

Copyright © Antônio Maristrello Porto; Patrícia Sampaio

Direitos desta edição reservados à
EDITORA FGV
Rua Jornalista Orlando Dantas, 37
22231-010 | Rio de Janeiro, RJ | Brasil
Tels.: 0800-021-7777 | 21-3799-4427
Fax: 21-3799-4430
editora@fgv.br | pedidoseditora@fgv.br
www.fgv.br/editora

Impresso no Brasil | *Printed in Brazil*

Todos os direitos reservados. A reprodução não autorizada desta publicação, no todo ou em parte, constitui violação do copyright (Lei nº 9.610/98).

Os conceitos emitidos neste livro são de inteira responsabilidade dos autores.

1ª edição – 2014

PREPARAÇÃO DE ORIGINAIS: Sandra Frank

DIAGRAMAÇÃO: Estúdio 513

REVISÃO: Aleidis de Beltran | Fernanda Mello

PROJETO GRÁFICO DE CAPA: Zabad | inspirado no painel de azulejos do Centro de Formação e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados (Cefor), Brasília (DF), criado por Athos Bulcão em 2003

Ficha catalográfica elaborada pela
Biblioteca Mario Henrique Simonsen

Direito e economia em dois mundos : doutrina jurídica e pesquisa empírica /
Organizadores: Antônio Maristrello Porto; Patrícia Sampaio. — Rio de Janeiro :
Editora FGV, 2014.

320 p. — (Série CPDE)
Inclui bibliografia.
ISBN: 978-85-225-1351-2

1. Direito e economia. I. Porto, Antônio Maristrello. II. Sampaio, Patrícia. III.
Fundação Getúlio Vargas, IV. Série.

CDD – 340,11

Sumário

Prefácio	7
CELSO FERNANDES CAMPILONGO	
Apresentação	19
NUNO GAROUPA	
Introdução	23
ANTÔNIO MARISTRELLO PORTO PATRÍCIA SAMPAIO	
PARTE I. Texto central	
1. Um Prêmio Nobel para a Ciência Jurídica: teoria, trabalho empírico e o método científico no estudo do direito	29
THOMAS S. ULEN	
PARTE II. O debate sobre direito e método científico	
2. Onde estão as fronteiras entre direito e economia? Comentários a Thomas Ulen: “A Nobel Prize in Legal Science”	93
PAULO FURQUIM DE AZEVEDO	
3. Para além do “empreendedorismo intelectual”: fatores de demanda na cientificização da produção jurídica	105
MARIANA PARGENDLER BRUNO MEYERHOF SALAMA	
4. É possível uma “ciência” do direito? Situação e perspectivas para a dogmática jurídica brasileira	121

1. Um Prêmio Nobel para a Ciência Jurídica: teoria, trabalho empírico e o método científico no estudo do direito*

THOMAS S. ULEN**

I. Introdução

Neste artigo, utilizo a ficção de um Prêmio Nobel em Ciência Jurídica para discutir o que acredito ser a direção predominante da mudança no conhecimento jurídico e, especificamente, o papel da teoria e dos métodos empíricos e experimentais no estudo do direito. Adiantando, temeroso, a hipótese de que o conhecimento jurídico esteja se tornando mais “científico”. Dizer que um estudo acadêmico é “científico” é, não raramente, entendido como

* Originalmente publicado em inglês na *Illinois Law Review*, 2002, com o título “A Noble Prize in Legal Science: Theory, Empirical Work, and the Scientific Method in the Study of Law”, aqui mantido em sua formatação e sua padronização originais. Revisão técnica da tradução realizada por Antônio Maristrello Porto e Patrícia Sampaio. As notas dos revisores estão destacadas com a abreviação N.R.T.

** Gostaria de agradecer especialmente a Patrick Maher, do Departamento de Filosofia da Universidade de Illinois, em Urbana-Champaign, pela discussão de alguns dos tópicos deste texto. Meu amigo e colega Richard McAdams me ajudou imensamente com este artigo (e, é claro, na organização do simpósio e por tê-lo acompanhado até que estivesse pronto). Sua contribuição é tão extensa que merece ser creditado coautor. Também me foram grandemente úteis as discussões e comentários de Rafael Gely, Tom Ginsburg, Hank Greely, Owen Jones, Jay Kesan, Russell Korobkin, Brian Leiter, Guido Pincione, Richard Posner, Bruce Smith e Horacio Spector, bem como dos participantes dos seminários e conferências na Faculdade de Direito da Universidade de Cincinnati, na Faculdade de Direito da Universidad Torcuato Di Tella, no Max-Planck-Institut (Bonn) e na Associação de Direito e Economia Canadense de 2002. Também gostaria de reconhecer o auxílio de Charles M. Evans, da Faculdade de Direito da Universidade de Illinois, curra de 2003, na pesquisa.

uma forma de elogio desse estudo, diferenciando-o dos métodos “não científicos”, que podem ser utilizados para caracterizar conhecimentos menos dignos de nota. Embora tenha em alta conta as realizações e métodos das diversas ciências, não invoco a palavra “científico” de forma conclusiva. Mesmo que só consiga delinear meu entendimento em linhas gerais, em vez de demonstrá-lo cientificamente, argumento que não só o estudo do direito é adequado à aplicação do método científico, como vem se desenvolvendo há muito de maneira semelhante a outras empreitadas científicas, mais do que se costuma considerar. Argumentarei, por exemplo, que o conhecimento acadêmico doutrinário possui um aspecto científico maior do que frequentemente se percebe.

Além disso, alegarei que as recentes tendências acadêmicas na área do direito mostram evidências de um movimento em direção a uma disciplina ainda mais científica. Embora ressalte a mudança gradual e contínua no meio acadêmico dos últimos 50 anos ou mais, acredito, não obstante, que, por meio do silencioso acréscimo de diversas mudanças nas últimas décadas, o conhecimento jurídico esteja prestes a alcançar uma maneira drasticamente diferente de fazer pesquisa jurídica rotineira. Em suma, a alteração deve tornar o direito muito mais similar às outras disciplinas universitárias que se reconhecem como praticando “ciência” e menos semelhante àquelas que conscientemente driblam o modelo de investigação científica.

O que levou a essa mudança no conhecimento jurídico? Essa é uma pergunta complicada e intrigante, que está além da minha capacidade de resposta. Uma parte significativa da resposta indubitavelmente será que o direito, como qualquer outra disciplina, passa por contínua mudança, e o efeito acumulado dessas várias pequenas mudanças pode não ser evidente até que um grande número delas tenha tido efeito. Outros enfatizaram mudanças ocorridas no próprio direito — alguns favoravelmente,¹ outros de maneira desfavorável.²

Ressalto o fato irônico de que, ao mesmo tempo que o conhecimento jurídico esteja se tornando mais científico, como acredito, haja um perceptível declínio geral na posição e aceitação social da ciência. Talvez tenha havido um tempo em que a ciência e seus praticantes fossem universalmente tratados com reverência. Esse tempo passou. Pelo menos desde o argumento de C. P. Snow, na década de 1950, de que havia duas culturas — a literária ou artística e a científica —,³ há uma clara divisão entre ciência e “tudo o mais” [que não é ciência]⁴ na área acadêmica. Os cientistas desconfiam das outras disciplinas por serem demasiado “leves”. As outras disciplinas possuem normas diferentes e menos defensáveis — argumentam — para o estabelecimento do que constitui um progresso no conhecimento. Em vez disso, é por vezes argumentado, as artes cultivam e refinam as emoções ou intuições, levando a padrões diferentes e altamente subjetivos de conhecimento. Por sua vez, muitos partidários das artes liberais acreditam que a ciência é fria, lógica e calculista.⁵ Censuram o argumento de que o que a ciência faz seja objetivo e, portanto, sujeito a padrões consensuais de legitimidade. Na verdade, pode-se argumentar que o desenvolvimento e a atração do pós-modernismo são alimentados em grande parte por sua visão cética da ciência.⁶

Fora da academia, há também um declínio palpável na fé da sociedade civil na ciência.⁷ Muitos parecem sustentar que a ciência foi responsável por tantos problemas quanto o foi por soluções, que a ciência não é o surpreendente mecanismo de descoberta da verdade que alguns advogam ser, que o lucro, e não a busca do conhecimento, é a força motriz da investigação científica; e que a ciência percorre uma inexorável marcha em direção a descobertas para as quais os seres humanos não estão preparados.⁸ À luz dessas críticas,

³ Ver C. P. Snow, *The Two Cultures: and a Second Look* 4-5 (2d ed. 1965).

⁴ Trechos entre colchetes são pequenas inserções feitas pelos revisores da tradução para maior fluência do texto.

⁵ Henry Adams capturou a diferença percebida entre ciência e o resto: “Nenhum jato de areia de ciência foi até o momento capaz de remover a epiderme da história, do pensamento e do sentimento”. Henry Adams, *The Education of Henry Adams* 90 (1918).

⁶ Ver Thomas Nagel, *The Last Word* 77-79 (1997).

⁷ Ver Robin Dunbar, *The trouble with science* 8-11 (1995).

⁸ Esse é um tema comum, por exemplo, no debate sobre a ética da clonagem humana. Ver, a título ilustrativo, Leon R. Kass e James Q. Wilson, *The Ethics of Human Cloning* 3-24, 61-74 (1998). Ver também, por exemplo, Richard A. Posner, *The Last Word: On the Ethics of Human Cloning* (1998).

¹ Ver Richard A. Posner, “The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987”, 100 *Harv. L. Rev.* 761, 777-80 (1987).

² Ver Anthony D. Kronman, *The Lost Lawyer* 165-67 (1993) (argumentado que a proeminência da teoria econômica na academia jurídica moderna é responsável pelo declínio do advogado pragmático).

reconheço a arrogância de arguir que a ascensão do método de investigação científica no direito seja necessariamente uma boa coisa. Mas porquanto reconheçamos que todas as mudanças pressupõem custos, acredito firmemente que uma evolução em direção a um estudo mais científico do direito trará maiores benefícios do que custos.

Procedo da seguinte forma: na seção II, explico brevemente o que se entende por “ciência” e “método científico”. Também luto contra a visão muito arraigada e popular, em muitos setores do estudo acadêmico do direito, de que, conforme atualmente praticado por acadêmicos, ele não seja ciência, por não ser falseável. Trata-se de uma questão tão relevante que dedico espaço na seção III para perscrutar a filosofia da ciência com vistas a verificar se o positivismo lógico e seu fundamental critério de falseabilidade ainda possuem a distinção que muitos estudiosos do campo jurídico acreditam ter. Surpreendentemente, acredito que o positivismo lógico tenha há muito dado espaço à filosofia da ciência, com visões alternativas ao método científico e à verificação. Também analiso as visões mais novas com o objetivo de demonstrar sua aplicabilidade ao estudo do direito. Na seção IV, dedico-me ao exame do direito como uma ciência. Nela, sustento que o direito vem, há muito, seguindo implicitamente a visão da ciência e o papel da verificação na investigação científica, conforme advoga a moderna filosofia da ciência. Mostro, ainda, que os trabalhos teóricos e empíricos vêm crescendo no passado recente na academia jurídica. Mas também busco distinguir o tipo de teoria cujo uso vem-se difundindo no estudo do direito, do que é doutrina ou da filosofia do direito.

Especificamente, a teoria que atualmente vem ganhando ímpeto no meio acadêmico do direito é menos doutrinária e mais semelhante às teorias que caracterizam as ciências naturais e outras ciências sociais. O mais novo viés teórico do direito tende a fazer previsões sobre as consequências das normas e *standards* jurídicos no mundo real.⁹ Embora essas mais novas teorias jurídicas

⁹ Conforme esclarece Kaplow, “as discussões acerca das definições de normas e *standards* geralmente enfatizam a distinção sobre se o conteúdo do direito é obtido *ex ante* ou *ex post*. Por exemplo, uma norma pode determinar antecipadamente que tipo de conduta é permitida, deixando para o julgador decidir apenas se o fato ocorreu ou não (uma norma pode proibir ‘dirigir acima de 55 milhas por hora em rodovias’). Um *standard* pode deixar tanto a especificação de qual é a conduta permitida, assim como a questão de quanto a conduta é permitida, para o julgador decidir (dirigir acima de 55 milhas por hora em rodovias)”.

devam ser logicamente coerentes e consistentes, ultimamente seu valor reside no quanto elas são confirmadas por trabalho empírico e experimental cuidadoso. Concluo especulando se as tendências que identifiquei resultarão em um Prêmio Nobel em Ciência do Direito.¹⁰

II. O método científico

Para que eu possa fazer comentários acerca de se o estudo do direito é “científico”, primeiramente explico o que significa, para uma disciplina acadêmica, ser uma “ciência” e, para seus praticantes, utilizar o “método científico”.

É surpreendente o quão recentemente essa questão apareceu na história da humanidade. Até aproximadamente 500 anos atrás, a ênfase na aquisição do conhecimento recaía na construção de discussões logicamente coerentes decorrentes de princípios elementares. Um modelo de como proceder foi o método introduzido por Euclides em *Os elementos*.¹¹ Com apenas alguns axiomas não verificados, mas visivelmente óbvios, Euclides deduzia teoremas geométricos complexos. As investigações que seguiram esse método se direcionaram genericamente àquela classe de questões que podem ser solucionadas apenas por argumentação lógica. E, de fato, muitas questões interessantes têm essa mesma natureza. Muitas tendem a ser filosóficas — O que é correto? O que é bom? —, mas há também algumas investigações do

excesso de velocidade em rodovias””. As implicações econômicas de normatizar por meio de “*rules*” ou “*standards*” são discutidas em Louis Kaplow, “Rules versus standards. An economic analysis”. *Duke Law Journal*, v. 42, n. 3 (Dec., 1992), p. 557-629. (N.R.T.)

¹⁰ Minha especulação sobre um Prêmio Nobel em Ciência do Direito é realmente apenas um recurso retórico. Entretanto, é um argumento notável sobre o grau e ritmo das mudanças em curso na área do conhecimento jurídico. A analogia que tenho em mente é entre o estudo do direito e as ciências para as quais a Real Academia Sueca de Ciências e o Banco Real da Suécia concedem os prêmios Nobel — fisiologia ou medicina, física, química e economia. No entanto, diversos analistas no simpósio realizado em Champaign, Illinois, em 13 de abril de 2001, indagaram se a analogia mais adequada para o direito não seria aos prêmios Nobel da Paz e da Literatura. Por certo quisessem sugerir que a análise mais nuançada, contextual, cultural e casuística que pode caracterizar os prêmios da paz e da literatura podem ser mais adequados a um Prêmio Nobel em Direito. É claro que entendo seu ponto de vista, mas o meu argumento será que a analogia entre o direito e as ciências naturais e sociais é mais apropriada. Um breve histórico dos prêmios e os procedimentos de seleção dos laureados são expostos no apêndice deste texto.

¹¹ Ver para informações gerais Euclides, *The Elements* (Heath ed. 1956).

direito que têm essa natureza. Por exemplo, se o Poder Legislativo criminaliza o uso ou venda de drogas causadoras de dependência, questiona-se se determinada substância como o álcool, a cafeína ou a heroína se enquadra nessa definição.

Mas há limitações à investigação do mundo partindo meramente da argumentação lógica. Por exemplo, há ocasiões em que os axiomas a partir dos quais a argumentação prossegue demandam confirmação experimental. Suponha que determinada investigação parta do pressuposto de que haja quatro elementos fundamentais — ar, fogo, água e terra — levando a um conjunto de proposições sobre o mundo, tendo como base o referido pressuposto. Agora suponha que alguém proponha que haja um quinto elemento fundamental, o flogisto, e demonstre que esse elemento exige alteração das conclusões advindas do pressuposto de apenas quatro elementos. Conquanto seja verdadeiro que a argumentação lógica possa, em princípio, resolver se há quatro ou cinco (ou um número diferente) elementos fundamentais, uma controvérsia dessa natureza também pode instigar um tipo diferente de investigação, a saber, uma investigação empírica sobre a questão.

É possível reconhecer, de forma ainda mais genérica, que haja uma classe mais ampla de questões importantes e interessantes — além dessas relacionadas à coerência e à dedução lógicas — que somente podem ser respondidas por observação, teste, reunião de dados e manipulação. Alguns exemplos são: “Que horas são?”; “Há mais homens ou mulheres nessa sala?”; e “Quando serão as próximas eleições presidenciais dos Estados Unidos?”. O direito está, obviamente, familiarizado com a investigação baseada em fatos: a maioria dos julgamentos se relaciona a fatos de um caso em particular.¹² Mas estamos buscando nos aprofundar em questões mais amplas do direito que possam ser respondidas por trabalho empírico ou experimental.

¹² A distinção entre questões que podem ser resolvidas por argumentação lógica e aquelas que podem ser solucionadas por observação empírica é feita em Simon Blackburn, *Think* 282-87 (1999). Os filósofos costumam discutir essas questões considerando a diferença entre verdades necessárias e contingentes. As verdades necessárias são consideradas do domínio da filosofia, ao passo que as verdades contingentes são do domínio do empirismo. Ver Richard Rorty, “An Imaginative Philosopher: The Legacy of W. V. Quine”, *Chron. Higher Educ.*, Feb. 2, 2001, em B 7.

