

## **DOCTRINA E PESQUISA EMPÍRICA: um diálogo difícil**

**Sergio Tuthill Stanicia**

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP)

Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6909473223727209>

ORCID: 0000-0002-4436-1997

e-mail: [sergio.tuthill@gmail.com](mailto:sergio.tuthill@gmail.com)

**Recebido em:** 09/08/2022

**Aprovado em:** 11/10/2022

### **RESUMO**

O artigo tem o objetivo de caracterizar a doutrina jurídica como um gênero de obras jurídicas que guarda íntima relação com a dogmática jurídica, e descrever e avaliar, no âmbito da metodologia jurídica e teoria do direito, dois problemas comumente apontados: a empiria vulgar, que abrange a interdisciplinaridade vulgar, e o mito da neutralidade, em um de seus desdobramentos. Conclui que uma proposta de superação desses problemas comumente apresentada, fazer mais pesquisa empírica em direito, é adequada, com limitações, para lidar com o primeiro problema, mas não com o segundo. Ao final, apresenta uma sugestão de técnica de leitura de textos doutrinários.

**Palavras-chave:** Metodologia jurídica; Doutrina jurídica; Pesquisa empírica.

### **DOCTRINE AND EMPIRICAL RESEARCH: A DIFFICULT DIALOGUE**

#### **ABSTRACT**

The article aims to characterize legal doctrine as a genre of legal works that are closely related to legal dogmatics, and to describe and evaluate, within the scope of legal methodology and theory of law, two commonly identified problems: vulgar empiricism, which encompasses vulgar interdisciplinarity, and the myth of neutrality, in one of its developments. It concludes that a commonly presented proposal to overcome these problems, doing more empirical research in law, is adequate, with limitations, to deal with the first problem, but not with the second. At the end, it presents a suggested technique for reading doctrinal texts.

**Keywords:** Legal methodology; Legal doctrine; Empirical research.

## **1 INTRODUÇÃO**

É recorrente o diagnóstico de que a literatura jurídica tem problemas metodológicos. Talvez o mais recente esteja em um artigo dos professores belgas Arthur Deyvre, Wessel Wijtvliet e Nicolas Lampach, no qual apontam uma “crise metodológica” e um “déficit de

credibilidade” da pesquisa jurídica (2019, p. 353 e 365)<sup>1</sup>. Segundo eles, parece faltar critérios aos professores de direito para avaliar sua própria pesquisa, uma vez que os critérios normalmente utilizados para avaliar a qualidade da investigação científica em outras ciências são estranhos à literatura jurídica (2019, p. 349–350). Os autores avaliam que, ainda que se reconheça o caráter vocacional das faculdades de direito, teses de doutorado em direito não atendem às exigências dos profissionais, cujo tempo para ler é escasso, e raramente apresentam o rigor metodológico e *know-how* associados ao método científico. Uma pesquisa com noventa teses de doutorado em direito defendidas nas universidades holandesas teria mostrado que os juristas não justificam sua metodologia, ou o fazem marginalmente ou implicitamente. E o resultado é terem baixo impacto acadêmico e prático (2019, p. 351).

A crítica faz ecoar outras duas, mais antigas, e que geraram repercussão na academia jurídica. A primeira é a do cientista social Marcos Nobre, que qualificou como “equivocado” o modelo de pesquisa jurídica no Brasil. Sua avaliação é que o direito não conseguiu “acompanhar o vertiginoso crescimento qualitativo da pesquisa científica em ciências humanas no Brasil nos últimos trinta anos”, e atribui o “atraso relativo” ao “isolamento em relação a outras disciplinas das ciências humanas e uma peculiar confusão entre prática profissional e pesquisa acadêmica” (2004, p. 3–4 e 7). Seu diagnóstico foi rebatido, entre outros, por Roberto Fragale Filho e Alexandre Veronese, que apontam que a crítica foi “fragilmente construída” (2004, p. 54).

A segunda crítica é a dos cientistas sociais estadunidenses Lee Epstein e Gary King (2002b). Embora a tradução para o português (2013) tenha se tornado uma espécie de manual da pesquisa empírica no Brasil, sua recepção passou longe de ser calorosa no meio acadêmico estadunidense. As críticas aos artigos publicados nos *law reviews* lhes renderam adjetivos nada lisonjeiros, em três duras respostas, seguidas por uma réplica ácida (EPSTEIN; KING, 2002a). Nas respostas, Epstein e King foram acusados de não seguir as suas próprias regras metodológicas (CROSS; HEISE; SISK, 2002; REVESZ, 2002) e de praticarem “antropologia marciana” ao não reconhecerem os aspectos “doutrinário, interpretativo e normativo” de parte considerável da literatura jurídica (GOLDSMITH; VERMEULE, 2002, p. 155–157).

Epstein e King fazem duras críticas ao estado da literatura jurídica estadunidense, que qualificam como “profundamente defeituoso”<sup>2</sup>. A “atenção contínua e autoconsciente à

<sup>1</sup> As traduções para o português dos trechos citados dos artigos em língua estrangeira são livres.

