

TEMAS DE METODOLOGIA DA PESQUISA EM DIREITO

DANIEL NICORY DO PRADO

Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia.
Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia.
Professor da Faculdade Baiana de Direito e Gestão,
suplente do Conselho Penitenciário do Estado da Bahia e
Defensor Público de 1ª classe - Defensoria Pública do Estado da Bahia.

TEMAS DE METODOLOGIA DA PESQUISA EM DIREITO

Salvador
2011



Editoração eletrônica: Carla Piaggio | contato@carlapiaggio.com.br

Capa: Amanda da Silva Gonçalves

Conselho Editorial:

Fredie Didier Júnior,
Gamil Föppel El Hireche,
Valton Pessoa,
Dirley da Cunha Júnior,

Cristiano Chaves de Farias,
Nestor Távora,
Rodolfo Pamplona Filho,
Maria Auxiliadora Minahim.

Todos os direitos desta edição reservados à Faculdade Baiana de Direito.

Copyright: Faculdade Baiana de Direito.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Faculdade Baiana de Direito. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.



Rua Visconde de Itaborahy 989,
Amaralina, Salvador – Bahia
(71) 3205-7700 / Fax: (71) 3240-3552
contato@faculdadebaianadedireito.com.br
www.faculdadebaianadedireito.com

AGRADECIMENTOS

Este trabalho é fruto de quase cinco anos de estudos sobre a epistemologia das ciências sociais e não teria sido possível sem a colaboração de grandes amigos, ótimos professores e valorosos colegas.

Correndo o eterno risco de uma omissão injusta, devo agradecer:

Aos professores Rodolfo Pamplona Filho, que assina o prefácio deste livro, e Nelson Cerqueira, meu orientador no mestrado, que ministram, com brilhantismo proporcional ao rigor dispensado aos alunos, a disciplina “Metodologia da Pesquisa em Direito”, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, em razão da qual, no ano de 2007, produzi dois dos cinco capítulos desta obra;

À professora Sara Côrtes, da graduação da Faculdade de Direito da UFBA, minha supervisora no tirocínio docente, ainda em 2007, e que muito me ensinou sobre a pesquisa e sobre a postura crítica do professor/pesquisador com relação às suas próprias ideologias e às que estão no mundo;

À professora Maria Auxiliadora Minahim, minha primeira orientadora, na Iniciação Científica, que contribuiu para a formação de meu gosto para a pesquisa;

À professora Roxana Borges, que ministrou a atividade “Projeto de Dissertação”, no curso de Mestrado em Direito da UFBA, e sempre auxiliou a todos com sugestões valorosas e importantes correções de rumo;

Ao grande amigo Hermanno de Oliveira Santos, leitor fiel, orientando circunstancial e que mais ensinou do que aprendeu de seu orientador, por estar atento desde sempre às questões epistemológicas;

Aos meus pais, Arlindo Gomes do Prado e Heloisa Helena Nicory do Prado, leitores de todas as horas e incentivadores incondicionais;

Aos queridos colegas Osmir Antônio Globekner e Rosmar Antonni Alencar, sempre dispostos a discutir, nos intervalos das aulas, as difíceis questões da epistemologia jurídica;

Aos amigos da Faculdade Baiana de Direito e da Editora JusPodivm, Ana Carolina Mascarenhas, Fernando Leal, Guilherme Bellintani, Freddie Didier Júnior, Francisco Salles, Tiago César dos Santos, Verena Sales e Ricardo Didier, que sempre acreditaram em meu potencial e viabilizaram a publicação deste e de outros trabalhos.

SUMÁRIO

PREFÁCIO.....	11
INTRODUÇÃO.....	13

CAPÍTULO I

A ESTRUTURA DAS REVOLUÇÕES DA CIÊNCIA JURÍDICA: UMA LEITURA KUHNIANA DA CRISE DO POSITIVISMO.....	17
1. Introdução	17
2. Os paradigmas do conhecimento científico	17
3. Ciência normal e revolução científica.....	22
4. Aplicação do pensamento de Thomas Kuhn aos saberes jurídicos.....	23
5. Uma leitura kuhniana da crise do positivismo	25
5.1. O estabelecimento do positivismo jurídico como paradigma	26
5.2. A crise do positivismo jurídico	27
5.3. Estruturando a crise a partir dos conceitos kuhnianos	30
6. Conclusão.....	33
Referências.....	35

CAPÍTULO 2

O USO DE HIPÓTESES NA PESQUISA JURÍDICA: A TENTATIVA DE DEFENDÊ-LAS AO INVÉS DE TESTÁ-LAS.....	39
1. Introdução	39
2. Considerações sobre ciência e investigação científica.....	40
2.1. Pesquisa científica como resolução de problemas	42
2.2. O papel da hipótese como orientadora da investigação	44
2.3. Teste da hipótese: refutação ou confirmação	46
3. Sobre a experiência profissional do jurista	47
3.1. A magistratura, o magistério e a imparcialidade.....	48
3.2. A advocacia, o ministério público e a parcialidade.....	52
3.3. A investigação científica e a imparcialidade	57
4. O uso de hipóteses na pesquisa jurídica.....	58
4.1. Formulação da Hipótese	59

4.2. Confrontação da hipótese com hipóteses alternativas.....	62
4.3. Confrontação das hipóteses com os dados da realidade.....	64
4.4. Refutação ou confirmação de uma hipótese.....	68
5. Resistindo à tentação do jurista de defender uma hipótese ao invés de testá-la.	69
5.1. Hipótese e convicção político-ideológica	71
6. Conclusão	74
Referências	75

CAPÍTULO 3

A PRECISÃO DE CONTEÚDO E A RELEVÂNCIA DA HIPÓTESE: OUTRAS CONTRIBUIÇÕES DO MÉTODO DE KARL POPPER PARA A PESQUISA JURÍDICA.....	79
1. Introdução	79
2. Breves considerações sobre a vinculação da metodologia à teoria do conhecimento	79
3. A função da hipótese na pesquisa científica e a precisão de conteúdo	82
4. A precisão de conteúdo na ciência jurídica	84
5. A precisão de conteúdo na pesquisa jurídica	86
5.1. O exemplo das taxas de reincidência.....	86
5.2. O exemplo das causas do déficit da previdência social	87
5.3. Precisão de conteúdo e conhecimento prévio do pesquisador.....	89
6. Conclusões	89
Referências.....	91