Em certa altura da Idade Média, especialmente no final, a importância da segunda classe de questões ganhou relevância, principalmente na Europa ocidental.¹³ Observadores reconheceram que um novo método de adquirir reconhecimento estava se tornando comum e mostrando resultados.¹⁴ A articulação contemporânea mais surpreendente daquela época acerca desse novo método de investigação foi levada a cabo por Sir Francis Bacon, o lorde chanceler da Inglaterra, em *Novum Organum*.¹⁵ Bacon sustentou que o cientista deve ser um observador imparcial da natureza, reunindo observações. Padrões emergiriam da reunião e organização dos fatos do mundo natural, e eles se tornariam conhecimento científico.¹⁶

Hoje em dia, a maioria dos cientistas, ao serem solicitados a definir “ciência”, respondem indicando um método de investigação como constituindo a essência da ciência. O “método científico”, que Bacon e outros reconheceram ter surgido nos séculos XV e XVI, consiste em um conjunto de procedimentos para o “exame do mundo natural e descoberta de verdades importantes sobre ele”.¹⁷ Os cientistas de um campo em particular compartilham um enfoque sobre um objeto específico, um núcleo teórico a partir do qual aqueles versados nessa teoria podem derivar hipóteses e uma técnica consensualmente reconhecida para determinar se as hipóteses são aceitáveis por aqueles que trabalham nesse campo de investigação.

Para fins ilustrativos, considere a microeconomia moderna, um campo que é contíguo ao direito e para o qual há um Prêmio Nobel. Os estudiosos do campo da microeconomia compartilham um conjunto de saberes — a teoria da escolha racional conforme aplicada à tomada de decisão dos consumido-

¹³ Por que esse deveria ser o caso naquele ponto da história humana é uma questão fascinante, mas que está além do escopo desta investigação. Ver, para informações gerais, Alfred W. Crosby, *The Measure of Reality* (1997); Lisa Jardine, *Ingenious Pursuits: Building the Scientific Revolution* (1999).

¹⁴ Ver, para informações gerais, Crosby, nota 13 *supra*; Jardine, nota 13 *supra*.

¹⁵ Ver, para informações gerais, Sir Francis Bacon, *Novum Organum* (Joseph Devey, M. A. ed., 1902).
¹⁶ Ver David Goodstein, “How Science Works”, in *Reference Manual On Scientific Evidence* 69 (Fed. Judicial Ct. ed., 2000). Enigmáticamente, William Harvey, que descobriu o padrão de circulação do sangue humano, teria dito acerca do argumento de Bacon: “Esse é exatamente o modo como Lorde Chanceler faria ciência”. Id. Perceba que o foco de Bacon era a observação como principal característica da ciência, e não a relação de retroalimentação entre o trabalho empírico e experimental e a teoria.

¹⁷ Id.

res, à organização das empresas e à tomada de decisão interna, a decisões sobre oferta e demanda de insumos para a produção e a questões relacionadas à avaliação normativa de diferentes realidades econômicas do mundo. Além disso, os profissionais nesse campo reconhecem que hipóteses sobre a tomada de decisão devem ser derivadas do conhecimento teórico compartilhado acerca desse processo humano, e que há técnicas aceitáveis — as ferramentas da econometria — para avaliar empiricamente essas hipóteses, confirmando-as ou rejeitando-as.¹⁸

O direito tem, é claro, questionado o que constitui uma ciência, não com vistas a examinar seus próprios métodos investigativos, mas para decidir questões como que [espécies de] provas são aceitáveis. O motivo óbvio para a conexão entre o direito e a ciência é que não raramente há circunstâncias nas quais um julgador deve avaliar a credibilidade do testemunho cuja autoridade é alegadamente derivada da “ciência”.¹⁹ A simples conexão é a seguinte: se o testemunho puder ser demonstrado como “científico”, o julgador ou tomador da decisão dará, presumivelmente, maior peso a ele do que se ele for uma mera opinião. Pode-se formar um quadro das questões envolvidas imaginando-se um astrólogo que pretenda testemunhar que uma leitura precisa dos sinais astrológicos do autor teria revelado que ele estava propenso a acidentes na data em que se sustenta que negligência do réu causou dano ao autor.²⁰ O testemunho do astrólogo deve ser considerado e a ele deve ser dado o peso de um testemunho científico?²¹ Deve-se imputar à autora culpa concorrente por ignorar as informações astrológicas?

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América estabeleceu um processo em quatro etapas para verificar se um testemunho deveria ser aceito como “ci-

ência”. Em *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, a corte estabeleceu essas quatro etapas:²²

1. as bases teóricas dos métodos devem garantir previsões mensuráveis por meio das quais a teoria possa ser falseada;
2. de preferência, os métodos devem ser publicados em uma revista acadêmica que submeta seus textos à revisão por pares;
3. deve haver uma margem de erro conhecida que possa ser utilizada na avaliação dos resultados das asserções;
4. os métodos devem ser geralmente aceitos pela comunidade científica pertinente.²³

Esses padrões incitaram certa controvérsia²⁴ que, mesmo interessante, não é central para minha análise. Para meu objetivo, é suficiente reconhecer que há determinada correspondência, embora inexata, entre as características da ciência e do método científico que defendi acima e os critérios que a Suprema Corte dos Estados Unidos instruiu que os tribunais federais seguissem para dar o peso de “científico” a um testemunho.²⁵

Comecei esta seção chamando a atenção para o fato de que há algumas questões que podem ser solucionadas por argumentação lógica, e outras por observação empírica. Em seguida, reservei espaço à demonstração de que uma forma de caracterizar o método científico é considerá-lo um meio de adquirir

²² 509 U.S. 579 (1993).

²³ Id. em 593-95. É interessante questionar se esses mesmos quatro critérios se aplicam ao direito. Certamente o critério 2 (publicação em uma revista científica revisada por pares) não o é. É possivelmente os critérios 1 e 3 não o sejam.

²⁴ Ver, por exemplo, David L. Faigman, “The Law’s Scientific Revolution: Reflections and Ruminations on the Law’s Use of Experts in Year Seven of the Revolution”, 57 *Wash. & Lee L. Rev.* 661 (2000); David L. Faigman, “The Tipping Point in the Law’s Use of Science: The Epidemic of Scientific Sophistication That Began with DNA Profiling and Toxic Torts”, 67 *Brook. L. Rev.* 111 (2001).

²⁵ Há, é claro, outras importantes interligações entre o direito e a ciência. Uma em voga recentemente é a relação entre propriedade intelectual e normas científicas. Uma questão central é se a ampliação do objeto patenteável desde 1980 teria influenciado adversamente a investigação científica por estar em desacordo com as normas prevaletentes da ciência. Ver, por exemplo, Rebecca S. Eisenberg, “Proprietary Rights and the Norms of Science in Biotechnology Research”, 97 *Yale L. J.* 177 (1987); Michael A. Heller & Rebecca S. Eisenberg, “Can Patents Deter Innovation? The Anti-commons in Biomedical Research”, 280 *Science* 698 (1998); F. Scott Kieff, “Facilitating Scientific Research: Intellectual Property Rights and the Norms of Science — A Response to Rai and Eisenberg”, 95 *Nw. U. L. Rev.* 691 (2001); Arti Rai, “Regulating Scientific Research: Intellectual

¹⁸ Há, por certo, muita controvérsia sobre se a economia é realmente uma “ciência” no mesmo sentido em que as ciências biológicas, químicas, físicas e naturais são ciências. Ver, para informações gerais, John Sutton, *Marshall’s Tendências* (2000).

¹⁹ Ver, para informações gerais, David L. Faigman, *Legal Alchemy* (1999); Ellen E. Deason, “Incompatible Versions of Authority in Law and Science”, 13 *Soc. Epistemology* 147 (1999).

²⁰ Talvez o testemunho procure dar ao autor culpa concorrente por não dar atenção à advertência astrológica, da qual tinha ou deveria ter conhecimento.

²¹ Como veremos na próxima seção, os adeptos do positivismo lógico utilizavam alquimia, astrologia e psicanálise como exemplos de pseudociências, conjuntos de saberes aparentemente coerentes que se distinguem das verdadeiras ciências por fazer declarações que não podem ser falseáveis. Ver notas 27-33 *infra* e respectivos textos.

conhecimento sobre o mundo através de uma combinação desses dois estilos de investigação. Em especial, a ciência procura articular uma teoria logicamente consistente sobre uma classe de fenômenos e, em seguida, sujeitar a referida teoria à investigação sistemática para verificar se a teoria descreve e prevê de maneira precisa a classe de fenômenos em questão.

São muitos os êxitos palpáveis desse método de investigação do mundo. De fato, há um célebre argumento recente sustentando a proposição de que o aprofundamento do conhecimento em um vasto número de áreas depende da aplicação do método científico a esses campos, como a religião, que anteriormente se acreditava estarem abertos apenas a intuição, fé e argumentação lógica.²⁶ Reservando para a seção IV a discussão sobre se os progressos do direito também levarão à necessidade da adoção expressa do método científico.

III. Uma breve análise da filosofia da ciência

A seção anterior lançou foco sobre a discussão a respeito do que constituiria a ciência e o método científico. Nesta, avançarei além da informalidade daquela discussão para tratar da maneira como os filósofos da ciência abordam as questões centrais do que constitui a ciência e a verificação.²⁷

A. Popper e o positivismo lógico

A mais famosa teoria filosófica da ciência moderna é a de Sir Karl Popper. Em *A lógica da descoberta científica*,²⁸ Popper, austríaco, argumentou que a ciência

progrediu extraindo da teoria prevalecente em uma área previsões lógicas, mas inesperadas, que podem ser sujeitas à verificação ou refutação empírica. A ênfase de Popper no falseamento decorria da sua forte crença de que uma teoria nunca poderia ser provada correta por meio da verificação por observação. A teoria de que o Sol nasce no leste havia sido confirmada todas as manhãs até o momento, mas, de acordo com Popper, essa teoria poderia ser refutada no espaço de duas semanas. Por mais persuasivos que milhares e milhares de anos de observação consistente possam parecer, a rigor, outra peça de evidência confirmatória não pode provar nada.

Em contraste, Popper assevera que uma evidência refutadora é particularmente poderosa porque ela quase conclusivamente refuta a hipótese. Por exemplo, a teoria de que todos os cisnes sejam brancos é decisivamente refutada pela observação de um cisne negro. Essa grande assimetria entre a teoria confirmatória e a de falseamento é o ponto nevrálgico da famosa teoria de Popper. Ela tem a importante consequência de elevar o ceticismo a um alto grau entre as características valorizadas na ciência. Toda teoria pode, no melhor dos cenários, de acordo com essa visão, ser apenas contingencialmente e fragilmente sustentada, uma vez que nenhuma evidência pode provar de forma conclusiva que uma teoria é verdadeira, pois a próxima evidência poderá falseá-la.

A teoria científica da descoberta e verificação popperiana representou um grande avanço na filosofia da ciência. Ainda assim, a despeito de seus óbvios atrativos, foi larga e exitosamente criticada. Há duas críticas centrais. Em primeiro lugar, encontrar a evidência falseadora não necessariamente refuta a teoria — certamente diz ao investigador que *algo* está errado, mas não é necessariamente a teoria.²⁹ Poderiam, em vez disso, ser os dados ou os métodos de verificação utilizados. Mais do que isso, um falseamento nem sempre é tão bem-definido quanto Popper sustenta. Para extrair uma previsão falseável de uma teoria, é frequentemente necessário fazer suposições adicionais àquelas feitas pela teoria. Se, após feitas essas suposições adicionais, a evidência fal-

²⁶ Ver, para informações gerais, Edward O. Wilson, *Consilience: The Unity Of Knowledge* (1998).

²⁷ Sou especialmente grato a Patrick Maher, do Departamento de Filosofia da Universidade de Illinois em Urbana-Champaign, e a Brian Leiter, da Faculdade de Direito da Universidade do Texas, por sua ajuda nesta seção. Para um exame geral dos tópicos e leituras na filosofia da ciência, ver *Philosophy of Science: The Central Issues* (Martin Curd & J. A. Cover eds., 1998); Alex Rosenberg, *Philosophy of Science: A Contemporary Introduction* (2000); *The Structure of Scientific Theories* (Frederick Suppe ed., 2d ed. 1977).

²⁸ Karl R. Popper, *The Logic of Scientific Discovery* (Karl R. Popper et al. trans., 1959).

²⁹ Ver Wesley C. Salmon, *Foundations of Scientific Inference* (1967); Wesley C. Salmon, "Rational Prediction" 27 *Phil. & Publ. Sci.* 112 (1991).

seja a teoria, pode muito bem ser o caso de que o falseamento aponte para a inadequação das suposições adicionais, e não para a verossimilhança da teoria subjacente.³⁰

Em segundo lugar, parece contrário ao bom senso sustentar que nenhuma quantidade de evidência seja suficiente para levar à crença racional em uma teoria. Considere novamente o exemplo acima sobre a teoria de que o Sol nasce no leste. Apesar da assunção de que, pelo menos desde o início da história humana registrada, o Sol tenha nascido no leste não seja, de acordo com a teoria popperiana, suficiente para confirmar aquela teoria, isso não afasta o dado de que essa regularidade confere *algum* peso em favor da teoria. Professor David Goodstein também ressalta que o verdadeiro comportamento dos cientistas sugere que eles acreditam que um número maior de evidências comprobatórias seja algo bom; ou seja, a maioria dos cientistas age em suas vidas profissionais como se valorizasse outro resultado que pareça confirmar uma previsão inesperada de uma teoria.³¹

Essas críticas foram tão vigorosas que até os popperianos convictos deram o braço a torcer.³² A visão popperiana do que constitui a ciência aceitável pode ter sido desacreditada pelos críticos, e essa crítica pode ter sido aceita até mesmo pelos próprios popperianos. Entretanto, surpreendentemente, a visão popperiana está viva e em boa conta entre os estudiosos do direito.³³

B. Teoria das mudanças de paradigmas de Kuhn

Talvez tão famosa quanto a teoria da falseabilidade de Popper seja a do tardio³⁴ Thomas Kuhn, um historiador da ciência. Em *A estrutura das revoluções*

científicas, Kuhn argumentou que o conceito central em qualquer ciência é o da “ciência normal” ou do “paradigma” prevalecente.³⁵ Um “paradigma”, de acordo com Kuhn, é a combinação prevalecente de teoria, padrões e métodos aceitáveis de investigação e confirmação em uma comunidade científica.³⁶ O sentido é o de que, em dado período, os praticantes de determinada ciência endossam o mesmo paradigma. Eles empreendem suas investigações científicas dentro dos limites impostos pelo paradigma. O paradigma prevalecente sugere previsões sobre fenômenos relevantes. Em seguida, os investigadores perseguem essas previsões e, por meio de suas investigações, alteram e aprofundam o paradigma. Crucial para a noção de um paradigma é a visão de que há, ocasionalmente, observações anômalas que parecem não se encaixar facilmente no paradigma prevalecente. Com frequência, quando isso ocorre, aqueles que praticam o paradigma são capazes de readaptá-lo para acomodá-lo à observação anômala sem ter de abandoná-lo de uma vez por todas. Os avanços de um paradigma ocorrem progressivamente, e não por saltos.

No entanto, Kuhn sugeriu que revoluções científicas ocorrem porque, por vezes, as anomalias se acumulam tanto que se torna praticamente impossível adaptar o paradigma prevalecente para dar conta delas.³⁷ Por fim, alguém propõe um novo paradigma que suplanta o existente por dar conta não só de todos os fenômenos explicados sem falhas pelo anterior, mas também de todos aqueles fenômenos que eram anômalos para o antigo paradigma.

Kuhn ilustrou sua teoria em um trabalho anterior sobre a revolução copernicana.³⁸ A visão ptolemaica de nosso sistema solar sustentava que a Terra era o centro do sistema e que todos os outros planetas e o Sol giravam ao seu redor. Essa teoria era consistente com a vasta maioria das observações que se apresentavam, mas havia anomalias. Alguns planetas pareciam apresentar “laçadas” em suas órbitas em volta da Terra. Isso significava que, com o decorrer do tempo, eles pareciam mover-se da esquerda para a direita no céu, e então parar e voltar

³⁰ Ver Goodstein, nota 16 *supra*, em 71.

³¹ Id. A possibilidade de confirmação de evidências comuns e recorrentes é o ponto central da inferência bayesiana. Ver discussão na seção III.C *infra*.

³² Cumpre notar, no entanto, que o positivismo lógico, embora em uma forma moderna, ainda tem importantes defensores. Ver, por exemplo, Michael Friedman, *Reconsidering Logical Positivism* (1999).

³³ Uma recente tentativa de reviver alguns aspectos do positivismo lógico pode ser vista em Richard W. Miller, *Fact and Method: Explanation, Confirmation and Reality in the Natural and the Social Sciences* (1987).

³⁴ Não confundir com o filósofo da linguagem Ludwig Wittgenstein.

³⁵ Thomas S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions* (3d ed. 1996) [doravante Kuhn, *Scientific Revolutions*].

³⁶ Id. em 10-11.

³⁷ Id. em 52-53.

³⁸ Thomas S. Kuhn, *The Copernican Revolution: Planetary Astronomy in the Development of Western Thought* (1957).

da direita para a esquerda, e depois pareciam parar novamente e reverter o campo mais uma vez, retomando sua passagem da esquerda para a direita.³⁹ Para Copérnico, Johannes Kepler, Tycho Brahe e outros, essas laçadas eram anômalas: não havia nada na “teoria” ptolemaica sobre o movimento planetário que pudesse explicar facilmente essa movimentação inconstante. No entanto, hábeis astrônomos procuraram explicar as anomalias dentro da visão ptolemaica do sistema solar e fizeram isso muito bem, ou seja, foram bem-sucedidos o suficiente para os praticantes aceitarem suas emendas ao paradigma prevalecente.

Mas Kepler e outros sentiram que havia uma explicação mais simples para as anomalias, a começar pela visão totalmente diferente de que o Sol era o centro do sistema solar e que a Terra e os outros planetas giravam ao redor do Sol. Entre outras coisas, essa visão alternativa explicava as “laçadas” nos movimentos planetários como sendo devidas ao fato de que a Terra e os planetas anômalos se movem em torno do Sol, e as laçadas eram fruto dos movimentos relativos da Terra e desses planetas.⁴⁰

Como, perguntou Kuhn, os astrônomos escolheram entre a visão ptolemaica, com o centro na Terra, e a visão do sistema solar de Copérnico?⁴¹ Kuhn sugeriu que o paradigma mais simples, que oferece previsões mais frutíferas, que é mais coerente com as observações e promete maiores avanços, prevalecerá no futuro.⁴²

Alguns analistas dessa cativante explicação para os progressos científicos sugerem que uma importante implicação da teoria kuhniana era a de que um paradigma é tão bom quanto outro. Houve afirmações de que a visão copernicana do sistema solar não é de qualquer forma “melhor que” ou “mais real do que” a ptolemaica; ela é simplesmente mais econômica.⁴³ Kuhn rejeitou explicitamente essa visão.⁴⁴

³⁹ Id. em 48-49, 166-67.