<sup>2</sup> Ao mesmo tempo em que Epstein e King afirmam direcionar suas críticas a estudos empíricos em direito, adotam um conceito amplo de empiria, como toda aquela pesquisa que envolva “dados que são observados ou desejados”, isto é, “fatos” que “estejam de alguma maneira relacionados com o mundo”. Suas críticas abarcam a literatura jurídica de um modo mais geral, na medida em que afirmam que “muitos, se não a maioria, dos artigos nos periódicos jurídicos apresentam uma característica comum: uma preocupação, mesmo que implícita, com

metodologia da análise empírica” seria “virtualmente inexistente nos periódicos jurídicos americanos”, nos quais muito da literatura aplicaria “as “regras” de persuasão e advocacia”, produzindo trabalhos pouco confiáveis (2013, p. 14–16). Afirmam que a “maioria, se não toda, a produção acadêmica jurídica viola a regra da replicação”, e concluem que “os autores precisam revelar muito mais sobre o processo pelo qual geraram e observaram seus dados” (2013, p. 47–48).

Embora com frequência sejam dirigidas à literatura jurídica de maneira mais ampla, as críticas parecem servir a um alvo mais específico: o tipo de obra jurídica que conhecemos nos países de *civil law* como doutrina. No contexto estadunidense, em que não há propriamente uma “doutrina” (JESTAZ, 2016), as críticas se dirigem aos artigos jurídicos publicados nas *law reviews*, que tradicionalmente são editadas por estudantes de direito (POSNER, 2006), e cujas publicações muitas vezes não são submetidas a nenhum processo de avaliação por pares. Guardadas as diferenças, pode-se dizer, ante a semelhança das críticas, que também são direcionadas a um certo estilo *doutrinário* de tratar o direito no contexto estadunidense.

Este artigo se estrutura da seguinte forma. Primeiro, convém explicitar o que se entende por doutrina, e sua relação com a dogmática jurídica, o que será feito no primeiro tópico. No segundo tópico, exploro dois dos problemas apontados na doutrina jurídica, que chamo de empiria vulgar e de mito da neutralidade, e os seus desdobramentos. No terceiro tópico, faço uma avaliação desses problemas e procuro mostrar por que a sugestão de fazer mais pesquisa empírica, apresentada pelos autores mencionados nesta introdução, não é a mais adequada. Segue-se a conclusão, na qual apresento uma sugestão de técnica de leitura de textos doutrinários.

## 2 DOCTRINA E DOGMÁTICA JURÍDICA

Há quem equipare doutrina e dogmática jurídica (e.g. COURTIS, 2006), e quem estabeleça diferença entre as duas noções (e.g. PINTO JÚNIOR, 2018). A meu ver, pode-se entender dogmática como uma maneira de estudar o direito tomando a norma jurídica vigente como premissa incontornável. Isso significa que a norma não pode ser ignorada, ainda que se critique ou proponha a sua alteração (FERRAZ JR., 2003). Nesse sentido, constitui-se em um espaço de autorreflexão do direito (NEVES, 2005), com uma orientação fundamentalmente prática (COURTIS, 2006), visando a orientar a ação e a decisão (FERRAZ JR., 2003). Já

---

empirismo”, ou seja, com evidências “sobre o mundo” baseadas em “observação ou experiência” (2013, p. 11–12).

doutrina, nos países de *civil law*, é uma coletividade de obras, e, por extensão, um conjunto de pessoas (JESTAZ, 2016). Enquanto gênero jurídico-literário, distingue-se da teoria e da empiria (SILVA FILHO, 2016). Seu público-alvo não são apenas professoras, pesquisadores, e estudantes, mas advogadas, juízas, promotoras e outros profissionais do direito.

Fala-se na “doutrina” como se falasse em uma entidade (JESTAZ; JAMIN, 1998). Enquanto “coletividade de juristas versados”, Philippe Jestaz observa que parece se referir a uma “sociedade de eruditos”, ou “clube informal de *gentlemen*”, na medida em que juristas comumente escrevem que “a doutrina” concorda, critica, propõe, sugere etc. Um fenômeno curioso é que, por exemplo, de um universo de seis juristas que opinaram sobre um tema, se dirá que a doutrina está dividida (3/3), majoritária (4/2), quase unânime (5/1) ou unânime (6/0). Os seis autores parecem falar em nome da doutrina inteira, compreendendo todos os seus colegas que ficaram em silêncio ou não foram mencionados (JESTAZ, 2016, p. 152).