CAPÍTULO 4

PESQUISAS JURÍDICO-PROPOSITIVAS: RUMO A UMA TEORIA RACIONAL DA LEGISLAÇÃO.....	93
1. Introdução	93
2. O descrédito da teoria da legislação, segundo Miguel Reale.....	94
3. O método jurídico-propositivo na ciência jurídica	96
4. O papel das ciências sociais, segundo Karl Popper	97
5. Rumo a uma teoria racional da legislação	100
5.1. Exemplos recentes da produção de efeitos indesejados por uma alte- ração legislativa.....	101

SUMÁRIO

5.1.1. Lei nº 12.015/2009	101
5.1.2. Lei nº 11.705/2008	105
6. Conclusão.....	110
Referências.....	112

CAPÍTULO 5

O USO DA INTERNET EM PESQUISAS JURÍDICAS	117
1. Introdução	117
2. Breves comentários sobre a pesquisa científica	117
3. A internet como fonte de literatura científica e filosófica	118
3.1. A publicação de conteúdo em domínio público	119
3.2. Os bancos digitais de teses e dissertações.....	121
3.3. Os periódicos e os anais eletrônicos de eventos científicos	122
3.4. Conteúdo disponível em páginas pessoais	123
4. A internet como fonte de catálogos de acervos de literatura científica e filosófica disponíveis em meio impresso.....	124
4.1. Catálogos de bibliotecas	124
4.2. Catálogos de lojas virtuais	125
5. A internet como fonte de dados e de documentos históricos e contemporâneos relacionados com a dimensão empírica da investigação	125
5.1. Os bancos de legislação e de precedentes judiciais.....	127
5.2. Os diários oficiais eletrônicos	129
5.3. As compilações de dados estatísticos.....	130
6. Conclusão.....	132
Referências.....	133

PREFÁCIO

O estudo da metodologia da pesquisa é muito mais amplo do que os não-iniciados possam pensar. Com efeito, quem tem a ilusão (ou a ignorância) de que ensinar metodologia se limita à transmissão de um conhecimento técnico de formas de apresentação de um trabalho científico está profundamente enganado.

Se é certo que a uniformização de procedimentos e o cuidado com a forma revelam a preocupação do pesquisador com a efetiva transmissão do produto de suas reflexões (desapego formal é, para mim, relaxamento intelectual...), a reflexão metodológica é ainda mais profunda e fascinante.

De fato, há um universo epistemológico inteiro a ser desbravado...

E não é qualquer um que está apto para enfrentar este desafio.

Por isso, é com uma satisfação enorme que redijo estas linhas, atendendo ao honroso convite formulado pelo autor para prefaciá-lo este seu segundo livro.

Daniel Nicory do Prado foi um dos melhores alunos que eu e o Prof. Nelson Cerqueira tivemos desde que, em 2006, passamos a reger conjuntamente a disciplina “Metodologia da Pesquisa em Direito” no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA – Universidade Federal da Bahia.

Ainda muito jovem, destacou-se entre seus colegas como um pensador inquieto, dedicado e com um enorme talento.

Hoje, já com o título de Mestre em Direito, Professor de respeitadas Instituições de Ensino Superior e Defensor Público concursado, apresenta **Nicory** algumas reflexões interessantíssimas sobre a área em que o iniciamos.

Trata-se de uma coletânea de cinco preciosos textos, todos detalhadamente revisados e atualizados. O segundo e o terceiro (“**O uso de hipóteses na pesquisa jurídica**: a tentação de defendê-las ao invés de testá-las” e “**A precisão de conteúdo e a relevância da hipótese**: outras contribuições do método de Karl Popper para a pesquisa jurídica”) foram desenvolvidos originalmente ainda na nossa disciplina, enquanto os demais surgiram quando da sua preparação exitosa para o concurso público justamente para a disciplina “Metodologia da Pesquisa” na Universidade Federal da Bahia.

Assim sendo, nada mais cabe a este prefaciador, senão recomendar entusiasmamente esta obra, que se tornará, por certo, uma menção obrigatória a todos que se debruçarem sobre o tema, daqui em diante.

Salvador, 13 de maio de 2011

Rodolfo Pamplona Filho

Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Salvador/BA (Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região). Professor Titular de Direito Civil e Direito Processual do Trabalho da Universidade Salvador – UNIFACS. Professor Adjunto da Graduação e Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Faculdade de Direito da UFBA – Universidade Federal da Bahia. Coordenador do Curso de Especialização em Direito e Processo do Trabalho do JusPodivm/BA. Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho e da Academia de Letras Jurídicas da Bahia.

INTRODUÇÃO

A pesquisa é uma atividade indispensável para qualquer proposta de educação superior que não se limite às exigências conjunturais de treinamento de mão-de-obra para o mercado, e que tenha o objetivo de formar sujeitos capazes de interpretar o mundo à sua volta e, mais do que engajar-se nas suas muitas estruturas, capazes também de modificá-las, dentro do possível, independentemente de sua ideologia.

Por isso, a discussão de questões como as da natureza e das possibilidades do conhecimento, e dos conceitos de objetividade, imparcialidade e verdade, não é somente um exercício de filósofos esotéricos, mas de qualquer pesquisador que pretenda ir além das convenções estabelecidas pelo campo do saber em que recebeu a sua educação científica, e pelo qual será influenciado por toda a sua carreira.

Metodologia científica não é somente aplicação de técnicas recolhidas em manuais, muito menos normalização de trabalhos. É discussão dos fundamentos do próprio saber em que se insere o problema posto à decifração do pesquisador. É discussão das condições de formação dos sujeitos, de construção dos objetos, e das capacidades de intervenção no mundo.

Nos estudos jurídicos, vive-se um problema mais profundo: ainda há alguma resistência à aceitação do estatuto científico dos saberes jurídicos e, mesmo para muitos que o aceitam, uma concepção por sua vez muito estreita do que é ciência.

Não cabe, nessa introdução, discutir a decantada crise do positivismo como paradigma científico, até porque ela será o objeto do primeiro capítulo deste trabalho. Cabe, isso sim, lembrar que o campo da Metodologia da Pesquisa em Direito vive uma lenta e penosa construção, paralela à reconstrução da própria dogmática e do quadro geral de saberes jurídico-científicos e filosóficos.