⁴⁰ Ver id. em 209-17.

⁴¹ Ver seção V. C *infra*, sobre como, de acordo com uma moderna teoria da filosofia da ciência, os cientistas escolhem entre explicações concorrentes da mesma evidência.

⁴² Kuhn, *Scientific Revolutions*, nota 35 *supra*, em 153-59.

⁴³ Kuhn aparentemente acreditava na ideia de que as revoluções científicas representavam tipicamente um avanço no entendimento humano. Mas outros autores adotam uma visão mais cética. A visão de que os críticos modernos teriam ido longe demais na crítica ao papel da razão nas questões humanas, incluindo a ciência, é extraordinariamente retratada em Stephen Toulmin, *The Return to Reason* (2001).

⁴⁴ Ver Kuhn, *Cosmological Revolutions*, nota 22 *supra*, em 460.

A teoria de Kuhn, que é estimulante e inicialmente tão atraente quanto a de Popper, também foi alvo de críticas. A crítica central é a de que a teoria de Kuhn não postula qualquer forma para saber ou prever com antecedência quando uma mudança de paradigma pode ocorrer. A ideia de que as anomalias se acumulam para um paradigma, que se torna, no fim das contas, de difícil manutenção, sendo mais econômico adotar um paradigma diferente, pode fazer sentido como uma descrição ampla das revoluções científicas, mas não é particularmente útil no exame do estado de qualquer paradigma em especial, em um momento determinado do tempo. Alguém observando aqueles que sustentam o paradigma seria pressionado a dizer se o número de anomalias em um particular momento no tempo seria banal, mediano ou significativo para tornar iminente uma mudança de paradigma.

Outro ponto frequentemente levantado pelos críticos de Kuhn é o de que “mesmo quando uma mudança de paradigma é verdadeiramente profunda, os paradigmas que ela diferencia não são necessariamente incomensuráveis”, conforme Kuhn sugeriu que seriam.⁴⁵ As revoluções não são verdadeiramente revolucionárias, mas, sim, evolutivas. O progresso científico não é realizado em saltos bem-definidos a partir de um paradigma distinto do outro, mas em mudanças discretas e progressivas que, quando observadas em retrospecto, levam a uma mudança drástica no decorrer do tempo. Os cientistas raramente descrevem seu próprio trabalho como revolucionário. É muito mais comum que caracterizem seu trabalho como fundamentado no trabalho de outros. Isaac Newton expressou essa visão de maneira bem conhecida em uma carta a um admirador que o havia elogiado quanto aos seus maravilhosos progressos científicos: “Se eu vi mais longe, foi por estar de pé sobre os ombros de gigantes”.⁴⁶

Como exemplo adicional da teoria kuhniana, e se aproximando mais do direito, considere o paradigma prevalecente dentro da teoria microeconômica: a teoria da escolha racional.⁴⁷ A teoria da escolha racional é a teoria para-

⁴⁵ Goodstein, nota 16 *supra*, em 73.

⁴⁶ A visão de o avanço científico ser progressivo em vez de revolucionário é retratada no célebre estudo de Robert K. Merton, *On the Shoulders of Giants* (1st ed., 1965).

⁴⁷ Como vimos, há mais aspectos em um paradigma que o núcleo teórico central. Kuhn e outros estudiosos quiseram dizer que o paradigma inclui os padrões ou normas da comunidade científica

digmática do processo decisório humano nas ciências sociais hoje em dia.⁴⁸ Provou ser tão profícua no exame dos fenômenos econômicos que foi utilizada com sucesso semelhante em disciplinas afins da economia, como ciência política, relações internacionais e direito. A teoria em questão sustenta que os seres humanos calculam de perto e com precisão os custos e benefícios de suas ações futuras — escolhem as ações que preveem trazerem os melhores benefícios líquidos para eles. Quase nunca cometem erros nessas decisões, apenas o fazendo com frequência se sistematicamente induzidos a tal.

Esse é o paradigma prevalecente nas ciências sociais, e muitos importantes trabalhos teóricos e empíricos têm sido conduzidos pela sua diligente aplicação por capacitados estudiosos. No entanto, tem havido um número crescente de resultados anômalos nas investigações das ciências sociais, resultados esses que são difíceis de conciliar com a teoria da escolha racional. Considere, por exemplo, a constatação de que os indivíduos em geral levam em conta custos irrecuperáveis em suas decisões de maneira diferente da postulada pela teoria da escolha racional, a qual propõe que os tomadores de decisão perceberão que um custo irrecuperável, uma vez incorrido, deve ser esquecido, como no dito popular “o que passou, passou”. Assim, por exemplo, uma vez que alguém tenha adquirido um ingresso para uma temporada do teatro, sua decisão de assistir a uma apresentação deve se deter apenas nos custos variáveis associados a essa apresentação. Portanto, não deveria entrar em sua decisão de assistir o fato de ele ter adquirido o ingresso, fazendo valer seu dinheiro. Ele comprou o ingresso para a temporada a despeito de intencionar assistir a uma apresentação, a todas ou a nenhuma. Sua decisão com relação a qualquer produção em particular deve se deter apenas no seu humor naquele dia, no clima, nas obrigações de trabalho no dia seguinte, e assim por diante.

Por mais razoável que possa parecer esse relato de decisão envolvendo custos irrecuperáveis, não é aparentemente a forma como a maioria dos seres

humanos toma decisões. Os custos irrecuperáveis entram frequente e decisivamente nas tomadas corriqueiras de decisão.⁴⁹

Esses e outros resultados anômalos começaram a se acumular nas ciências sociais que se amparam na teoria da escolha racional. Seguindo os passos de Kuhn, alguém poderia perguntar se essas anomalias são tão numerosas para levar a uma iminente mudança de paradigma. Essa questão se revela impossível de responder. O grupo precisa enfrentar as anomalias, seja para modificar a teoria da escolha racional de modo a incluir os comportamentos anômalos, seja para abandoná-la integralmente em favor de outra.⁵⁰ Há atualmente uma grande dose de desconforto em alguns setores da teoria microeconômica por conta das anomalias,⁵¹ mas não há uma forma de determinar com antecedência se será um exemplo de uma das revoluções científicas de Kuhn ou meramente um progresso adicional dentro do grande novelo da teoria econômica durante os 300 anos de sua evolução.

Houve tentativas de reconciliar Popper e Kuhn, mais notavelmente o trabalho de Imre Lakatos. Lakatos sugeriu que as comunidades científicas se engajassem em programas de pesquisa que não pudessem ser falseados por um ou por um pequeno número de resultados.⁵² No entanto, pode haver um “programa de pesquisa degenerativo” por meio do acréscimo de resultados e observações anômalos. A comunidade pode resistir ao falseamento do programa verificado pelo crescimento das anomalias por meio de modificações introduzidas *ad hoc* no programa de pesquisa. Por exemplo, de acordo com a teoria newtoniana do movimento planetário, há movimentos anômalos no planeta Mercúrio.

⁴⁸ Id. em 1069-70.

⁴⁹ Uma afirmação comum é que “só uma teoria pode derrubar uma teoria”. Aqueles que invocam essa visão em geral o fazem para justificar a manutenção do paradigma da escolha racional até que uma teoria bem-articulada venha substituí-lo. No entanto, essa não é a forma como os avanços científicos geralmente ocorrem. Antes, surgem anomalias e elas ou são explicadas por um paradigma modificado ou servem como observações que levam a outro paradigma (ainda indefinido).

⁵¹ Pode haver desconforto, mas há um crescente reconhecimento da importância, dentro da área da economia, de relatar essas anomalias. Uma prova dessa importância é o fato de que o professor Matthew Rabin, do Departamento de Economia da Universidade da Califórnia, em Berkeley, um estudioso prolífico de economia comportamental — que se concentra nas anomalias das previsões da teoria da escolha racional — tenha recentemente ganhado a Medalha John Bates Clark da Associação Econômica Americana, um prêmio bienal para um proeminente economista de menos de 40 anos. Muitos vencedores da Medalha Clark posteriormente foram laureados com o Prêmio Nobel.

⁵² Ver Imre Lakatos, *The Methodology of Scientific Research Programmes (Philosophical Papers, Volume 1)*

⁴⁸ Muito desta seção se baseia em Russell B. Korobkin & Thomas S. Ulen, “Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics”, 88 *Cal. L. Rev.* 1051 (2000).

Os newtonianos podem salvar a teoria sustentando a existência de “Vulcano”, um planeta invisível entre Mercúrio e o Sol. Por fim, no entanto, essas alterações introduzidas *ad hoc* devem integrar o programa de pesquisa, ou seja, Vulcano deve ser descoberto ou existir, ou o programa deve dar espaço a outro.

Um importante elemento da ciência e do método científico que deve ser mencionado, e que Kuhn enfatizou, é o de que há normas razoavelmente bem-definidas prevaletentes dentro da comunidade científica a respeito dos métodos de investigação e comportamento. Essa é uma questão muito vasta, que introduzo apenas para chamar atenção para o fato de que, na comunidade científica atual, há uma forte competição entre cientistas para desenvolver o conhecimento em suas várias áreas, assim como há um surpreendente número de cooperações entre cientistas com relação a dados e resultados, e há uma sofisticada ética para a publicação de resultados em revistas científicas revisadas por pares e a participação em encontros periódicos de pesquisadores trabalhando em uma área de especialidade.⁵³

C. Inferência bayesiana e descoberta científica

Atualmente muitos filósofos da ciência, se não a maioria, endossam a teoria bayesiana.⁵⁴ Para abordar o que essa teoria descreve como o mister dos cientistas, primeiramente explicarei a inferência bayesiana e, em seguida, mostrarei como ela pode descrever o método científico.

1. VISÃO GERAL DA INFERÊNCIA BAYESIANA

A inferência bayesiana é um método probabilístico para incorporar sistematicamente novas informações às crenças anteriores de alguém.⁵⁵ Opõe-se à

⁵³ Goodstein, nota 16 *supra*, em 74-75.

⁵⁴ Ver, por exemplo, Colin Howson & Peter Urbach, *Scientific Reasoning: The Bayesian Approach* (1st ed. 1989); Patrick Maher, *Betting on Theories* (1993).

⁵⁵ Ver, para informações gerais, Howson & Urbach, nota 54 *supra*.

inferência probabilística clássica, por vezes denominada “Neyman-Pearson”. A distinção pode ser demonstrada por um famoso exemplo de inferência. Suponha que alguém jogue uma moeda e conte os resultados de cara e de coroa. A diferença entre os métodos bayesiano e de Neyman-Pearson tem a ver com as inferências que as duas técnicas extraem do registro das faces da moeda.

As técnicas de Neyman-Pearson presumem que a moeda é honesta e que, após um grande número de lances, o número de caras e de coroas é igual. Uma longa série de caras não necessariamente levará alguém, partindo do ponto de vista de Neyman-Pearson, a questionar a assunção de que a moeda seja honesta. Em vez disso, provavelmente dirá: “Seja paciente. Se continuarmos a jogar a moeda para o alto, haverá um aumento compensador do número de coroas, de forma que, após um grande número de lances, a proporção de caras e coroas será igual”.

Em contraste, um bayesiano poderá, como seu colega Neyman-Pearson, partir do pressuposto de que a moeda é honesta. Mas se o número de um dos dois possíveis resultados começar a prevalecer, o bayesiano irá, à luz das evidências acumuladas, “atualizar” sua “crença anterior” sobre a “honestidade” da moeda. A evidência pode persuadi-lo de que há uma forte probabilidade crescente de que a moeda seja viciada. Uma pessoa comprometida em avaliar os resultados dos lances da moeda partindo de uma perspectiva de Neyman-Pearson poderá, é claro, também concluir que a moeda não é “honestas”. Mas a diferença é que os bayesianos possuem uma visão sistemática para chegar a essa conclusão, enquanto os seguidores de Neyman-Pearson devem se ater ao abandono de seu pressuposto de honestidade sem um meio sistemático para chegar a esse abandono.

2. UM EXEMPLO

A inferência bayesiana oferece um meio sistemático de determinar o valor probatório de novas informações. Mais do que isso, como veremos, esse estilo de inferência oferece um meio de avaliar o grau a partir do qual novas informações devem alterar as crenças anteriores de uma entidade. Considere um exemplo.

Suponha que você seja médico. Uma paciente vai ao seu consultório contar-lhe que descobriu um pequeno inchaço em seu seio e está preocupada com a possibilidade de ser cancerígeno. Você a examina e depois diz — amparado em tudo o que você sabe sobre câncer de mama; sobre essa paciente em especial, sobre mulheres com seu tipo de histórico médico e outras informações relevantes — que a probabilidade dela ter câncer de mama é 0,10. Isso parece uma probabilidade relativamente baixa e, ainda assim, para ser prudente, você recomenda uma mamografia. Você sabe que, em mulheres desse tipo que tiveram câncer, a mamografia detectará corretamente o câncer em 90% das vezes. Em mulheres que não tiveram câncer, a mamografia indicará falsamente o câncer em 20% das vezes. A mamografia tem resultado positivo, ou seja, indica que a paciente tem câncer de mama. Qual é a probabilidade de que a mulher realmente tenha câncer de mama?

Suponha que haja 100 mulheres que tenham o mesmo histórico médico e outras características similares às da paciente em questão. Suponha, ainda, que 10 delas realmente sofrem de câncer de mama, e 90 não. Por fim, suponha que, entre as 90 que não sofrem de câncer, 20% terão um resultado positivo na mamografia, ou seja, um falso positivo. Oitenta por cento daquelas 90 não terão um resultado positivo na mamografia, o que, por vezes, denomina-se “verdadeiro negativo”. Das 10 que *de fato* sofrem de câncer, 90% obterão um resultado positivo na mamografia (um “verdadeiro positivo”), e 10% não obterão um resultado positivo na mamografia (um “falso negativo”).

Podemos dispor em uma tabela esses resultados, como se segue:

Tabela 1 | Resultados da avaliação de câncer
(100 pacientes avaliados: 10 realmente sofrem de câncer, 90 não)

Resultado	Porcentagem	Número	Caracterização
Sem câncer e com resultado positivo na mamografia	20	$90 \times 0,20 = 18$	Falso positivo
Sem câncer e com resultado negativo na mamografia	80	$90 \times 0,80 = 72$	Verdadeiro negativo
Com câncer e com resultado positivo na mamografia	90	$10 \times 0,90 = 9$	Verdadeiro positivo
Com câncer e com resultado negativo na mamografia	10	$10 \times 0,10 = 1$	Falso negativo

A paciente apresentou um resultado positivo; portanto, ela deve fazer parte de um dos dois grupos que tem um resultado positivo na mamografia. Há 27 pacientes que apresentam resultados positivos na mamografia. No entanto, dessas 27 pacientes, apenas nove realmente sofrem de câncer. Portanto, a probabilidade de que a paciente sofra de câncer é de 9/27 ou 0,33. É muito mais provável que ela seja uma daquelas que não apresentavam câncer e que obtiveram um resultado positivo do que uma paciente de fato com câncer.

3. TOMADA DE DECISÃO BAYESIANA E CIÊNCIA

A inferência bayesiana teve um impacto direto na filosofia da ciência. Especificamente, essa técnica foi útil em dar conta de como os cientistas devem escolher entre teorias concorrentes com base em evidências. A situação que é interessante nesse sentido ocorre quando há teorias alternativas para os mesmos fenômenos naturais e quando a questão advém do fato de as evidências penderem mais em favor de uma teoria do que de outra. Os filósofos da ciência se referem a esse ramo de seu estudo como “teoria da confirmação”.

A confirmação se tornou uma preocupação central para a filosofia da ciência em decorrência dos estudos históricos de mudanças de paradigma de Thomas Kuhn. Alguns dos primeiros críticos de Kuhn apontaram que, quando dois paradigmas são concorrentes (ou quando quaisquer duas teorias são concorrentes), há alguns meios sistemáticos de a comunidade científica determinar qual dos dois paradigmas foi fortalecido ou enfraquecido pelas novas evidências. Buscando tratar dessa questão, alguns filósofos propuseram a inferência bayesiana como um modelo de como os cientistas fizeram as escolhas confirmadoras ou refutadoras.⁵⁶

⁵⁶ Ver para informações sobre Hanson & Titchener, caso 54 sobre Malton, caso 54 sobre

A aplicação da inferência bayesiana à questão da confirmação das teorias científicas é direta. Assuma que haja uma teoria que governe alguns — mas não todo o universo — dos versados em uma área. A probabilidade de que a teoria seja verdadeira, ou o grau da crença na teoria, constitui a probabilidade prévia na inferência bayesiana. Agora suponha que alguns cientistas, seguindo os protocolos de estudo e publicação em seu campo, publiquem uma nova evidência. Os cientistas devem analisar seu grau de crença na teoria com base na evidência?⁵⁷ Há um método formal para explicar o grau a partir do qual uma nova evidência, se probatória, deveria influenciar as crenças anteriores. Trata-se das equações bayesianas para atualizar as crenças anteriores para que se tornem crenças posteriores.

