

COMO AVALIAR A PESQUISA DOUTRINÁRIA EM DIREITO

Sergio Tuthill Stanicia¹

Resumo: O artigo parte do pressuposto que o direito pode ser estudado de diferentes maneiras, e diferencia dois modelos de pesquisa jurídica, com objetivos e métodos distintos: a pesquisa empírica e a pesquisa doutrinária em direito. Após avaliar críticas internas e externas à literatura jurídica de um modo geral, o trabalho mostra que ao menos parte dessas críticas decorre de uma incompreensão sobre o que constitui a pesquisa doutrinária, e sua localização epistêmica no ponto de vista interno ao direito. Disso resulta que os critérios preconizados para avaliar pesquisas empíricas em direito e pesquisas científicas em outras áreas são insuficientes para avaliar a pesquisa doutrinária. O artigo propõe que a maneira mais correta de entender esse modelo de pesquisa seja a partir da proximidade entre os discursos da doutrina e dos profissionais do direito, e aponta para novas possibilidades de estudo metodológico acerca da pesquisa doutrinária a partir das teorias da argumentação jurídica. Trata-se de pesquisa teórica, que se insere no âmbito da metodologia jurídica e da teoria do direito.

Palavras-Chave: Doutrina jurídica; Metodologia jurídica; Argumentação jurídica; Ponto de vista interno; Pesquisa empírica.

HOW TO EVALUATE DOCTRINAL LEGAL SCHOLARSHIP

Abstract: The article assumes that the law can be studied in different ways, and differentiates two models of legal research,

¹ Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP).

with different objectives and methods: empirical research and doctrinal research in law. After evaluating internal and external criticism of legal literature in general, the work shows that at least part of these stems from a misunderstanding about what constitutes doctrinal research, and its epistemic location in the internal point of view. As a result, the criteria recommended for evaluating empirical research in law and scientific research in other areas are insufficient to evaluate doctrinal research. The article proposes that the most correct way to understand this research model is from the proximity between the discourses of doctrine and legal professionals, pointing to new possibilities for methodological studies of doctrinal research based on theories of legal reasoning. This research is theoretical and falls within the scope of legal methodology and legal theory.

Keywords: Legal doctrine; Legal methodology; Legal reasoning; Internal perspective; Empirical research.

Sumário: Introdução. 1 Diferentes maneiras de estudar o direito. 1.1 Pesquisa empírica em direito. 1.2 Pesquisa doutrinária em direito. 2 Críticas internas e externas à literatura jurídica. 2.1 Principais temas das críticas externas. 3 Doutrina jurídica e ponto de vista interno. 4 Avaliação das críticas externas à pesquisa doutrinária. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO



om a pandemia da Covid-19, a ciência ganhou a ordem do dia. Todos os veículos de imprensa passaram a dedicar longos trechos do noticiário para divulgar, além da situação epidêmica, os resultados de estudos científicos mais recentes sobre a pandemia e as vacinas. Pesquisadoras e pesquisadores das áreas da saúde passaram a dar entrevistas diárias nos principais jornais

televisivos, a publicar artigos de divulgação nos veículos impressos, e seus nomes se tornaram conhecidos do grande público. Assim, termos como duplo cego randomizado, revisão por pares e desvio-padrão passaram a integrar o vocabulário da população. A transmissão, ao vivo, das reuniões da diretoria colegiada da Anvisa sobre a aprovação de vacinas, e da Comissão Parlamentar de Inquérito que investigou as graves omissões do Governo Federal no combate à pandemia fizeram com que a discussão sobre a ciência entrasse, literalmente, na casa do brasileiro comum. E o que isso tem a ver com o direito? A recente difusão da discussão sobre o que é científico e o que não é renova o interesse por uma discussão não tão recente no campo da metodologia do direito. A literatura jurídica é científica, e, portanto, deve ser avaliada segundo os parâmetros da “ciência”? Tratar dessa pergunta pressupõe outra, logicamente antecedente: existe apenas uma modalidade de se fazer pesquisa em direito?

Neste artigo, procedo da seguinte forma. Primeiro, aponto que o direito pode ser estudado de diferentes modos, e destaco duas modalidades de pesquisa em direito: a pesquisa empírica em direito, e a pesquisa doutrinária em direito. Em seguida, analiso críticas metodológicas comumente feitas à literatura jurídica de um modo geral. Separando o que chamo de críticas internas das críticas externas, aponto que estas últimas são as que se concentram em apontar deficiências nos métodos de pesquisa, o que, no limite, levaria ao diagnóstico de defeito ou carência metodológica na pesquisa jurídica, por inadequação aos métodos amplamente aceitos na comunidade científica para chegar a resultados confiáveis. Terceiro, situo a pesquisa doutrinária em direito no ponto de vista interno, ideia desenvolvida por Herbert L. A. Hart². Quarto, avalio as críticas que chamo de externas, à luz das peculiaridades da pesquisa doutrinária em direito. Segue-se a conclusão, na qual proponho o caminho que creio ser o mais adequado para avaliar metodologicamente a pesquisa

² HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

doutrinária.

1 DIFERENTES MANEIRAS DE ESTUDAR O DIREITO

Há diferentes maneiras de estudar o direito. Jan M. Smits faz uma tipologia da ciência jurídica, na qual aponta que o teórico do direito pode adotar quatro perspectivas, consistentes em: (a) descrever o direito positivo à luz de alguma concepção de sistema, (b) enfrentar as questões normativas a respeito de como o direito deva ser lido, (c) estudar as consequências da aplicação de certas regras, ou o efeito das instituições jurídicas na sociedade, e d) uma perspectiva mais propriamente filosófica, sobre o que é o direito, sua legitimidade política e moral, e sua relação com outros sistemas normativos³. Osny da Silva Filho aponta três gêneros literários de obras jurídicas: a doutrina, a empiria e a teoria⁴. Neste artigo, trato especificamente da pesquisa doutrinária em direito, que corresponde às perspectivas (a) e (b) de Smits, e da pesquisa empírica em direito, que corresponde à perspectiva (c). Isso se justifica porque creio que certas críticas à literatura jurídica, que chamo de críticas externas (ver 2, abaixo), não levam em conta a diversidade nas formas de se estudar o direito. Tendem, assim, a avaliar todo tipo de pesquisa jurídica a partir de critérios semelhantes, que são “emprestados” de outras ciências sociais. O ponto que pretendo desenvolver é que fazer pesquisa doutrinária em direito é completamente diferente de fazer pesquisa empírica em direito, de modo que os critérios avaliativos devam ser outros. Passo, assim, a tratar primeiro da pesquisa empírica, e, em seguida, da pesquisa doutrinária.

1.1 PESQUISA EMPÍRICA EM DIREITO

³ SMITS, Jan M. *The Mind and Method of the Legal Academic*. Cheltenham, UK; Northampton, MA: Edward Elgar, 2012, p. 9.

⁴ SILVA FILHO, Osny da. *Fundamentos do direito contratual: doutrina, teoria e empiria*. São Paulo: Almedina, 2022.

A empiria diz respeito ao estudo do funcionamento das instituições jurídicas e do impacto do direito no mundo real. Pesquisas empíricas em direito são as que melhor se amoldam a um conceito mais estrito de ciência (ver 4, abaixo), ou “ciência social aplicada”, visto que visam a coletar dados baseados em observação ou experiência, e a traçar inferências com o objetivo de melhor aprender sobre a realidade. Os dados coletados podem ser quantitativos (numéricos) ou qualitativos (não-numéricos), e podem ser utilizados os mais variados métodos de pesquisa referendados pela comunidade científica⁵. Do ponto de vista metodológico, a empiria é o tipo de pesquisa que melhor ganha ao dialogar com e incorporar os métodos utilizados pelas outras ciências sociais. São inúmeras as perspectivas interdisciplinares e metodológicas que podem ser adotadas, e os diálogos com outras disciplinas, como economia, psicologia experimental, neurociência, sociologia, ciência política ou antropologia, para citar alguns exemplos, são fundamentais. O que há de comum entre estudos nessas disciplinas e pesquisas empíricas em direito é a ideia de que o impacto do direito no mundo seja um fenômeno verificável (ou até mesmo falseável, se adotado o sentido popperiano do termo). Nas últimas décadas, as ciências econômicas, em especial, vêm desenvolvendo métodos cada vez mais precisos para prever o comportamento humano, reconhecendo que as ações do ser humano (e, conseqüentemente, os modelos a serem utilizados) são muito mais complexas do que o protótipo do “agente racional”⁶. Ademais, foram sendo desenvolvidos métodos cada vez mais precisos para realizar “experimentos naturais”, o que produziu verdadeira revolução metodológica na

⁵ EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência*. São Paulo: Direito GV, 2013.