O presente trabalho não tem a ambição de propor um corpo orgânico e bem estruturado destinado à fundação do campo metodológico. Passa muito longe dessa pretensão grandiloquente. Ao contrário, ele é a reunião de trabalhos de um mesmo pesquisador, ainda iniciante, que resolveu tomar a metodologia não só como instrumento, mas como objeto de pesquisa, ao perceber a sua fecundidade e as suas possibilidades de desenvolvimento postas à disposição de todos.

Os cinco capítulos que compõem esta obra surgiram em momentos muito diferentes: dois deles (capítulos 2 e 3) já foram publicados em outros meios (anais de eventos científicos e obras coletivas) e foram produzidos no ano de 2007, como resultado dos estudos para a disciplina de Metodologia da Pesquisa

Jurídica oferecida pelo curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal da Bahia, e ministrada pelos professores Rodolfo Pamplona Filho – que assina o prefácio desse trabalho – e Nelson Cerqueira – meu orientador no mestrado, e autor da apresentação de meu primeiro livro, “Autos da Barca do Inferno –; já os outros três (capítulos 1, 4 e 5) são inéditos e foram redigidos no ano de 2011, durante o processo de preparação para o concurso para professor assistente de Metodologia da Pesquisa em Direito da Universidade Federal da Bahia, no qual fui aprovado em 4º lugar.

Nesta introdução, resolvi violar conscientemente uma das muitas convenções da redação científica: abandonei, em alguns parágrafos, a terceira pessoa do singular, vista como garantia da impessoalidade do texto. Não há nenhum problema de essência no uso da primeira pessoa do singular, principalmente porque hoje já se aceita, sem muita discussão, que a neutralidade é impossível e que a imparcialidade exigida pela investigação científica pode conviver com as preferências e os valores do pesquisador, e exige a explicitação das ideologias e dos pontos de vista do cientista, para que se possa exercer melhor o controle metodológico sobre elas. Portanto, como “eu” do pesquisador é impossível de aniquilar ou de anular, é muito melhor que ele seja visto por todos, do que tentar ingenuamente ocultá-lo.

Além dessa pequena subversão, outras estão distribuídas na obra, como o uso de notas de rodapé explicativas, mesmo com o emprego do sistema numérico de referências, o que contraria as disposições da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), mas não prejudica o rigor da normalização do texto. É preciso, entretanto, ressaltar essa questão para os leitores iniciantes, para não os induzir a repetir a um tipo de redação que contraria parcialmente a norma técnica, sem que estejam conscientes de suas implicações.

Os capítulos da obra se distribuem do mais abstrato e epistemológico para o mais concreto e instrumental, e a transcrição dos títulos já é suficientemente clara para a explicitação do critério. O primeiro se chama “**A estrutura das revoluções da ciência jurídica**: uma leitura kuhniana da crise do positivismo”; o segundo, “**O uso de hipóteses na pesquisa jurídica**: a tentação de defendê-las ao invés de testá-las”; o terceiro, “**A precisão de conteúdo e a relevância da hipótese**: outras contribuições do método de Karl Popper para a pesquisa jurídica”; o quarto, “**Pesquisas jurídico-propositivas**: rumo a uma teoria racional da legislação”; o quinto, “**O uso da internet em pesquisas jurídicas**”.

Os capítulos 2 e 3 sofreram pequenas alterações, para reforço de fundamentação, correção de pequenos erros e adequação de seu teor aos demais capítulos da obra, com remissões recíprocas, e por isso não correspondem mais, com exatidão, às versões em que foram publicados anteriormente.

INTRODUÇÃO

As influências teóricas mais evidentes deste trabalho são: a epistemologia e o pensamento político de Karl Popper; a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer; a história das ciências de Thomas Kuhn; e o pensamento crítico de Boaventura de Sousa Santos.

Com esse escrito, pretende-se oferecer, aos pesquisadores em Direito e ao público em geral, textos úteis para a redação de projetos de pesquisa, para o desenvolvimento das investigações propriamente ditas, para a discussão dos resultados e para a redação dos relatórios finais, sem a pretensão de esgotar os assuntos nem o compromisso de apresentar, com sistematicidade, o conteúdo do campo da metodologia da pesquisa jurídica.

CAPÍTULO I

A ESTRUTURA DAS REVOLUÇÕES DA CIÊNCIA JURÍDICA: UMA LEITURA KUHNIANA DA CRISE DO POSITIVISMO

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Os paradigmas do conhecimento científico. 3. Ciência normal e revolução científica. 4. Aplicação do pensamento de Thomas Kuhn aos saberes jurídicos. 5. Uma leitura kuhniana da crise do positivismo. 5.1. O estabelecimento do positivismo jurídico como paradigma. 5.2. A crise do positivismo jurídico. 5.3. Estruturando a crise a partir dos conceitos kuhnianos. 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visou a aplicar à ciência jurídica a tese principal de Thomas Kuhn, contida no livro **A estrutura das revoluções científicas**, segundo a qual o conhecimento metódico não progride por acumulação, como se costuma crer, mas por uma série de desenvolvimentos descontínuos e de rupturas com o padrão estabelecido, que se convencionou chamar de “revolução científica”.

Primeiro, analisar-se-ão os principais conceitos desenvolvidos na obra de Kuhn, tais como os de “paradigma”, “ciência normal”, “anomalia”, “crise” e “revolução científica”, comparando-se os mesmos a outras visões sobre o conhecimento científico, como a de Karl Popper, tendo em vista o fecundo debate epistemológico que se travou, no século XX, entre os dois autores, e, ainda, com a noção mais ampla de “paradigma societal”, manejada por Boaventura de Sousa Santos.

Em seguida, aplicar-se-á o referencial analisado a uma transição muito comentada e ainda em curso na Ciência Jurídica: o declínio do positivismo como paradigma dominante e o pós-positivismo como nome teórico que agrega uma rede de teorias que pretende substituí-lo, tais como as teorias da argumentação e da compreensão.

O objetivo principal do presente trabalho é observar a pertinência da filosofia da ciência de Thomas Kuhn, quando comparada com a história da ciência jurídica, para que o aprendizado resultante da tarefa seja útil aos pesquisadores que pretendem perceber em que estágio do desenvolvimento de um paradigma se encontra a ciência a que se dedicam num dado momento.