A visão bayesiana da confirmação científica, como outras teorias da filosofia da ciência que estamos analisando, possui críticos. O mais forte deles é o professor Clark Glymour.⁵⁸ Algumas das críticas de Glymour são técnicas e direcionadas às assunções subjacentes da probabilidade bayesiana e não apenas à sua aplicação na filosofia da ciência. Por exemplo, Glymour acha difícil aceitar a visão, geralmente associada aos bayesianos, de que os julgamentos probabilísticos representam graus de crença, que esses graus de crença necessariamente obedecem ao cálculo de probabilidade, e que os graus de crença mudam de acordo com as regras de condicionalidade verificadas nas fórmulas bayesianas.⁵⁹ Mais do que isso, ele menciona a consolidada crítica de que o bayesianismo “não oferece qualquer conexão entre o que é inferido e o caso em si”.⁶⁰ Em outras palavras, se as probabilidades anteriores correspondem a graus de crença pessoais, tudo o que o bayesianismo nos oferece é um relato do quão racionalmente as pessoas devem analisar seus graus pessoais de crença, mas não trata efetivamente da forma como pessoas racionais vêm a acreditar em declarações verdadeiras ou como elas podem driblar as falsas. Uma resposta padrão a essa crítica é que, mesmo com as probabilidades anteriores

sendo meramente pessoais, com o passar do tempo os graus de crença pessoal convergirão para se tornar a verdade objetiva para cada indivíduo e para todos os indivíduos.⁶¹ Outra resposta que se pode dar é a de que, quando aplicados às teorias científicas, os graus de crença bayesianos representam não meros pecadilhos pessoais, mas constituem a crença consolidada de uma comunidade científica bem-definida e esclarecida.

O professor Glymour dirige suas outras críticas especificamente ao uso da inferência bayesiana para explicar a ciência. Por exemplo, ele não acredita que a argumentação probabilística seja uma parcela definida da argumentação científica por muito tempo, e certamente não o era nos grandes debates entre o século XVI e o início do século XX.⁶² Não acho que esta seja uma crítica particularmente potente. Mesmo se considerarmos que a teoria da probabilidade e, em especial, sua versão bayesiana sejam desenvolvimentos relativamente novos na história humana, isso não significa que a argumentação probabilística implícita não seja parte do pensamento científico há muito mais tempo do que o de sua formalização. Por analogia, a teoria da escolha racional foi formalizada apenas por volta dos últimos 40 anos, mas economistas e historiadores deram grandes passos em seu histórico de investigação utilizando essa teoria em decisões feitas séculos antes de os economistas a formalizarem.

Glymour faz duas críticas adicionais ao bayesianismo aplicado à ciência. A primeira é a de que, mesmo que o relato forneça uma razoável confirmação para a comunidade científica, ele não explica outros aspectos fundamentais do processo de confirmação.⁶³ Por exemplo,

existe uma variedade de noções metodológicas que um relato de confirmação deve explicar, e os truismos metodológicos envolvendo essas noções que uma teoria de confirmação deve explicar: por exemplo, uma variedade de evidências e por que as desejamos, as hipóteses introduzidas *ad hoc* e por que as evitamos, o que separa a hipótese que integra uma teoria de algo “secundário” à teoria, a simplicidade e por

⁵⁷ Ver Wesley C. Salmon, “Rationality and Objectivity in Science, or Tom Kuhn Meets Tom Bayes”, in *Scientific Theories*, 14 *Minnesota Studies in the Philosophy of Science* (C. Wade Savage ed., 1990).

⁵⁸ Ver Clark Glymour, *Theory and Evidence* 63-93 (1980).

⁵⁹ Ver *id.*, em 67-75.

⁶⁰ *Id.*, em 72.

⁶¹ *Id.*

⁶² *Id.*, em 91.

⁶³ *Id.*, em 63-60.

que é tão frequentemente admirada, por que as teorias “deoccamizadas”⁶⁴ são tão frequentemente rechaçadas, o que determina quando uma evidência é pertinente para uma hipótese, o que, afinal, torna a confirmação de parte de uma teoria por parte de uma evidência mais forte do que a confirmação de outra parte da teoria (ou possivelmente a mesma parte) por outra (ou possivelmente a mesma) evidência.⁶⁵

Em segundo lugar, Glymour afirma que a visão bayesiana não trata de fato do que queremos saber em debates científicos, isto é, o que conta como um argumento persuasivo:

O que queremos é uma explicação do argumento científico; e o que os Bayesianos nos oferecem é uma teoria do aprendizado. De fato, uma teoria do aprendizado pessoal. Mas os argumentos são mais ou menos impessoais; eu lanço mão de um argumento para persuadir alguém informado sobre as premissas, e ao fazer isso não estou revelando nada da minha autobiografia. Ao atribuir a mim mesmo graus de crença que me ajudam a percorrer o caminho entre as minhas premissas e a minha conclusão não se consegue explicar nada, não apenas porque a atribuição por si só já é arbitrária, mas também porque, mesmo se for uma atribuição adequada quanto aos meus graus de crença, isso não explica por que o que estou fazendo é *argumentar*, isto é, por que o que estou dizendo deveria ter uma mínima influência sobre os outros, ou por que devo desejar que o tivesse.⁶⁶

Esses são pontos fortes, mas não insuperáveis. Podemos responder à primeira crítica, por exemplo, objetando que é verdade que o relato bayesiano não trata diretamente dos aspectos do método científico. Mas outros aspectos da filosofia da ciência, além da teoria da confirmação, tentam dar conta das perguntas que Glymour levanta sobre os elementos adicionais do método. Quanto ao segundo ponto, acredito que Glymour não considerou o fato

⁶⁴ Uma *deoccamized theory* é “uma teoria pela qual um parâmetro é substituído por uma função de diversos outros parâmetros”. Definição constante de Roger Rosenkrantz, “Why Glymour is a Bayesian”, p. 93. Texto disponível em: <www.mcps.umn.edu/philosophy/10_5Rosenkrantz.pdf>. Acesso em: out. 2012. (N.R.T.)

⁶⁵ Id. em 67-68.

⁶⁶ Id. em 74-75.

de que a teoria bayesiana implicitamente discute o que conta como um argumento convincente em sua discussão acerca do que deveria ser levado em conta como evidência comprobatória. Por corolário, a evidência que não tem valor comprobatório não alterará as probabilidades anteriores. Dessa forma, é uma resposta parcial a essa segunda crítica afirmar que o bayesianismo sugere que apenas a evidência comprobatória conte como um “argumento”, ou seja; como evidência do que pode alterar uma das probabilidades ou graus de crença anteriores.

A visão bayesiana não resolve algumas das questões mais espinhosas da filosofia da ciência. Mas há um avanço muito importante com o advento do bayesianismo: a teoria parece oferecer uma visão particularmente boa — uma explicação positiva, não normativa, de como a comunidade científica aceita novas provas que confirmam ou refutam a teoria existente.

IV. Direito como ciência

Agora que temos uma noção do que constitui uma ciência e qual é a visão moderna da filosofia da ciência com relação à ciência e à verificação de hipóteses científicas, podemos investigar se o estudo acadêmico do direito é científico ou está em processo de se tornar científico.

Nesta seção, primeiro analisarei se o estudo do direito é uma ciência, com o entendimento dessa palavra que desenvolvi nas seções II e III. Advogo que já há alguns elementos do método científico no estudo do direito, mas acredito que haja importantes elementos definidores que estão faltando, a saber, um núcleo teórico ou paradigma disseminado e comumente aceito, assim como métodos de verificação empírica ou experimental. Considero o caso geral sobre se o conhecimento acadêmico teria conseguido o endosso da investigação científica, para depois considerar três exemplos específicos que ilustram, acredito, alguns bons indícios de que o método científico esteja há muito implícito no conhecimento jurídico — mais do que geralmente se acredita estar —, e que esteia se disseminando no estudo do direito. Concluo esta seção com a

especulação sobre o que mais pode acontecer no futuro próximo para aumentar a natureza científica do conhecimento jurídico.

A. Teoria jurídica

Há alguns aspectos do método científico que o estudo do direito compartilha, entre outras ciências, com aquelas laureadas com o Prêmio Nobel; e há mais alguns aspectos daquele método que o estudo do direito não deve possuir.

O estudo do direito, em qualquer sociedade, preocupa-se com um mesmo objeto geral, a saber, todos os aspectos do sistema social da normatização promulgada e aplicada pelos órgãos legítimos de governo. Incluídos entre esses aspectos estão: a determinação do que constitui uma normatização legítima; como aqueles cujo comportamento pode ser afetado pela normatização podem (e de fato o fazem) responder àquela normatização; como os versados nessas normatizações legítimas — os juristas — treinam e agem dentro do sistema; como os tribunais, legisladores e órgãos do Poder Executivo afetam o direito; e como o relacionamento entre métodos de regulação não governamental, como a família e as normas sociais, afetam o comportamento e interagem com o sistema jurídico.

Conquanto possa haver acordo entre os estudantes de direito sobre o objeto de suas investigações, há menos acordo sobre os métodos por meio dos quais essas investigações podem ser levadas a efeito de maneira adequada, e sobre os tipos de conclusões por meio dos quais são encontrados e comprovados resultados inovadores — lembre-se de que um dos elementos de uma ciência era um método consolidado por meio do qual se podem estabelecer e refutar alegações, mesmo se houver discordância sobre o valor comprobatório de alegações específicas. Uma medida dessa falta de um elemento essencial dentro do estudo científico do direito é a sua dificuldade de comunicação transnacional. Chamo atenção, com isso, para a extrema dificuldade que têm os estudantes de direito de um país em se comunicar com a mesma forma e precisão de conteúdo com estudantes de direito de

outro país, comparativamente ao que os cientistas de outras disciplinas fazem.

Para ver a diferença entre o direito e outras disciplinas nesse aspecto, considere a situação da medicina ou fisiologia (uma disciplina para a qual há um Prêmio Nobel). Suponha que um pesquisador na Moldávia publique um artigo alegando alguma contribuição para o tratamento bem-sucedido do câncer de próstata, tendo como base seus estudos de pacientes com a doença na Moldávia. Em primeiro lugar, reconheço que haveria um consenso entre todos os estudantes que poderiam estar interessados nesse resultado com relação aos métodos que o pesquisador da Moldávia utilizou para chegar a sua conclusão. Há dois aspectos nesse consenso. O objeto no qual o pesquisador se concentrou — “câncer de próstata” — deve ser o mesmo que aquele entendido pelos pesquisadores em todo o mundo. E, mais importante, os protocolos de pesquisa que utilizou para investigar os pacientes da Moldávia devem ser, em geral, os mesmos praticados em outros estudos do mesmo objeto. Em segundo lugar, e muito importante, os médicos em qualquer país do mundo podem entender e avaliar o estudo da Moldávia e, se os resultados passarem em um exame detalhado, aplicarão essas contribuições no tratamento em outros países. Presumindo que o estudo da Moldávia sobreviva à cuidadosa avaliação por outros estudiosos, ninguém alegaria que ele se aplica apenas aos pacientes com câncer de próstata na República da Moldávia.

Podemos estender as mesmas declarações para além das ciências físicas, biológicas e naturais, incluindo declarações sobre as ciências sociais. A título ilustrativo, considere a economia. De maneira geral, a teoria econômica e as técnicas econométricas são aplicáveis em todos os países do mundo. Os microeconomistas, por exemplo, compartilham dos mesmos princípios teóricos centrais — por exemplo, o uso da teoria da escolha racional para produzir hipóteses sobre o processo decisório —, a despeito de se o vivenciam na prática ou não. Em decorrência disso, suas hipóteses sobre como as pessoas podem se comportar são, em um sentido bem efetivo, independentes de tempo e local — aplicam-se a nômades em áreas remotas da Mongólia, assim como a cidadãos de Paris, e se aplicam a decisões tomadas por fazendeiros de hoje e aos de 10

mil anos atrás. Há diferenças nas economias de diferentes países, mas essas diferenças podem ser explicadas em custos, tecnologia, instituições e gostos relativos. E, mais importante, há um consenso entre os economistas sobre o que constituiria um teste válido de qualquer hipótese e as técnicas por meio das quais os referidos testes deveriam ser executados. Ademais, uma inovação na teoria ou na prática — por exemplo, uma nova contribuição para o comportamento ou um método econométrico superior para obter e testar dados — seria potencialmente útil para um economista estudando qualquer decisão econômica. Por fim, cumpre ressaltar que um estudo do comportamento econômico da Moldávia — ou de qualquer comportamento da Moldávia, conforme previsto pela teoria da escolha racional — apoiado por resultados econométricos seria de potencial interesse para economistas em qualquer país.

Note que alguém pode responder que uma limitação da utilidade transnacional da economia pode surgir das grandes diferenças nas condições locais. Alguns países são ricos em recursos naturais, possuem um longo histórico de robusta inovação científica e religiosa e são abençoados com climas amenos e poucos desastres naturais ou antropogênicos. Outros são pobres em recursos valiosos, não têm tradição de empreendedorismo ou de inovação científica e tecnológica e são tão quentes que o trabalho ao ar livre é praticamente impossível em grande parte do ano. Algumas sociedades têm governos que facilitam o crescimento econômico, outras não. Algumas têm fronteiras abertas e respondem positivamente à concorrência externa, outras não.⁶⁷

E, mesmo com essas vastas diferenças culturais, de recursos e governamentais, além de todas as outras, a mesma teoria econômica se aplica a todas. Nem é o caso de haver poucas teorias econômicas concorrentes, de modo que os vários países de hoje e de toda a história humana possam ser agrupados em famílias ou tipologias explicadas por uma dessas teorias alternativas. A mesma teoria que postula os mesmos processos decisórios e técnicas de validação econométrica também explica as grandes diferenças que existem nas economias. Assim, por exemplo, as diferenças no *mix* de segmentos agrícolas,

manufatureiros e de serviços através das fronteiras nacionais podem ser explicadas em grande parte por diferenças nas dotações de fatores, tecnologias, instituições, gostos e preferências da população, além dos preços relativos na economia. A teoria também pode extrapolar os limites estritos da economia e apelar para explicações específicas para determinados fatores históricos ou de trajetória, tais como disposições políticas com relação à democracia ou padrões históricos de vulnerabilidade à invasão estrangeira e exploração, ou convicções religiosas disseminadas.

O ponto central desse exemplo é que não há uma única teoria econômica do processo decisório humano e do desenvolvimento econômico, assim como não existe uma teoria única da física, química, microbiologia, genética humana, fisiologia ou medicina.⁶⁸

Atenhamo-nos agora ao direito, no qual a situação apresenta um contraste gritante com os exemplos da fisiologia ou economia na Moldávia. Considere o que aconteceria se um estudante de direito na Moldávia fosse escrever algo sobre uma mudança no direito contratual que os tribunais daquele país pudessem ter levado a efeito. Vamos supor, para fins de argumentação, que esteja escrito em inglês e seja claro. A primeira coisa a reconhecer é que a redação acadêmica provavelmente seria interessante apenas para os estudantes de direito contratual da Moldávia, incluindo os profissionais, mas é altamente improvável que o trabalho interessasse aos estudantes de direito de outros países. A razão, simplesmente, é que os juristas tendem a escrever artigos acadêmicos apenas sobre seus próprios sistemas jurídicos e apenas para aqueles que atuam nesse respectivo sistema. É como se o médico moldávio fosse escrever apenas acerca do diagnóstico de câncer de próstata e técnicas de tratamento na Moldávia ou o economista da Moldávia tivesse uma teoria que fosse aplicável apenas para os tomadores de decisão do seu país.

Para expor claramente a questão, não existe qualquer teoria aceita de direito que se aplique a todos os sistemas jurídicos e à qual os juristas de todos os

⁶⁷ Para uma discussão desses e outros fatores — em especial a influência da “cultura” — no desenvolvimento econômico, ver David Landes, *The Wealth and Poverty of Nations* (1999).

⁶⁸ Construí um retrato forte e apenas um pouco exagerado da universalidade da teoria microeconômica, não para colocar a microeconomia em primeiro lugar, mas para mostrar que há ciências sociais que contam com a mesma uniformidade transnacional que as ciências físicas, biológicas e naturais.

países possam recorrer para explicar as instituições ou as regras de seus próprios sistemas.⁶⁹ Ou seja, os juristas não procuram explicar as similaridades ou as diferenças entre os sistemas jurídicos mediante recurso a uma teoria de direito central comum.⁷⁰

Essa observação levanta a seguinte questão: “Por que deveria haver uma comunidade transnacional acadêmica — um núcleo teórico compartilhado, procedimentos compartilhados para o estabelecimento de declarações importantes na comunidade e critérios laborais compartilhados para um trabalho relevante — nas ciências físicas, naturais e biológicas, e em várias das ciências sociais, mas não no estudo acadêmico do direito?” Essa é uma questão muito abrangente, que poderia ocupar estudiosos por um longo período. Não tenho a intenção de tentar responder a essa pergunta aqui, mas suspeito fortemente que existam dois pontos fundamentais que constituirão o cerne de nossa resposta. Em primeiro lugar, os juristas, até há relativamente pouco tempo, eram altamente céticos com relação à teorização e rejeitavam sistematicamente as técnicas empíricas como sendo o método padronizado de resolver questões relacionadas a questões jurídicas. Em segundo lugar, os juristas em todos os países vêm se dedicando com mais afinco às questões práticas da decisão judicial e demonstrando pouco interesse em estudar o sistema jurídico como uma disciplina acadêmica. É claro, uma preocupação central dos juristas por

⁶⁹ Estou certo de que, para os estudiosos do direito na Europa, a teoria é uma parte vital de suas empreitadas. De fato, em muitas escolas de direito europeias os estudantes fazem cursos cedo em sua formação sobre a “teoria geral do direito”. As duas teorias gerais concorrentes do direito que disputam a fidelidade entre os advogados do velho mundo são o positivismo e o direito natural. Sou relutante em caracterizar essas visões precipitadamente, mas, tendo trazido o tópico à baila, sinto-me obrigado a dizer algo, mesmo que sucintamente. O positivismo sugere que o direito deve ser encontrado apenas nas normas legítimas de um país — por exemplo, nas leis devidamente aprovadas pelo Poder Legislativo. O direito natural sugere que haja um conjunto de direitos anteriores, que é conferido pela natureza, lógica, e, talvez, Deus, ao qual os juristas deveriam dar passagem. Há profundas consequências práticas dessas visões concorrentes, em especial com relação à forma de interpretar a lei. Para os meus propósitos, a observação mais importante é que essas teorias concorrentes devem ter suas divergências solucionadas, caso haja, pelo argumento hipotético-dedutivo e não pelo trabalho empírico. Em outras palavras, são conflitos doutrinários ou filosóficos que os tornam diferentes da ciência.

