incerteza sobre o mundo, e assim já é mais fácil entender por que há hoje, e sempre haverá, demanda por doutrinas não científicas. Um cientista, seja ele de que tipo for, pode se dar ao luxo de produzir conhecimento sem nenhuma aplicação prática imediata. (Se a física teórica tivesse de manter relevância prática a cada avanço, os conhecidos experimentos mentais de Einstein seriam pura perda de tempo!) O pensar teórico em direito, contudo, tem a particularidade de ter por objetivo a lei — e a lei há de ser aplicada.

Retomamos, então, o que dissemos anteriormente. Historicamente, reservou-se ao direito o papel de manter a ordem. Nos últimos séculos, em muitos lugares, inclusive no Brasil, agregou-se também um caráter progressivista, isto é: a função não apenas de manter a ordem, mas também de impulsionar a melhora, a mudança, o desenvolvimento, o avanço. O novo contexto exige do jurista um *pensar para frente*, uma visão prospectiva sobre o incentivo e sobre a pertinência entre meio e fim.

O juiz tem o imperativo de decidir o caso concreto. Ele deve agir com prudência e deve sopesar os valores envolvidos. E, de mais a mais, o juiz não está de modo algum livre para

¹¹² Weber, A ciência como vocação, op. cit., p. 23-24.

substituir as ideias da comunidade pelas suas próprias.¹¹³ Por isso, no contexto de Estado atual, ao interpretar e aplicar a lei, é necessário sopesar as prováveis consequências das diversas interpretações que o texto permite — daí o *input* do pensar científico, mas isto não é tudo. É preciso atentar também para a importância de se defender os valores democráticos, a Constituição, a linguagem jurídica como um meio de comunicação efetiva e a relativa separação de poderes. O decisor é assim, sempre e inevitavelmente, um artista, jamais um cientista. E a doutrina não científica continuará sendo, por muito tempo, e talvez até o fim dos tempos, uma ferramenta das mais convenientes para este decisor. Seu referencial não é a verdade, mas sim a clareza, a persuasão, a significância e a aplicabilidade.

V. CONCLUSÃO

No Brasil, há sinais de transformação no método e estilo da produção jurídica. Embora esta pesquisa “cientificizada” em direito siga pontualmente cânones gestados no exterior — e nem sempre o seu conteúdo seja útil, idôneo ou rigoroso —, seria impróprio pensar que estas seriam simplesmente novas “ideias fora do lugar”.¹¹⁴ Muito ao contrário, a empiria e a aproximação com outras ciências revela particularidades e circunstâncias próprias do atual estágio do direito brasileiro.

É comum imaginar-se que evoluções deste tipo decorram apenas de desenvolvimentos internos à academia, mas não parece ser este o caso. Para ficarmos com uma metáfora cara aos economistas, aqui defendemos que a mudança no padrão de reflexão jurídica está ligada menos a fatores de “oferta” (notadamente, a competição entre os “produtores” de análise jurídica que buscam sofisticar suas análises de modo a torná-las mais aceitas ou influentes) e mais a fatores de “demanda” (em parti-

¹¹³ Conforme analisado em SALAMA, *O fim da responsabilidade limitada*, op. cit.

¹¹⁴ Schwarz (Org.), *Ao vencedor as batatas*, op. cit., nota 12.

cular, padrões ideológicos, políticos e jurídicos que geram “consumidores” interessados por análise jurídica com viés consequencialista).

Essa discussão tem paralelos com outros ramos do saber. Por exemplo, os teóricos explicam a inovação a partir de duas teorias rivais: para os adeptos do *technological-push*, a inovação gera sua própria demanda;¹¹⁵ já para os adeptos do *demand-pull*,¹¹⁶ é a demanda do mercado que determina a direção da inovação. Também na macroeconomia se põe dilema parecido: para engendrar o crescimento econômico a melhor tática é reduzir as barreiras à produção, ou incentivar o consumo? Também assim se dá com a importação do método das ciências sociais para a produção acadêmica em direito.