2. OS PARADIGMAS DO CONHECIMENTO CIENTÍFICO

Entre muitas outras repercussões, a obra de Thomas Kuhn, filósofo estadunidense, popularizou o uso do termo “paradigma” no discurso científico. Paradigmas

são visões de mundo compartilhadas por uma determinada comunidade. Essas cosmovisões servem como grandes modelos de explicação do mundo, e representam o acordo dos grupos interessados acerca de concepções fundamentais, por exemplo, como tempo e espaço, natureza e cultura, ilusão e realidade, para não prosseguir numa interminável enumeração¹.

Teorias científicas são simplificações, reduções de complexidade e abstrações capazes de tornar a infinitude do mundo compreensível. A ilusão do catálogo universal logo foi abandonada. Émile Durkheim já reconhecia, há mais de cem anos, que o conhecimento sistemático de todos os fenômenos em todos os seus aspectos é impossível, e se contentava em alcançar os fatos mais representativos a partir de seus aspectos mais exteriores, para fundar a sociologia². Karl Popper, na defesa do falibilismo como filosofia do conhecimento, sustentava que as teorias científicas são afirmações sempre imperfeitas, embora passíveis de aprimoramento, sobre um mundo cuja complexidade supera a sua capacidade de explicação³.

Paradigmas são redes ou articulações dessas teorias, dessas explicações, imperfeitas e pretensamente aplicáveis a todos os fatos, embora construídas e testadas a partir da observação de alguns deles. Redes de teorias em que a comunidade científica acredita, que lhes servem de explicação para os principais fenômenos.

Para uma contextualização inicial acerca do conceito de paradigma, vale lembrar o pensamento do sociólogo português Boaventura de Sousa Santos, muito difundido na comunidade acadêmica brasileira. Para Santos, paradigmas são essas cosmovisões, já comentadas mais acima, compartilhadas não por uma comunidade específica – a científica – mas por toda a sociedade acerca das principais questões, não só do conhecimento, mas de todos os aspectos da vida coletiva. Essas grandes explicações são chamadas de “paradigmas sociais” por Boaventura Santos⁴, e, embora não se confundam com os “paradigmas científicos” a que se refere Thomas Kuhn, têm com eles diversas relações: os paradigmas científicos costumam

1 KUHN, Thomas. S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. 1. reimp. São Paulo: Perspectiva, 2007. p. 67.

2 DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. Tradução de Pietro Nasssetti. 1. ed. 3. reimp. São Paulo: Martin Claret, 2008. P. 93-94.

3 POPPER, Karl. **Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge**. 7. ed. 1. reimp. London; New York: Routledge, 2006. p. 43-86.

4 “A transição paradigmática tem várias dimensões que evoluem em ritmos desiguais. Distingo duas dimensões principais: a epistemológica e a societal. (...) A transição societal menos visível ocorre do paradigma dominante – sociedade patriarcal; produção capitalista; consumismo individualista e mercadorizado; identidades-fortaleza; democracia autoritária; desenvolvimento global desigual e excludente – para um paradigma ou conjunto de paradigmas de que por enquanto não conhecemos senão as ‘vibrations ascendantes’ (...)”. cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002. p. 16.

nascer na tradição de um paradigma societal e, embora às vezes se sucedam sem abalá-lo, podem, também, provocar transformações no próprio paradigma societal em que foram engendrados, além, é claro, de sofrerem influências desse mesmo paradigma mais amplo em suas transformações.

Talvez o melhor exemplo de transição paradigmática, no campo do conhecimento científico, que repercutiu tão intensamente no paradigma societal, a ponto de transformá-lo, seja a substituição, na astronomia, da teoria geocêntrica, formulada por Ptolomeu na antiguidade clássica, e vigente por muitos séculos, pela teoria heliocêntrica, sistematizada por Copérnico no século XVI⁵, no alvorecer da modernidade – aqui entendida como paradigma societal –, e vigente até hoje.

O próprio Thomas Kuhn utiliza diversas vezes o exemplo da revolução copernicana para ilustrar a sua teoria dos paradigmas científicos, pois o caso congrega todos os elementos necessários para uma explicação completa do seu pensamento.

O paradigma geocêntrico (o sol e os planetas giram em torno da terra) representou a maturidade da astronomia como ciência experimental, já na antiguidade clássica, e prestou incontáveis serviços, dando explicações satisfatórias para muitos dos fenômenos observados, e, mesmo deixando outros tantos sem explicação, as suas vantagens comparativas eram suficientes para manter a fé dos astrônomos de então.

De fato, nenhuma teoria científica, nem mesmo uma rede bem articulada de teorias reconhecida como paradigma, é capaz de dar explicações para todos os fenômenos observados⁶. A falta e a insuficiência de explicação são justamente os problemas que estão na base de qualquer investigação científica e motivam legiões de pesquisadores desde sempre.

Diante de um problema do conhecimento, no contexto de um paradigma, o pesquisador projeta instrumentos, desenvolve técnicas e procura encontrar respostas coerentes com o corpo teórico em que acredita. Com efeito, o tópico “resultados esperados”, constante de muitos projetos de pesquisa, deixa de ser um exercício de futurologia quando se percebe que, ao realizar uma investigação dentro de um paradigma, o cientista já sabe o que procura e só se surpreende se não o encontra⁷, pois acredita que o mundo, em suas linhas gerais, está explicado pelo paradigma, e que cabe a cada um desenvolver e aprimorar as linhas mestras já dadas⁸. Quando encontra o resultado que esperava, o pesquisador confirma o

5 KUH. Op. Cit. p. 97.

6 Ibidem. p. 38.

7 Ibidem. p. 58-59.

8 Ibidem. p. 45.

poder de “predição” de uma teoria, termo muito usado pelos metodólogos, em especial nas ciências naturais⁹.

Quando um problema do conhecimento resiste às investigações e persiste sem explicação satisfatória, torna-se uma anomalia. Num primeiro momento, o cientista desconfia de sua própria capacidade, ou de seus instrumentos, antes de perder a fé no poder preditivo da rede de teorias que maneja. De fato, essa falha pode ter sido do pesquisador individual, sem comprometer a ciência como instituição social, e, se for o caso, será corrigida pelo aprimoramento dos instrumentos de medição ou pelo emprego de esforços de pesquisadores mais experientes.