⁷⁰ Note que limito minha observação ao fato de que não há teoria compartilhada do direito. Não sustento que não haja objeto compartilhado entre os estudantes do direito, nem que haja uma cacofonia de procedimentos para determinar declarações válidas dentro do direito. Acredito, como já afirmei, que haja um objeto compartilhado. Com relação aos procedimentos de validação, acredito, como esmiuçarei posteriormente, que os juristas vêm ignorando as técnicas empíricas como um método de validação de alegações sobre o direito há muito tempo.

centenas de anos tem sido a formação dos profissionais, e essa preocupação exige que familiarizemos nossos estudantes com os aspectos práticos do direito, fazendo disso um aspecto central do ensino jurídico. Por fim, acredito que, mesmo que o estudo do direito tenha começado a olhar com mais atenção para a ciência, ainda estamos em um estágio muito incipiente de desenvolvimento, embora os sinais da “cientificação” do conhecimento jurídico sejam progressivamente mais evidentes.

Afirmar acima que a explicação para a intrigante falta de uma teoria do direito é um tema que extrapola o meu escopo neste estudo, mas devo fazer mais algumas observações sobre esse assunto. Em primeiro lugar, descobri que, ao discutir o pequeno grau de teorização do direito com os colegas, muitas vezes eles apontam para dois fatores que tornariam uma teoria universal do direito impraticável: (1) as enormes diferenças no contexto cultural de cada sistema jurídico, e (2) a natureza histórica ou dependente da trajetória do desenvolvimento jurídico. Não está claro para mim por que esses pontos devem necessariamente levar a uma falta de teoria do direito de valor universal. É possível fazer exatamente as mesmas alegações sobre a antropologia, sociologia, economia, ciência política, ou qualquer outra ciência social. As sociedades são tão diferentes umas das outras que existem poucos, ou talvez nenhum, temas unificados que possam formar o núcleo de uma teoria universal.⁷¹ E, ainda assim, os estudiosos dessas e outras ciências sociais têm procurado, e em alguns casos encontrado, teorias transnacionais. No mínimo, os estudiosos nas áreas de ciências sociais, em que não existe uma teoria universal, ainda assim compartilham valores acadêmicos comuns com relação ao que leva uma pesquisa a ter valor, o que é quase sempre transnacionalmente aceito.

O estudo do direito novamente parece ser diferente das outras disciplinas que estudam outros arranjos sociais. Em princípio, não há qualquer razão para que não se consiga articular uma teoria que explique as diferenças (ou semelhanças) entre os sistemas jurídicos, de acordo com fatores como dife-

⁷¹ Poder-se-ia fazer uma alegação semelhante com relação aos botânicos e biólogos interessados na vida animal: a flora e a fauna são muito locais, mas há teorias e categorizações que se aplicam a todos os tipos de plantas e animais, e descrevem de maneira muito semelhante...

renças de custos de recursos, tecnologia, instituições, gostos individuais e sociais, e a história da sociedade (ou dependência da trajetória). Mas há muito pouco desse tipo de trabalho em curso dentro da academia jurídica. Como prova, cito o fato de que não há qualquer teoria padrão amplamente aceita para mudanças ou diferenças jurídicas.

Em segundo lugar, outra explicação por vezes levantada para o pequeno grau de teorização do direito é que o estudo central dos juristas de qualquer nação historicamente recai nas doutrinas e práticas da comunidade jurídica nacional. Acredito que haja dois elementos relacionados a essa alegação. Uma alegação — com a qual simpatizo — é a de que por muito tempo o foco do conhecimento jurídico tem sido lançado à prática do direito. Ou seja, o papel do conhecimento jurídico em quase todos os países e, em especial, nos Estados Unidos, tem sido subsidiar os juristas em atividade. Alguns dos trabalhos mais importantes dos chamados estudiosos doutrinários enfocam a determinação de padrões unificadores para o amálgama de pronunciamentos em um país para determinado tema jurídico.⁷² O fato de que haja, como o juiz Harry Edwards veementemente demonstrou, uma “alienação crescente” entre a academia jurídica e os magistrados e advogados é um forte testemunho do fato de que esse processo de teorização do direito tomou força muito recentemente.⁷³

A outra alegação — com a qual não simpatizo — é a de que, os aspectos interessantes de qualquer sistema jurídico são suas particularidades, e não suas generalidades. O advogado em exercício pode muito bem precisar conhecer as particularidades de uma doutrina em sua jurisdição para representar os interesses de um cliente de maneira eficaz. Mas um jurista, a não ser que atue como conselheiro do profissional, não necessariamente precisa conhecer essas

particularidades. Uma analogia pode ajudar. Assim como existem economistas acadêmicos que estudam amplas generalidades da economia, sem levar em conta tempo e lugar, há também economistas que trabalham para bancos, grupos de reflexão, organizações não governamentais e outras entidades, e as preocupações centrais de suas vidas profissionais são as particularidades da economia em que atuam. É de se conjecturar que um entendimento teórico central e compartilhado constitui um insumo para a compreensão desses economistas acerca das particularidades com as quais devem se preocupar. Sugiro que sua relação com economistas acadêmicos seja tal qual aquela dos advogados praticantes com os doutrinadores acadêmicos do direito.

Naturalmente, deve haver mais aspectos nessa análise do que esses fatores. Poderíamos, por exemplo, arguir que exatamente os mesmos fatores aqui expostos para explicar a falta de uma teoria central de direito se aplicariam à fisiologia ou medicina: as técnicas podem ser totalmente locais, os estudiosos poderiam ficar em segundo plano com relação à formação profissional, mas esse não parece ser o caso de outras disciplinas. Na verdade, aqueles que pretendem ensinar, pesquisar ou praticar medicina, economia ou administração não raro vêm aos Estados Unidos para estudar antes de voltar para seus países de origem. Isso também acontece no direito, mas em uma medida surpreendentemente menor do que ocorre em outras atividades acadêmicas.

Concluo que não há um caso convincente para o “excepcionalismo jurídico”, ou seja, para a visão de que o direito é inerentemente diferente das outras disciplinas acadêmicas que são consideradas científicas. O estudo do direito poderia ser uma ciência com entendimentos teóricos transnacionais e um método experimental e empírico para confirmar alegações dentro desses entendimentos. O enigma é: se poderia ser uma ciência, por que não o é?

B. Trabalho empírico e experimental no estudo do direito

Na seção anterior, objetei que há uma intrigante falta de uma teoria central compartilhada que transponha as fronteiras nacionais no estudo acadêmico

⁷² Considero o que seria um estudo de caráter científico no âmbito da escola doutrinária na parte IV. C *infra*.

⁷³ Ver, por exemplo, Harry T. Edwards, “The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession”, 91 *Mich. L. Rev.* 34 (1992) (argumentando que os interesses dos acadêmicos do direito e os dos praticantes do direito e magistrados divergem, levando a uma profunda mudança no relacionamento entre a formação jurídica e a prática do direito). Também o reitor Anthony Kronman, em *The Lost Lawyer* (1993), arguiu veementemente que a sabedoria prática que caracterizou os grandes advogados de meio século atrás foi abandonada em favor do cientificismo vulgar que mal se ajusta ao direito. Ver também R. George Wright, “Whose Phronesis? Which Pluronomy? A Response to Dean Kronman on Law School Education”, 26 *Cum. L. Rev.* 917 (1995, 96).

do direito e, em vez disso, que o foco recai nas particularidades contextuais. Mas há mais a ser pensado em minha investigação sobre por que o estudo do direito ainda não é uma “ciência jurídica” para a qual o Prêmio Nobel possa ser concedido. A segunda ausência que chama a atenção de um observador do conhecimento jurídico é a de um trabalho empírico e experimental, pelo menos em comparação com outras disciplinas acadêmicas que estudam os fenômenos sociais. Nesta seção, primeiro levantarei algumas considerações gerais sobre o valor do trabalho empírico no direito.⁷⁴ Defendo que mesmo que tenha havido pouca teorização palpável e investigativa acerca do direito, houve — pelo menos desde a época do realismo jurídico — uma forte demanda dentro da academia jurídica por verificação empírica ou refutação de suas alegações. Em seguida, ilustro esse ponto examinando três estudos empíricos sobre importantes questões jurídicas. Parte da minha motivação para enfocar esses estudos é reforçar minha alegação geral de que o trabalho empírico é uma parte absolutamente vital do desenvolvimento de uma ciência jurídica madura.

1. O VALOR DO TRABALHO EMPÍRICO NO ESTUDO DO DIREITO

Alguém poderia objetar que a escassez de trabalho empírico e experimental não é independente da falta de uma teoria central compartilhada do direito. Se uma disciplina acadêmica não inclui teoria como parte de seu cânone, então é pouco provável que haja necessidade de técnicas de validação empírica da teoria. Mas com relação ao direito, a questão é mais complicada do que isso.

A disciplina não costuma desenvolver um corpo empírico de referências se a verificação empírica não for uma parte importante da missão da disciplina. Os estudos de filosofia e literatura são exemplos importantes das disciplinas nas quais as técnicas empíricas não são altamente relevantes ou valorizadas. As proposições de filósofos, por exemplo, são, em boa parte, concebidas para

resolução por meio de métodos hipotético-dedutivos. Ao decidir o que é certo e bom, nenhum filósofo apela para um cuidadoso exame empírico do comportamento real em diferentes sociedades (embora costume apelar, um tanto curiosamente, para “intuições” amplamente difundidas, mas desarticuladas). Mas o direito não é assim. Embora a coerência lógica da doutrina seja um elemento extremamente importante do direito, outro elemento importante é sua eficácia. Há um valor transparente para o trabalho empírico em determinar como as pessoas respondem a várias normas e *standards* jurídicos. Dessa maneira, conquanto a ausência de teoria possa explicar a ausência, *entre os estudiosos*, de um ardente desejo de validar ou refutar a teoria com base em trabalho empírico, entre os *profissionais* do direito deve haver um profundo interesse na validação empírica.

A intrigante ausência de uma teoria central do direito curiosamente não levou à total ausência de trabalho empírico nessa área. Na verdade, como vou mostrar em breve, até mesmo os teóricos da doutrina jurídica tiveram interesse no trabalho empírico e, de fato, levaram-no a efeito de forma significativa. A razão para esse interesse no empirismo, na ausência de teoria, reside, creio eu, no padrão de desenvolvimento da doutrina norte-americana no século XX.⁷⁵ Quando o formalismo jurídico deu lugar ao realismo jurídico, nos idos dos anos 1930 e 1940, o desejo pelo trabalho empírico floresceu.

Um adepto do formalismo jurídico não possui uma motivação especial para valorizar o trabalho empírico ou experimental.⁷⁶ Tal como acontece com argumentos filosóficos, o teste de validação formalista é o método hipotético-dedutivo. As doutrinas devem ser coerentes dentro da área de investigação particular e através das subdisciplinas do direito. É de se objetar que, uma vez que o formalista consiga obter determinada coerência lógica, sua tarefa, que em algum ponto perturbou o sistema, leve-o de volta ao equilíbrio da coerência. No entanto, os adeptos do realismo jurídico acharam isso estéril

⁷⁴ Devo doravante me referir apenas ao trabalho “empírico”, mas incluo sob essa alcunha o trabalho experimental, cujo valor no estudo do direito foi ilustrado na contribuição de Randy Picker a este simpósio e no trabalho de Russell B. Korobkin, “The Status Quo Bias and Contract Default Rules”, 83 *Cornell L. Rev.* 608 (1998).

⁷⁵ Ver, para informações gerais, Neil Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence* (1995).

⁷⁶ Argumento abaixo que esse reavivamento do formalismo deve ser distinguido do formalismo do fim do século XIX e início do século XX. Acredito que o novo formalismo esteja muito alinhado ao desenvolvimento de uma teoria jurídica universal, que, como objetei, é um elemento muito importante do método científico.

e preferiram centrar-se nos efeitos do direito e na determinação do que o direito é por meio de — como coloca o juiz Holmes — uma “previsão do que um tribunal fará”.⁷⁷ Há um impulso empírico inevitável em direção a esse ponto de vista do direito. Para recorrer ao exemplo mais óbvio, você deve fazer uma investigação sistemática das decisões de um tribunal para que possa formular uma previsão objetivamente exata de como o tribunal agirá em determinado conflito. E, para ampliar a visão, uma vez que os realistas sugeriram que as consequências de uma lei devem fazer parte da avaliação de sua validade, deve haver, inevitavelmente, algum método para determinar as consequências de uma lei. Em decorrência dos desenvolvimentos dos últimos 60 anos ou mais, o trabalho empírico se tornou uma parte — mas apenas parte — do conhecimento jurídico.

Este terreno levou, até recentemente, a determinado tipo de trabalho empírico. A maior parte tem sido descritiva, em vez de analítica, voltada à contagem ou ao dimensionamento, em vez de ao planejamento. Não é de se espantar. Uma disciplina que conte com uma teoria central realiza um trabalho empírico que está intimamente vinculado à sondagem de aspectos dessa teoria. Enquanto tal, o trabalho empírico em geral procura explicar alguma proposição advinda da teoria central. Também pode haver descrição e tabulação [de dados] importantes concebidas para lançar luz sobre o assunto da disciplina, mas o poder explicativo do trabalho empírico reside em seu especial atrelamento às disciplinas que possuem uma teoria central.

É necessário deixar claro que não estou depreciando alguns tipos de trabalho empírico e exaltando outros. Pelo contrário, estou procurando fazer uma distinção entre os objetivos específicos aos quais podem servir dois tipos: o descritivo ou o analítico. Estou chamando a atenção para o fato de que há uma correlação entre o tipo de trabalho empírico que os membros de uma disciplina levam a efeito e o fato de a disciplina contar com um núcleo teórico compartilhado. Gostaria de ilustrar essas proposições na próxima seção.

⁷⁷ O. Holmes, “The Path of the Law”, 10 *Harv. L. Rev.* 457, 460-61 (1890).

2. TRÊS EXEMPLOS DE TRABALHO EMPÍRICO NO ESTUDO DO DIREITO

Pontuei que, pelo menos desde a revolução do realismo jurídico, os juristas têm valorizado o trabalho empírico e têm conduzido um trabalho empírico importante. Também asseverei que o trabalho empírico poderia ser descritivo, em vez de analítico, na medida em que não existe qualquer núcleo teórico compartilhado no estudo do direito. Nesta seção, procurarei ilustrar essas proposições examinando três estudos empíricos sobre temas jurídicos.

a) *Promissory estoppel*⁷⁸ e a teoria contratual

Um dos temas que espero retratar neste texto é que sempre houve um elemento de investigação científica nos estudos jurídicos. E, além disso, como nas outras ciências naturais e sociais, tem havido retroalimentação da observação empírica para a teoria, levando a nova observação empírica. Em outras palavras, um estudioso submete uma teoria predominante à confirmação empírica, descobre que essa investigação empírica não confirma, no fim das contas, a teoria, e a revisa à luz das observações. Outro estudioso, então, pode levar a cabo um trabalho empírico para confirmar a teoria revista. Essa descrição prototípica da forma como a ciência avança não se aplica a todos os estudos jurídicos, mas, surpreendentemente, tem sido uma vertente importante do trabalho acadêmico do estudo do direito. Mas é uma simples vertente, e não o quadro completo.

Para ilustrar esta vertente científica no direito, considerarei brevemente dois artigos importantes sobre a *promissory estoppel*: um do professor Stanley Henderson⁷⁹ e o outro dos professores Daniel A. Farber e John H. Matheson.⁸⁰

⁷⁸ “*Promissory estoppel*” constitui um instituto do direito contratual de origem anglo-saxã que sustenta que “uma promessa feita sem contrapartida pode, no entanto, tornar-se exigível para evitar injustiça nos casos em que o promitente deveria ter razoavelmente esperado que o promissário confiasse na promessa e o promissário realmente confluiu na promessa e sofreu um prejuízo”. Definição constante de *Black’s Law Dictionary*, 7. ed. St. Paul: West Group, 2000, p. 453, trad. livre. (N.R.T.)

⁷⁹ Stanley D. Henderson, “*Promissory Estoppel and Traditional Contract Doctrine*”, 78 *Yale L. J.* 343 (1969).

⁸⁰ Daniel A. Farber & John H. Matheson, “*Beyond Promissory Estoppel: Contract Law and the ‘Invisible Handshake’*”, 52 *U. Chi. L. Rev.* 903 (1985).

