

Para além do “empreendedorismo intelectual”: fatores de demanda na cientificização da produção jurídica

Mariana Pargendler
(Direito GV/SP)

Bruno Meyerhof Salama
(Direito GV/SP)

I. Introdução

Em seu provocador artigo “*Nobel Prize in Legal Science: Theory, Empirical Work, and the Scientific Method in the Study of Law?*”, Thomas Ulen lança mão da imagem de um hipotético Prêmio Nobel em Ciência Jurídica para defender “a hipótese de que a produção acadêmica em direito se estaria tornando mais ‘científica’”.¹ Por crescente cientificidade da literatura jurídica, o autor tem em mente um sentido preciso: o método utilizado em estudos de direito estaria aproximando-se daquele “prevalente em outras ciências sociais, naturais, físicas e biológicas”, conferindo maior ênfase à formulação de teorias e ao desenvolvimento de estudos empíricos e experimentais aptos a testá-las.²

O que explica tal transformação na produção jurídica? Ulen reconhece o caráter intrigante da questão e a dificuldade em respondê-la.³ Ainda assim, e mesmo sem dar uma resposta definitiva, Ulen parece atribuir ao movimento de Direito e Economia (a popular *Law & Economics*⁴) o maior grau de teorização nos estudos jurídicos em tempos recentes. Navegando as atrevidas águas da interdisciplinaridade do Direito e da Economia, os estudiosos que aqui podemos chamar de “jus-economistas” seriam, então, verdadeiros “empreendedores intelectuais”. Isto é: formuladores de novas narrativas, conceitos e proposições normativas capazes de alterar o cenário do pensar e da prática jurídicas. Assim procedendo, teriam na academia uma atuação parecida com a dos empreendedores nos mercados.

¹ ULEN, Thomas. *Nobel Prize in Legal Science: Theory, Empirical Work, and the Scientific Method in the Study of Law?* Working paper, 2002, p. 1. Disponível em: http://papers.ssrn.com/pape.tar?abstract_id=4198230. Embora o trabalho tenha sido posteriormente publicado na *Illinois Law Review*, a numeração de páginas aqui utilizada refere-se à versão do respectivo *working paper*, conforme distribuído aos participantes deste colóquio.

² *Id.*, p. 2.

³ *Id.*, p. 2 (“What accounts for this change in legal scholarship? That is a complicated and intriguing question that is beyond my abilities to answer”).

⁴ Para um texto introdutório sobre o tema, ver SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e Economia? In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. E ainda: GICO Jr., Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, 2010, p. 7-32.

Para além do “Empreendedorismo Intelectual”: Fatores de Demanda na Cientificização da Produção Jurídica (com Mariana Pargendler), *in* Direito e Economia em Dois Mundos: Doutrina Jurídica e Pesquisa Empírica (Antônio José M. Porto e Patrícia Regina P. Sampaio, eds.), 2014

O argumento deste texto é o de que as mudanças no método da investigação jurídica indicadas por Ulen se justificam não somente por fatores de oferta (*e.g.*, surgimento da corrente de *Law and Economics*), mas também - e sobretudo - por fatores de demanda decorrentes da profunda transformação do fenômeno jurídico no último século. A transição de um Estado liberal a um Estado interventor/regulatório, aliada à concomitante transformação na teoria e prática jurídicas – de um modelo formalista e baseado em regras a um modelo aberto e baseado em princípios –, fez crescer a demanda por estudos científicos aptos a embasar argumentos consequentialistas.

O restante deste comentário divide-se em três partes. A seção II enfoca o tema da *cientificização* do direito do ponto de vista da teoria jurídica. A seção III examina em que medida a referida transformação do papel do jurista reflete uma correspondente mudança no contexto político no último século. A seção III conclui.

II. Direito e ciência: o papel do jurista⁵

O argumento de que a produção em direito tem se tornado cada vez mais científica é necessariamente definicional e relacional. Em primeiro lugar, o que significa dizer que os trabalhos se tornaram mais “científicos”? Em segundo lugar, cumpre identificar o referencial de tal assertiva. Teria a produção jurídica se tornado mais científica comparativamente a quê?

É difícil exagerar quão difíceis e profundas são essas questões suscitadas pelo texto de Ulen. Existe (ou poderia existir) uma Ciência do Direito? Em caso positivo, qual o seu objeto e método? Em caso negativo, qual seria, afinal de contas, o papel do jurista ou do acadêmico em direito? Não cabe aqui reconstruir historicamente esse debate – tema excessivamente amplo e, não por acaso, omitido por Ulen, o qual se limita a descrever as definições de ciência em geral, sem se ater a obras específicas sobre o caráter científico (ainda que *sui generis*) do Direito.⁶ Cumpre, por ora, apenas observar que cada uma dessas questões envolve complexidades e sutilezas das mais variadas, as quais serão apenas tangenciadas na análise que segue.

O objeto e o método de uma eventual “Ciência do Direito”, por exemplo, permanecem amplamente contestados, dificultando a formação de uma comunidade acadêmica. Ao declarar que “[o] estudo do direito, em qualquer sociedade, concerne ao mesmo assunto geral – todos os aspectos do sistema social de regulação promulgado e aplicado pelos órgãos legítimos do governo”⁷, Ulen subestima a profunda controvérsia existente sobre a própria definição do que é direito e sobre o objeto do estudo científico do direito. O objeto da Ciência do Direito deve circunscrever-se ao direito positivo, ou abranger igualmente o direito natural?