⁶ HORTA, Ricardo de Lins e; COSTA, Alexandre Araújo. Das teorias da interpretação à teoria da decisão: por uma perspectiva realista sobre as influências e constrangimentos sobre a atividade judicial. *Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)*, v. 15, n. 20, p. 271–297, 2017.

maneira de realizar pesquisas empíricas em ciências sociais nos últimos trinta anos⁷. E todo esse aparato pode nos auxiliar a examinar como as normas e as instituições jurídicas impactam o mundo.

É preciso, no entanto, reconhecer, seguindo Smits⁸, que a empiria é apenas uma maneira de se estudar o direito, que se preocupa mais com o que o direito “faz” do que com o que o direito “diz”. Busca-se, assim, investigar o que funciona e o que não funciona, e não responder à pergunta normativa sobre o que é permitido, proibido ou obrigatório. Nesse sentido, a centralidade das pesquisas empíricas em direito não está na deliberação a partir da norma, mas nas consequências de sua adoção e aplicação, isto é, no efeito do direito na sociedade. O calcanhar-de-aquiles da pesquisa empírica em direito, portanto, está justamente na sua premissa de que o direito possa ser testado, traduzindo em uma tensão difícil de reconciliar com o modelo doutrinário, que será visto a seguir, no qual, em princípio, o “teste” pertinente é se determinada regra se encaixa um não em certo sistema coerente. E esse não é um teste empírico, pois não pode ser extraído da simples observação ou experimentação. E isso se dá porque não é clara a relação entre o que funciona e o que não funciona e o que deve ser lido como o direito⁹. Ainda que se preconize um consequentialismo jurídico extremado, e que haja consenso científico absoluto sobre o que “funciona”, esbarra-se no fato de que a leitura sobre o que, em tese, “funciona”, seja mera recomendação sobre como o direito deva ser lido, não se

⁷ THE ROYAL SWEDISH ACADEMY OF SCIENCES, Answering Causal Questions Using Observational Data, *Scientific Background on the Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 2021*, Disponível em: <<https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2021/press-release/>>. Acesso em: 13 dez. 2021.

⁸ SMITS, Jan M. *The Mind and Method of the Legal Academic*. Cheltenham, UK; Northampton, MA: Edward Elgar, 2012.

⁹ SMITS, Jan M. *The Mind and Method of the Legal Academic*. Cheltenham, UK; Northampton, MA: Edward Elgar, 2012, p. 29.

traduzindo na decisão judicial de fato¹⁰. O juiz tem autoridade para decidir ou não conforme a recomendação que se pretenda “científica”, e vale o alerta de que bons juristas possam ser pessimistas economistas ou sociólogos¹¹.

1.2 PESQUISA DOUTRINÁRIA EM DIREITO

Diferentemente da pesquisa empírica em direito, cuja centralidade está no que o direito “faz”, e no que “funciona” ou “não funciona”, a pesquisa doutrinária em direito se preocupa principalmente com o que o direito “diz”, e com o que é proibido, permitido ou obrigatório. Abrange, como dito anteriormente, a descrição do direito positivo à luz de alguma concepção de sistema, as questões normativas a respeito de como o direito deva ser lido e o desenvolvimento e avaliação dos conceitos jurídicos. Nesse sentido, o que chamamos de pesquisa doutrinária em direito é necessariamente uma pesquisa dogmática¹². O jurista toma a norma jurídica vigente como premissa incontornável, embora não incontestável. Com isso quero dizer que o jurista deva necessariamente partir da norma vigente, embora possa criticá-la e até mesmo propor alterações legislativas¹³. O que não pode, jamais, é ignorá-la.

Outra característica da pesquisa doutrinária, da qual nem sempre nos damos conta, é que ela é *sempre* normativa¹⁴. Isso

¹⁰ ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 22.

¹¹ PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e Consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. *Revista de Direito Administrativo*, v. 262, p. 95–144, 2013.

¹² FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio, *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

¹³ COURTIS, Christian. El juego de los juristas: Ensayo de caracterización de la investigación dogmática. In: COURTIS, Christian (Org.), *Observar la ley: Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Trotta, 2006.

¹⁴ SMITS, Jan M. *The Mind and Method of the Legal Academic*. Cheltenham, UK; Northampton, MA: Edward Elgar, 2012, p. 18; ver também SINGER, Joseph William. Normative Methods for Lawyers. *UCLA Law Review*, v. 56, n. 4, p. 899–982, 2009.

pode parecer contraintuitivo e até contraditório com a função mencionada há pouco como uma das principais da dogmática: a de descrever o direito vigente. Ocorre, todavia, que a doutrina é fonte, pelo menos material, do direito¹⁵. Conforme apontam Philippe Jestaz e Christophe Jamin, nos países de *civil law*, referimos à doutrina jurídica como um conjunto de obras, mas, por extensão, como um conjunto de autores, que funciona como se fosse uma “entidade”, que se “autoproclama” como autoridade¹⁶. Isso significa que o que se pretenda como mera descrição e sistematização do direito seja lido sempre como prescrição, influenciando a aplicação do direito na prática, ainda que a autora ou o autor não se deem conta disso¹⁷.

E isso vale também para os conceitos jurídicos, cuja elaboração e avaliação é uma das tarefas fundamentais da pesquisa doutrinária. Conforme aponta José Reinaldo de Lima Lopes, conceitos são ideias formadas, que se expressam verbalmente em definições, as quais podem ser léxicas ou estipulativas. Definições são léxicas quando “[se] parecem com descrições e indicam como é usada certa palavra”. Já as definições estipulativas “[se] parecem com regras, são prescritivas: delimitam como deve ser usado um termo ou como será usado o termo por certo autor em certo texto ou contexto”¹⁸. Juristas, no caso, “definem seu próprio objeto e operam com definições estipulativas”¹⁹, isto é, “[o] discurso jurídico, que incorpora a definição do direito, é

¹⁵ SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Lima: Grijley, 2019; SHECAIRA, Fábio. *Legal Scholarship as a Source of Law*. Heidelberg: Springer, 2013.

¹⁶ JESTAZ, Philippe. « Doctrine » vs sociologie. Le refus des jurists. *Droit et société*, v. 92, n. 1, p. 139–157, 2016; JESTAZ, Philippe; JAMIN, Christophe. The Entinity of French Doctrine: Some Thoughts on the Community of French Legal Writers. *Legal Studies*, v. 18, n. 4, p. 415–437, 1998.

¹⁷ SMITS, Jan M. *The Mind and Method of the Legal Academic*. Cheltenham, UK; Northampton, MA: Edward Elgar, 2012, p. 18.

¹⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. 2. ed. São Paulo: Madamu, 2021, p. 32.

¹⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. 2. ed. São Paulo: Madamu, 2021, p. 42.

constitutivo da realidade. Casamento, contrato ou república não são objetos materiais: são sentidos intersubjetivamente aceitos (neste aspecto, objetivos) de ações reais”²⁰. Essa constatação não é corriqueira. Quando lemos alguma obra de doutrina que mencione que algo é um contrato, na realidade, isso deve ser lido como: esse algo *deve ser entendido* como um contrato para efeitos da aplicação das normas jurídicas pertinentes. Estamos, *sem-pre*, no campo da normatividade.