Este texto buscou mostrar que, para além dos fatores de oferta, que se põe no plano da competição entre acadêmicos, há também importantes fatores de demanda: em primeiro lugar, o triunfo do progressivismo na política (e, logo, o advento do Estado regulatório); em segundo lugar, o deslocamento do Poder Judiciário para o centro do arranjo político no modelo de Estado de diversos países; e, em terceiro lugar, a modificação na técnica jurídica com a crescente utilização de princípios jurídicos em vez de regras jurídicas.

Adiante, no entanto, pusemo-nos a pensar sobre os limites do método científico no direito. Ali tomamos a comparação entre a economia — aquela que se pretende a mais científica das ciências sociais — e mostramos que tanto na economia, quanto no direito há uma grande demanda por doutrina como não ciência. Os economistas que não atentam para este fato parecem atuar como o proverbial “jovem” na carta de Hélio

¹¹⁵ FREEMAN, C. *The economics of industrial innovation*. Penguin: Harmondsworth, 1974.

¹¹⁶ DOSI, G. Technological paradigms and technological trajectories: a suggested interpretation of the determinants and directions at technical change. *Research Policy*, v. 11, n. 3, p. 147-162, June 1982.

- reito moldado pela insegurança? *Revista Direito GV*, 2012 (no prelo).
- ARIDA, Pérsio. A história do pensamento econômico como teoria e retórica. In: REGO, José Marcio. *Retórica na economia*. São Paulo: Editora 34, 1996.
- ÁVILA, Humberto. Notas sobre o papel da doutrina na interpretação. In: INSTITUTO DE ESTUDOS CULTURALISTAS (ed.). *Cadernos para Debates n. 4: Conversa sobre a Interpretação no Direito (Estudos em Homenagem a Miguel Reale)*. Canela, 2011.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BERMAN, Harold J. The origins of Western legal science. *Harvard Law Review*, n. 90, p. 894-943, 1977.
- BLACKBURN, Pierre. *Logique de l'argumentation*. 2. ed. Saint-Laurent: ERPI, 1994.
- CALABRESI, Guido. Two functions of formalism: in memory of Guido Tedeschi. *University of Chicago Law Review*, v. 67, 2000.
- COLLIER, Charles W. The use and abuse of humanistic theory in law: reexamining the assumptions of interdisciplinary legal scholarship. *Duke Law Journal*, n. 41, 1991.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989.
- COOTER, Robert. Maturing into normal science: the effect of empirical legal studies on law and economics. *University of Illinois Law Review*, n. 5, 2011.
- DJANKOV, S.; LA PORTA, R.; LOPEZ-DE-SILANEZ, F.; SHLEIFER, A. The law and economics of self-dealing. *Journal of Financial Economics*, n. 88, 2008.
- DOSI, G. Technological paradigms and technological trajectories: a suggested interpretation of the determinants and directions at technical change. *Research Policy*, v. 11,

- n. 3, p. 147-162, Jun. 1982.
- DWORKIN, Ronald. In praise of theory. *Arizona State Law Journal*, v. 29, 1997.
- EDWARDS, Harry T. The growing disjunction between legal education and the legal profession. *Michigan Law Review*, n. 91, 1992.
- ELICKSON, Robert C. Of Coase and cattle: dispute resolution among neighbors in Shasta Count. *Stanford Law Review*, n. 38, 1986.
- ENGISCH, Karl. *Einführung in das juristische Denken*. Stuttgart, 1956.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 1980.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 6ª ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2010.
- FREEMAN, C. *The economics of industrial innovation*. Penguin: Harmondsworth, 1974.
- GALANTER, Marc; EDWARDS, Mark Alan. Law and society & law and economics: common ground, irreconcilable differences, new directions: introduction: the path of the law ands. *Wisconsin Law Review*, n. 1997, v.3, 1997.
- GAROUPA, Nuno; ULEN, Thomas S. The market for legal innovation: law and economics in Europe and the United States. *Alabama Law Review*, n. 59, 2008.
- GERADIN, Damien; PEREIRA NETO, Caio Mario. *From “per se” to “effects-based” analysis of vertical restraints adopted by dominant firms: the examples of EU and Brazilian competition law (working paper não publicado, 2012)*.
- GORDLEY, James. The State’s private law and legal academia. *American Journal of Comparative Law*, n. 56, 2008.
- GORGA, Érica. Changing the paradigm of stock ownership from concentrated towards dispersed ownership? Evidence from Brazil and consequences for emerging