⁵ Esta seção baseia-se em nossas reflexões desenvolvidas no artigo “Direito e Consequência: Em Busca de um Discurso sobre o Método” (working paper, 2012).

⁶ Ulen cita Karl Popper, Thomas Kuhn e Thomas Bayes, porém não cita Kelsen, Hart ou outros nomes célebres na Teoria do Direito. Há uma diferença – sutil, porém fundamental – entre *discordar* e *não tomar conhecimento* daquilo que já existe em teoria jurídica.

⁷ Ulen, *Nobel Prize in Legal Science*, p. 20.

Para além do “Empreendedorismo Intelectual”: Fatores de Demanda na Cientificização da Produção Jurídica (com Mariana Pargendler), *in* Direito e Economia em Dois Mundos: Doutrina Jurídica e Pesquisa Empírica (Antônio José M. Porto e Patrícia Regina P. Sampaio, eds.), 2014

Devem ser estudadas as leis, as decisões judiciais ou ambas? As práticas contratuais e os costumes integram ou não o objeto de estudo? As abordagens do fenômeno jurídico à luz de outras disciplinas (economia, sociologia, história etc.) interessam ou não à Ciência do Direito? Seria a “Ciência do Direito” encarregada de prever como decidirão os tribunais?⁸ Ou estaria ela destinada a prever as consequências econômicas, políticas e sociais de determinadas regras jurídicas ou posicionamentos jurisprudenciais?

Ulen não se preocupa em fornecer uma resposta específica sobre o objeto e o método da Ciência do Direito que vê crescer. De um lado, parece vislumbrar um certo caráter científico em estudos do direito sob perspectiva “pura” ou interna, desde que combinados com investigação “empírica”. Os trabalhos de Stanley Henderson⁹ e Daniel Farber e John Matheson¹⁰, sobre *promissory estoppel*, e o de Douglas Laycock¹¹ sobre a *irreparable injury rule* – mencionados por Ulen como arquétipos de “*doctrinal works*” dotados de certa cientificidade – estão longe de ser incompatíveis com a concepção de Ciência do Direito defendida por Langdell e Kelsen.

Não é possível dizer o mesmo, contudo, do inovador estudo de Ellickson¹², o qual se afasta de modo marcante do objeto e método suscitado pelos autores. O objetivo deste último trabalho está longe de ser a *descrição* de determinado instituto (no caso, a responsabilidade dos proprietários de gado pelos danos causados pelos animais à propriedade de fazendeiros vizinhos) e a sua posição no ordenamento jurídico. Pretende o autor, em vez disso, verificar como diferentes normas jurídicas sobre tal situação afetam o comportamento econômico e social – investigação esta necessariamente baseada em dados empíricos extrajurídicos e, portanto, manifestamente *impura*.

E não só: seu estudo conclui, em consonância com o Teorema de Coase, que o regime jurídico é verdadeiramente irrelevante e, surpreendentemente, até mesmo desconhecido, abrindo caminho, conforme aponta Ulen, para frutífera literatura sobre o papel das “regras sociais” (*social norms*) como substituto ao regramento jurídico. Para Ellickson e seus colegas

⁸ A atividade de prever o que o juiz fará nem sempre é jurídica. Segundo Oliver Wendell Holmes, o direito seria a previsão de como decidirão os tribunais. HOLMES, Oliver Wendell, Jr. The Path of the Law. *Harvard Law Review*, n. 10, 1897, p. 460-61 (“[t]he prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law”). Em tempos mais recentes, porém, o avanço de estudos econométricos demonstrou que a previsão das decisões judiciais pode ser alcançada por meios absolutamente distintos da forma de saber tradicionalmente entendida como “jurídica”. Veja-se, nesse sentido, a aposta feita sobre a previsão dos resultados de decisões da Suprema Corte norte-americana entre professores de direito, com amplo conhecimento de direito constitucional e das decisões pretéritas dos membros do tribunal, e professores de ciência política, com apoio em modelos econométricos baseados em fatores extrajurídicos, tal como a afiliação política do presidente que nomeou o juiz, o tribunal de origem e a direção ideológica da decisão. Surpreendentemente, os cientistas políticos ganharam a aposta, acertando o resultado em 75% dos casos, contra a taxa de apenas 59,1% de acerto dos professores. Cf. AYRES, Ian. How computers routed the experts. *Financial Times*, 31 ago. 2007.

⁹ HENDERSON, Stanley D. Promissory Estoppel and Traditional Contract Doctrine, *Yale Law Journal*, n. 78, p. 343 e ss, 1969.

¹⁰ FARBER, Daniel A.; MATHESON, John H. Beyond Promissory Estoppel: Contract Law and the “Invisible Handshake”. *University of Chicago Law Review*, n. 52, 1985, p. 903.

¹¹ LAYCOCK, Douglas. *The Death of the Irreparable Injury Rule*. Oxford: Oxford University Press, 1991.

¹² ELLICKSON, Robert C. Of Coase and Cattle: Dispute Resolution Among Neighbors in Shasta County. *Stanford Law Review*, n. 38, 1986, p. 623 e ss.

Para além do “Empreendedorismo Intelectual”: Fatores de Demanda na Cientificização da Produção Jurídica (com Mariana Pargendler), *in* Direito e Economia em Dois Mundos: Doutrina Jurídica e Pesquisa Empírica (Antônio José M. Porto e Patrícia Regina P. Sampaio, eds.), 2014

de semelhante orientação, a perspectiva interna deixa de ser dominante. Embora não seja explícito a respeito, Ulen parece simpatizar mais com os esforços de Ellickson do que com os trabalhos de Henderson, Farber e Matheson e Laycock, de interesse predominantemente dogmático.