No entanto, a anomalia pode resistir, indefinidamente, aos esforços mais devotados dos melhores pesquisadores de um determinado campo do conhecimento. Quando anomalias dessa natureza começam a se multiplicar, tem-se um prenúncio da crise daquele paradigma, daquela cosmovisão tão cara aos pesquisadores. Ainda que esteja em crise, um paradigma não é descartado sem que surja uma explicação alternativa para os mesmos problemas.

Aquela explicação, aliás, nem precisa ser nova: retornando ao famoso exemplo da astronomia, uma teoria heliocêntrica (a terra e os demais planetas giram em torno do sol) já havia sido formulada na antiguidade clássica, por Aristarco, e não teve muitos adeptos. Na época, a teoria geocêntrica era mais convincente e parecia oferecer explicações melhores aos principais fenômenos observados. Foi preciso aprimorar, durante séculos, os instrumentos de medição, para que as anomalias do geocentrismo se multiplicassem, e para que o heliocentrismo demonstrasse as suas vantagens comparativas¹⁰.

Essa alteração do paradigma científico encontrou respaldo num desejo de mudança do paradigma societal – a necessidade de reforma do calendário¹¹ –, mas, quando se tentou implementá-la, encontrou muita resistência dos defensores do paradigma societal dominante – os teóricos da Igreja e o temido braço secular – apenas para, quando finalmente teve sucesso, promover mudanças irreversíveis nesse paradigma, deslocando o centro do universo e ajudando a fundar a modernidade e a fé na razão e no progresso.

Um dos pontos mais polêmicos da teoria de Thomas Kuhn diz respeito justamente ao momento da transição paradigmática. Com efeito, aceita-se amplamente que a

9 Ver, por exemplo, POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução de Leônidas Hengenber e Octanny Silveira da Mota. 1. ed. 13. reimp. São Paulo: Cultrix, 2007. p. 33; Sobre as predições em ciências sociais, ver Idem. **Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge**. 7. ed. 1. reimp. London; New York: Routledge, 2006. p. 452-466.

10 KUHN. Op. Cit. p. 104.

11 Ibidem. p. 97 e 103.

ciência é uma instituição social, que as teorias são entidades históricas aprimoradas por diversos pesquisadores e que, no caso de uma tradição científica bem sucedida, no longo prazo, já não “pertencem” a ninguém, no sentido próprio da palavra.

O principal problema é definir porque os cientistas aceitam a mudança de paradigma. Segundo Kuhn, essa troca depende do convencimento da comunidade e ocorre quando o novo paradigma oferece explicações mais plausíveis para os fenômenos que o paradigma em declínio não conseguiu decifrar. Isso, no entanto, não garante nem exige que o paradigma emergente dê explicação melhor, ou com a mesma inteligibilidade, a todos os fenômenos abarcados com sucesso pelo paradigma em declínio.

Para Kuhn, a transição paradigmática opera uma transformação tão profunda no imaginário da comunidade científica que chega a reposicionar os problemas, desconsiderando os que antes pareciam relevantes, e instituindo toda uma gama de questões a investigar.

Essa impossibilidade de comparar a quantidade de problemas bem resolvidos por cada um dos paradigmas rivais é chamada por Kuhn de incomensurabilidade, e constitui a essência de sua crítica à crença de que o conhecimento progride por acumulação¹². Com efeito, diversas teorias da ciência, como a de Karl Popper, podem conviver perfeitamente com a ideia de revolução científica, significando a derrocada de uma teoria científica importante e a sua substituição por uma teoria nova e radicalmente diferente.

No entanto, a verdadeira divergência entre os pensamentos de Kuhn e Popper, que tanta discussão provocou no meio acadêmico¹³, se dá com a ideia de incomensurabilidade: de um lado, Kuhn a sustenta; do outro, Popper a rejeita, e entende que a comensurabilidade das teorias rivais é o que garante a discussão e a substituição de umas por outras¹⁴. A aceitação da comensurabilidade por Popper não significa que o resultado da comparação é sempre nitidamente favorável a alguma das concepções; significa, apenas, que é possível compará-las em suas tentativas de explicar o mundo.

Por sua complexidade, o debate entre Kuhn e Popper não será analisado nesse trabalho¹⁵, mas foi necessário mencioná-lo, para deixar claro que a referência aos

12 Ibidem. p. 190.

13 Para um panorama dos reflexos do debate entre Kuhn e Popper, ver ARNAL, Salvador López; CURTO, Albert Domingo; COLLELL, Pere de La Fuente; TAUSTE, Francisco (coord.). **Popper / Kuhn: Ecos de un Debate**. Barcelona: Montesinos, 2002.

14 POPPER, Karl. **Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge**. 7. ed. 1. reimpr. London; New York: Routledge, 2006. p. 291-338.

15 Para um detalhamento da teoria da ciência de Popper, ver os capítulos 2 e 3 desta obra; para uma noção da ideia de comensurabilidade em Popper, ver o capítulo 3, item 3.

dois autores, no curso deste escrito, foi feita com a consciência de que os dois divergem num ponto fundamental, embora sejam amplamente conciliáveis em outras questões.

3. CIÊNCIA NORMAL E REVOLUÇÃO CIENTÍFICA

A tese de Thomas Kuhn sobre a importância das revoluções científicas para o progresso do conhecimento pode levar a uma leitura apressada: a de que a atividade a que os cientistas se dedicam durante a maior parte da vida, e que o próprio Kuhn denomina de “ciência normal”, seria um trabalho secundário, sem originalidade e de pouca importância, meramente destinado à solução de “quebra-cabeças” no aguardo da próxima revolução.

De fato, é reiterado, na obra do autor, o emprego dos termos “ciência normal” e “solução de quebra-cabeças”, mas nunca para desqualificar ou menosprezar a atividade científica mais frequente no cotidiano das instituições.

Pelo contrário, Kuhn acredita que a ciência normal, que se desenvolve a partir do estabelecimento de um paradigma, é a principal causa do rápido progresso das ciências experimentais¹⁶.

Em seu modelo de explicação das ciências, o autor divide um período pré-paradigmático, em que as investigações são muito diversificadas, mas pouco aprofundadas, em que as discussões filosóficas e metodológicas são muito fecundas, mas acabam exercendo um efeito paralisante sobre a investigação científica.