A teoria de acordo com a qual um tribunal pode determinar que se dê eficácia a uma promessa com base na *promissory estoppel* é, e tem sido há muito tempo, conhecida.⁸¹ O entendimento comum dessa doutrina é a de que se trata de uma das duas bases da exigibilidade dos contratos. A base mais comum para a exigibilidade de uma promessa baseia-se na contraprestação em um contexto de negociação. Geralmente se acredita que a confiança razoável que leva a um prejuízo, por parte do promissário, forma a base da execução contratual em relativamente raros casos.⁸²

No final dos anos 1960, o professor Henderson pesquisou todos os casos nos Estados Unidos, dos últimos 10 anos, nos quais o autor apelou para a *promissory estoppel*, de acordo com os termos do art. 90 da Consolidação do Direito dos Contratos.⁸³ A referida investigação empírica o levou a questionar se e como os tribunais fazem cumprir promessas contratuais no âmbito da teoria da *promissory estoppel* com base no prejuízo sofrido em razão da confiança razoável depositada pelo promissário sobre a promessa. Em primeiro lugar, ele achou intrigante que os tribunais não tivessem “estipulado, no art. 90, uma identidade específica para que se possa confiar no princípio da *promissory estoppel*...”⁸⁴ Em vez disso, os tribunais têm estado tão apegados à noção de promessas de negociação como sendo a classe adequada de promessas exigíveis, que eles vêm recorrendo à exigibilidade baseada na confiança no âmbito das negociações em vez de estabelecê-la como uma base separada para sua exigibilidade.⁸⁵ Por exemplo, as “ações de confiança são comumente vistas como uma ferramenta para resolver os motivos que incidem sobre a questão

da troca”.⁸⁶ Essa tendência, por conseguinte, leva a sustentar o afastamento da confiança como a base para a exigibilidade contratual: “Nessa abordagem, a confiança funciona não como um terreno para fazer valer os contratos, mas como um veículo para a identificação de algum outro motivo para a sua exigibilidade”.⁸⁷

Em segundo lugar, a pesquisa do professor Henderson acerca dos casos envolvendo *promissory estoppel* indicou que, em cada um deles, as partes haviam se comprometido com uma negociação ou troca comercial.⁸⁸ Isso é particularmente surpreendente tendo em conta as origens da doutrina da *promissory estoppel* e das supostas premissas para que uma promessa de negociação seja exigível. Os estudantes de direito contratual associam a doutrina da *promissory estoppel* a casos de promessa gratuita, como no famoso caso de *Hamer v. Sidway*⁸⁹ — circunstâncias, de modo mais geral, nas quais não há negociação de resultados. Em contraste, considerava-se que não havia necessidade de expandir o fundamento da exigibilidade dos contratos para abranger promessas que envolvam barganha,⁹⁰ porque, nessas situações, a presença de uma contrapartida seria suficiente. À luz dessas proposições bem-estabelecidas, a constatação do professor Henderson de que a teoria da *promissory estoppel* estaria invariavelmente associada a casos de barganha ou negociação comercial era intrigante.

Como costumava acontecer na ocasião em que escreveu o artigo, o professor Henderson, tendo feito essas descobertas significativas sobre a efetiva utilização da *promissory estoppel*, relutava em tirar grandes conclusões teóricas de seus achados empíricos:

⁸¹ Ver Restatement (Second) of Contracts §90 (1981) (“Uma promessa por meio da qual o promitente deveria plausivelmente esperar induzir uma ação ou abstenção do promissário ou de um terceiro, e que não induz à referida ação ou abstenção, é vinculante se a injustiça apenas puder ser evitada com a exigibilidade da promessa. O remédio conferido em decorrência da violação da promessa pode ser limitado de acordo com [parâmetros de] justiça”).

⁸² Ver Farber & Matheson, nota 80 *supra*, em 945.

⁸³ No original, “Restatement of contracts”. Os “restatements” são “obras bastante influentes, publicadas pelo American Law Institute, que descrevem o direito em uma determinada área e guiam o seu desenvolvimento. Embora sejam frequentemente citadas em decisões e comentários, não são normas de aplicação obrigatória pelos tribunais”. Definição constante de *Black’s Law Dictionary*, 7. ed., St. Paul: West Group, 2000, p. 1053, trad. livre. (N.R.T.)

⁸⁴ Henderson, nota 79 *supra*, em 346.

⁸⁵ Id. em 346-47.

⁸⁶ Id. em 348.

⁸⁷ Id.

⁸⁸ Id. em 352. O professor Henderson relata que houve 100 decisões em sua pesquisa nas quais a “*promissory estoppel* foi considerada a base da decisão em uma clara operação de barganha”. Id. em 352 n. 37. Ele chama ainda a atenção para o fato de que, em um terço dos casos, a *promissory estoppel* era a única ou a base alternativa da [alegação de sua] exigibilidade. O professor Henderson está alegando que o método de pleitear ações por inadimplemento contratual nos anos 1960 tinha passado a ter como premissa da ação de execução de contratos ambas as teorias da contraprestação e da *promissory estoppel* simultaneamente, fazendo-se uso “das mesmas alegações e evidências para embasar as mesmas teorias”. Id. em 352.

⁸⁹ 27 N.E. 256 (1891).

⁹⁰ “*Bargain promises*”, no original em inglês. Na tradução será utilizada a terminologia “promessa que envolve barganha” como tradução de “*bargain promise*”, em oposição à “*gratuitous promise*”, traduzida como “promessa gratuita”. (N.R.T.)

Dadas as enormes diferenças factuais entre os casos do Artigo 90, qualquer tentativa de eliminar os problemas da *promissory estoppel* com uma única fórmula seria prejudicial, porque nenhuma fórmula pode ser abrangente o suficiente para resolver cada caso de maneira satisfatória. Mas o impacto maior da *promissory estoppel* nos últimos anos pode ter sido o fato de que ela tenha feito toda a questão da classificação ou definição menos importante na decisão de casos envolvendo contratos.⁹¹

O professor Henderson observa que há uma mudança ocorrendo por meio da "manipulação silenciosa de rótulos familiares".⁹²

Dezesseis anos após o levantamento do professor Henderson, os professores Farber e Matheson realizaram uma nova pesquisa de ações nas quais autores recorreram à *promissory estoppel*.⁹³ Seus resultados foram ainda mais potentes do que os do professor Henderson. Farber e Matheson examinaram cada caso no qual o art. 90 da Consolidação foi citado — mais de 200 casos — nos 10 anos anteriores ao seu artigo. Em seguida, tiraram quatro conclusões importantes. Em primeiro lugar, "a *promissory estoppel* é regularmente aplicada a um espectro de contextos comerciais" — casos envolvendo licitações de construção, remuneração de funcionários, arrendamentos, compra de ações e outros.⁹⁴

Em segundo lugar, a "*promissory estoppel* não é apenas mais uma teoria retrógrada sobre reparação de danos".⁹⁵ Em outras palavras, os tribunais estão agora confortáveis o suficiente com a doutrina para aplicá-la em praticamente qualquer litígio contratual. Essa constatação está, naturalmente, em desacordo com o conhecimento comum segundo o qual a *promissory estoppel* é inadequada ou desnecessária nas promessas que envolvem barganha. Mas o direito em ação é aparentemente diferente do direito nos livros.

Em terceiro lugar, "a confiança desempenha um papel muito pequeno na determinação dos danos".⁹⁶ Não é de se espantar. A primeira Consolidação

tinha sustentado que a parte lesada teria direito à plena indenização por danos decorrentes de expectativas, mesmo que a confiança razoável que causa prejuízo fosse a base para sua exigibilidade.⁹⁷ Mas alguns casos subsequentes tinham permitido a recuperação apenas dos gastos realizados em razão da confiança, e a segunda Consolidação aparentemente reconheceu esse avanço, permitindo a reparação parcial em vez da integral indenização por danos decorrentes de expectativas.⁹⁸

Em quarto lugar, e na opinião dos autores a constatação mais importante, foi que a confiança já não importa muito para determinar a responsabilidade contratual no âmbito do art. 90.⁹⁹ Em vez disso, os tribunais se mostram aparentemente dispostos a basear a responsabilidade em outros fatores que não a confiança razoável na promessa e o prejuízo que ela causou.¹⁰⁰

Observei acima que o professor Henderson tinha sido relutante em traduzir seus resultados empíricos em uma revisão explícita da teoria acerca da exigibilidade dos contratos. É um importante sinal do quanto as coisas mudaram no meio acadêmico jurídico em meados dos anos 1980 o fato de que os professores Farber e Matheson tenham utilizado suas descobertas empíricas para fazer revisões radicais na teoria sobre a exigibilidade dos contratos.

Os autores observam que há dois fatores que caracterizam os casos que têm expandido a obrigatoriedade da promessa. Em primeiro lugar, "a principal motivação do promitente ao fazer a promessa é, em geral, obter um benefício econômico".¹⁰¹ Em segundo lugar, "as promessas [que os tribunais entendem] exigíveis geralmente ocorrem no contexto de uma relação que seja, ou que se espera ser, permanente, em vez de no contexto de uma operação isolada".¹⁰² Farber e Matheson alegam que esses contratos relacionais tornaram-se muito mais comuns, e eles exigem que as partes possuam um alto nível de confian-

⁹¹ Henderson, nota 79 *supra*, em 387.

⁹² *Id.*

⁹³ Ver, para informações gerais, Farber & Matheson, nota 80 *supra*.

⁹⁴ *Id.*, em 907.

⁹⁵ *Id.*, em 908.

⁹⁶ *Id.*, em 909.

⁹⁷ Restatement of Contracts §90 (1932).

⁹⁸ Restatement (Second) of Contracts §90 cmt. b (1981).

⁹⁹ Farber & Matheson, nota 80 *supra*, em 910.

¹⁰⁰ Farber e Matheson fornecem uma análise mais abrangente de *Vasroler v. American Can Co.*, 700 F. 2d 916 (3d Cir. 1983), como um exemplo dessa proposição. Farber & Matheson, nota 80 *supra*, em 910-12.

¹⁰¹ Farber & Matheson, nota 80 *supra*, em 925.

¹⁰² *Id.*

ça uma na outra. Os compromissos são, portanto, feitos para “promover a atividade econômica e a obtenção dos benefícios econômicos sem qualquer troca especificamente negociada”.¹⁰³ Isso os leva a elaborar um hipotético art. 71 sobre a “exigibilidade das promessas” para a (terceira) Consolidação do Direito dos Contratos: “A promessa é exigível quando efetuada para a promoção de uma atividade econômica”.¹⁰⁴ Essa é uma drástica revisão da teoria do contrato tradicional, que leva em consideração seus resultados empíricos: “A regra proposta é uma ruptura importante com o direito contratual tradicional na medida em que não requer nem a satisfação das noções tradicionais de contraprestação, nem a comprovação específica de prejuízo associado com a *promissory estoppel*”.¹⁰⁵ Farber e Matheson argumentam que essa teoria não só se encaixa no que os tribunais estão fazendo, mas que normativamente se encaixa na necessidade crescente de confiança mútua em uma sociedade complexa e impessoal.¹⁰⁶

b) A regra dos danos irreparáveis

Para o meu segundo exemplo, levo em conta outra conclusão importante na consideração empírica do estudo das doutrinas contratuais — o estudo do professor Douglas Laycock acerca da regra dos danos irreparáveis.¹⁰⁷ Essa regra afirma que um tribunal aplicará execução específica apenas em instâncias extremamente raras nas quais a resolução [do contrato] em perdas e danos — pagamento de indenização pecuniária compensatória — seja inadequada.¹⁰⁸ Com base na teoria de que a grande maioria dos autores lesados pode ser compensada por uma quantia em dinheiro, a indenização em perdas e danos seria a solução comumente esperada. Por exemplo, no direito contratual, há uma vasta literatura para demonstrar a proposição de que as indenizações

pecuniárias são adequadas em quase todos os casos de violação contratual, e que a execução específica deve ser reservada a casos relativamente raros de inadimplemento.¹⁰⁹

O professor Laycock analisou mais de 1.400 casos para descobrir se os tribunais de fato seguiam essa teoria. Sua conclusão foi a de que não o fazem, mas com um porém: os tribunais concedem execução específica apenas em casos nos quais as indenizações seriam inadequadas, mas quase sempre julgam que as indenizações seriam inadequadas.¹¹⁰

Um fato notável sobre as constatações de Laycock — e, aliás, sobre as de Henderson, Farber e Matheson — é que elas não foram seriamente desafiadas por quaisquer estudiosos e, ainda assim, não parecem ter influenciado significativamente o estudo jurídico ou a prática do direito. No mínimo, poder-se-ia pensar que a constatação de que a “regra do dano irreparável” está morta seria paulatinamente incluída nos manuais e *casebooks*, de modo a instruir aos estudantes de direito que eles poderiam rotineiramente esperar uma condenação em execução específica, e não ter de pedir reparação em perdas e danos. Mas não parece ter ocorrido esse tipo de influência no ensino do direito.

c) O teorema de Coase e as normas sociais

Como meu terceiro exemplo acerca do valor do trabalho empírico no estudo do direito, cito o notável estudo do professor Robert Ellickson sobre a aplicação do teorema de Coase na prática.¹¹¹ Esse estudo representa, tão veementemente como os exemplos anteriores, o grande valor de submeter as proposições jurí-

¹⁰³ Id. em 929.

¹⁰⁴ Id. em 930-31.

¹⁰⁵ Id. em 929.

¹⁰⁶ Id. em 937-38.

¹⁰⁷ Douglas Laycock, *The Death of the Irreparable Injury Rule* (1991).

¹⁰⁸ Id. em 937 também E. Allan Farnsworth, *Contracts* 854 (1990).

¹⁰⁹ Houve uma discussão teórica sobre a proposição inversa — a saber, se a execução específica deveria ser a solução padrão para casos de inadimplemento contratual. Ver Alan Schwartz, “The Case for Specific Performance”, 89 *Yale L. J.* 271, 271 (1980); Thomas S. Ulen, “The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies”, 83 *Mich. L. Rev.* 341, 365-66 (1984).

¹¹⁰ “Os tribunais fugiram da regra do dano irreparável definindo “adequação” de forma tal que a indenização em perdas e danos nunca é um substituto adequado para o dano sofrido pelos autores”. Laycock, nota 107 *supra*, em 4.

¹¹¹ Robert C. Ellickson, “Of Coase and Cattle: Dispute Resolution Among Neighbors in Shasta County”, 38 *Stan. L. Rev.* 623 (1986) [doravante Ellickson, “Dispute Resolution”]; ver também Robert C. Ellickson, *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes* (1991) [doravante Ellickson, *Order Without Law*].

dicas à verificação empírica. Mas aqui a vantagem adicional é que o trabalho empírico refere-se ao artigo central do estudo de direito e da economia.

Por assim dizer, o [movimento do] direito e economia,¹¹² sem exagero, deve sua origem em grande parte a um artigo de Ronald H. Coase, "O problema do custo social".¹¹³ Pode-se dizer que o artigo contém a alegação teórica mais importante feita no direito moderno — o teorema de Coase.¹¹⁴ O referido teorema afirma que quando os custos de transação são zero ou muito baixos, a negociação pode levar ao uso eficiente de recursos, independentemente do que dispuser o direito. As implicações do teorema para a análise jurídica foram profundas, em dois sentidos. Primeiro, ele sugere que pode haver um conjunto de circunstâncias nas quais, se a eficiência é um objetivo do direito, o alcance da eficiência ocorre sem qualquer ajuda do direito (e, por implicação, pode ser impedida, ou tornada sua obtenção mais dispendiosa, por um direito ineficiente). Em segundo lugar, quando os custos de transação são altos, alcançar uma eficiente alocação de recursos pode depender de maneira significativa do direito.¹¹⁵

Por muitos anos, os estudiosos de direito e economia examinaram e criticaram o teorema de Coase, em grande parte por meio da argumentação dedutiva. Nos anos 1980, no entanto, houve duas importantes tentativas de submeter o teorema de Coase à confirmação por meio de técnicas empíricas e experimentais. Na primeira, o professor Robert Ellickson examinou as práticas de pecuaristas e agricultores no condado de Shasta, na Califórnia, em caso de danos causados pelo gado.¹¹⁶ As constatações de Ellickson, nas quais me concentrarei no restante desta seção, não só não conseguiram confirmar as previsões do teorema de Coase, mas, como veremos, inauguraram uma área totalmente nova e importante de estudos. Neste último, a então professora,

mas agora presidente, Elizabeth Hoffman e o então professor, agora reitor, Matthew Spitzer realizaram uma série de experimentos concebidos para determinar até que ponto a negociação ocorreu em cenários de custo zero ou custos muito baixos.¹¹⁷ Em geral, seus experimentos confirmaram as previsões do teorema de Coase.

Ellickson decidiu investigar as práticas de pecuaristas e agricultores no condado de Shasta, na Califórnia, para verificar se o direito ou se a negociação privada tinha sido o método pelo qual as partes resolveram conflitos sobre danos causados pelo gado aos agricultores. O dano prototípico ocorreu quando, durante os meses de verão, os pecuaristas arrebanharam seu gado para o sopé das montanhas de Serra Nevada, a fim de deixar que pastasse em áreas comuns e, sem fiscalização, o gado invadiu propriedades de outros fazendeiros ou, ainda, propriedades privadas que não eram fazendas. O teorema de Coase utilizou, de maneira célebre, um exemplo hipotético semelhante, no qual um gado desgarrado invadiu fazendas vizinhas de plantação de grãos, causando danos, para ilustrar que, quando os custos de transação fossem zero, o pecuarista e o agricultor negociariam uma resolução de seus conflitos sem levar em consideração se o agricultor tinha o direito de estar livre da invasão do gado e seus respectivos danos, ou se o pecuarista tinha ou não a obrigação legal de fiscalizar seu gado. Shasta era um lugar particularmente apropriado para testar o teorema de Coase, uma vez que a legislação vigente em matéria de responsabilidade por danos causados por gado desgarrado variava no interior do próprio condado.¹¹⁸

Em certo sentido, Ellickson encontrou, na prática dos pecuaristas e de outros com relação ao gado desgarrado, evidências confirmando o teorema de Coase, e que eram as mesmas em todo o condado, independentemente das exigências legais.¹¹⁹ Em outras palavras, a solução privada por potenciais litigantes triunfou sobre a lei.

¹¹² No original, *law and economics*. (N.R.T.)

¹¹³ Ronald H. Coase, "The Problem of Social Cost", 3 *J. L. & Econ.* 1 (1960).

¹¹⁴ Afirmo que o artigo "pode" conter o teorema porque não traz declaração expressa do que ficou conhecido como Teorema de Coase. Como qualquer texto consagrado, há muita atividade interpretativa com relação ao *The Problem of Social Cost*. Ver, por exemplo, "The Coase Theorem", in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* 270-82 (Peter Newman ed., 1998). Para uma descrição mais abrangente do teorema e um resumo da literatura acadêmica subsequente, ver Robert D. Cooter & Thomas S. Ulen, *Law and Economics* 83-93 (3d ed. 1999).