A par de juízos de valor sobre o mérito de uma ou outra abordagem, o argumento central de Ulen é, em outras palavras, que haveria uma transição – ou, a seu ver, uma evolução – do modelo de jurista clássico ao modelo de cientista social, passando-se pelo modelo intermediário de jurista cientificista dogmático. À luz das mesmas evidências anedóticas citadas por Ulen, a hipótese parece-nos correta, de modo que não será este o objeto de nossas considerações¹³. Interessa-nos, contudo, analisar alguns fatores que conduzem a tal transformação da atuação do acadêmico em direito.

III. A transformação do jurista como um reflexo da transformação do direito

Embora Ulen reconheça que mudanças no direito possam ter contribuído para a transformação da produção acadêmica,¹⁴ o autor refuta a ideia de que alterações na qualidade e quantidade da demanda pelo ensino jurídico tenham contribuído para tanto.¹⁵ Sugere Ulen, pelo contrário, que o fenômeno se deve sobretudo a fatores internos à academia.¹⁶

A visão de Ulen sobre a academia como relativamente alheia à vida jurídica e social não é de todo absurda. Com efeito, uma série de fatores – como as práticas de contratação, o regime de trabalho e a governança das instituições universitárias – possibilitam, em tese, que estudos acadêmicos sejam, ao menos imediatamente, inúteis ou até mesmo disfuncionais. É tanto ou mais plausível, porém, que os estudos em direito – que é, antes de mais nada, uma *prática* e uma *profissão* – reflitam, em diferentes medidas, as modificações no caráter do sistema jurídico subjacente.

¹³ Veja-se, nesse sentido, curiosa descrição da suposta hierarquia vigente sobre o valor acadêmico de diferentes tipos de publicações jurídicas (em ordem crescente de importância): (0) *blog posts*; (1) publication of what are essentially blog posts with footnotes; (2) doctrinal review of the state of the law; (3) doctrinal study of interesting questions of law; (4) doctrinal synthesis of developments in law; (5) normative policy analysis of law; (6) normative policy analysis of law with substantial reform proposals; (7) legal theory; (8) “law and” interdisciplinary studies; (9) empirical study of legal institutions; (10) empirical study of law’s impact on society. CHEN, Jim. *The Hierarchy of Legal Scholarship*, Jurisdynamics, 21.09.2006. Disponível em: <http://jurisdynamics.blogspot.com.br/2006/09/hierarchy-of-legal-scholarship.html>. Acesso em: 24 jul. 2012. Embora controversa, a referida lista é compatível com a hipótese de Ulen, já que o estudo do impacto das instituições jurídicas na sociedade – empreitada típica de ciências sociais – ocupa o topo da hierarquia da produção jurídica. Veja-se, também, recente artigo do New York Times publicado por professor da Universidade de Chicago, defendendo que a regulação jurídica há de ser precedida de estudos empíricos comportamentais. THALER, Richard. *Watching Behavior Before Writing the Rules*, The New York Times, 07.07.2012. Disponível em: http://www.nytimes.com/2012/07/08/business/behavioral-science-can-help-guide-policy-economic-view.html?_r=1&pagewanted=all. Acesso em: 24 jul. 2012.

¹⁴ Ulen, *Nobel Prize in Legal Science*, p. 2.

¹⁵ Cf. Nota de rodapé 126, p. 41.

¹⁶ *Id.* (“My sense—for which, I must add, in the spirit of this article, I have no empirical evidence, although I am in the course of gathering it—is that the increasing theorization of and academic emphasis in legal scholarship are due to internal factors having to do with the history of legal scholarship and legal education’s being situated within great research universities, not to external or market forces in the legal services market”).

Para além do “Empreendedorismo Intelectual”: Fatores de Demanda na Cientificização da Produção Jurídica (com Mariana Pargendler), *in* Direito e Economia em Dois Mundos: Doutrina Jurídica e Pesquisa Empírica (Antônio José M. Porto e Patrícia Regina P. Sampaio, eds.), 2014

Se é difícil demonstrar causalidade, é mais facilmente detectável a correlação (em maior ou menor grau, a depender do contexto¹⁷) entre a transformação na atuação do direito e a paulatina mudança na produção jurídica no último século. A depender da evolução do quadro político de cada país, essa modificação é impulsionada por três fatores marcantes: o triunfo da ideologia progressista, a mudança organizacional do modelo estatal Ocidental e a correspondente transformação da técnica de aplicação do direito.

O progressismo é basicamente a ideologia do adiantamento, desenvolvimento e evolução; sua antítese é o conservadorismo. O progressismo traduz a crença na capacidade humana de deliberadamente ordenar o mundo. Nas suas versões mais radicais, traz os perigos do Iluminismo e expressa o que Hayek chamou de *construtivismo racionalista*, isto é, a crença equivocada de que a ordem social possa ser plenamente engendrada por uma ou algumas pessoas. Suas origens intelectuais remontam ao início da era clássica grega, mas o impulso definitivo lhe foi dado pelo vigor construtivista de a partir do século XVII, quando a humanidade adentrara efetivamente a era do racionalismo, do cientificismo e do positivismo¹⁸.