- countries. *Northwestern Journal of International Law and Business*, n. 29, 2008.
- GOUVÊA, Carlos Portugal. Democracia material e direitos humanos. In: AMARAL JR., Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra. *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- GOUVÊA, Carlos Portugal. Derechos sociales en contra de los pobres. In: *El constitucionalismo en transición*. Buenos Aires: Libreria, 2012.
- GRECHENIG, Kristoffel; GELTER, Martin. A divergência transatlântica no pensamento jurídico: o direito e economia norte-americano vs. o doutrinalismo alemão. In: SALAMA, Bruno M. (Org.). *Direito e economia: textos selecionados*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GUILHERMO, Laarni Escresa; GAROUPA, Nuno. The role of the Supreme Court in unstable democracies: the case of the Philippine Supreme Court, an empirical analysis 1986-2010. *Asian Journal of Law and Economics*, v. 3, n. 1, Apr. 2012.
- HOLMES JR., Oliver Wendell. The path of the law. *Harvard Law Review*, n. 10, 1897.
- HUME, David. *Tratado da natureza humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais*. Trad. Deborah Danowski. São Paulo: Imprensa Oficial; Unesp, 2001. livro III, parte I, seção I.
- JESTAZ, Philippe; JAMIN, Christophe. *La doctrine*. Paris: Dalloz, 2004.
- KANT, Immanuel. *A paz perpétua. Um projeto filosófico*. Textos Clássicos de Filosofia: Covilhã, 2008. Disponível em: <www.lusosofia.net>. Acesso em: 18 out. 2012
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- KELSEN, Hans. *Verfassungs-und Verwaltungsgerichtsbarkeit*

- im Dienste des Bundesstates*. Trad. port. de Alexandre Krug. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KEYNES, John Neville. *The scope and method of political economy*. Londres: Macmillan, 1891.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Raciocínio jurídico e economia. *Revista de Direito Público da Economia*, n. 8, p. 137-170, 2004.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Regla y compás, o metodologia para un trabajo jurídico sensato. In: COURTIS, Christian (Ed.). *Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madri: Editorial Estrata, 2006.
- MACCORMICK, Neil. On legal decisions and their consequences: from Dewey to Dworkin. *New York University Law Review*, v. 58, n. 2, 1983.
- MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Posner e a análise econômica do direito: da rigidez neoclássica ao pragmatismo frouxo. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Coord.). *Trinta anos de Brasil: diálogos entre direito e economia*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MACHADO, Maira R. Pesquisa em debate: a aplicação da lei de crimes financeiros nos tribunais brasileiros. *Cadernos Direito GV*, v. 33, p. 1-226, 2010
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: Sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999.
- MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MCCLOSKEY, D. N. *The rhetoric of economics*. Madison: University of Wisconsin Press, 1998.
- MIRANDA, Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil bra-*

- sileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo I. Atualização: MARTINS-COSTA, Judith; HAICAL, Gustavo; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. São Paulo: RT, 2012.
- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil. *Cadernos Direito GV*, n. 1, 2004. p. 4-5. Disponível em: <www.cebrap.org.br/v2/files/upload/biblioteca_virtual/NOBRE_Apontamentos%20sobre-%20a%20Pesquisa%20em%20Direito%20no%20Brasil.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2012.
- PISCITELLI, Tathiane dos Santos. *Argumentando pelas consequências no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2011.
- POSNER, Richard. The decline of law as an autonomous discipline: 1962-1987. *Harvard Law Review*, n. 4, v. 100, p. 761-780, 1987
- POSNER, Richard A. Legal scholarship today. *Harvard Law Review*, n. 115, 2002; RUBIN, Edward L. On beyond truth: a theory for evaluating legal scholarship. *California Law Review*, n. 80, 1992
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2001.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Pesquisa empírica e estado de direito: a dogmática jurídica como controle do poder soberano*. Disponível em: <www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/teoria_do_direito_jose_rodrigo_rodriguez.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2012
- RODRIGUEZ, Jose R. The persistence of formalism: towards a situated critique beyond the classic separation of pow-