As obras de dogmática jurídica são recepcionadas pela comunidade jurídica como doutrina, de modo que não há doutrina sem dogmática (JESTAZ, 2016; JESTAZ; JAMIN, 1998). Não há propriamente doutrina em obras de “zetética” jurídica (FERRAZ JR., 2003), como as de sociologia do direito, história do direito, antropologia jurídica, teoria e filosofia do direito etc. Não-juristas não compreendem a expressão, que parece não ter equivalente em outras disciplinas. No direito americano e no direito inglês, a expressão *legal doctrine* não tem o mesmo sentido, comumente ocasionando incompreensão entre estudantes brasileiros, o que não significa que não se possa falar em um certo *estilo doutrinário* das obras jurídicas publicadas nas *law reviews*.

No Brasil, o exemplo paradigmático de obra doutrinária é o manual didático, cujo estilo com frequência é reproduzido em artigos publicados em periódicos jurídicos, monografias e até mesmo dissertações de mestrado e teses de doutorado. Para fundamentar suas afirmações, o doutrinador recorre a outras obras e decisões judiciais, muitas vezes sem explicitar critérios objetivos que o levaram à escolha de uma ou de outra. São comuns os argumentos de autoridade, inclusive com o uso de clichês, como referências aos “ensinamentos” do “preclaro mestre A” ou do “saudosos professor B”, e considerações rasas e não fundamentadas sobre história (as célebres “evoluções” históricas), sociologia, economia etc. (OLIVEIRA, 2006). O doutrinador parece, muitas vezes, adotar um estilo *acaciano*, como o personagem conselheiro Acácio de Eça de Queirós, que falava coisas vazias de conteúdo em tom afetado e pomposo. Esse estilo por vezes é apontado como herança do “bacharelismo” (NEVES, 2005).

### 3 A EMPIRIA VULGAR E O MITO DA NEUTRALIDADE

Embora muitas críticas de ordem metodológica possam ser feitas à doutrina, neste artigo me concentro em duas ordens de problemas. O primeiro é o que chamo de *empíria vulgar*, que abrange a *interdisciplinaridade vulgar*. O segundo é o *mito da neutralidade*, segundo o qual, ao descrever e sistematizar a norma, os doutrinadores promovem posições normativas e até mesmo interesses pessoais e profissionais, sob o manto da neutralidade ou tecnicidade.

O problema de *empíria vulgar* consiste na constatação de que, frequentemente, os juristas fazem afirmações sobre fatos sem embasamento em métodos aceitos na comunidade científica para embasá-los. Disso decorre que doutrinadores, com frequência, identificam problemas no mundo, e propõem interpretações da lei visando a resolver esses problemas. O comparatista Richard Hyland, embora escrevendo em outro contexto, sintetiza de maneira perspicaz o que ocorre: “[j]uristas criam para si um mundo – por vezes um mundo como gostariam que fosse e outras vezes como temem que seja – imaginam o impacto que gostariam de ter nesse mundo, e então criam, aplicam e interpretam as normas para que produzam o efeito pretendido” (2009, p. 102).

Um exemplo ajuda a ilustrar. É comum na literatura de direito civil brasileira o diagnóstico da “industrialização” do dano moral, em que “o aborrecimento banal ou mera sensibilidade são apresentados como dano moral, em busca de indenizações milionárias” (e.g. CAVALIERI FILHO, 2020, p. 105). É uma afirmação problemática quanto à realidade, pois não é empiricamente embasada por meio de métodos aceitos na comunidade científica. Um estudo empírico sobre o assunto, por exemplo, concluiu, mediante levantamento jurisprudencial, que “a temida indústria de reparações milionárias não é uma realidade no Brasil” (PÜSCHEL *et al.*, 2011, p. 5 e 54).

Essa empíria vulgar frequentemente assume a forma de uma *interdisciplinaridade vulgar*, em que objetos de estudo de outras disciplinas são tratados pelos juristas sem a devida consideração aos estudos da área. Epstein e King apontam que os juristas fazem “afirmações sobre história, filosofia, economia e ciência política que seriam consideradas superficiais ou desacreditáveis por praticantes dessas disciplinas” (2002a, p. 195–196). Dyevre, Wijtvliet e Lampach observam que juristas o tempo todo fazem “economia vulgar, psicologia vulgar e ciência política vulgar”, que podem até servir como “retórica” no processo judicial, mas que minam a “credibilidade científica da academia jurídica” perante outras disciplinas. Juristas, portanto, deveriam “levar a interdisciplinaridade a sério” e reconhecer as contribuições dessas

disciplinas (2019, p. 369).

O segundo problema é o que chamo de *mito da neutralidade*. Traçando um quadro negativo, Dyevre, Wijtvliet e Lampach argumentam que parcela considerável da academia do direito estaria numa “posição desconfortável” entre a pesquisa acadêmica e a prática jurídica (2019, p. 349–350). Especulam também que doutrinadores não querem observar exigências como as de explicitar suas suposições normativas ou reconhecer e representar visões contrárias em sua melhor forma, pois isso lhes tolheria a liberdade retórica de usar “falácias informais”, explorar “vieses cognitivos” e fazer caricaturas de posições divergentes (2019, p. 365–366). Epstein e King argumentam na mesma linha, afirmando que “os professores de direito não conseguirão avançar no aprendizado sobre o mundo se não forem capazes de identificar suas perguntas empíricas e distingui-las de seus esforços em persuadir” (2002a, p. 194–196).