No novo contexto intelectual, o debate entre progressistas e conservadores foi paulatinamente deixando o campo retórico das visões transcendentais ou metafísicas do sagrado, e passando a se articular na linguagem do incentivo, da utilidade e da felicidade. O grande contendor do progressismo, no plano das ideias, passou assim a estar no chamado conservadorismo *utilitarista histórico*¹⁹. Esta é a posição que equipara a conservação de instituições a uma medida de prudência e cautela, já que as instituições trariam uma espécie de sabedoria indizível das gerações passadas.

O Estado que clama para si a missão de ordenar e aperfeiçoar a sociedade é a encarnação institucional da ideologia progressista. Seus impactos diretos sobre o direito são bem descritos por Fábio Konder Comparato²⁰:

“o ‘*government by policies*’, em substituição ao ‘*government by law*’, supõe o exercício combinado de várias tarefas, que o Estado liberal desconhecia por completo. Supõe o levantamento de informações precisas sobre a realidade nacional e mundial, não só em termos quantitativos (para o qual foi criada a técnica da contabilidade nacional), mas também sobre fatos não redutíveis a algarismos, como em matéria de educação, capacidade inventiva e qualidade de vida. Supõe o desenvolvimento da técnica previsional, a capacidade de

¹⁷ É certo que o desenvolvimento de estudos aptos a embasar argumentos consequencialistas é mais acentuado nos Estados Unidos do que em outros países. Ver, exemplificativamente, GAROUPA, Nuno; ULEN, Thomas S. The Market for Legal Innovation: Law and Economics in Europe and the United States. *Alabama Law Review*, n. 59, 2008, p. 1555 e ss, (descrevendo a maior influência do movimento de Direito e Economia nos Estados Unidos relativamente à Europa e atribuindo o fenômeno ao menor grau de concorrência na academia jurídica no contexto europeu).

¹⁸ Sobre o tema, ver SALAMA, Bruno Meyerhof; MENDES, Lucas. *O Imutável Conceito de Direito*, publicado no site Ordemlivre.org, 8.2.2010, disponível em http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/44.

¹⁹ Sobre a ideologia conservadora e o utilitarismo histórico, ver SALAMA, Bruno Meyerhof. *Sobre a Proibição de Drogas e a Ideologia Conservadora*, texto lido em debate realizado na Direito GV, São Paulo, em 3.11.2011, disponível em http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/67.

²⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *Para Viver a Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989, p. 102.

Para além do “Empreendedorismo Intelectual”: Fatores de Demanda na Cientificização da Produção Jurídica (com Mariana Pargendler), *in* Direito e Economia em Dois Mundos: Doutrina Jurídica e Pesquisa Empírica (Antônio José M. Porto e Patrícia Regina P. Sampaio, eds.), 2014

formular objetivos possíveis e de organizar a conjugação de forças ou a mobilização de recursos – materiais e humanos – para a sua consecução. Em uma palavra, o planejamento”.

Esta busca por objetivos concretos – estejamos nós falando da diminuição da violência doméstica ou da eficiência econômica, da melhoria da saúde pública ou da redução do desmatamento – pode, na terminologia de hoje, ser confortavelmente chamada de *política pública*. A política pública propõe ao jurista o desafio de integrar meios jurídicos e fins normativos, e é neste momento que o saber jurídico tradicional falha. Um exemplo recente ilustra por quê²¹. Em março de 2006, uma senadora apresentou um projeto de lei para acrescentar ao Código de Defesa do Consumidor um dispositivo que facultaria ao consumidor antigo de produtos e serviços executados de forma contínua, a seu critério, exigir a concessão de benefícios que são oferecidos pelos fornecedores para a adesão de novos consumidores. Por exemplo: se uma operadora de telefones celulares oferecesse uma promoção de um mês de uso gratuito do telefone celular para novos consumidores, os consumidores antigos teriam o direito de exigir o mesmo benefício.

O fim normativo desta lei seria o de proteger os consumidores. Os meios jurídicos propostos, contudo, provavelmente não são adequados a esses fins. É plausível que a nova regra induza as empresas a competirem através de campanhas publicitárias, jingles, etc. - ao invés de concederem descontos. O primeiro efeito que se esperaria dessa regra, portanto, seria a redução do número de promoções. O segundo efeito seria a redução da competição entre as empresas fornecedoras. Em síntese, sob o louvável pretexto de se proteger os consumidores, possivelmente se estaria prejudicando os novos consumidores em prol dos antigos, já que a probabilidade de novas promoções seria reduzida.

Generalizando, pode-se dizer que a ascensão do *government by policy* propõe ao jurista problemas para os quais o conhecimento jurídico tradicional – interpretar leis e redigi-las, sustentar um argumento para um debate judicial ou desconstruir a coesão de argumentos sobre a interpretação das leis – oferece poucas respostas. A política pública é eminentemente finalística, isto é, está eminentemente voltada à consecução de fins concretos. Sua legitimidade, portanto, prende-se não apenas aos procedimentos seguidos para a sua feitura, mas também à plausibilidade de que os efeitos pretendidos possam ser de fato alcançados. Acontece que para se analisar a pertinência entre meios jurídicos e fins normativos não basta interpretar a lei nem recorrer a intuições de justiça: é preciso apelar a uma ferramenta descritiva do mundo. É neste momento que o conhecimento científico identificado por Ulen passa a ser, por assim dizer, “demandado” pelos profissionais envolvidos com a regulação.