¹¹⁵ Ver Cooter & Ulen, nota 114 *supra*, em 101-02.

¹¹⁶ Ellickson, *Dispute Resolution*, nota 111 *supra*.

¹¹⁷ Elizabeth Hoffman & Matthew L. Spitzer, "Experimental Law and Economics: An Introduction", 85 *Colum. L. Rev.* 991 (1985). Hoffman é agora presidente da Universidade de Colorado e Spitzer é reitor da Faculdade de Direito da Universidade do Sul da Califórnia.

¹¹⁸ Ver, para informações gerais, Ellickson, "Dispute Resolution", nota 111 *supra*, em 662-67.

¹¹⁹ *Id.*, em 672-73. Uma surpresa adicional para a maioria dos leitores do célebre estudo de Ellickson foi que essa solução privada ocorreu a despeito do fato de que os custos de transação na negociação

Porém, ainda mais surpreendente para Ellickson foi o fato de que os potenciais litigantes pareciam não saber quais eram as regras aplicáveis em caso de danos causados por gado desgarrado; em realidade, os advogados dedicados à advocacia privada no condado de Shasta não sabiam ou estavam equivocados com relação ao direito aplicável. Aparentemente, os pecuaristas e outros adaptaram seu comportamento não à lei, mas a uma convenção social de “boa vizinhança” amplamente respeitada.¹²⁰ Bons vizinhos, dizia a convenção, não processam uns aos outros, eles se ajudam. Assim, se um fazendeiro encontrava gado desgarrado em sua propriedade, ele não chamava seu advogado e entrava com uma ação de indenização. Em vez disso, em regra, o agricultor telefonava para o dono do rancho, informava a ele que guardaria seu gado, iria alimentá-lo e abrigá-lo até que o pecuarista pudesse vir buscá-lo. Se o gado desgarrado tivesse causado danos, a pessoa que sofreu o dano em geral se responsabilizava por ele e jamais pedia indenização. Em alguns casos, muitas semanas se passavam até o pecuarista retirar seu gado. E, ainda assim, quase ninguém que tinha abrigado o gado, por um longo ou curto espaço de tempo, pedia indenização ao proprietário.

Quando havia litígio com relação aos danos causados ou compensação pela alimentação é abrigado fornecido ao gado desgarrado, uma das partes litigantes quase sempre era um recém-chegado ao município ou um velho residente reconhecido por seus vizinhos como grosseiro e mau vizinho. A consulta a um advogado sobre essas questões e litígios era vista como um sinal de que a convenção social de “boa vizinhança” estava mudando. A implicação era que, no curso normal dos negócios entre dono do rancho e dono da fazenda, vizinhos não utilizavam a lei para regular seus negócios e resolver seus conflitos. Eles lançavam mão de normas sociais compartilhadas. E recorriam ao direito apenas quando essas normas houvessem deixado de funcionar.¹²¹

¹²⁰ Id.

¹²¹ Entre as muitas linhas de pesquisa interessantes abertas pelo artigo de Ellickson estavam as investigações das práticas de organizações particulares para ver o grau no qual ordenavam suas questões por recurso a convenções ou ao direito. Ver, por exemplo, Lisa Bernstein, “Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry”, 21 *J. Legal Stud.* 115 (1992). Uma importante questão levantada por Bernstein e outros autores — como Jody Kraus — é

O que é notável sobre esse trabalho empírico é que ele revelou muito sobre os fenômenos jurídicos envolvidos, muitos dos quais não faziam sequer parte da investigação inicial. Na verdade, o artigo de Ellickson virou parte do cânone do estudo de direito e economia não pelo que ele se propunha a investigar, ou seja, se o teorema de Coase poderia ser aplicado a um ambiente em particular na Califórnia, mas por sua constatação secundária, a de que as pessoas tendem a adaptar seu comportamento mais às normas sociais do que à lei. A literatura sobre direito e normas sociais que o estudo de Ellickson gerou constitui uma das vertentes mais importantes da recente academia jurídica.¹²² Não consigo pensar em maior testemunho do valor do trabalho empírico.

C. O futuro da ciência do direito

Fiz diversas alegações nas seções acima com o intuito de especular sobre o futuro da ciência do direito; cumpre consolidá-las aqui. Argumentei, em primeiro lugar, que o método científico seguido por uma comunidade de estudiosos que investigue o mesmo objeto consiste em uma teoria central relevante amplamente aceita para a explicação e predição de um objeto, bem como nos procedimentos amplamente aceitos para investigar fenômenos e para aceitar e rejeitar alegações feitas sobre o objeto. Em seguida, demonstrei, na minha breve pesquisa sobre a filosofia da ciência, que o relato bayesiano da aceitação ou confirmação era amplamente difundido e compatível com uma descrição do que os juristas fazem ou podem fazer. Depois, expus que o que distingue o estudo do direito das ciências é a falta de uma teoria central. Entretanto, tem havido, pelo menos desde os anos 1930, entre os estudiosos de direito norte-americanos, um interesse pelo trabalho empírico, mais pelo aspecto descritivo do que pelo analítico.

¹²² Eric A. Posner, *Law and Social Norms* (2000); Richard H. McAdams, “Signaling Discount Rates: Law, Norms and Economic Methodology”, 110 *Yale L. J.* 625 (2001) (analisando Eric A. Posner, *Law and Social Norms*).

5 Acredito que eu possa discernir no conhecimento jurídico atual um movimento em direção a um método mais científico, como o que prevalece em outras ciências sociais, naturais, físicas e biológicas.¹²³ Se estiver correto, pode-se observar o início da elaboração de uma teoria central para o objeto do direito e crescentes tentativas de engajamento em um trabalho empírico analítico concebido para estabelecer a verdade das hipóteses sobre tópicos jurídicos decorrentes da referida teoria central. Acho que essas tendências são, na verdade, distintamente observáveis no estudo do direito.

Deixe-me começar com uma discussão sobre a teoria. Parece haver muito mais a se investigar no conhecimento jurídico do que existia há 20 anos. Provavelmente, o acusado mais óbvio disso é o “direito e economia”. Seja lá o que tenham feito, os estudiosos, partindo dessa perspectiva, vêm explorando diligentemente o sistema jurídico para ver até que ponto o direito é eficiente. Articularam uma abrangente teoria — tanto positiva quanto normativa — que afirma, por exemplo, que as normas e os *standards* do direito de propriedade devem (e em grande parte o fazem) incentivar o uso eficiente dos escassos recursos da sociedade, que a lei contratual deve (e em grande parte o faz) reduzir eficientemente os custos da elaboração e estabelecimento de consensos, que o direito da responsabilidade civil deve (e em grande parte o faz) minimizar eficientemente os custos sociais dos acidentes e que os possíveis litigantes devem (e em grande parte o fazem) escolher eficientemente entre a negociação e o contencioso.¹²⁴ Essas mesmas ferramentas — análise microeconômica do processo de decisão jurídica partindo da assunção de que todos os envolvidos são atores racionais — também têm sido estendidas para as áreas de direito público, como direito empresarial,¹²⁵ direito penal,¹²⁶ falência¹²⁷ e direito de família.¹²⁸

Certamente não estou dizendo que o uso da teoria microeconômica necessariamente seja a via para tornar o estudo do direito uma ciência. Pelo contrário, estou simplesmente apontando para as grandes atrações e sucessos desse método específico em trazer uma teoria abrangente para o estudo do direito como evidência da crescente teorização centralizada dos estudos jurídicos. Pode-se, muito facilmente, apontar para outras teorias abrangentes, que começaram a se desenvolver nos últimos tempos dentro do meio acadêmico jurídico, mesmo que não tenham florescido. Os estudos jurídicos críticos,¹²⁹ por exemplo, apresentam o mesmo objetivo teórico abrangente dos outros estudos de direito e economia.¹³⁰ Da mesma forma, o contratualismo,¹³¹ que sustenta a visão de que um melhor entendimento do direito pode advir da investigação sobre a capacidade de a ordenação privada lidar com muitas interações sociais, pode ser entendido como propondo uma teoria central do direito.

¹²³ Em inglês, *critical legal studies*, que consiste em um “movimento radical de advogados moldados por algumas influências: as tradições marxistas e realistas; a perspectiva filosófica de ‘deconstrução’; e questões políticas como feminismo, meio ambiente, e antirracismo. O movimento parte da ideia realista de que o direito é fundamentalmente indeterminado, e ecoa a visão marxista sobre os meios por quais os interesses dos poderosos moldam o direito”. Definição disponível na Stanford Encyclopedia of Philosophy, verbete “Law and ideology”. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/law-ideology/>>. Acesso em: nov. 2012. (N.R.T.)

¹²⁴ Ver, por exemplo, Jack Balkin, *Cultural Software* (1987); Mark Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies* (1987). Alguns dentro da comunidade CLS discordariam da minha caracterização de sua subdisciplina como estando interessada na teorização do estudo do direito. Em vez disso, podem evidenciar um profundo ceticismo sobre essa teoria *per se*. Alguns filósofos modernos compartilham desse ceticismo acerca de “teoria”, preferindo considerações pragmáticas, limitadas e menos gerais à análise teórica abrangente. Ver, por exemplo, Rorty, nota 12 supra, em B7.

¹²⁵ No original, *contractarianism*. A *Stanford Encyclopedia of Philosophy* esclarece a distinção entre os termos *contractarianism* e *contractualism*, que correspondem a duas linhas filosóficas distintas, a primeira tendo origem na doutrina hobbesiana, e a segunda em Rousseau: “*contractualism* apela à ideia de contrato social. Ela [essa linha de pensamento] intenciona derivar o conceito de moralidade (e, em algumas versões, também a justificativa para o fato de que estamos obrigados a seguir a moralidade) a partir da noção de acordo entre todos no domínio da moral. A filosofia moral contemporânea oferece diversas outras interpretações para a tradição do contrato social. Faz-se necessário distinguir o *contractualism* dessas alternativas. *Contractarianism* tem suas origens em Hobbes, cuja visão é baseada em autointeresses mútuos. A moralidade consiste naquelas formas de comportamento cooperativo que são mutuamente vantajosas para que agentes autointeressados nelas se engajem (o maior expoente moderno é David Gauthier [...]). Ao contrário, qualquer forma de *contractualism* é baseada no igual *status* moral das pessoas. Ela interpreta esse *status* moral como estando baseado na sua capacidade para a ação autônoma racional. De acordo com a doutrina do *contractualism*, a moral consiste naquilo que resultaria se fizessemos acordos cogentes desde um ponto de vista que respeitasse a igual importância moral que temos como agentes autônomos racionais. O *contractualism* tem suas origens mais em Rousseau do que em Hobbes; a vontade geral é o que juntos desejáramos se adotássemos a perspectiva de cidadãos livres e iguais”. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, verbete “contractualism”. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/contractualism/>>. Acesso em: out. 2012. (N.R.T.)

¹²⁵ Outros discerniram uma vertente semelhante no conhecimento jurídico. Ver, por exemplo, Posner, nota 1 *supra*, em 766-69 (arguindo que a independência do direito em face de outras disciplinas contíguas estava terminando e que a doutrina moderna consiste, em grande medida, na adoção, pelo direito, das ferramentas dessas disciplinas contíguas para o exame de questões jurídicas).

¹²⁴ Ver Cooter & Ulen, nota 114 *supra*, em 99-102, 228-29, 370-71, 484-87.

¹²⁵ Ver, por exemplo, Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law* (1991).

¹²⁶ Ver Cooter & Ulen, nota 114 *supra*, em 506-32; Gary S. Becker, “Crime and Punishment: An Economic Analysis”, 78 *J. Pol. Econ.* 526 (1967).

¹²⁷ Ver Thomas Jackson, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law* (1986).

¹²⁸ Ver Margaret F. Brinig, *From Contract to Covenant* (2000).

reito, com consequências empíricas.¹³² Também se poderia argumentar que o direito e a sociedade estão chegando ao mesmo objetivo geral de providenciar uma teoria do direito utilizando o trabalho empírico para examinar as reais consequências do direito na prática.¹³³

Outro exemplo da teorização central do direito que pode ilustrar desenvolvimentos científicos no conhecimento jurídico advém do direito empresarial. Há muito existem apenas poucos modelos de como organizar associações empresariais. Por exemplo, o modelo padrão dos Estados Unidos — no qual uma sociedade é vista como um conjunto de nexos contratuais, e os elementos de direito empresarial procuram maximizar a riqueza dos acionistas — tem sido considerado particularmente adequado aos objetivos sociais e às normas jurídicas norte-americanos, e não tão claramente adequados a outras sociedades. Outros teóricos sobre matéria societária geralmente enfocam duas alternativas — os modelos japonês e alemão — e demonstram que essas formas são particularmente bem-adaptadas a essas sociedades.¹³⁴

No entanto, sustenta-se que, recentemente, tem havido uma convergência para o modelo norte-americano em vários sistemas jurídicos diferentes.¹³⁵ As razões para essa convergência são muitas e poderosas — por exemplo, a concorrência global e transnacional —, e estão além do meu foco principal. Ain-

da assim, para meus propósitos, o aspecto notável dessa convergência, caso ocorra de fato, é que ela pode ser considerada um dos primeiros exemplos de um desenvolvimento teórico consolidado em direito através das fronteiras nacionais. Isto é, possivelmente o antigo argumento — segundo o qual as características particulares de algum aspecto de um sistema jurídico nacional, tais como a forma societária de organização empresarial, eram produtos de processos dependentes de trajetórias e imperativos culturais exclusivos de cada sistema jurídico nacional — pode ter dado lugar a um argumento teórico culturalmente não específico.¹³⁶ Nesse caso, os argumentos teóricos poderosos dos estudiosos do direito e economia das sociedades empresariais acerca da superior eficiência do modelo de maximização da riqueza dos acionistas norte-americanos pode ter tido a consequência prática de levar diferentes sistemas jurídicos a adotar o modelo norte-americano, a despeito das diferenças em seus sistemas jurídicos nacionais.¹³⁷

Estou sugerindo que a extensão na qual o direito esteja se tornando ou venha a se tornar uma “ciência jurídica” depende da sua sofisticação teórica. Afigura-se a guinada da ciência jurídica, na qual o núcleo teórico será aquele que for mais amplamente compartilhado entre os juristas de todos os países. Não afirmo que haverá uma única teoria aceita por todos os estudiosos do direito. Pode haver, sim, várias teorias diferentes, e os estudiosos podem estar engajados no afã de persuadir o grupo acadêmico que sua teoria em especial é superior às outras. Esse processo é, sem dúvida, precisamente aquele que caracteriza muito das ciências naturais, físicas e biológicas. E, como afirmei

¹³² Ver, por exemplo, Randy E. Barnett, *The Structure of Liberty* (1998).

¹³³ Um dos artigos mais célebres nesse sentido é Stewart Macaulay, “Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study”, 28 *Am. Soc. Rev.* 55 (1963). Sem oferecer uma teoria contratual bem desenvolvida, Macaulay examinou como as associações empresariais que tinham um relacionamento contratual efetivamente lidavam uma com as outras. Constatou que empresários tendem a ignorar os termos do contrato e se amparar em métodos informais para resolver os problemas que surgem na sua relação. *Id.* em 61.

¹³⁴ Ver Mark J. Roe, “Some Differences in Company Structure in Germany, Japan, and the United States”, 102 *Yale L.J.* 1927 (1993); ver também Mark J. Roe, “Can Culture Constrain the Economic Model of Corporate Law?”, 69 *U. Chi. L. Rev.* 1251 (2002).

¹³⁵ Ver Henry Hansmann & Reinier Kraakman, “The End of History for Corporate Law”, 89 *Geo. L.J.* 439 (2001); ver também Ronald J. Gilson, *Globalizing Corporate Governance: Convergence of Form or Function?* (Colum. L. Sch., Ctr. for L. & Econ. Stud., Working Paper n. 174, 2000); Bernard Black & Reinier Kraakman, “A Self Enforcing Model of Corporate Law”, 109 *Harv. L. Rev.* 1911 (1996); John C. Coffee, Jr., “The Future as History: The Prospects for Global Convergence in Corporate Governance and Its Implications”, 93 *Nw. U. L. Rev.* 641 (1999). Para uma visão de que há um limite inevitável para a convergência, ver Lucian Ayre Bebchuk & Mark J. Roe, “A Theory of Path Dependence in Corporate Ownership and Governance”, 52 *Stan. L. Rev.* 127 (1999). Uma recente tentativa de dar conta das diferenças culturais em uma teoria unificada da governança corporativa se encontra em Amir N. Licht, 771e “Mother of All Path Dependencies: Toward a Cross-Cultural Theory of Corporate Governance Systems”, 26 *Del. J. Corp. L.* 147 (2001).

¹³⁶ Black and Kraakman são particularmente sensíveis a essa distinção. Ver Black & Kraakman, nota 135 *supra*. No entanto, argumentam — boa parte com base no modelo de uma teoria central de microeconomia aplicada a diferentes economias desenvolvida na seção IV.A acima — que um modelo geral de associações empresariais pode ajudar a explicar por que pode haver um direito societário diferente em diferentes países. Ver *id.* Por exemplo, seu artigo é um argumento favorável a um sistema de autorregulação na aplicação do direito societário na Rússia, em oposição ao sistema de solução pública. Entre as razões para essa preferência por um sistema de autorregulação na Rússia estão uma fraca tradição de execução judicial e que há razões contextuais para não se exigir a divulgação pública de informações corporativas, o que parece formar um elemento importante do sistema de direito societário dos Estados Unidos. *Id.* em 1296-98.