Para superar os dois problemas apontados, e seus respectivos desdobramentos, os três artigos mencionados no início deste texto têm uma proposta em comum: fazer mais pesquisa empírica. Nobre entende “ser possível realizar reconstruções dogmáticas que não tenham compromisso com soluções e com a decidibilidade, mas que procurem unicamente explicar (“compreender” seria melhor, nesse caso) o estatuto de determinado instituto na prática jurisprudencial” e “na doutrina”, tomadas “como objetos empíricos de investigação” (2004, p. 3–4, 7, 15–16).

Epstein e King afirmam que “[a] diferença significativa nos resultados sugere que, se parte de uma agenda de pesquisa puder ser formulada como uma questão empírica, parece ser valoroso fazê-lo”. Observam que isso não suprimiria “a pergunta filosófica (o que seria improdutivo)”, nem transformariam “uma pergunta normativa em uma pergunta empírica (o que, em geral, é impossível)”, mas os juristas se beneficiariam “das regras de inferência e métodos bem desenvolvidos das ciências naturais e sociais para avançar onde o progresso for possível” (2002a, p. 193). Sustentam que “as regras de inferência se aplicam igualmente a pesquisadores cujo objetivo principal seja explicitamente empírico e a pesquisadores que usam afirmações empíricas para promover “programas interpretativos e normativos””, a estudos quantitativos e a estudos qualitativos (2002a, p. 198 e 201).

Dyevre, Wijtvliet e Lampach apontam que, para evitar o isolamento e a marginalização, a academia jurídica europeia deveria incorporar com maior ênfase a metodologia das ciências sociais, focando em questões importantes para os juristas. Sem o “efeito disciplinador do confronto constante com fatos empíricos, teorias normativas são vulneráveis a impulsos utópicos”. Na economia, sociologia, ciência política, física ou

biologia, argumentam, “a teoria gera hipóteses que podem ser testadas em face de dados empíricos, enquanto a análise empírica gera novas questões para a teoria responder”. A teoria, portanto, “sempre dialoga com a observação empírica e a experimentação” (2019, p. 353–354). À objeção de que pesquisa empírica em direito atualmente feita não dialogaria com questões doutrinárias e normativas argumentam que isso seria apenas um motivo para fazer mais e melhor. E quanto à função classificatória da doutrina, entendem que “métodos baseados em computador” podem melhorar muito o desenvolvimento de “sumários jurídicos e taxinomias” (2019, p. 370).

#### 4 AVALIAÇÃO DAS CRÍTICAS

Sem desconsiderar a importância da pesquisa empírica, não se vislumbra tão cedo uma espécie de substituição da doutrina pela empiria, e nem isso seria desejável. Avaliemos a sugestão de Nobre de tomar doutrina e jurisprudência como “objetos empíricos de investigação” (2004, p. 15–16), ou as sugestões de Epstein e King para auxiliar os juristas a “aprenderem sobre o mundo” (2002a, p. 198). Não há como deixar de concordar com Goldsmith e Vermeule no sentido de que “a literatura jurídica, com frequência, persegue objetivos doutrinários, interpretativos e normativos, não empíricos”, que “os professores de direito, frequentemente”, estariam “simplesmente jogando um jogo diferente dos empiristas” e que Epstein e King não enxergariam “a perspectiva interna da literatura jurídica” (2002, p. 153–154).

Fazer pesquisa empírica é uma solução adequada para lidar com o problema da *empíria vulgar*, mas deve-se tomar o cuidado para não tomar tudo como “empírico”. Doutrina e jurisprudência nem sempre interessam aos juristas enquanto fatos do mundo, mas enquanto portadoras de argumentos para defender certa posição dogmática, por exemplo, certa interpretação da lei. É pertinente a distinção feita por Courtis entre a utilização de decisões judiciais “como objeto de estudo” e como “material para a argumentação dogmática” (2006, p. 36).

Epstein e King adotam um conceito excessivamente amplo de empiria, qualificando-a como “toda aquela pesquisa que envolva “dados que são observados ou desejados”, isto é, “fatos” que “estejam de alguma maneira relacionados com o mundo”. Afirmam, por exclusão, que “é somente a [pesquisa] puramente normativa ou teórica aquela que não é empírica” (2013, p. 11–12). Dyevre, Wijtvliet e Lampach, por sua vez, mencionam a teoria pura do direito de Hans Kelsen como um único exemplo de um programa de pesquisa não empírico do

direito “logicamente e epistemologicamente consistente”, como uma forma de “linguística aplicada” focada “exclusivamente na cognição e descrição de regras jurídicas”, que seria “replicável”, mas “desinteressante” (2019, p. 368).