Como dissemos, a integração de métodos científicos à teoria jurídica, por incipiente que seja, também pode ser atribuída a um segundo motivo, a saber, a mudança organizacional do modelo estatal. Em muitos países democráticos do Ocidente (e talvez na maioria deles), o

²¹ Este exemplo consta de SALAMA, Bruno Meyerhof. O Que É Pesquisa em Direito e Economia? *Caderno Direito GV*, n. 22, 2008.

Para além do “Empreendedorismo Intelectual”: Fatores de Demanda na Cientificização da Produção Jurídica (com Mariana Pargendler), *in* Direito e Economia em Dois Mundos: Doutrina Jurídica e Pesquisa Empírica (Antônio José M. Porto e Patrícia Regina P. Sampaio, eds.), 2014

Estado regulatório acabou por alçar (às vezes aberta e às vezes veladamente) o Poder Judiciário à condição de ente ativo na formulação da política pública. Isto quer dizer que o *government by policy* a que aludimos acima passou a ter, no Poder Judiciário, um ator protagonista, e não apenas coadjuvante.

Repare-se bem: a transformação no modelo de Estado a que aludimos acima não explica, por si só, a cientificização da produção acadêmica jurídica bem identificada por Ulen. É certo que uma regulação que não atenda plausivelmente aos seus fins normativos não será politicamente palatável. Mas daí não segue, desde logo, que estejamos diante de um problema jurídico (no sentido próprio da atividade do profissional ligado ao direito). Afinal, se ao Judiciário couber apenas o papel de fazer valer a regra gestada em outras esferas de poder, então toda a teorização jurídica deverá ser apenas interpretativa e voltada a encontrar os percursos intelectuais que permitirão ao juiz cumprir, da forma mais fiel possível, a regra que se lhe apresenta em um litígio. Quando o papel político do Judiciário é acanhado, toda a teorização jurídica apta a influenciar a decisão do juiz tende a ser *formalista* ou pautada pelas exigências de justiça do caso concreto²².

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

No Brasil pós-1988, o Poder Judiciário passou da periferia ao centro do arranjo político²³. Os tribunais – e o Supremo Tribunal Federal (STF) em particular – foram alçados à condição de *Poder Moderador*, como bem observou Oscar Vilhena.²⁴ Assim, o papel de árbitro dos grandes conflitos institucionais e políticos que historicamente coubera ao exército passou a ser ocupado pelo STF. Ao mesmo tempo, o Poder Judiciário acabou cada vez mais desempenhando um papel relevante no delineamento das políticas públicas no Brasil – ora negativamente, contrabalançando o excesso, ora positivamente, contrabalançando a inação; e nos dois casos, contribuindo decisivamente para a criação de incentivos (e desincentivos) para toda sorte de atividades. É como se o Judiciário tivesse sido *empurrado* – no mais das vezes a contragosto, ocasionalmente com certo júbilo – para a posição de ator relevante, e diversas vezes decisivo, no grande quadro institucional de formulação da política pública.

Engana-se quem pensa que a interface das ciências sociais com o direito seja, então, fenômeno apenas norte-americano. Por conta dessa centralidade do Poder Judiciário no

²² Sobre o ponto, ver RODRIGUEZ, Jose R. The Persistence of Formalism: Towards a Situated Critique beyond the Classic Separation of Powers. *The Law and Development Review*, vol. 3, article 3, 2010.

²³ Esta discussão consta de SALAMA, Bruno Meyerhof. *O Fim da Responsabilidade Limitada: História, Direito e Economia*. 2013. No prelo (ainda inédito).

²⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal: O Novo Poder Moderador. In: Carlos Guilherme Mota; Natasha S. C. Salinas. *Os Juristas na Formação do Estado-Nação Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

Para além do “Empreendedorismo Intelectual”: Fatores de Demanda na Cientificização da Produção Jurídica (com Mariana Pargendler), *in* Direito e Economia em Dois Mundos: Doutrina Jurídica e Pesquisa Empírica (Antônio José M. Porto e Patrícia Regina P. Sampaio, eds.), 2014

arranjo político brasileiro, multiplicaram-se os estudos sobre o STF, tanto nas faculdades de direito quanto nos programas de sociologia, história e ciência política. Há também um aspecto concreto que toca à vida de todos, às vezes de forma teatral. Tão logo proferidas, algumas decisões do Supremo migram para os editoriais jornalísticos, para as pesquisas de opinião, para as redes sociais e para as conversas do dia-a-dia. Embora a relevância do STF não seja propriamente nova, sua atual proeminência é incomparável.

Nos dizeres de Oscar Vilhena, vivemos hoje em uma *supremocracia*: o processo de expansão da autoridade dos tribunais ao redor do mundo teria ganho, no Brasil, contornos ainda mais acentuados.²⁵ Quando Kelsen procurou justificar a necessidade de cortes constitucionais no continente europeu, recorreu a uma argumentação eminentemente negativa: caberia a elas resguardar a autoridade da Constituição diante de leis e atos que desafiassem seu conteúdo.²⁶ Isso parece ter mudado.²⁷ O controle de políticas públicas e a edição de súmulas vinculantes, por exemplo, revelam, também por aqui, a dissolução das funções estatais preconizadas pelos clássicos da teoria do Estado.²⁸

Evidentemente, este quadro repercutiu também na técnica jurídica. No último século, o pilar dos sistemas jurídicos ocidentais migrou do direito privado ao direito público. Concomitantemente, a aplicação do direito tornou-se cada vez mais baseada em princípios, em detrimento de regras.²⁹ A simples descrição “pura” de regras, prescindindo do exame da conduta humana, e a aplicação do raciocínio lógico-dedutivo ficam prejudicadas nesse novo contexto. A aplicação do teste de proporcionalidade para solucionar conflitos entre princípios (entendidos, para Alexy, como “mandamentos de otimização”³⁰, ou seja, normas que estabelecem que algo deva ser realizado, diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes, na maior medida possível) incorpora à técnica decisória jurídica elementos tradicionalmente vistos como “extrajurídicos” e ligados às consequências de diferentes regimes.