Numa perspectiva luhmanniana, as teorias jurídicas são formas pelas quais o direito, como subsistema do sistema social, se apresenta e se interpreta, constituindo seu objeto, definindo sua unidade do sistema, estabelecendo suas fronteiras e a consistência de seus termos. Assim, as teorias jurídicas não atendem à expectativa da noção de teoria no campo científico, na medida em que são subproduto da necessidade de se chegar a decisões vinculantes, permitindo aos juristas verem sentido no que fazem²¹. Marcelo Neves, seguindo esse referencial teórico, ressalta a importância da dogmática como um “campo de saber destinado especificamente a autorreflexão do direito, no âmbito da qual, com relevância prática, procuram-se definir ‘as condições do juridicamente possível’”²². E isso tudo deve ser levado em conta seriamente quando passamos a avaliar as críticas que comumente são feitas à literatura jurídicas, porque, por vezes, se parte da constatação de defeitos metodológicos que fazem sentido em se tratando de pesquisas empíricas em direito, mas não fazem sentido em se tratando de pesquisas doutrinárias, haja vista as peculiaridades intrínsecas aqui mencionadas.

²⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. 2. ed. São Paulo: Madamu, 2021, p. 34; ver também HART, Herbert L. A. *Definition and Theory in Jurisprudence*. In: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1983.

²¹ LUHMANN, Niklas. *Law as a Social System*. Oxford ; New York: Oxford University Press, 2008.

²² NEVES, Marcelo, Pesquisa interdisciplinar no Brasil: o paradoxo da interdisciplinaridade. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 1, n. 3, p. 207–214, 2005, p. 209–10.

2 CRÍTICAS INTERNAS E EXTERNAS À LITERATURA JURÍDICA

Muitas críticas metodológicas são feitas, há muito tempo, à literatura jurídica. Podemos dividir essas críticas, de maneira esquemática e teórica, em críticas internas e críticas externas. Críticas internas são críticas quanto a certo modo de produzir literatura sobre o direito, que partem, em geral, de juristas, embora esse não seja o seu elemento definidor. Seu elemento definidor está no fato de estarem direcionadas contra certo referencial teórico predominante em seu tempo, sem deixar de reconhecer a peculiaridade do direito enquanto disciplina, e a necessidade de trabalhar para tornar a literatura jurídica mais adequada aos seus propósitos, sejam eles quais forem. Críticas externas, diferentemente, são críticas mais radicais, no sentido de preconizarem uma inadequação geral (ou até mesmo inutilidade) da literatura jurídica para atingir seus propósitos. São críticas que, no limite, deixam de reconhecer as particularidades, propondo, de um modo ou de outro, uma espécie de aplicação de critérios metodológicos derivados de outros campos do saber, que seriam mais adequados ao estudo do direito do que os critérios nele tradicionalmente estabelecidos²³.

Como dito, essa divisão entre críticas internas e externas é esquemática e teórica, não concreta e histórica, e podem ser mais corretamente vistas na forma de tipos do que de conceitos²⁴. Ou seja, se formos para as críticas que concretamente são feitas, há críticas que se aproximam mais do modelo de crítica

²³ Exemplos de críticas externas são as formuladas por DYEVRÉ, Arthur; WIJTVLIET, Wessel; LAMPACH, Nicolas. *The future of European legal scholarship: Empirical Jurisprudence*. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, v. 26, n. 3, p. 348–371, 2019; EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência*. São Paulo: Direito GV, 2013; NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil. *Cadernos Direito GV*, v. 1, 2004.

²⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 655 e seguintes.

interna, e críticas que se aproximam mais do modelo de crítica externa. Cito dois exemplos do direito brasileiro nas últimas décadas. O movimento pela constitucionalização do direito civil é uma crítica interna ao modo de fazer dogmática jurídica então prevalente, pois propõe nova metodologia (a releitura dos institutos jurídicos de direito civil à luz do texto constitucional), sem, no entanto, questionar a relevância da pesquisa doutrinária em si²⁵. Diferentemente, a crítica do cientista social Marcos Nobre, segundo a qual o mal da literatura jurídica seria a lógica do parecer, e doutrina e jurisprudência deveriam ser tomadas como objetos empíricos de investigação, é uma crítica externa, pois propõe uma substituição completa da pesquisa jurídica tradicionalmente feita por uma visão externa, se quisermos, “sociológica”²⁶.

Disse que os dois modelos de críticas que proponho são melhor vistos como tipos ideais do que conceitos, pois há casos que ficam notoriamente no limite, como as críticas dos realistas estadunidenses ao formalismo. Deixando de lado a polêmica sobre o que realmente consistiu o realismo jurídico estadunidense, e até mesmo sobre se os realistas possam ser vistos como um grupo unificado²⁷, pode-se dizer que as críticas comumente a eles atribuídas ficam no limite entre críticas internas e externas. Se pegarmos, de maneira descontextualizada, uma famosa frase do precursor dos realistas, Oliver Wendell Holmes Junior, segundo o qual o jurista do futuro seria o “homem das estatísticas e o mestre da economia”²⁸, parece se tratar, claramente, de uma crítica externa. No entanto, ao tratar do “pesadelo” realista, que consistiria no ceticismo absoluto quanto à possibilidade de

²⁵ Ver discussão em LEAL, Fernando Angelo Ribeiro. Seis objeções ao direito civil constitucional. *Direitos fundamentais e justiça*, v. 9, n. 33, p. 123–169, 2015.

²⁶ NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil. *Cadernos Direito GV*, v. 1, 2004.

²⁷ Síntese do debate em BIX, Brian. *Jurisprudence: Theory and Context*. 2. ed. London: Sweet & Maxwell, 1999.

²⁸ HOLMES, Oliver Wendell. The Path of the Law. *Harvard Law Review*, v. 110, n. 5, p. 991–1009, 1897.

encontrar racionalidade na decisão judicial, Hart, numa análise cuidadosa e clássica dos autores agrupados como realistas, conclui que nem mesmo o mais radical deles (em geral, esse “título” é atribuído a Jerome Frank) teria chegado ao ponto de afirmar que qualquer decisão judicial seja sempre um ato de vontade²⁹.

2.1 PRINCIPAIS TEMAS DAS CRÍTICAS EXTERNAS

Como dito na introdução, as críticas de que trato neste artigo são aquelas que se aproximam mais do modelo de críticas externas, ou seja, que diagnosticam uma inadequação geral da literatura produzida sobre o direito, e preconizam uma espécie de substituição dos seus métodos por aqueles empregados pela “ciência”. É preciso ressaltar que esse tipo de crítica não é recente. José Reinaldo de Lima Lopes, por exemplo, aponta que, pelo menos desde o final do século 18, o direito como disciplina encontrou dificuldade em achar seu lugar na universidade moderna. Desde então, parece que houve tentativas constantes de adequar a produção jurídica ao paradigma epistemológico predominante, por vezes por meio da mimetização daquilo entendido como científico em outras áreas no momento. Na virada do século 19 para o 20, o paradigma era o das novas ciências da sociedade, que, por sua vez, tinham como modelo as ciências naturais, como a biologia³⁰. Nas últimas décadas do século 20 e início do século 21, por sua vez, a “ciência” da vez parece ser a economia, tanto mais se incorporadas as inovações metodológicas que vêm sofisticando os modelos decorrentes do paradigma neoclássico, antes focados no agente supostamente racional.

E há uma preocupação decisiva que aparece nas críticas externas dos últimos anos: a obtenção de recursos

²⁹ HART, Herbert L. A. *American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*. In: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1983.

³⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Naturalismo jurídico no pensamento brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2014.

para a pesquisa via agências de fomento à investigação³¹. A crescente competitividade entre os departamentos e pesquisadoras pela obtenção de financiamento faz com que se privilegiem pesquisas que possam ser avaliadas de modo mais objetivo quanto aos métodos e resultados. E, nesse ponto, haveria uma tendência a privilegiar, em detrimento da tradicional pesquisa doutrinária, pesquisas empíricas em direito, em especial, aquelas cujos resultados sejam quantificáveis. Na medida em que as agências de fomento tendam a exigir que os projetos de pesquisa sejam explícitos quanto à metodologia e avaliação dos resultados, a pesquisa tradicional doutrinária fica para trás, seja porque não exista o costume de se explicitarem os métodos de maneira rigorosa³², seja porque seus métodos sejam de difícil explicitação, na medida em que não se amoldem bem aos consensos da comunidade científica sobre a avaliação das pesquisas em outras áreas.

Feita essa contextualização, faço um desdobramento do que acredito serem os três temas mais recorrentes no que chamo de críticas externas. A avaliação sobre a pertinência ou impertinência dessas críticas dependerá do tipo de pesquisa jurídica a que se refiram, se empírica ou doutrinária. A primeira crítica diz respeito justamente à ausência de explicitação dos métodos utilizados, ou à sua inadequação. Essa crítica é direcionada tanto a pesquisas empíricas quanto a pesquisas doutrinárias. Como as peculiaridades da pesquisa doutrinária serão tratadas adiante (ver 3 e 4, abaixo), cabe, neste momento, um rápido comentário

³¹ DYEVE, Arthur; WIJTVLIET, Wessel; LAMPACH, Nicolas. The future of European legal scholarship: Empirical Jurisprudence. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, v. 26, n. 3, p. 348–371, 2019; SMITS, Jan M. What Is Legal Doctrine? On The Aims and Methods of Legal-Dogmatic Research. In: VAN GESTEL, Rob; MICKLITZ, Hans-W.; RUBIN, Edward L. (orgs.). *Rethinking Legal Scholarship: A Transatlantic Dialogue*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

³² São comuns, nos projetos de pesquisa da área, o recurso a chavões ou frases de efeito, como “métodos indutivo e dedutivo”, QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *Monografia jurídica passo a passo: projeto, pesquisa, redação e formatação*. Rio de Janeiro: Método, 2015.

em relação à pesquisa empírica. Epstein e King, por exemplo, atribuem o defeito aos artigos publicados nas *law reviews* estadunidenses que explicitamente mencionem a intenção de realizar pesquisa empírica, embora, em outros trechos de seu trabalho, pareçam estender a crítica à literatura jurídica de uma maneira geral, uma vez que afirmam que quase todos os artigos jurídicos fazem afirmações “sobre o mundo” e, portanto, empíricas³³.

Cabe destacar que, no contexto estadunidense, as *law reviews* são frequentemente editadas por estudantes, e os artigos nelas publicados, em regra, não passam pelo processo de avaliação de pares³⁴. Ocorre que um problema tipicamente apontado na literatura estadunidense é que o corpo editorial desses periódicos, justamente por ser formado por estudantes de direito, não seria qualificado para avaliar os métodos empregados nas pesquisas empíricas neles publicadas, o que contribuiria para a publicação de trabalhos de baixa qualidade³⁵. O diagnóstico de Epstein e King, no entanto, já tem duas décadas³⁶, e foi objeto de críticas severas³⁷. Especificamente no Brasil, têm sido vistos trabalhos empíricos em direito cada vez mais preocupados com a explicitação dos seus métodos e com o rigor metodológico. De todo modo, não é meu objetivo neste trabalho tratar das

³³ EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência*. São Paulo: Direito GV, 2013.

³⁴ Por exemplo, POSNER, Richard A. *Law Reviews*. *Washburn Law Journal*, v. 46, p. 155–162, 2006.

³⁵ EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência*. São Paulo: Direito GV, 2013.

³⁶ Foi originalmente publicado em língua inglesa em 2002, ver EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *The Rules of Inference*. *University of Chicago Law Review*, v. 69, n. 1, 2002.

³⁷ CROSS, Frank; HEISE, Michael; SISK, Gregory C. *Above the Rules: A Response to Epstein and King*. *The University of Chicago Law Review*, v. 69, n. 1, p. 135, 2002; GOLDSMITH, Jack; VERMEULE, Adrian. *Empirical Methodology and Legal Scholarship*. *The University of Chicago Law Review*, v. 69, n. 1, p. 153–167, 2002; REVESZ, Richard L. *A Defense of Empirical Legal Scholarship*. *The University of Chicago Law Review*, v. 69, n. 1, p. 169–189, 2002; réplica em EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *A Defense of Empirical Legal Scholarship: A Reply*. *The University of Chicago Law Review*, v. 69, n. 1, p. 191–209, 2002.

eventuais críticas às pesquisas empíricas atualmente feitas, mas concentrar-me, como já mencionado, na pesquisa doutrinária.

A segunda crítica diz respeito à falta de distanciamento necessário entre o pesquisador e o objeto de estudo, um fenômeno que por vezes é designado como “lógica do parecer”. A crítica, que se direciona principalmente à pesquisa doutrinária, é no sentido de que há uma relação de contiguidade entre a academia e a prática jurídicas, em que muitas professoras de direito são também profissionais da área, como advogadas, juízas e promotoras, de modo que seja comum não haver diferenciação clara entre os papéis de acadêmica e de operadora do direito. Como consequência, muito do que seria publicado em direito seria enviesado, pois os profissionais tenderiam a publicar na área em que atuam, e, no caso de advogados, a defender, na academia, posições que tendem a coincidir com aquelas de seus clientes. A expressão “lógica do parecer” diz respeito a um fenômeno comum no Brasil: advogados que atuam como pareceristas publicam seus pareceres como artigos científicos em periódicos jurídicos³⁸. A crítica vai no sentido de que, ainda que isso seja explicitado, não há como atribuir credibilidade “científica” a esse tipo de trabalho, pois ciência pressupõe um distanciamento entre o investigador e seu objeto de estudo. Nesse tema, parece haver uma divisão entre quem rechace totalmente esse tipo de produção, e quem entenda não haver problemas, desde que os interesses envolvidos sejam explicitados³⁹. Esse aspecto será melhor desenvolvido adiante, quando trato da proximidade entre o discurso acadêmico e o discurso dos profissionais do direito (ver 4, abaixo).

³⁸ DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Dogmática “opinativa”: o exemplo da função social da propriedade. *Revista Direito GV*, v. 28, n. 3, p. 769–795, 2017; NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil. *Cadernos Direito GV*, v. 1, 2004; PINTO JÚNIOR, Mario Engler. Pesquisa jurídica no mestrado profissional. *Revista Direito GV*, v. 29, n. 1, p. 27–48, 2018.

³⁹ PINTO JÚNIOR, Mario Engler. Pesquisa jurídica no mestrado profissional. *Revista Direito GV*, v. 29, n. 1, p. 27–48, 2018.

Por fim, a terceira crítica consiste no apontamento de uma falta de rigor no tratamento de dados. Essa crítica é direcionada tanto à pesquisa empírica, por motivos semelhantes aos já tratados ao falarmos da primeira crítica, quanto à pesquisa doutrinária. Em relação a esta última, é preciso destacar que embora, como visto, a *função típica* da doutrina seja descrever, sistematizar, prescrever como o direito deve ser lido e lidar com os conceitos jurídicos, na prática, obras doutrinárias fazem recorrentemente afirmações sobre fatos do mundo, muitas vezes objeto de outras disciplinas, sem o necessário rigor, ou até conhecimento da literatura da área, constituindo verdadeira argumentação com base em senso comum. E, nesse caso, quando a doutrina exerce essa *função atípica*, as críticas apontadas são pertinentes, e cabe avaliar os argumentos utilizados pelos juristas a partir dos mesmos critérios avaliativos que devam ser empregados na empiria.