O que esses autores parecem não se dar conta é que tomar o direito como ciência empírica ou formal não é a única forma de entendê-lo racionalmente. Conforme salienta Lopes (2021, p. 33–34),

[a] ciência moderna nos transmitiu uma imagem limitada de racionalidade, a qual contribui não apenas para afastar o direito do âmbito das ciências modernas, o que se compreende, mas também do âmbito da racionalidade em geral, o que é um equívoco. O direito não é seguramente uma ciência positiva e empírica como outras, e o sistema jurídico (o ordenamento) não é um fato da natureza, ou fato bruto, não é uma *res extensa* [referência omitida]. Mas nem uma coisa nem outra significa que o direito como campo do saber ou o sistema jurídico como instituição não podem ser racionalmente abordados.

Com relação às propostas para superar a *interdisciplinaridade vulgar*, é preciso tomar um cuidado adicional. Dyevre, Wijtvliet e Lampach chegam a argumentar que a autonomia disciplinar do direito seria indesejável e “vai contra a maré da pesquisa científica contemporânea” (2019, p. 367). O argumento é que “a doutrina já é interdisciplinar”, e os “juristas deveriam levar a interdisciplinaridade a sério e reconhecer as contribuições” das outras ciências (DYEVRE; WIJTVLIET; LAMPACH, 2019, p. 369). Não se discorda que doutrinadores devam ser cuidadosos ao tratar de outras disciplinas como economia, sociologia, psicologia etc. No entanto, não é adequado dispensar a autonomia disciplinar do direito e tomar qualquer interdisciplinaridade como desejável em si.

Marcelo Neves, adotando o marco teórico da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, aponta como risco da “desdiferenciação” do direito a perda de importância da “dogmática jurídica como campo de saber destinado especificamente a autorreflexão do direito, no âmbito da qual, com relevância prática, procuram-se definir “as condições do juridicamente possível”” (2005, p. 209–210). Neves adverte contra um certo “holismo simplificador, que não leva a sério a diversidade de perspectivas de observação da sociedade”, desconhecendo que “os diversos campos observam os problemas e procuram solucioná-los de acordo com seus próprios critérios, traduzindo, com base nestes, a linguagem de outras esferas na sua

própria linguagem, do que resulta a emergência de novos sentidos” (2005, p. 210–211).

Neves conclui que “qualquer pesquisa interdisciplinar deve pressupor a pretensão de autonomia dos respectivos campos do saber envolvidos na pesquisa, cada um deles observando os problemas e oferecendo-lhes soluções de acordo com critérios próprios”. Nesses termos, “a interdisciplinaridade permite que a linguagem econômica, política ou sociológica seja compreendida e ganhe sentido no âmbito da dogmática jurídica e vice-versa”, e possibilita uma dogmática jurídica com “maior capacidade teórica e prática de enfrentar os problemas que se lhe apresentam e oferecer soluções mais apropriadas” do que “um modelo formalista, insensível à interdisciplinaridade” (2005, p. 211–212).

Em relação ao *mito da neutralidade*, creio que o problema identificado se desdobra analiticamente em duas ordens de críticas. O primeiro desdobramento é a crítica a uma relação peculiar entre academia jurídica e prática profissional, que conferiria pouca confiabilidade à doutrina jurídica. O segundo desdobramento, mais geral, é uma crítica a qualquer promoção de posições normativas sem embasamento em dados empíricos<sup>3</sup>. Em relação ao *primeiro desdobramento*, aponta-se comumente o problema do parecer como “uma forma-padrão de argumentação que hoje passa quase que por sinônimo de produção acadêmica em direito” (NOBRE, 2004, p. 11). De fato, há uma grande discussão na academia de direito sobre o rigor acadêmico do parecer. Não é meu objetivo aprofundar esse tema aqui, mas parece-me que a recomendação mais adequada seja relativamente simples, a de “explicitar a relação precedente do pesquisador com o objeto da pesquisa” (PINTO JÚNIOR, 2018, p. 38).

Em relação ao *segundo desdobramento*, entendo que a promoção de posições normativas *per se* nem sempre é um problema, pois não só é possível fazê-lo racionalmente, como isso faz parte do processo de autorreflexão sobre o direito. E nem sempre essas posições normativas deverão decorrer diretamente de dados “do mundo”. Os críticos por vezes parecem buscar uma imagem idealizada do cientista “neutro” estudando seu objeto, imagem que sequer é incontestável nas ciências ditas “duras”. E não se pode deixar de notar a própria responsabilidade dos juristas em fomentar essa imagem<sup>4</sup>. No entanto, conforme observa Neil

<sup>3</sup> Embora Dyevre, Wijtvliet e Lampach façam a ressalva de que não advogam que “as faculdades de direito parem de produzir pesquisa doutrinária” (2019, p. 350), e que esta “pode coexistir” com pesquisa empírica (2019, p. 367), em outra passagem seu raciocínio é o seguinte: a não ser que se faça doutrina “pura”, em termos kelsenianos, invariavelmente se terá que enfrentar o problema da interdisciplinaridade vulgar, e “eventualmente, uma escolha terá que ser feita” entre “levar a interdisciplinaridade a sério” ou permanecer em um “curso de ação que faz sentido em termos retóricos”, mas que não melhorará a “credibilidade científica da literatura jurídica perante outras disciplinas (2019, p. 369).