Como, nesse período, os cientistas discordam quanto às categorias fundamentais que definem o mundo em que vivem, a ciência não progride tanto, simplesmente porque os esforços não estão direcionados no mesmo sentido e a ciência, como instituição social que é, vive em falta de seu recurso mais abundante: o humano.

Quando um paradigma se estabelece, e é capaz de convencer a todos quanto aos conceitos fundamentais – de tempo e espaço, matéria e vida, ou de Estado, sociedade e cultura –, as investigações que se sucedem dispensam muito pouca ou nenhuma atenção às definições preliminares, porque elas parecem já bem definidas, e se dedicam à resolução de problemas cada vez mais específicos daquele campo, gerados pelo próprio encaixamento da realidade no paradigma e, nas palavras do próprio Kuhn, cada vez mais esotéricos¹⁷.

Esse tipo de investigação, firmemente baseada na fé no paradigma, é a chamada “ciência normal” e, quando aquele é muito bem estabelecido e muito abrangente,

¹⁶ KUHN. Op. Cit. p. 23-24.

¹⁷ Ibidem. p. 37-40.

as regras metodológicas que regem a investigação são deixadas em segundo plano, tornam-se quase implícitas, ou simplesmente se naturalizam, como se só houvesse um caminho possível, beirando o automatismo metodológico.

No entanto, como toda metodologia é uma decisão entre caminhos possíveis, o automatismo metodológico preocupa e a concentração de esforços da ciência normal num mesmo sentido – o sentido paradigmático – corre o risco de estar no caminho errado.

Aliás, é precisamente essa a virtude da ciência normal: são tantos os esforços que se concentram no mesmo sentido – o da resolução dos quebra-cabeças propostos pelo paradigma – que logo as eventuais insuficiências da cosmovisão dominante na ciência, numa dada época, se revelam, sob a forma de anomalias.

Anomalias que não surgiriam com a mesma riqueza se os esforços de investigação estivessem divididos entre grupos rivais que se criticam mutuamente, mas não conseguem se convencer. Quando a fé da comunidade científica é mais sincera, as falhas dos seus modelos de explicação são mais dolorosas e, portanto, capazes de provocar uma transformação do pensamento.

Sem ciência normal, não haveria revolução científica: aliás, é a ciência normal que orienta a educação do pesquisador e que se transforma em realidade desenraizada da história nos textos dos manuais, para produzir uma aparência de solidez¹⁸ que permite que a instituição social sobreviva aos abalos da revolução científica e reoriente, com eficiência, os esforços dos pesquisadores no sentido do conhecimento revolucionário, que logo se transformará em paradigma dominante.

Embora Kuhn não o diga expressamente, é nos períodos de crise e transição paradigmática que as discussões metodológicas e filosóficas recuperam a importância que ostentavam no período pré-paradigmático, e são elas que fundamentam as muitas explicações alternativas e concorrentes, aspirantes à transformação em novos paradigmas.

Se as revoluções científicas são os eventos mais assombrosos da história do conhecimento, é a ciência normal que alinhava todo o seu percurso e permite, com seus sinceros esforços, que as revoluções surjam.

4. APLICAÇÃO DO PENSAMENTO DE THOMAS KUHN AOS SABERES JURÍDICOS

A estrutura das revoluções científicas é o trabalho de um físico que se tornou filósofo e desenvolveu um primoroso estudo histórico acerca do desenvolvimento

¹⁸ Ibidem. p. 155-157.

das ciências naturais. Em que medida é possível generalizar as suas conclusões para as ciências sociais e, portanto, para os saberes jurídicos?

Na fecunda produção de conhecimento que se seguiu à publicação da obra de Kuhn, estudaram-se os seus reflexos na metodologia das ciências sociais, e foi unânime o diagnóstico da assombrosa e imediata influência do pensamento do filósofo estadunidense. No entanto, houve muita divergência quanto ao valor de seu legado: há quem entenda que a identificação entre os problemas enfrentados pelos cientistas sociais e o quadro descrito por Kuhn foi tão grande que gerou um efeito paralisante e fez muitos pesquisadores desistirem da busca de uma metodologia propriamente normativa, contentando-se com a sua explicação histórica¹⁹.

Em todo o caso, é possível aproveitar a reveladora reflexão de Kuhn sem desistir da depuração metodológica necessária a qualquer ciência, e que ainda faz falta às ciências sociais em geral e à jurídica em particular.

Para iniciar a discussão, é preciso lembrar que os dois sentidos de paradigma empregados neste trabalho, o “científico”, segundo Thomas Kuhn, e o “societal”, por Boaventura de Sousa Santos, que muito se relacionam, são quase impossíveis de dissociar quando se trata da ciência jurídica.

A mudança de paradigma no Direito Civil, com relação às famílias, que deixou de lado o patrimônio e a hierarquia e passou a exaltar o afeto e a igualdade²⁰, é não só uma importante mudança de caráter científico (que, no caso do Brasil, teve um papel de adaptação do direito positivo no período em que a Constituição de 1988 conviveu com o vetusto Código Civil de 1916), mas também uma transformação moral e cultural que influenciou as alterações do próprio direito positivo ao longo do Século XX e do início do Século XXI, com a progressiva emancipação da mulher, com o eterno desejo de emancipação da juventude e com a mudança das relações de poder entre pais e filhos, frequentemente relacionadas aos movimentos de contracultura surgidos a partir do final dos anos 1950²¹.

19 LUCAS, Félix Ovejero. De Popper a Kuhn. Una mirada desde las ciencias sociales. In: ARNAL, Salvador López; CURTO, Albert Domingo; COLLELL, Pere de La Fuente; TAUSTE, Francisco (coord.). **Popper / Kuhn: Ecos de un Debate**. Barcelona: Montesinos, 2002. p. 121-169.

20 Ver, por exemplo, FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2. ed. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

21 “Algumas correntes, efetivamente, até enfatizam a contribuição do senso comum para um conhecimento crítico do social, na medida em que movimentos sociais levaram as ciências sociais a modificar suas posições frente a uma grande variedade de problemas e objetos, e, inclusive, frente à realidade social propriamente dita. Este foi, aliás, o caso do movimento feminista.” Cf. PIRES, Álvaro P. Sobre algumas questões epistemológicas de uma metodologia geral para as ciências sociais. In: POUPART, Jean *et alli*. **A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos**. Tradução de Ana Cristina Nasser. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008. p. 43-94; p. 67.