Chamo esse fenômeno de *empiria vulgar*, ou *interdisciplinaridade vulgar*. Como afirma o comparatista Richard Hyland, “[j]uristas criam para si um mundo – por vezes um mundo como gostariam que fosse e outras vezes como temem que seja – imaginam o impacto que gostariam de ter nesse mundo, e então criam, aplicam e interpretam as normas para que produzam o efeito pretendido”⁴⁰. Um exemplo ajuda a elucidar: em manuais de responsabilidade civil, é comum o diagnóstico de que haveria uma “indústria” do dano moral, em que “o aborrecimento banal ou mera sensibilidade são apresentados como dano moral, em busca de indenizações milionárias”⁴¹. Trata-se de afirmação sobre a realidade, que resvala em argumentos de economia, sociologia, antropologia ou até psicologia, mas não encontra respaldo nos dados do mundo, como já mostrou, por exemplo, pesquisa feita há algum tempo sobre o valor das indenizações aplicadas

⁴⁰ HYLAND, Richard. *Gifts: A Study in Comparative Law*. Oxford; New York: Oxford University Press, 2009, p. 102, tradução livre.

⁴¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 105.

pelo Judiciário⁴².

E esse fenômeno, no Brasil, parece ter relação com a tradição do “bacharelismo”⁴³, em que o jurista procurava demonstrar erudição falando sobre tudo, mas sem o rigor necessário e o conhecimento adequado sobre o tema tratado. Num artigo já clássico, cujo título, “Não fale do Código de Hamurabi!”, é uma sugestiva provocação, Luciano Oliveira aponta o problema das “evoluções históricas”, que além de não seguirem a metodologia apropriada (ou sequer citarem fontes e a literatura principal sobre o tema), não contribuem para responder à pergunta de pesquisa, servindo apenas para recheiar o trabalho com curiosidades, muitas vezes imprecisas⁴⁴.

Como dito anteriormente, na medida em que a pesquisa doutrinária contenha afirmações sobre o mundo que sejam objeto de estudo de outras disciplinas, é pertinente que se exija rigor na utilização dos métodos de pesquisa adequados, ou que, pelo menos, se faça uma revisão de literatura da área na qual os argumentos se insiram. Trata-se, no entanto, de função atípica da pesquisa doutrinária. No que se refere à sua função típica, aquela mais propriamente jurídico-dogmática, meu objetivo neste artigo é argumentar que os critérios de avaliação devam ser diversos, o que parte do seu reconhecimento como um tipo de obra jurídica que se insere no ponto de vista interno ao direito, o que será visto na seção seguinte.

⁴² PÜSCHEL, Flavia Portella *et al.* *A quantificação do dano moral no Brasil: justiça, segurança e eficiência*, Brasília: Ministério da Justiça, 2011.

⁴³ NEVES, Marcelo, Pesquisa interdisciplinar no Brasil: o paradoxo da interdisciplinaridade. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 1, n. 3, p. 207–214, 2005.

⁴⁴ OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurabi! A pesquisa sóciojurídica na pós-graduação em direito. In: *Sua Excelência, o Comissário e outros ensaios de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2006; ver também ACCA, Thiago dos Santos. Meu trabalho precisa de um capítulo histórico? In: FEFERBAUM, Marina; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo (orgs.). *Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

3 DOCTRINA JURÍDICA E PONTO DE VISTA INTERNO

A ideia de ponto de vista interno ao direito remonta à teoria de Herbert L. A. Hart. Como o pensamento de Hart se tornou o centro dos debates da jurisprudência analítica do mundo anglo-estadunidense nos últimos sessenta anos, seria impossível, neste artigo, abarcar toda a literatura construída a partir da ideia de ponto de vista interno. Portanto, limito-me a tratar do ponto de vista interno conforme apresentado em *O conceito de direito*, e a apresentar uma importante crítica feita por Gerald Postema⁴⁵. De acordo com Hart, diante de um grupo social no qual vemos normas de condutas, podemos fazer dois tipos de afirmações, relacionadas, mas diferentes. De um ponto de vista externo, o indivíduo se coloca como mero observador, que se limita a registrar as regularidades do comportamento observável. O problema é que esse modo de observação não leva em conta como os participantes numa prática social entendem e aceitam (ou não) as normas e instituições dessa prática. Assim, uma teoria do direito adequada deve levar em conta o ponto de vista interno, no qual se leve em conta a posição do indivíduo como membro do grupo que aceita a norma e a utiliza como orientação para sua conduta.

Nas palavras de Hart:

se o observador perseverar rigidamente nesse ponto de vista radicalmente externo, não levando absolutamente em conta a forma como os membros do grupo que aceitam as normas veem seu próprio comportamento usual, a descrição que ele fizer da vida destes não poderá de modo algum fazer apelo à noção de norma e, logo, às noções obrigação ou dever derivadas da norma. Em vez disso, a descrição consistirá em regularidades observáveis do comportamento do grupo e em previsões, probabilidades ou sinais [...]. Seu ponto de vista será como aquele de alguém que, tendo observado durante algum tempo o funcionamento de um semáforo numa rua movimentada, se limita a dizer que, quando a luz vermelha se acende, há grande

⁴⁵ POSTEMA, Gerald J., Jurisprudence as Practical Philosophy. *Legal Theory*, v. 4, n. 3, p. 329–357, 1998.

probabilidade de que os veículos parem⁴⁶.

Nesse sentido, Brian Bix (1999a) aponta que Hart promoveu uma verdadeira “virada hermenêutica”, pois introduziu a perspectiva do participante na teoria descritiva do direito. O autor ressalta que a linguagem normativa, característica do direito, e o comportamento baseado em regras não se encaixam facilmente numa abordagem científica descritiva. Antes de Hart, os teóricos tentavam relatar fenômenos normativos em termos fáticos. Daí a natureza radical de sua teoria, que se contrapôs frontalmente à tendência de teorias “objetivas” e “científicas”, e teorias que tentavam reduzir o fenômeno jurídico a um tipo básico fundacional.

Pode-se sempre fazer a objeção, contudo, de que seja possível desenvolver uma abordagem externa que leve em conta a perspectiva do participante. É o que propõe, por exemplo, Niklas Luhmann. Luhmann ocupou-se de criticar certo modo de estudar o direito como simples fato ou regularidade, e a descrição do sistema jurídico a partir do ponto de vista da ciência, que desconsidera como o direito descreve e constitui seu próprio objeto. Nesse sentido, faz críticas severas aos realismos jurídicos, tanto estadunidense, quanto escandinavo. Segundo Luhmann, o direito produz por si só todas as distinções e conceitos que utiliza, e a unidade do direito consiste nessa autopoiese. Cada sistema, assim, define seu objeto e cria suas fronteiras em relação ao ambiente, de modo que o observador precise organizar suas observações em um nível de segunda ordem. Sua teoria dos sistemas propõe um sistema observador que seja capaz de descrever adequadamente um sistema que descreva e observe a si mesmo, objetivando corrigir os defeitos de teorias descritivas que não incorporem o ponto de vista do sistema observado⁴⁷.

Segundo a avaliação de Brian Bix, Hart teria concedido

⁴⁶ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 116.

⁴⁷ LUHMANN, Niklas. *Law as a Social System*. Oxford ; New York: Oxford University Press, 2008.

que formas mais sofisticadas de observação externa fossem possíveis, mas muito do que seria essencialmente significativo para os comportamentos sociais não poderia ser explicado somente pela observação externa⁴⁸. Gerald Postema, no entanto, assevera que o grande erro de Hart teria sido enfatizar as perspectivas *pessoais* dos participantes da prática, o que o deixaria vulnerável a críticas no sentido de desconsiderar perspectivas empíricas não-behavioristas que poderiam levar a questionamentos de sua teoria. Para Postema, Hart acertou ao entender o papel da razão prática como definidora do próprio direito, de modo que entendê-lo seja entender como o direito guia a ação e fornece razões para a ação. Seu discernimento, todavia, teria sido obscurecido pela ênfase na distinção entre ponto de vista interno e ponto de vista externo, pois o reconhecimento de uma prática como normativa não decorre *das crenças* dos participantes. Para Postema, assim, a tarefa de uma teoria prática do direito é apresentar um relato coerente da pretensão do direito em fornecer razões para a ação diante de desacordos sobre os méritos das ações⁴⁹.