- ers. *The Law and Development Review*, v. 3, n. 2, p. 41-77, May 2010
- RODRIGUEZ JUNIOR, Otavio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). *Revista dos Tribunais*, v. 891, p. 65-106, jan. 2010.
- PARGENDLER, Mariana. *A evolução do direito societário: lições do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013 (no prelo).
- PARGENDLER, Mariana. Politics in the origins: the making of corporate law in nineteenth-century Brazil. *American Journal of Comparative Law*, v. 60, n. 3, p. 806-850, 2012.
- PRADO, Viviane Muller; ROSSI, Maria Cecilia; SILVEIRA, Alexandre Di Miceli; PEREIRA, Thomas Henrique Junqueira de Andrade; MARTINS, Leandro. Decisões da CVM em matéria societária no período de 2000 a 2006. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Doutrinas essenciais: direito empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. III.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Henrique Cahem Editor, 1947. v. IV.
- POSNER, Richard. *A economia da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- POSNER, Richard. *Law, pragmatism and democracy*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2003.
- POSNER, Richard A. *Overcoming law*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1995.
- POSNER, Richard. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- PÜSCHEL, Flávia Portella et al. *A quantificação do dano moral no Brasil: justiça, segurança e eficiência*. 2011.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. In: LIMA, Ma-

- ria Lúcia L. M. Pádua (Coord.). *Trinta anos de Brasil: diálogos entre direito e economia*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. *O fim da responsabilidade limitada: história, direito e economia*. 2013. No prelo (ainda inédito).
- SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? *Caderno Direito GV*, n. 22, mar. 2008.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. Sete enigmas do desenvolvimento em Douglass North. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMOULIS, Dimitri. *Desenvolvimento e Estado de direito*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. Sobre a proibição de drogas e a ideologia conservadora. *Revista Discente Direito GV*, 2013, no prelo.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. Vetores da jurisprudência na interpretação dos contratos bancários no Brasil. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n. 57, jul./set. 2012
- SALAMA, Bruno Meyerhof. The art of law & macroeconomics. *University of Pittsburgh Law Review*, n. 2, v. 74, 2012 (no prelo). Disponível em: <www.works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/70>.
- SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. Análise de Impacto Regulatório: uma abordagem exploratória. *IPEA: Texto para Discussão n. 1463*, 2010.
- SCHUARTZ, Luis Fernando. *Norma, contingência e racionalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- SCHWARZ, Roberto (Org.). *Ao vencedor as batatas*. São Paulo: Duas Cidades, 1992.
- SEARLE, John R. How to derive “ought” from “is”. *The Philosophical Review*, v. 73, n. 1, p. 43-58, 1964.

- SPECTOR, Horacio. The future of legal science in civil law jurisdictions. *Louisiana Law Review*, n. 65, 2005.
- ULEN, Thomas. A Nobel Prize in legal science? Theory, empirical work, and the scientific method in the study of law. *University of Illinois Law Review*, n. 4, p. 875-920, 2002.
- UNGER, Roberto. *Passion*. Nova Iorque: The Free Press, 1984.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, n. 8, p. 441-463, 2008.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal: o novo Poder Moderador. In: MOTA, Carlos Guilherme Mota; SALINAS, Natasha S. C. *Os juristas na formação do Estado-nação brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- WEBER, Max. A ciência como vocação. In: _____. *Três tipos de poder e outros escritos*. Lisboa: Tribuna da História, 2005. Disponível em: <www.lusosofia.net>.
- WEINSTEIN, Mark. Share price changes and the arrival of limited liability in California. *Journal of Legal Studies*, v. 32, n. 1, p. 1-25, 2003.
- WILLIAMSON, John. What Washington means by policy reform. In: _____. (Ed.). *Latin American readjustment: how much has happened*. Washington: Institute for International Economics, 1989.