São inúmeros os exemplos de sobreposição e de variação concomitante dos paradigmas científicos no Direito e dos paradigmas sociais. A atual dificuldade de construir uma prática efetiva da democracia, para além do ritual eleitoral, no paradigma societal das nações declaradamente democráticas²² é homóloga à dificuldade de introduzir, na ciência jurídica, a democratização da interpretação constitucional, para que a mesma deixe de ser privativa da casta dos juristas²³.

Embora os exemplos precedentes estejam muito longe de esgotar toda a complexidade da aplicação do pensamento de Kuhn aos saberes jurídicos²⁴, pode-se concordar, sem muita dificuldade, como ponto de partida, que a ciência jurídica tem seus próprios paradigmas, muitas vezes correspondentes ao paradigma societal, e que a adoção dos mesmos permite o desenvolvimento de investigações jurídicas normais, em face de problemas de aplicação do próprio paradigma, que, quando se tornam mais resistentes, tornam-se anomalias para a ciência jurídica, até que a sua multiplicação, sem o surgimento de respostas satisfatórias, levam-no à crise que facilita a aceitação dos paradigmas rivais, e, no caso extremo, à sua substituição.

5. UMA LEITURA KUHNIANA DA CRISE DO POSITIVISMO

Para demonstrar não só a pertinência, mas também a utilidade do pensamento de Thomas Kuhn para os saberes jurídicos, será feita uma análise da crise do positivismo como paradigma científico, amplamente comentada por toda a comunidade jurídica a partir de meados do Século XX, e ainda em curso.

Embora tenham ficado bem claras as insuficiências do positivismo jurídico para dar conta dos sérios problemas que se impuseram em seu curso, e tenham, também, surgido competentes explicações alternativas para os mesmos fenômenos, seria ingenuidade ou precipitação negar que a reprodução do conhecimento já adquirido, por meio do ensino jurídico, ainda é predominantemente positivista²⁵. Por outro lado, a investigação jurídica de alto nível, inclusive no Brasil, já reco-

22 Ver HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. 1. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003; e SANTOS. Op. Cit.

23 Ver HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. 1. ed. 1. reimp. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

24 Diversos exemplos recentes de aplicação do pensamento de Kuhn à ciência jurídica podem ser encontrados em PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CEQUEIRA, Nelson; SANTANA JÚNIOR, Gilson Alves de (coord.). **Metodologia da Pesquisa em Direito**. Salvador: 2010. 2 v.

25 Para um diagnóstico e uma crítica do estado do ensino jurídico no Brasil, ver SILVA, Antônio Sá da; COELHO, Nuno. **O Ensino do Direito no Nosso Tempo**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2010.

nhece a profundidade da crise²⁶ e, quando não se baseia em métodos e paradigmas alternativos, explicita a consciência da limitação do itinerário escolhido.

5.1. O estabelecimento do positivismo jurídico como paradigma

Mas a crise do positivismo jurídico só pode ser adequadamente compreendida se se voltar a atenção ao seu estabelecimento e seu desenvolvimento como paradigma dominante da ciência jurídica.

Nesses tempos incertos de transição paradigmática, muitas qualificações indevidas foram atribuídas ao positivismo e muitas críticas que, na verdade, já tinham sido aceitas e trabalhadas pelos próprios positivistas.

As confusões mais comuns são: 1) a identificação do positivismo jurídico, como escola de pensamento, com o direito positivo, como fenômeno, e, mais ainda, o direito positivo das famílias jurídicas do *Civil Law*, o direito escrito, legislado – confusão semelhante ocorre na identificação do jusnaturalismo com o direito natural; 2) a identificação do positivismo jurídico, que durou mais de cem anos, com a escola de exegese, corrente de pensamento imediatamente posterior à promulgação do Código de Napoleão.

É preciso lembrar, primeiro, que o termo “positivismo jurídico” remete ao paradigma mais amplo do positivismo científico, escola de pensamento muito difundida no século XIX, que teve no sociólogo francês Auguste Comte um de seus maiores representantes, notabilizado pelo “empenho em banir toda a ‘metafísica’ do mundo da ciência e em restringir rigorosamente esta última aos ‘factos’ e às leis desses factos, considerados empiricamente”²⁷.

Nessa linha, o positivismo só admitiria o conhecimento científico, em Direito, ou como ciência empírica (sociologia ou psicologia) ou como lógica jurídica. Em ambos os casos, os positivistas pretenderam “excluir da ciência do Direito a questão de um ‘sentido’ ou de um ‘valor’ com validade objectiva”²⁸. Observe-se que ele “não nega, por exemplo, que a exigência de justiça valha para a consciência de cada um, mas é de opinião de que ela não é passível de conhecimento científico e que, portanto, não constitui um princípio possível de uma ciência juspositiva”²⁹.

26 A esse respeito, observe-se que o CONPEDI incluiu como eixo temático de seus encontros científicos, por cinco vezes consecutivas, entre os anos de 2007 e 2009, o problema da crise do positivismo. Cf. CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. *Anais dos Eventos*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/conteudo.php?id=2>> Acesso em: 09 mar. 2011.

27 LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2009. p. 46.

28 Ibidem.

29 Ibidem.

No Século XIX, surgiram diversas tentativas sociológicas de explicação do fenômeno jurídico, e a mais conhecida e bem sucedida delas, em sua época, que, posteriormente, tornou-se a mais criticada, consistiu no positivismo criminológico de Lombroso, Garófalo e Ferri. Na verdade, o pensamento de Lombroso é quase uma fisiologia criminal. No entanto, o que interessa à presente discussão é a concepção do conhecimento científico como lógica jurídica.

Tomando as formulações teóricas mais recentes e mais bem acabadas do positivismo, já no século XX, de Hans Kelsen, Herbert Hart e Norberto Bobbio, pode-se dizer que a ciência jurídica, sob essa influência, busca 1) definir a norma jurídica como seu objeto³⁰; 2) diferenciar o Direito da Moral e de outras ordens de regulação do comportamento, apontando a espécie de sanção correspondente ao ilícito como traço distintivo, o que acaba levando a uma correspondência entre Direito e Estado³¹; 3) compreender o Direito como sistema ou ordenamento, ou seja, como conjunto de normas hierarquicamente posicionadas e destinadas ao exercício de diferentes funções, o que leva o todo (sistema) a ser mais do que a mera soma de suas partes³²; 4) identificar, no sistema jurídico, as características da unidade, da coerência e da completude³³.