O problema é que a correta aplicação de princípios depende, em muitos casos, de dados empíricos e de juízos sobre os efeitos concretos de diferentes normas³¹. Exemplo disto é

²⁵ Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista Direito GV*, n. 8, 2008, p. 441-463.

²⁶ V. KELSEN, Hans. *Verfassungs-und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates*. Trad. port. de Alexandre Krug. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 123-186.

²⁷ Novamente VIEIRA, Oscar Vilhena, *Supremocracia*, p. 454-456.

²⁸ ACKERMAN, Bruce A. The New Separation of Powers. *Harvard Law Review*, n. 113, 2000, p. 633-729.

²⁹ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2005, p. 15-16.

³⁰ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte* (1985). Trad. port. de Virgílio Afonso da Silva. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91: (“O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”).

³¹ Neste sentido, POSNER, Richard A. *Overcoming Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1995, p. 7 (defendendo sua versão de adjudicação pragmática como aquela em que o juiz “is drawn to the experimental scientist, whom [the pragmatist judge] urges us to emulate by asking, whenever a disagreement arises: What practical, palpable, observable difference does it make to us?”). *Contra*, ver DWORKIN, Ronald. In Praise of Theory. *Arizona State Law Journal*, vol. 29, 1997, p. 353. E ainda, MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Posner e a Análise

Para além do “Empreendedorismo Intelectual”: Fatores de Demanda na Cientificização da Produção Jurídica (com Mariana Pargendler), *in* Direito e Economia em Dois Mundos: Doutrina Jurídica e Pesquisa Empírica (Antônio José M. Porto e Patrícia Regina P. Sampaio, eds.), 2014

dado pela decisão do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.946, na qual se discutia se o art. 14 da Emenda Constitucional nº 20 de 1998, que fixava em R\$1.200 o limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social, seria constitucional relativamente à licença-gestante.³² O caso é paradigmático não apenas por reconhecer a inconstitucionalidade da emenda constitucional (ainda que sem redução de texto), como também por alicerçar sua fundamentação precisamente nas prováveis consequências deletérias de uma interpretação literal da norma quanto à posição da mulher no mercado de trabalho. Assim observa o Tribunal:

“Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira *facilitada* e *estimulada* a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora.

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

Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$1.200,000, para não ter de responder pela diferença”³³.

A decisão de conferir interpretação conforme a Constituição, excluindo a licença-gestante do alcance da regra do art. 14 da Emenda Constitucional 20 de 1998, deveu-se à percebida falta de adequação entre meio jurídico (limitação do pagamento da licença maternidade pela previdência social, transferindo-se o respectivo ônus ao empregador) e o fim normativo consagrado pelo texto maior de combater a discriminação à mulher no mercado de trabalho. Nesse contexto, conclui a Corte que, “à falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7º, XVIII [que consagra “licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias”], a pura e simples aplicação do art. 14 da E.C. 20/98, de modo a torná-la insubsistente, implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado”.³⁴

Considere-se, outrossim, a decisão do STF sobre a compatibilidade entre a penhorabilidade do bem de família do fiador, prevista pelo art. 3º, VII, da Lei 8.009 de 1990, e

Econômica do Direito: Da Rigidez Neoclássica ao Pragmatismo Frouxo. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Coord.). *Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia*. São Paulo: Saraiva, 2012.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.946-DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Sydney Sanches. J. 03/04/2003.

³³ *Id.*, ementa.

³⁴ *Id.*

Para além do “Empreendedorismo Intelectual”: Fatores de Demanda na Cientificização da Produção Jurídica (com Mariana Pargendler), *in* Direito e Economia em Dois Mundos: Doutrina Jurídica e Pesquisa Empírica (Antônio José M. Porto e Patrícia Regina P. Sampaio, eds.), 2014

a garantia do direito à moradia prevista pelo art. 6º da Constituição Federal, com a redação conferida pela Emenda Constitucional 26 de 2000. Segundo o voto vencedor, de relatoria do Min. Cezar Peluso, que reconheceu a constitucionalidade da regra, “os proprietários no Brasil são poucos”, justificando-se, assim, o “estímulo à habitação arrendada” presumivelmente promovido pela regra questionada. Conclui, então, que a eventual declaração da inconstitucionalidade do referido dispositivo, “romperia (sic) equilíbrio do mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com consequente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia”.³⁵

A decisão, portanto, não somente alude a fatos da realidade social fora do alcance imediato da norma em questão (por exemplo, a proporção de brasileiros que são proprietários de imóveis), mas também tira ilações de causalidade entre a regra de penhorabilidade do bem de família do fiador e a operação do mercado de locações. O STF utiliza com frequência o vocabulário da proporcionalidade, embora ainda não tenha refletido de forma cuidadosa sobre como lidar com as afirmativas empíricas controversas suscitadas por este tipo de exame³⁶. É certo, porém, que semelhante técnica de decisão gera demanda por estudos científicos – teóricos, empíricos ou experimentais – nos moldes definidos por Ulen. Caso tivesse sido detectado, por exemplo, que a penhorabilidade do bem de família do fiador não apresenta qualquer influência positiva no mercado de locações de modo a promover o acesso à moradia de não-proprietários, é possível que a Corte tivesse decidido de forma diferente.