Não obstante essa crítica poderosa de Postema à ideia de ponto de vista interno de Hart, do ponto de vista da tipologia das obras jurídicas, em termos metodológicos, creio que a distinção entre os pontos de vista internos e externo seja útil para entendermos melhor a função dos dois modelos de pesquisa em direito apresentados. Assim, a pesquisa empírica adota uma perspectiva externa, ainda que consiga, cada vez mais, em virtude de métodos inovadores (ver 1.1, acima), incorporar a perspectiva do participante. Já a pesquisa doutrinária adota um ponto de vista interno, à semelhança do discurso dos profissionais do direito⁵⁰. E

⁴⁸ BIX, Brian. H.L.A. Hart and the Hermeneutic Turn in Legal Theory. *SMU Law Review*, v. 52, p. 167–200, 1999.

⁴⁹ POSTEMA, Gerald J., Jurisprudence as Practical Philosophy. *Legal Theory*, v. 4, n. 3, p. 329–357, 1998.

⁵⁰ SMITS, Jan M. What Is Legal Doctrine? On The Aims and Methods of Legal-Dogmatic Research. In: RUBIN, Edward L.; MICKLITZ, Hans-W.; VAN GESTEL, Rob (org.). *Rethinking Legal Scholarship: A Transatlantic Dialogue*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

isso implica tomar as regras em sua concepção prática, conforme uma distinção já antiga formulada por John Rawls⁵¹. Rawls falava em duas concepções de regras: uma concepção sumária e uma concepção prática. Na concepção sumária, regras são como sumários de decisões passadas. Decisões em casos específicos são logicamente anteriores às regras, e cada pessoa, em princípio, pode sempre reconsiderar a sua correção. A descrição de uma regra, nesse sentido, pode até mesmo tomar a forma de uma porcentagem de casos. Na concepção prática, diferentemente, regras não são compreendidas como simples descrições de como aqueles sujeitos engajados em uma prática, de fato, se comportam, isto é, não são generalizações de decisões passadas. Decisões em casos específicos são logicamente posteriores às regras, de modo que ações particulares somente possam ser descritas no contexto de uma prática. Rawls considerava que relativamente poucas ações da vida moral seriam definidas por práticas, mas um exemplo importante seria, justamente, o das ações no âmbito do direito⁵².

4 AVALIAÇÃO DAS CRÍTICAS EXTERNAS À PESQUISA DOUTRINÁRIA

A pesquisa doutrinária, ao se inserir no ponto de vista interno ao direito e tomar as regras em sua concepção prática, isto é, como logicamente anteriores às ações, ocupa uma posição semelhante à dos profissionais do direito. Haveria, por conta disso, uma “unidade no discurso” entre professoras e profissionais⁵³. E isso deve ser levado em conta ao avaliarmos as três

⁵¹ RAWLS, John. Two Concepts of Rules. *The Philosophical Review*, v. 64, n. 1, p. 3–32, 1955.

⁵² RAWLS, John. Two Concepts of Rules. *The Philosophical Review*, v. 64, n. 1, p. 3–32, 1955.

⁵³ SMITS, Jan M. What Is Legal Doctrine? On The Aims and Methods of Legal-Dogmatic Research. In: RUBIN, Edward L.; MICKLITZ, Hans-W.; VAN GESTEL, Rob (org.). *Rethinking Legal Scholarship: A Transatlantic Dialogue*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

críticas externas anteriormente apresentadas no que se refere à pesquisa doutrinária. Recordemos que as críticas eram as seguintes: (a) ausência ou insuficiência na explicitação dos métodos adotados, (b) ausência de distanciamento adequado entre o pesquisador e seu objeto de estudo (a “lógica do parecer”) e (c) falta de rigor no tratamento de dados extraídos da realidade ou objeto de outras áreas do saber (ver 2, acima).

Concentremo-nos, por um instante, na crítica (b). Tanto professoras que se dediquem à dogmática jurídica, quanto profissionais do direito, realizam a atividade de extrair da norma vigente a determinação sobre as condutas que sejam proibidas, permitidas ou obrigatórias. Ambos se preocupam, assim, antes com o que o direito “diz” do que com o que o direito “faz”, para usar as pertinentes expressões de Smits⁵⁴. Note-se que isso, de fato, implica um distanciamento menor entre a “cientista” e o seu objeto de estudo, na medida em que a “cientista” não se coloque do lado “de fora” da prática, mas seja partícipe dela. Veja-se como é diferente a relação entre, por exemplo, uma cientista política que estude os comportamentos e as decisões tomadas por políticos profissionais. Por mais que essa cientista adote métodos que levem em conta a perspectiva dos agentes que observa, sua perspectiva, necessariamente, será de observadora externa, pois não adota a linguagem dos políticos profissionais como a sua. Concomitantemente, políticos profissionais podem até pausar suas ações levando em conta estudos realizados por cientistas políticos, mas esses estudos não adquirem um status autoritário como ocorre com a doutrina jurídica⁵⁵, que pode ser tida como fonte, ao menos, material do direito⁵⁶.

⁵⁴ SMITS, Jan M. *The Mind and Method of the Legal Academic*. Cheltenham, UK; Northampton, MA: Edward Elgar, 2012.

⁵⁵ JESTAZ, Philippe. « Doctrine » vs sociologie. Le refus des jurists. *Droit et société*, v. 92, n. 1, p. 139–157, 2016; JESTAZ, Philippe; JAMIN, Christophe. The Entity of French Doctrine: Some Thoughts on the Community of French Legal Writers. *Legal Studies*, v. 18, n. 4, p. 415–437, 1998.

⁵⁶ SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Lima: Grijley, 2019; SHECAIRA, Fábio. *Legal Scholarship as a Source of Law*.

No contexto brasileiro, em especial, em que muitas professoras são ao mesmo tempo juízas, advogadas, membros do ministério público e integrantes de outras carreiras jurídicas, torna-se inevitável que, ao realizarem atividade semelhante de interpretação da norma jurídica tanto na atividade docente quanto na atividade prática, efetivamente não haja o distanciamento entre cientista e objeto que uma pretensão à cientificidade requer. Embora, como aponta Meir Dan-Cohen⁵⁷, ao exercerem o papel de professores, juristas estariam em posição privilegiada, pois, em tese, livres para interpretar a norma sem as amarras da defesa de interesses (caso de advogadas) e da justificação institucional de uma decisão (caso de juízas), é difícil saber até que ponto essa separação de funções, de fato, é existente e possível na prática.

E isso nos leva a questionar se a pesquisa doutrinária em direito é, de fato, científica. Trata-se de discussão epistemológica profunda sobre a qual cabe, neste espaço, apenas mencionar algumas ideias. Neil MacCormick é bastante enfático ao afirmar que o direito “não é uma ciência”, mas uma “habilidade prática, uma arte prática”, que depende do “conhecimento e aprendizado”, o que é essencial para produzir e avaliar argumentos jurídicos e para o “direito enquanto práxis”. Como consequência, “o processo de avaliar a força relativa de argumentos contrastantes está fadado a ser, de certa forma, questão de opinião, que exige um julgamento”. Disso resulta uma diferença em relação a “argumentos demonstrativos em que a aceitação de premissas como axiomáticas ou empiricamente verdadeiras permite derivar uma conclusão inquestionável desde que as premissas permaneçam intactas”. O máximo que há, no direito, são convicções “compartilhada[s] ou intersubjetiva[s]” por uma “comunidade de especialistas”, quando, para eles, “certo corpo de

Heidelberg: Springer, 2013.