<sup>4</sup> O tema é excessivamente complexo para ser abordado neste artigo. Lopes, tratando do naturalismo jurídico, observa que este é, de certo modo, “filho legítimo do longo movimento de cientificização do direito iniciado ao

MacCormick, o direito “não é uma ciência exata, pois não é uma ciência”, mas uma “habilidade prática, uma arte prática”, que, no entanto, depende do “conhecimento e aprendizado”, o que é essencial para produzir e avaliar argumentos jurídicos e para o “direito enquanto práxis” (2009, p. 12–15).

Consequentemente, “o processo de avaliar a força relativa de argumentos contrastantes está fadado a ser, de certa forma, uma questão de opinião, que exige um julgamento”. Disso resulta uma diferença em relação a “argumentos demonstrativos em que a aceitação de premissas como axiomáticas ou empiricamente verdadeiras permite derivar uma conclusão inquestionável desde que as premissas permaneçam intactas”. O máximo que há, no direito, são convicções “compartilhada[s] ou intersubjetiva[s]” por uma “comunidade de especialistas”, quando, para eles, “certo corpo de argumentos aponta firmemente para determinada conclusão, e todos os contra-argumentos” aparentam ser “inevitavelmente fracos em comparação” (MACCORMICK, 2009, p. 12–15).

A tarefa a que se propõe MacCormick é a reconciliação dessa incerteza do direito com a ideia aparentemente antitética de Estado de Direito, para a qual estão entre os valores mais importantes a certeza jurídica, a segurança de expectativas e a salvaguarda do cidadão contra interferência arbitrária por agentes do Estado (2009, p. 16). Ao mesmo tempo, também é um valor do Estado de Direito o reconhecimento do contraditório no processo judicial, que não só permite, como pressupõe que seja possível apresentar num processo interpretações da lei diferentes das dominantes. E isso não é “algum tipo de excrescência patológica do sistema”, mas “um elemento integral de uma ordem jurídica que esteja funcionando em conformidade com o ideal do Estado de Direito” (2009, p. 27).

A proposta de MacCormick consiste em reconhecer a argumentação jurídica como “um caso especial da racionalidade prática em geral”, em conformidade com “condições de racionalidade e razoabilidade aplicáveis a todos os tipos de razão prática”. Disso resulta não haver “asserções sem razões”, ou seja, razões devem ser oferecidas sempre que uma asserção for desafiada, seja ela normativa, seja sobre “matéria de fato”. MacCormick defende que seja possível distinguir o uso de palavras como “armas de coerção intelectual ou dissimulação” do uso das palavras como “instrumentos de persuasão razoável” (2009, p. 17).

Epstein e King, em sua réplica aos críticos, acusam especificamente Goldsmith e Vermeule de defenderem uma “literatura tendenciosa” e “abertamente procurar justificar a dissimulação no discurso acadêmico” (2002a, p. 194–196). Dyevre, Wijtvliet e Lampach, em

---

fim do século XVIII e XIX”. O autor aponta que os juristas enfrentaram o problema do “restabelecimento de um lugar de prestígio e, portanto de seriedade, no quadro dos saberes”, o que se deu “a partir da ruptura epistemológica com o mundo medieval” (2019, p. 350).

mais de um trecho de seu artigo, falam de modo negativo da “retórica” dos juristas (2019, p. 356–366 e 369). Isso reflete a má-fama da retórica, como se estudá-la fosse dar “receitas” para fazer passar as piores razões como as melhores, ou utilizar a “eloquência para intimidar uma audiência a aceitar uma conclusão que não esteja fundamentada” (MACCORMICK, 2009, p. 20). Conforme apontam Goldsmith e Vermeule, todavia, há um sentido virtuoso de retórica, e não se pode equiparar “persuasão com sofisma” (2002, p. 155), argumento que se assemelha à observação de MacCormick de que não se deve entender a retórica como a redução da aceitabilidade racional de um argumento para convencer pessoas determinadas (2009, p. 20).

Claro que há um rico espaço para estudar a argumentação jurídica empiricamente. Epstein e King apontam corretamente que “se a profissão jurídica está interessada em incorporar a advocacia e a persuasão nas tradições e normas do discurso científico, existem precedentes para fazê-lo e ao mesmo tempo cooperar e aumentar o que aprendemos sobre o mundo” (2002a, p. 198). Parece também promissora a proposta de Dyevre, Wijtvliet e Lampach de estudar empiricamente o “direito como arte de persuasão”, reconhecendo que “a retórica e a advocacia são centrais para o direito em ação” (2019, p. 354).