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

IV. Conclusão

A discussão acima guarda paralelos com outros ramos do saber. Por exemplo, os teóricos explicam a inovação a partir de duas teorias rivais: para os adeptos do *technological-*

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 407.688-8. Tribunal Pleno. Rel. Min. Cezar Peluso. J. 08/02/2006.

³⁶ ARGUELHES, Diego; PARGENDLER, Mariana. Custos Colaterais da Violência no Brasil: Rumo a um Direito Moldado pela Insegurança? *Revista Direito GV* (no prelo, 2012). Ver, também, SCHUARTZ, Luis Fernando. *Norma, Contingência e Racionalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 218 (“O problema com a “fórmula da ponderação” está menos na sua aptidão para modelar adequadamente o “balanceamento” de princípios tal como levado a efeito por juízes e tribunais e mais no que ela pressupõe quanto à obtenção dos dados necessários para que possa efetivamente ser aplicada. O problema, noutras palavras, não está no lado dos resultados nem na definição da “regra de transformação” que a fórmula exprime, mas em como assegurar o acesso aos valores concretos das variáveis relevantes que servem de dados para efetuar os cálculos da maneira especificada na fórmula”).

Para além do “Empreendedorismo Intelectual”: Fatores de Demanda na Cientificização da Produção Jurídica (com Mariana Pargendler), *in* Direito e Economia em Dois Mundos: Doutrina Jurídica e Pesquisa Empírica (Antônio José M. Porto e Patrícia Regina P. Sampaio, eds.), 2014

push, a inovação gera sua própria demanda³⁷; já para os adeptos do *demand-pull*³⁸, é a demanda do mercado que determina a direção da inovação. Na macroeconomia igualmente se põe dilema parecido: para engendrar o crescimento econômico a melhor tática é reduzir as barreiras à produção, ou incentivar o consumo? Também assim se dá com a importação do método das ciências sociais para a produção acadêmica em direito. Este texto buscou mostrar que, para além dos fatores de oferta (identificados por Ulen), que se põe no plano da evolução da técnica e da pesquisa acadêmica, há também importantes fatores de demanda que até o momento têm sido negligenciados. Se esta observação estiver correta, então espera-se que quanto mais o Poder Judiciário se deslocar da periferia para o centro do debate político, tanto maior será a demanda pela pesquisa jurídica *cientificizada*; tanto maior será o desenvolvimento da *Law & Economics*; e tanto mais clara será a crise no pensar jurídico que herdamos do século XIX. São temas que se prestam, inclusive, à realização de um estudo quantitativo.

MARIANA, VOCÊ PODE PEDIR AO TEU ESTAG (THIAGO) PARA REVER A BIBLIOGRAFIA ABAIXO E ELIMINAR AS REFERÊNCIAS QUE EU CORTEI?

Bibliografia

ACKERMAN, Bruce A. – *The New Separation of Powers*, Harvard Law Review, n. 113, 2000.

ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte* (1985), trad. port. de Virgílio Afonso da Silva, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, São Paulo, Malheiros, 2008.

ARGUELHES, Diego; PARGENDLER, Mariana – *Custos Colaterais da Violência no Brasil: Rumo a um Direito Moldado pela Insegurança?* Revista Direito GV, 2012.

ÁVILA, Humberto – *Notas sobre o papel da doutrina na interpretação*. In: Instituto de Estudos Culturalistas (ed.). Cadernos para Debates n. 4: *Conversa sobre a Interpretação no Direito (Estudos em Homenagem a Miguel Reale)*, Canela, 2011.

_____ – *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo: Malheiros Editora, 4ª ed., 2005.

AYRES, Ian – *How computers routed the experts*, Financial Times, Aug. 31, 2007.

BERMAN, Harold J. – *The Origins of Western Legal Science*. Harvard Law Review, n. 90, p. 894-943, 1977.

³⁷ Freeman (1974); Pavitt and Wald (1971); Pavitt and Pavitt and Soete (1980).

³⁸ Schmookler 1962, 1966; Dosi, 1982.

Para além do “Empreendedorismo Intelectual”: Fatores de Demanda na Cientificização da Produção Jurídica (com Mariana Pargendler), in *Direito e Economia em Dois Mundos: Doutrina Jurídica e Pesquisa Empírica* (Antônio José M. Porto e Patrícia Regina P. Sampaio, eds.), 2014

COMPARATO, Fábio Konder – *Para Viver a Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

DOSI, G. – *Technological Paradigms and Technological Trajectories: A Suggested Interpretation of the Determinants and Directions at Technical Change*, *Research Policy*, 11(3), June, 1982.

DWORKIN, Ronald, *In Praise of Theory*, *Arizona State Law Journal*, vol. 29, 1997.

EDWARDS, Harry T. – *The Growing Disjunction between Legal Education and the Legal Profession*. *Michigan Law Review*, n. 91, 1992-1993.

ELICKSON, Robert C. – *Of Coase and Cattle: Dispute Resolution Among Neighbors in Shasta County*, *Stanford Law Review*, n. 38, p. 623 e ss., 1986.

_____ – *Trends in Legal Scholarship: A Statistical Study*, *Journal of Legal Studies*, n. 28, 2000.

FARBER, Daniel A.; MATHESON, John H. – *Beyond Promissory Estoppel: Contract Law and the “Invisible Handshake”*, *University of Chicago Law Review*, n. 52, p. 903, 1985.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio – *A ciência do direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 1980.