⁵⁷ DAN-COHEN, Meir. Listeners and Eavesdroppers: Substantive Legal Theory and Its Audience. *University of Colorado Law Review*, v. 63, p. 569, 1992.

argumentos aponta firmemente para determinada conclusão, e todos os contra-argumentos” aparentem ser “inevitavelmente fracos em comparação”⁵⁸.

José Reinaldo de Lima Lopes aponta que se possa falar em ciência em um sentido amplo e em um sentido restrito. O sentido restrito de ciência, típico da modernidade, seria herança da filosofia empirista de David Hume, segundo a qual só haveria duas formas de compreender o mundo racionalmente: por meio da relação entre ideias (ciências formais, como a lógica e a matemática), e da relação entre fatos (ciências empíricas, cujo modelo seria o das ciências naturais). E isso deixaria vastas áreas do saber do lado de fora do âmbito daquilo que possa ser apreendido racionalmente⁵⁹. Há, no entanto, um sentido amplo de ciência, entendida como qualquer saber organizado e metódico, conceitual e procedimentalmente definido, que possua gramática própria e conceitos fundamentais, princípios ou pontos de partida. Um exemplo, citado por Lopes, de disciplina que se encaixa nesse sentido amplo de ciência é o da crítica literária, que consiste na análise regrada e controlada de obras literárias, e que não se confunde com manifestações de gosto pessoal⁶⁰. É nesse sentido amplo de ciência, portanto, que poderíamos incluir também a dogmática jurídica ou pesquisa doutrinária em direito.

Essa discussão epistemológica de fundo tem impacto na maneira como tratamos as críticas externas apresentadas, não só no aspecto já tratado do distanciamento entre o pesquisador e o objeto do estudo (b), mas também no que diz respeito à ausência de explicitação ou inadequação dos métodos (a) e ao rigor no

⁵⁸ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 12–15, tradução livre.

⁵⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Curso de filosofia do direito: o direito como prática*. São Paulo: Atlas, 2021, p. 35; ver também TAYLOR, Charles. *Overcoming Epistemology*. In: *Philosophical Arguments*. Cambridge, MA; London, UK: Harvard University Press, 1995; MACINTYRE, Alasdair. *After Virtue: A Study in Moral Theory*. 3. ed. Notre Dame, IN: University of Notre Dame Press, 2007.

⁶⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Curso de filosofia do direito: o direito como prática*. São Paulo: Atlas, 2021.

tratamento de dados (c). E, nesse ponto, é necessário fazer uma observação importante. Não se discorda da necessidade, em qualquer pesquisa acadêmica, da adoção de métodos explícitos e adequados ao atingimento dos objetivos da pesquisa, bem como do rigor no tratamento de dados. Ocorre que, para tanto, deve-se atentar justamente para os objetivos da pesquisa dogmática, que, como já explicitado, não são os mesmos da pesquisa empírica em direito (ver 1.2, acima). A adaptação dos métodos empíricos de pesquisa, emprestados de outras áreas do saber, não resolve o problema se não houver consciência das particularidades da pesquisa doutrinária e, em especial, de seu caráter normativo. E, nesse aspecto, o problema talvez seja de alguma forma antecedente: a metodologia da pesquisa doutrinária talvez não venha sendo suficientemente estudada e ensinada nas faculdades de direito. Faz-se muita dogmática, mas aprende-se a fazê-la mimetizando as professoras e professores que nos antecederam. Para que se possa explicitar os métodos, é preciso, primeiro ter clareza sobre quais sejam eles, e quais os critérios que nos permitam avaliar a pesquisa doutrinária, ou seja, diferenciar a boa da má pesquisa, o que, na prática, parece que vem sendo feito de maneira mais intuitiva que sistemática. É sobre isso que trato na próxima seção.

CONCLUSÃO

Retomo o percurso argumentativo feito até aqui. Vimos como o direito pode ser estudado de diferentes maneiras, das quais destaquei dois modelos de pesquisa: a pesquisa empírica em direito, que é uma abordagem externa e que se pretende “científica” (uma ciência social aplicada, mais propriamente), e a pesquisa doutrinária em direito, que é uma abordagem interna, que tem semelhanças com o discurso dos profissionais do direito, e só pode ser entendida como “científica” em um sentido bem amplo do termo. Destaquei os diferentes objetivos de cada

um desses modelos de pesquisa. No caso da pesquisa empírica, o objetivo é entender o impacto das instituições jurídicas no mundo, a fim de compreender o que “funciona” e o que “não funciona”⁶¹. No caso da pesquisa doutrinária, o objetivo é entender como a norma deva ser lida, a fim de possibilitar a ação e a deliberação⁶² sobre o que é permitido, proibido ou obrigatório⁶³.

Foram examinados dois modelos de críticas à literatura jurídica de maneira geral, que chamei de críticas internas e críticas externas. Em relação a estas últimas, destaquei três subtipos, e procurei demonstrar como essas críticas, embora, em princípio, pertinentes, parecem não levar em conta, ao menos parcialmente, as especificidades da pesquisa doutrinária em direito. Os comentários podem ser sintetizados em dois pontos. Primeiro, dada a proximidade entre pesquisadora e objeto de estudo, por partilharem, ambos, da perspectiva interna ao direito, talvez nunca seja possível o preconizado distanciamento entre “cientista” e objeto que constitui o paradigma da ciência em sentido estrito. Segundo, para que os métodos da pesquisa doutrinária sejam explicitados, e se possa avaliá-la, é preciso não apenas ter clareza sobre os objetivos próprios, mas sobre os critérios avaliativos adequados⁶⁴.

O ponto de partida para começar a dar resposta à pergunta contida no título deste artigo, “como avaliar a pesquisa doutrinária em direito”, a meu ver, não é novo. Merece, no entanto, maior atenção do que vem recebendo, de modo que se construa verdadeira agenda de pesquisa em metodologia do

⁶¹ SMITS, Jan M. *The Mind and Method of the Legal Academic*. Cheltenham, UK; Northampton, MA: Edward Elgar, 2012.

⁶² LOPES, José Reinaldo de Lima, Entre a teoria da norma e a teoria da ação. In: STORCK, Alfredo Carlos; LISBOA, Wladimir Barreto (orgs.). *Norma, moralidade e interpretação: temas de filosofia política e do direito*. Porto Alegre: Linus, 2009.

⁶³ Os “operadores deônticos”, ver ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

⁶⁴ Sobre avaliação e teoria do direito, ver DICKSON, Julie. *Evaluation and Legal Theory*. Oxford; Portland, Or: Hart, 2001.

direito. Minha proposta é a seguinte: em vez de se tomar a proximidade do discurso entre professoras e profissionais do direito como um defeito a ser corrigido, pode-se aproveitar essa proximidade, reconhecendo as diferenças, para desenvolver critérios avaliativos semelhantes àqueles que, há tempos, vêm sendo desenvolvidos pelas teorias da argumentação jurídica. Conforme já apontava Atienza, há pelo menos três âmbitos de preocupação das teorias da argumentação: (a) a produção ou estabelecimento de normas jurídicas, (b) a aplicação das normas jurídicas à resolução dos casos concretos, e (c) a dogmática jurídica⁶⁵.

Embora quando se pense em teorias da argumentação, o objeto central pareça ser principalmente o discurso dos profissionais do direito, a semelhança entre esse discurso e o dos doutrinadores convida a que seja o caminho a ser adotado para que se estabeleçam critérios avaliativos mais adequados às peculiaridades da pesquisa doutrinária em direito. Em outras palavras, entendo a maneira correta de avaliar a pesquisa doutrinária em direito seja pelo prisma das teorias da argumentação jurídica.



REFERÊNCIAS

- ACCA, Thiago dos Santos. Meu trabalho precisa de um capítulo histórico? In: FEFERBAUM, Marina; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo (org.). *Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*. México: Universidad Nacional

⁶⁵ ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 1–4.