No entanto, é questionável que se possa, do importante aprendizado sobre como os profissionais do direito argumentam na prática, derivar como os juristas devem argumentar. Pode-se colocar a questão em termos do problema da filosofia conhecido como lei ou guilhotina de Hume, segundo o qual não seria possível derivar o dever ser a partir do ser (ANSCOMBE, 1958; SEARLE, 1969). Mas nem é necessário ir tão longe. Basta reconhecer que é necessário um espaço para a argumentação em si, e ela pode ser feita de maneira racional, ainda que não “científica”.

## 5 CONCLUSÃO

Faço um resumo do que foi dito até aqui. A pesquisa empírica em direito é adequada para enfrentar o problema da empiria vulgar, com as ressalvas feitas em relação a adotar um conceito excessivamente amplo de empiria e não levar a autonomia disciplinar do direito a sério. Quanto ao mito da neutralidade, o primeiro passo é reconhecer que, de fato, se trata de um mito, e que é possível, no direito, promover posições normativas sem que estas decorram diretamente de dados empíricos. Isso, contudo, não implica a impossibilidade de abordar o direito racionalmente. Pesquisa empírica pode nos ensinar, por exemplo, sobre como os juristas, de fato, argumentam, mas disso não decorre como devem argumentar.

E a doutrina, enquanto instância de autorreflexão sobre o direito, é um espaço fundamental para não só para descrevê-lo e sistematizá-lo, mas para refletir sobre a melhor interpretação, promovendo posições normativas e fornecendo subsídios à argumentação dos operadores do direito. Conforme observa Jan M. Smits, em trecho citado por Silva Filho (2016, p. 156, nt. 650), uma diferença importante em relação a outras áreas é que as descrições do direito influenciam sua aplicação na prática. Na medida em que juristas “trabalham com um sistema que também é usado na prática”, a “descrição do direito” é “sempre normativa”, ainda que “a pessoa fazendo a descrição não se dê conta disso” (SMITS, 2012, p. 18).

Do reconhecimento da importância da doutrina não resulta uma aceitação acrítica da maneira como de fato é feita. Para avançar na crítica, proponho às leitoras e leitores de doutrina—em especial, às estudantes de direito—, um exercício mental. O exercício é o de tentar separar nitidamente três tipos de argumentos: argumentos sobre fatos, argumentos descritivos do direito (ou melhor, da norma jurídica), e argumentos prescritivos ou normativos do que *deve ser* o direito. A ideia em si nada tem de nova, mas creio que não tenha sido formulada nesses termos, e acredito que possa eventualmente ajudar a guiar a redação de trabalhos doutrinários metodologicamente mais consistentes.

Uma possível objeção é que adotar essa chave de leitura implicaria compromisso com certa visão sobre o direito, que Hart remonta ao utilitarismo de Bentham e Austin (HART, 1958). De fato, conforme observa Julie Dickson (2001, p. 4 e 8) tradicionalmente se distinguem, na teoria do direito, “teóricos que asseveram ou que negam, respectivamente, que seja possível ter uma adequada visão do direito “como ele é” que seja distinta de uma visão do direito como ele deva ser”. A autora argumenta ainda que “a questão não é tão simples” e a distinção “engloba várias questões diversas que comumente são confundidas ou entendidas de modo inadequado”.

A resposta a essa possível objeção é que proponho nada mais que uma técnica ou instrumento de leitura e reflexão. Por um lado, ao identificar os argumentos sobre fatos, que são o campo da empiria por excelência, a leitora ou o leitor perceberão a necessidade de incorporar métodos de pesquisa empírica quantitativa ou qualitativa, e de dialogar com metodologia das outras ciências sociais. Com isso, começamos a enfrentar o problema da empiria vulgar. Por outro lado, ao se fazer o exercício de separar os argumentos positivos dos argumentos normativos sobre o direito, ainda que se reconheça que a descrição do direito em si já contém prescrição, torna-se mais fácil avaliar as proposições normativas dos doutrinadores, em especial, as que estejam “disfarçadas” sob o manto da neutralidade ou

tecnicidade.

Faço um último comentário. Não tenho um diagnóstico negativo como o de Dyevre, Wijtvliet e Lampach no sentido de que não interessaria aos doutrinadores seguir métodos que lhes tolhessem a liberdade retórica de usar “falácias informais”, explorar “vieses cognitivos” e fazer caricaturas de posições divergentes (2019, p. 365–366). Nada temos a ganhar em presumir a má-fé dos autores jurídicos e apontar dedos. E ainda que os professores belgas estejam certos, doutrinadores não escrevem sozinhos, mas submetem seus trabalhos à comunidade de juristas para avaliação. Creio que uma comunidade mais atenta aos três tipos de argumentos mencionados possa estimular uma melhora qualitativa da doutrina como um todo.

## REFERÊNCIAS

ANSCOMBE, Gertrude Elizabeth M. On Brute Facts. **Analysis**, v. 18, n. 3, p. 69–72, 1958. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/analys/18.3.69>. Acesso em: 13 mai. 20xx.