FREEMAN, C. – *The Economics of Industrial Innovation*, Penguin: Harmondsworth, 1974.

GAROUPA, Nuno; ULEN, Thomas S. – *The Market for Legal Innovation: Law and Economics in Europe and the United States*, *Alabama Law Review*, n. 59, 2008.

GICO Jr., Ivo Teixeira – *Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito*, *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, 2010.

GORDLEY, James – *The State’s Private Law and Legal Academia*, *American Journal of Comparative Law*, n. 56, 2008.

HEN, Jim – *The Hierarchy of Legal Scholarship*, *Jurisdynamics*, 2006.

HENDERSON, Stanley D. – *Promissory Estoppel and Traditional Contract Doctrine*, *Yale Law Journal*, n. 78, 1969.

HOLMES, Oliver Wendell Jr. – *The Path of the Law*, *Harvard Law Review*, n. 10, 1897.

HUME, David – *Tratado da Natureza Humana: Uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais*. Deborah Danowski, trad. São Paulo: Imprensa Oficial, UNESP, 2001.

KELSEN, Hans – *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____ – *Verfassungs-und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstates*, trad. port. de Alexandre Krug, *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Para além do “Empreendedorismo Intelectual”: Fatores de Demanda na Cientificização da Produção Jurídica (com Mariana Pargendler), in *Direito e Economia em Dois Mundos: Doutrina Jurídica e Pesquisa Empírica* (Antônio José M. Porto e Patrícia Regina P. Sampaio, eds.), 2014

KEYNES, John Neville – *The Scope and Method of Political Economy*, London: Macmillan, 1891.

LAYCOCK, Douglas – *The Death of the Irreparable Injury Rule*. Oxford: Oxford University Press, 1991.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto – *Posner e a Análise Econômica do Direito: Da Rigidez Neoclássica ao Pragmatismo Frouxo*. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Coord.), *Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith – *A boa-fé no Direito Privado: Sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos – *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2002.

MIRANDA, Pontes de – *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, 1982.

NOBRE, Marcos – *Apontamentos sobre a Pesquisa em Direito no Brasil*. Cadernos Direito GV, n. 1, 2004.

POSNER, Richard – *A Economia da Justiça*, São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____ – *Law, Pragmatism and Democracy*, Cambridge: Harvard University Press, 2003.

_____ – *Overcoming Law*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995.

_____ – *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____ – *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995.

REALE, Miguel – *Lições Preliminares de Direito*. 25ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2001.

RODRIGUEZ, Jose R. – *The Persistence of Formalism: Towards a Situated Critique beyond the Classic Separation of Powers*, *The Law and Development Review*, vol. 3, article 3, 2010.

SABINO, Fernando – *O Encontro Marcado, De uma carta de Hélio Pellegrino*. 30.03.2006, Disponível

SALAMA, Bruno Meyerhof – *A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner*. In: *Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia*. São Paulo: Saraiva, 2012.

Para além do “Empreendedorismo Intelectual”: Fatores de Demanda na Cientificização da Produção Jurídica (com Mariana Pargendler), in *Direito e Economia em Dois Mundos: Doutrina Jurídica e Pesquisa Empírica* (Antônio José M. Porto e Patrícia Regina P. Sampaio, eds.), 2014

_____ – *O Fim da Responsabilidade Limitada: História, Direito e Economia*, 2013 (inédito).

_____ – *O que é Direito e Economia?* In: TIMM, Luciano Benetti (org.), *Direito e Economia*, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____ – *O Que É Pesquisa em Direito e Economia?* Caderno Direito GV, Número 22, 2008.

_____ – *Sete enigmas do desenvolvimento em Douglass North*, in: VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMOULIS, Dimitri. *Desenvolvimento e Estado de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____ – *Sobre a Proibição de Drogas e a Ideologia Conservadora*, texto lido em debate realizado na Direito GV, São Paulo, 3.11.2011

_____ – *The Art of Law & Macroeconomics*, University of Pittsburgh Law Review, No. 2, Vol 74, 2012.

SALAMA, Bruno Meyerhof; MENDES, Lucas – *O Imutável Conceito de Direito*, publicado no site Ordemlivre.org, 8. 2.2010.

SCHUARTZ, Luis Fernando – *Norma, Contingência e Racionalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SEARLE, John R – *How to Derive "Ought" From "Is"*. The Philosophical Review, Vol. 73, No. 1, 1964.

THALER, Richard – *Watching Behavior Before Writing the Rules*, The New York Times, 07.07.2012.

ULEN, Thomas – *Nobel Prize in Legal Science: Theory, Empirical Work, and the Scientific Method in the Study of Law?*. Working paper, 2002.

UNGER, Roberto – *Passion*, New York: The Free Press, 1984.

VIEIRA, Oscar Vilhena – *Supremo Tribunal Federal: O Novo Poder Moderador*, in Carlos Guilherme Mota e Natasha S. C. Salinas, *Os Juristas na Formação do Estado-Nação Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2010.

_____ – *Supremocracia*, in Revista Direito GV 8, 2008.

WEBER, Max – *Três Tipos de Poder e outros Escritos*, Lisboa: Tribuna da História, 2005.

WILLIAMSON, John – *What Washington Means by Policy Reform*, in: Williamson, John (ed.): *Latin American Readjustment: How Much has Happened*, Washington: Institute for International Economics, 1989.