¹³⁷ Espero que seja óbvio que não estou argumentando em favor da análise econômica como sendo a teoria universal de qualquer área do direito, nem sustentando que o modelo de organização empresarial dos Estados Unidos seja necessariamente o método mais eficiente de organizar grandes

na seção III.C, o processo de confirmação bayesiano parece ser aquele que caracteriza essa batalha entre teorias concorrentes de fenômenos jurídicos.

Há outro aspecto dessa teorização do direito que me sinto obrigado a apontar: o fato de que a teorização crescente do direito será quase certamente não doutrinária. Ao fazer menção a teorias “doutrinárias”, quero me referir àquelas que são filosóficas e possuem como característica a noção de que os conflitos entre teorias doutrinárias concorrentes serão resolvidos, se o forem, apenas por argumentação hipotético-dedutiva. Minha sensação é que a teorização do direito que está ocorrendo, e que provavelmente se espalhará, é a teorização positiva e normativa sobre os efeitos dos *standards* e normas jurídicas sobre comportamento e outros fenômenos reais, ou seja, sobre as consequências do direito.

Se eu estiver correto ao afirmar que a teorização de um tipo em particular está se tornando cada vez mais comum entre os estudiosos do direito, então também acredito que haja outra consequência importante para o futuro da ciência do direito: o aumento do uso de métodos empíricos e experimentais para examinar fenômenos jurídicos. De um modo geral, esta seria uma consequência perfeitamente trivial da teorização do conhecimento jurídico: todas as ciências possuem um componente teórico e empírico central, e se o direito está se tornando mais teórico, no sentido que aqui proponho, inevitavelmente também se tornará mais empírico.

Minha previsão de que uma crescente teorização trará aumento do empirismo é, de fato, confirmada por padrões observáveis do conhecimento jurídico. Sabemos que tem havido um aumento na quantidade de trabalhos teóricos em direito, pelo menos no campo alimentado pela economia.¹³⁸ Se eu estiver correto em minha convicção de que o estudo do direito está se tornando mais próximo da ciência no que se refere ao grau de teorização centralizada, então deve haver um aumento correspondente na quantidade de trabalhos empíricos sendo publicados pelos juristas. De fato, há evidências de que esse fenômeno de aumento do trabalho empírico entre os estudiosos do direito já está em progresso. O professor Robert Ellickson recentemente procurou fazer

¹³⁸ Ver William Landes & Richard A. Posner, “The Influence of Economics on Law: A Quantitative Study” *26 J. of Econ. Persp.* 287 (1992).

um estudo estatístico das tendências recentes na academia jurídica e constatou o que mostra a tabela 2.¹³⁹

Tabela 2 | Índice de frequência
(Índice de frequência de referências, 1994-1996 = 100)

	1982-84	1985-87	1988-91	1991-93	1994-96
Empírico:					
<i>Empírico</i>	95	96	86	92	100
<i>Quantitativo</i>	86	100	92	97	100
<i>Estatístico</i>	55	75	72	83	100
<i>Significante</i>					

Com relação a abordagens empíricas e sociológicas para o estudo do direito, Ellickson constatou — em outra tabela apresentada em seu artigo antes da reproduzida acima (ver tabela 3 em Ellickson, p. 527) — que, entre 1994 e 1996, foram seis vezes maiores as referências a *empírico* do que a *pós-moderno*, o que ele considera uma *proxy* do ceticismo acerca do trabalho empírico. No entanto, ele descobriu que os índices de trabalhos empíricos e quantitativos foram constantes de 1982 a 1996, enquanto os índices para os termos *estatístico* e *significante* duplicaram com relação ao mesmo período. Ele conclui: “Os dados da tabela 4 [tabela 2, acima reproduzida], portanto, indicam que os professores e alunos de direito estão mais inclinados a produzir (apesar de não consumir) análises quantitativas”.¹⁴⁰

Na seção acima sobre a teoria jurídica no estudo do direito, especulei brevemente sobre o porquê de não haver uma teoria central transnacional nessa área. Também poderia especular sobre por que há tão pouco trabalho empírico no direito.¹⁴¹ Uma razão óbvia é que tem havido muito pouco trabalho

¹³⁹ Robert C. Ellickson, “Trends in Legal Scholarship: A Statistical Study”, 29 J. *Legal Stud.* 517, 528-29 (bl. 4 (2000)). Ellickson realizou uma pesquisa na Westlaw sobre todos os documentos contendo determinadas expressões-chave que indicavam o estilo de conhecimento que aquele trabalho representava.

¹⁴⁰ Id. em 528.

¹⁴¹ Houve diversos estudos de grande qualidade sobre o realismo jurídico. Desses estudos, obtive alguns benefícios da pesquisa de John Henry Schlegel, “Assessing Legal Realism and Positivism”

teórico que pudesse incentivar uma demanda por trabalho empírico. Essa [espécie de] teoria, frequente no direito, pode ser questionada e rebatida completamente por argumentação dedutiva. Apenas depois da ascensão do realismo jurídico e suas afirmações sobre a previsibilidade e a natureza indireta das leis tem havido apelo para que se abandone o modo hipotético-dedutivo de resolver conflitos. [O movimento] direito e sociedade¹⁴² que, infelizmente, incitou a fidelidade e o interesse de apenas uma porcentagem limitada de juristas,¹⁴³ há muito se concentra nos estudos empíricos de temas jurídicos, tendo gerado descobertas embrionárias. Mas só com o surgimento de teorias mais abrangentes — tais como direito e economia, contratualismo e estudos jurídicos críticos — foi que o trabalho empírico em direito tornou-se intimamente interligado, como nas ciências, à avaliação de resultados teóricos.¹⁴⁴ Certamente mais um motivo para os juristas não terem conduzido muitos trabalhos empíricos é o fato de não serem conhecedores deles. A investigação social empírica é, afinal, um complexo e específico campo de investigação, em relação ao qual os advogados não tinham nem motivação nem oportunidade

Social Science”, e sou grato a Michael Heise por trazê-lo a minha atenção. O trabalho de Schlegel é um cuidadoso exame do notável grupo de estudiosos, muitos na Faculdade de Direito de Columbia e na Faculdade de Direito de Yale após a I Guerra Mundial, que procuraram criar uma ciência jurídica empírica para se justapor à ciência jurídica langdelliana, uma área que procurou avançar de uma doutrina com base no direito natural, que buscava encontrar o direito a partir de argumentos formais, para uma ciência empírica por meio da exploração de decisões judiciais para estabelecimento do direito. Para analisar a conexão entre a minha investigação e a do professor Schlegel, considere essa questão no início do seu extraordinário trabalho: “Por que o direito não se tornou um estudo científico, no sentido de ciência do século dezanove, ou seja, de uma investigação empírica do mundo ‘lá fora’, como o fizeram as outras disciplinas na vida acadêmica americana que se formou no final do século dezanove e início do século vinte?” John Henry Schlegel, *American Legal Realism and Empirical Social Science* 1 (1995). Também sobre os adeptos do realismo jurídico, ver, para informações gerais, Morton J. Horowitz, *The Transformation of American Law, 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy* (1992); Laura Kalman, *Legal Realism at Yale, 1927-1960* (1986). A respeito da questão mais abrangente de por que, desde o tempo do realismo jurídico, houve relativamente poucas pesquisas empíricas no campo do direito, ver Peter H. Schuck, “Why Don’t Law Professors Do More Empirical Research?”, 39 *J. Legal Educ.* 323 (1989); e simpósio “Social Science in Legal Education”, 35 *J. Legal Educ.* 465 (1985).

¹⁴² No original, *law and society*. (N.R.T.)

¹⁴³ Ver, por exemplo, Duxbury, nota 75 *supra*, em 454.

¹⁴⁴ Recentemente, doutor William Meadow e professor Cass R. Sunstein argumentaram em favor de utilizar estudos estatísticos no lugar dos testemunhos de especialistas para resolver determinadas questões factuais em litígios. Ver William Meadow & Cass R. Sunstein, “Statistics, Not Experts”, 51 *Duke L. J.* 629, 631 (2001) (o “sistema jurídico deve se amparar, sempre que puder e seguramente mais do que o faz, em dados estatísticos sobre o desempenho de doutores em vez das opiniões de especialistas sobre o desempenho de doutores... nossa maior reivindicação é a de que, utilizando dados estatísticos, o sistema jurídico chegará a resultados mais acertados”).

de explorar até recentemente. O número de cursos de direito dedicados à formação de estudantes na compreensão e execução de trabalho empírico ou experimental quantitativo deve ser muito, muito pequeno, mas não é inexistente. E aqueles que, como eu, veem com bons olhos e até mesmo incentivam o trabalho empírico e experimental no estudo do direito de alguma forma conseguiram obter treinamento competente nas respectivas técnicas. Assim como afirmei acima que a teorização do direito está em uma fase inicial, deve também ser verdade que o empirismo e a experimentação como técnicas padrão no estudo do direito também estejam em um estágio muito incipiente de aceitação e desenvolvimento.

V. Conclusão

Comecei essa investigação sobre o estado de conhecimento jurídico propondo uma pergunta retórica: “Haverá um dia um Prêmio Nobel para o direito?”. Posso agora resumir o argumento e conjecturar uma resposta.

Vimos que uma ciência ou uma disciplina acadêmica que segue o método científico tem as seguintes características gerais: (i) um objeto consolidado, (ii) considerado a partir de uma perspectiva teórica central compartilhada, com (iii) padrões e procedimentos amplamente aceitos para avaliação (confirmação ou rejeição) de proposições ou descrições teóricas sobre o objeto do campo. Os cientistas de uma determinada área parecem compartilhar de um paradigma ou um entendimento normal do seu campo. Uma característica importante das ciências para as quais são concedidos Prêmios Nobel é que os cientistas nesses campos entendem e apreciam o trabalho uns dos outros, a despeito do país em que estejam conduzindo suas investigações científicas.

À primeira vista, argumentei que o estudo acadêmico do direito não é uma ciência e não segue o método científico, em especial no sentido de ter uma teoria central consolidada que extrapole as fronteiras nacionais e faça os estudos de questões jurídicas em um país interessantes para os estudiosos de outra jurisdição. O estudo acadêmico do direito parece, sim, ser altamente contex-

tualizado e, em grande parte, de interesse muito local. Sugeri que a razão central para isso recairia no fato de não existir ainda uma teoria central do direito compartilhada por todos os advogados acadêmicos, a despeito do país em que se encontrem. Argumentei, por analogia à medicina e à economia, que não há razões particularmente persuasivas para a lacuna acadêmica de uma teoria central do direito compartilhada e para seu foco altamente centrado em assuntos de interesse dentro de uma jurisdição. No final, afigurou-se para mim o enigma do porquê de o estudo acadêmico do direito só recentemente começar a desenvolver o tipo de teoria central compartilhada que caracteriza as ciências naturais e sociais.

Apesar da falta de uma teoria central compartilhada entre os advogados acadêmicos, constatei que há muito existe um interesse no trabalho empírico na academia jurídica. Na verdade, os primeiros teóricos da doutrina, como Christopher Columbus Langdell, acreditavam que seu método de interpretação de opiniões judiciais, de modo a discernir o núcleo doutrinário dentro de um campo do direito e de uma jurisdição em particular, era uma investigação empírica de cunho científico. E os adeptos do realismo jurídico que, ao focar em parte nas consequências sociais do direito e alegar que o direito significava uma previsão informada sobre como um tribunal decidiria um conflito em particular, levantaram a ideia de efetivamente considerar as consequências de qualquer regra ou norma jurídica ou de investigar sistematicamente as posições de um tribunal em especial para prever com mais precisão como esse tribunal resolveria qualquer conflito em particular que lhe fosse entaminado para decisão. Mas, de certa forma, curiosamente, os adeptos do realismo jurídico nunca se engajaram muito no trabalho empírico, apesar de suas crenças centrais parecerem guiá-los nessa direção acadêmica.

Acredito que haja uma clara mudança em andamento no conhecimento jurídico que esteja tornando o estudo do direito mais científico. Para ser breve, conquanto há 20 ou mais anos, os juristas direcionavam seu trabalho escrito principalmente em direção a questões de advogados e juízes, os estudiosos do direito hoje em dia muitas vezes têm como foco de seus escritos principal-

mente os outros juristas que trabalham em sua área.¹⁴⁵ Essa mudança alinha a academia jurídica a outros estudiosos acadêmicos. Químicos acadêmicos, por exemplo, realizam pesquisas e escrevem artigos cujo principal público são outros químicos acadêmicos. Se químicos nos setores industriais e comerciais acharem a pesquisa interessante, melhor, mas este não é o efeito objetivado por químicos nas universidades ou no campo da pesquisa. Da mesma forma, um professor de inglês em uma universidade escreve seu trabalho acadêmico principalmente para outros estudiosos em sua área de especialização em inglês, e não para o público em geral. Na verdade, um método comum de criticar o trabalho de um estudioso é sugerir que ele não foi destinado a outros especialistas, mas ao público "popular". Assim, se um professor de inglês escreve um romance policial para consumo popular, esse trabalho quase certamente não contará para sua reputação acadêmica. Muito pelo contrário, a autoria de um romance policial pode denegrir a reputação que um professor tenha dentro da academia.

Precisamente o mesmo pode estar ocorrendo na área do conhecimento jurídico. Vinte anos atrás, os elogios e prestígio acadêmicos eram obtidos por estudiosos do direito cujo trabalho tivesse influenciado magistrados e advogados. Isso era verdade mesmo que o efeito fosse indireto, como através da criação de *casebooks* e tratados amplamente utilizados. Nos últimos 20 anos, no entanto, as fontes de prestígio acadêmico na academia jurídica mudaram.

¹⁴⁵ O juiz Posner argumenta que uma explicação para esse crescente movimento dos profissionais em direção aos estudos acadêmicos (e o aumento associado de teorias jurídicas) é o grande aumento no número de professores de direito, um aumento que surgiu de um crescimento geral da demanda por serviços jurídicos e o consequente aumento da demanda por formação jurídica. Ver Richard A. Posner, *Frontiers of Legal Theory* 3-4 (2001). Não necessariamente concordo. Em primeiro lugar, desejo distinguir, como tentei fazer no estudo, entre o florescimento das teorias doutrinárias (sobre as quais acredito que o juiz Posner tenha se centrado em sua introdução) e a teoria jurídica que sugere inerentemente o trabalho empírico e experimental para sua confirmação. Quero reforçar a ascensão do último tipo de teoria. Em segundo lugar, mesmo se houvesse um aumento drástico na demanda por serviços jurídicos (o número de advogados dobrou entre meados dos anos 1970 e meados dos anos 1990 nos Estados Unidos) e, portanto, um aumento no número de professores de direito, não acredito que esse aumento deveria requerer uma mudança no estilo da doutrina jurídica. Por que esse aumento não conduziria simplesmente a um aumento no estudo jurídico que marcou a academia até 1980? Meu entendimento — para o que, devo acrescentar, no espírito deste artigo, possuo evidências empíricas, embora seja eu que as esteja reunindo — é o de que a teorização crescente e a ênfase acadêmica no estudo do direito são devidas a fatores inteiros associados ao histórico do conhecimento jurídico e da formação jurídica nos grandes centros de pesquisa universitários, e não a forças externas e de mercado vindas do mercado de serviços jurídicos.

O prestígio que costumava decorrer da proeminência entre os profissionais da área já não é tão valioso e, em decorrência disso, não é mais tão amplamente procurado. Em vez disso, a fonte ascendente de prestígio entre os estudiosos do direito hoje em dia é a reputação entre colegas acadêmicos. Os juristas buscam essa apreciação de modos diferentes daqueles que prevaleciam quando a estima dos profissionais praticantes era um objetivo mais destacado no meio acadêmico.

Outro indício da natureza mutável do conhecimento jurídico é o fato de que os detentores de duplos diplomas — aqueles com bacharelado em direito e outro grau, geralmente doutores em uma matéria correlata — estão entre os participantes mais procurados na academia jurídica. No entanto, outro indicador da natureza mutável das coisas é o fato de não ser mais obrigatório, como era, digamos, há 20 anos, que um professor assistente de direito tenha alguma experiência prática antes de entrar no meio acadêmico.

Se eu estiver correto na suposição de que há uma transição em curso no meio acadêmico jurídico, podemos esperar confiantemente que haverá alguns deslocamentos e protestos. Os interesses acadêmicos se consolidaram na academia tanto quanto aqueles interesses especiais que lutam tão arduamente por influenciar a vida pública. De fato, há uma piada que diz que “a ciência avança funeral a funeral”.¹⁴⁶ Não há razão para acreditar que a transição do direito de um estudo ordenado, mas uma ciência casual, para uma ciência em pleno desenvolvimento, com uma teoria central compartilhada que sugira testes empíricos para confirmar ou refutar hipóteses derivadas dessa teoria, vá ser menos controversa que as transições científicas do antigo para o novo paradigma que Thomas Kuhn tão notavelmente narrou.¹⁴⁷ Mas os benefícios que podem decorrer de uma mudança exitosa para esse novo método de conhecimento jurídico são muitos. Por exemplo, é verdadeiramente maravilhosa

¹⁴⁶ Meu agradecimento ao professor Paul Rubin, da Emory University, por essa observação.

¹⁴⁷ Edward O. Wilson argumentou veementemente em *Consilience* que o progresso em um grande número de disciplinas não tidas como científicas ocorrerá apenas quando aqueles versados nessas disciplinas adotarem o método de investigação científica em seu objeto. Ver Wilson, nota 26 *supra*, em 269. Um apelo nesse sentido em uma área do pensamento acadêmico considerada não científica — história humana — foi recentemente feito pelo professor Jared Diamond. Jared Diamond, *Guns, Germs, and Steel: The fates of Human Societies* 420-25 (1997).

a possibilidade de que os acadêmicos jurídicos ao redor do mundo possam compartilhar uma teoria central do direito e, portanto, escrever um trabalho para um público global e ampliar os horizontes daqueles preocupados em encontrar novos entendimentos e métodos de melhoria da condição humana.