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

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

CROSS, Frank; HEISE, Michael; SISK, Gregory C. Above the Rules: A Response to Epstein and King. **The University of Chicago Law Review**, v. 69, n. 1, p. 135-151 2002. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1600350>. Acesso em: 14 mai. 2021.

DAN-COHEN, Meir. Listeners and Eavesdroppers: Substantive Legal Theory and Its Audience. **University of Colorado Law Review**, v. 63, p. 569-594, 1992. Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1114334/files/fulltext.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2021.

DICKSON, Julie. **Evaluation and Legal Theory**. Oxford ; Portland, 2001.

DYEVRE, Arthur; WIJTVLIET, Wessel; LAMPACH, Nicolas. The future of European legal scholarship: Empirical Jurisprudence. **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, v. 26, n. 3, p. 348–371, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/1023263x19840263>. Acesso em: 14 mai. 2021.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. A Defense of Empirical Legal Scholarship: A Reply. **The University of Chicago Law Review**, v. 69, n. 1, p. 191-209, 2002a. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1600353>. Acesso em: 15 mai. 2021.

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

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. The Rules of Inference. **University of Chicago Law Review**, v. 69, n. 1, p. 1-133, 2002b. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1600349>. Acesso em: 16 mai. 2021.

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

FILHO, Roberto Fragale; VERONESE, Alexandre. A pesquisa em Direito: diagnóstico e perspectivas. **Revista Brasileira de Pós-Graduação**, v. 1, n. 2, p. 53-70, 2004. Disponível em: <https://rbpg.capes.gov.br/index.php/rbpg/article/view/40>. Acesso em: 16 mai. 2021.

GOLDSMITH, Jack; VERMEULE, Adrian. Empirical Methodology and Legal Scholarship. **The University of Chicago Law Review**, v. 69, n. 1, p. 153-167, 2002. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1600351>. Acesso em: 16 mai. 2021.

HART, Herbert L. A. Positivism and the Separation of Law and Morals. **Harvard Law Review**, v. 71, n. 4, p. 593-629, 1958. Disponível em: <https://doi.org/10.4324/9781315092003-5>. Acesso em: 17 mai. 2021.

HYLAND, Richard. **Gifts: A Study in Comparative Law**. Oxford; New York: Oxford University Press, 2009.

JESTAZ, Philippe. « Doctrine » vs sociologie. Le refus des juristes. **Droit et société**, v. 92, n. 1, p. 139-157, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.3917/drs.092.0139>. Acesso em: 17 mai. 2021.

JESTAZ, Philippe; JAMIN, Christophe. The Entity of French Doctrine: Some Thoughts on the Community of French Legal Writers. **Legal Studies**, v. 18, n. 4, p. 415-437, 1998. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/j.1748-121x.1998.tb00074.x>. Acesso em: 17 mai. 2021.

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

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

MACCORMICK, Neil. The Rule of Law and the Arguable Character of Law. In: MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. Pesquisa interdisciplinar no Brasil: o paradoxo da interdisciplinaridade. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v. 1, n. 3, 2005. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/68636>. Acesso em: 17 mai. 2021.

NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil. **Cadernos Direito GV**, v. 1, p. 1-19, 2004. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2779>. Acesso em: 24 mai, 2021.

OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurábi! A pesquisa sóciojurídica na pós-

graduação em direito. In: OLIVEIRA, Luciano. **Sua Excelência, o Comissário e outros ensaios de sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2006. p. 1-26.

PINTO JÚNIOR, Mario Engler. Pesquisa jurídica no mestrado profissional. **Revista Direito GV**, v. 14, p. 27–48, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2317-6172201802>. Acesso em: 23 mai. 2021.

POSNER, Richard A. Law Reviews. **Washburn Law Journal**, v. 46, p. 1-9, 2006. Disponível em: [http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2906&context=journal\\_articles](http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2906&context=journal_articles). Acesso em: 23 mai. 2021.

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

REVESZ, Richard L. A Defense of Empirical Legal Scholarship. **The University of Chicago Law Review**, v. 69, n. 1, p. 169-190, 2002. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1600352>. Acesso em: 24 mai. 2021.

SEARLE, John R. How to derive “ought” from “is”. In: HUDSON, W. D. (Org.). **The Is-Ought Question: A Collection of Papers on the Central Problem in Moral Philosophy**. London: Palgrave Macmillan UK, 1969, p. 120–134. Disponível em: [https://doi.org/10.1007/978-1-349-15336-7\\_13](https://doi.org/10.1007/978-1-349-15336-7_13). Acesso em: 23 mai. 2021.

FILHO, Osny da Silva. **Direito dos contratos e doutrina contratual**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

SINGER, Joseph William. Normative Methods for Lawyers. **UCLA Law Review**, v. 56, n. 4, p. 899–982, 2008. Disponível em: <https://www.uclalawreview.org/pdf/56-4-3.pdf>. Acesso em: 24 mai. 2021.

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