- Autónoma de México, 2005.
- BIX, Brian. H.L.A. Hart and the Hermeneutic Turn in Legal Theory. *SMU Law Review*, v. 52, p. 167–200, 1999a. Disponível em: <https://scholar.smu.edu/smulr/>
- BIX, Brian. *Jurisprudence: Theory and Context*. 2. ed. London: Sweet & Maxwell, 1999b.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- COURTIS, Christian. El juego de los juristas: ensayo de caracterización de la investigación dogmática. In: COURTIS, Christian (org.). *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Trotta, 2006.
- CROSS, Frank; HEISE, Michael; SISK, Gregory C. Above the Rules: A Response to Epstein and King. *The University of Chicago Law Review*, v. 69, n. 1, p. 135, 2002. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1600350>
- DAN-COHEN, Meir. Listeners and Eavesdroppers: Substantive Legal Theory and Its Audience. *University of Colorado Law Review*, v. 63, p. 569, 1992. Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1114334>
- DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Dogmática “opiativa”: o exemplo da função social da propriedade. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 28, n. 3, p. 769–795, set.-dez. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2317-6172201731>
- DICKSON, Julie. *Evaluation and Legal Theory*. Oxford ; Portland, Or: Hart, 2001.
- DYEVRE, Arthur; WIJTVLIET, Wessel; LAMPACH, Nicolas. The future of European legal scholarship: Empirical Jurisprudence. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, v. 26, n. 3, p. 348–371, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/1023263x19840263>
- EPSTEIN, Lee; KING, Gary. A Defense of Empirical Legal Scholarship: A Reply. *The University of Chicago Law*

- Review*, v. 69, n. 1, p. 191-209, 2002a. Disponível em <https://doi.org/10.2307/1600353>
- EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência*. Trad. Fábio Morosini (coord.). São Paulo: Direito GV, 2013.
- EPSTEIN, Lee; KING, Gary. The Rules of Inference. *University of Chicago Law Review*, v. 69, n. 1, 2002b. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1600349>.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: Técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- GOLDSMITH, Jack; VERMEULE, Adrian. Empirical Methodology and Legal Scholarship. *The University of Chicago Law Review*, v. 69, n. 1, p. 153-167, 2002. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1600351>
- HART, Herbert L. A. American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream. *In: Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1983a.
- HART, Herbert L. A. Definition and Theory in Jurisprudence. *In: Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1983b.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. Antônio de O. Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. The Path of the Law. *Harvard Law Review*, v. 110, n. 5, p. 991–1009, 1897. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1342108>
- HORTA, Ricardo de Lins e; COSTA, Alexandre Araújo. Das teorias da interpretação à teoria da decisão: por uma perspectiva realista sobre as influências e constrangimentos sobre a atividade judicial. *Revista Opinião Jurídica*. Fortaleza, v. 15, n. 20, p. 271–297, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.12662/2447-6641oj.v15i20.p271-297.2017>

- HYLAND, Richard. *Gifts: A Study in Comparative Law*. Oxford; New York: Oxford University Press, 2009.
- JESTAZ, Philippe. « Doctrine » vs sociologie. Le refus des juristes. *Droit et société*, v. 92, n. 1, p. 139–157, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.3917/drs.092.0139>
- JESTAZ, Philippe; JAMIN, Christophe. The Entity of French Doctrine: Some Thoughts on the Community of French Legal Writers. *Legal Studies*, v. 18, n. 4, p. 415–437, 1998. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/j.1748-121x.1998.tb00074.x>
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.
- LEAL, Fernando Angelo Ribeiro. Seis objeções ao direito civil constitucional. *Direitos Fundamentais & Justiça*. Porto Alegre, v. 9, n. 33, p. 123–169, out.-dez. 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.30899/dfj.v9i33.155>
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. 2. ed. São Paulo: Madamu, 2021.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *Curso de filosofia do direito: o direito como prática*. São Paulo: Atlas, 2021.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Entre a teoria da norma e a teoria da ação. In: STORCK, Alfredo Carlos; LISBOA, Wladimir Barreto (org.). *Norma, moralidade e interpretação: temas de filosofia política e do direito*. Porto Alegre: Linus, 2009.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Filosofia analítica e hermenêutica: preliminares a uma teoria do Direito como prática. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 53, n. 212, p. 203–226, out.-dez. 2016. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/528148>
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *Naturalismo jurídico no pensamento brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LUHMANN, Niklas. *Law as a Social System*. Trad. Klaus A.

- Ziegert. Oxford ; New York: Oxford University Press, 2008.
- MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- MACINTYRE, Alasdair. *After Virtue: A Study in Moral Theory*. 3. ed. Notre Dame, IN: University of Notre Dame Press, 2007.
- MICHELON, Cláudio. A inferência à melhor explicação e a autoridade da doutrina. In: BENETTI, Giovanna *et al.* (org.). *Direito, cultura, método: leituras da obra de Judith Martins-Costa*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2019.
- NEVES, Marcelo. Pesquisa interdisciplinar no Brasil: o paradoxo da interdisciplinaridade. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 207–214, 2005. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/68636>
- NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil. *Cadernos Direito GV*. São Paulo, v. 1, 2004. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2779>.
- OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurábi! A pesquisa sóciojurídica na pós-graduação em direito. In: *Sua Excelência, o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2006.
- PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e Consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 262, p. 95–144, jan.-abr. 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v262.2013.8901>
- PINTO JÚNIOR, Mario Engler. Pesquisa jurídica no mestrado profissional. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 29, n. 1, p. 27–48, jan.-abr. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2317-6172201802>

- POSNER, Richard A. *Law Reviews*. Washburn Law Journal, v. 46, p. 155–162, 2006. Disponível em: <http://washburn-law.edu/wlj/>
- POSTEMA, Gerald J. Jurisprudence as Practical Philosophy. *Legal Theory*, v. 4, n. 3, p. 329–357, 1998. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/s1352325200001051>
- PÜSCHEL, Flavia Portella *et al.* *A quantificação do dano moral no Brasil: Justiça, segurança e eficiência*. Brasília: Ministério da Justiça, 2011. (Série Pensando o Direito, v. 37).
- QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *Monografia jurídica passo a passo: Projeto, pesquisa, redação e formatação*. Rio de Janeiro: Método, 2015.
- RAWLS, John. Two Concepts of Rules. *The Philosophical Review*, v. 64, n. 1, p. 3–32, 1955. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/2182230>
- REVESZ, Richard L. A Defense of Empirical Legal Scholarship. *The University of Chicago Law Review*, v. 69, n. 1, p. 169–189, 2002. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1600352>
- SHECAIRA, Fábio. *Legal Scholarship as a Source of Law*. Heidelberg: Springer, 2013.
- SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Trad. Juan Carlos Panez Solórzano e Israel Sánchez Cerna. Lima: Grijley, 2019.
- SILVA FILHO, Osny da. *Fundamentos do direito contratual: doutrina, teoria e empiria*. São Paulo: Almedina, 2022.
- SINGER, Joseph William. Normative Methods for Lawyers. *UCLA Law Review*, v. 56, n. 4, p. 899–982, 2009. Disponível em: <https://www.uclalawreview.org/normative-methods-for-lawyers/>
- SMITS, Jan M. *The Mind and Method of the Legal Academic*. Cheltenham, UK; Northampton, MA: Edward Elgar, 2012.

- SMITS, Jan M. What Is Legal Doctrine? On The Aims and Methods of Legal-Dogmatic Research. *In*: RUBIN, Edward L.; MICKLITZ, Hans-W.; VAN GESTEL, Rob (org.). *Rethinking Legal Scholarship: A Transatlantic Dialogue*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- TAYLOR, Charles. Overcoming Epistemology. *In*: *Philosophical Arguments*. Cambridge, MA; London, UK: Harvard University Press, 1995.
- THE ROYAL SWEDISH ACADEMY OF SCIENCES. Answering Causal Questions Using Observational Data. *Scientific Background on the Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 2021*. Disponível em: <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2021/press-release/>. Acesso em: 13 dez. 2021.