Essa conjunção de elementos teve e ainda tem grande aceitação, e as pesquisas que se seguiram levaram a inegáveis avanços de ordem prática, com o desenvolvimento de muitos institutos da dogmática jurídica, alguns deles que ainda gozam de elevado prestígio.

5.2. A crise do positivismo jurídico

Em verdade, a dogmática jurídica está estabelecida, até hoje, nos alicerces lançados pelo positivismo jurídico, e foi exatamente por isso que as insuficiências nos seus principais aspectos começaram a surgir.

Em primeiro lugar, a indicação da norma jurídica como objeto da jusciência em sentido estrito, deixando os fatos apenas para a sociologia, geral ou jurídica,

30 Ibidem. p. 93.

31 “Quando uma teoria do Direito positivo se propõe distinguir Direito e Moral em geral e Direito e Justiça em particular, para os não confundir entre si, ela volta-se contra a concepção tradicional, tida por indiscutível pela maioria dos juristas, que pressupõe que apenas existe apenas *uma única* moral válida – que é, portanto, absoluta – da qual resulta uma Justiça absoluta. A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência de *a* Moral”. Cf KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979. p. 104.

32 Para um panorama dos estudos sobre o Direito como sistema, ver CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Introdução e Tradução de Antônio Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002.

33 A esse respeito, ver BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste Leite dos Santos. 10. ed. 1. reimp. Brasília: Universidade de Brasília, 2006.

e os valores apenas para a filosofia, geral ou jurídica, logo pareceu uma simplificação excessiva. É cada vez mais aceitável o estudo das dimensões fáticas e axiológicas dos problemas jurídicos em pesquisas, sem que as mesmas deixem de ser consideradas dogmáticas³⁴.

Por outro lado, a separação entre Direito e Moral, e, na sua concepção mais radical, a retirada de qualquer conteúdo pré-determinado e necessário como matéria para a norma jurídica, tornando-a pura fora, na conhecida e hábil descrição de Kelsen, não só foi profundamente criticada³⁵, como chegou a ser responsabilizada pelos absurdos atos de poder da Alemanha Nazista, que, apesar de seu conteúdo execrável, teriam se revestido de formas jurídicas compatíveis com a descrição positivista.³⁶

Em verdade, é possível reabilitar a proposta de separação entre Direito e Moral como uma proposta de tolerância e de respeito à diversidade moral, necessária em qualquer sociedade democrática, mas essa interpretação não prevaleceu.

Mesmo a organização do Direito como sistema, que, em si, teve e continua tendo ampla aceitação, encontrou pelo menos uma objeção importante, manifestada por Theodor Viehweg, segundo o qual o pensamento jurídico se organiza de forma tópica, ou seja, a partir do problema prático que se apresenta, e não de forma sistemática. Sem embargo, a teoria contemporânea admite essas duas lógicas como interdependentes e complementares³⁷.

Se a ideia em si de sistema prevalece, muitas são as críticas ao que o positivismo definiu como natureza e como atributos do sistema jurídico. Os chamados três dogmas do positivismo acerca do ordenamento, a unidade, a coerência e a completude, bem definidos por Norberto Bobbio, hoje são reconhecidos como um esforço de sistematização posterior à existência do próprio sistema, para robustecê-lo.

Sem embargo, o processo de correção das aparentes incoerências do sistema – as chamadas antinomias – é severamente criticado por autores como Ronald Dworkin, para quem os clássicos critérios de anterioridade, hierarquia e especialidade, que resultam na exclusão de uma das regras em conflito, não seriam adequados à resolução da colisão de princípios, quando diante de um caso con-

34 Ver, por exemplo, REALE, Miguel. **O Direito como experiência**. 2. ed. fac-similar com nota introdutória do autor. 4. tir. São Paulo: Saraiva, 2010.

35 Para uma crítica detalhada da tese positivista da separação entre Direito e Moral, ver ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

36 MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Interpretando o direito como um paradoxo: o giro hermenêutico na ciência jurídica. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo. (orgs). **Hermenêutica Plural**: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 127-157. p. 136-137.

37 Cf. CANARIS. Op. Cit. p. 243-277.

creto. Embora seja preciso definir o princípio prevalente, por seu peso, o princípio colidente não é excluído por completo da aplicação ao caso, ao contrário, é também preservado, na medida do possível³⁸.

Ao conjunto de problemas relacionados acima, junta-se o fato de a norma injusta sequer ser considerada, para os positivistas, um problema passível de correção. Bem entendido, é possível corrigir uma norma injusta a partir dos conteúdos disponíveis no direito posto³⁹, mas não a partir de um critério transcendente suprapositivo de justiça.

O principal expoente do positivismo jurídico no século XX, para a tradição do *Civil Law*, o austríaco Hans Kelsen, já acusava as dificuldades de sua linha de pensamento no último capítulo da Teoria Pura do Direito, sobre a interpretação do Direito. Nesse texto seminal, Kelsen admite que qualquer texto pode apresentar uma multiplicidade de sentidos, incontroláveis em termos juscientíficos. A ciência do Direito, em sua opinião, só pode chegar até a moldura interpretativa, excluindo, é verdade, muitas leituras incabíveis do texto, mas deixando, dentro da moldura, mais de uma possibilidade, com efeitos diretos sobre a aplicação⁴⁰.

Para Kelsen, o preenchimento da moldura não é puramente arbitrário. Cada aplicador do direito se orientará por critérios filosóficos, morais, econômicos, de justiça material, espirituais, entre muitos outros, mas seria impossível estabelecer, cientificamente, qual a forma mais adequada para a aplicação, que seria matéria da política jurídica, e não da ciência jurídica. Por esse motivo, o autor afirmou que a aplicação do direito é complexa, sendo um ato de conhecimento até a definição da moldura, e um ato de vontade em seu preenchimento⁴¹. Essa afirmação retirava do positivismo a possibilidade de cumprir uma das suas principais promessas: a realização da segurança jurídica⁴².

O acúmulo de anomalias dessa natureza levou a um notável descrédito nas premissas do positivismo, a ponto de se afirmar, sem receio, na comunidade científica, uma crise do paradigma, que é considerada, por alguns, uma crise do próprio Direito⁴³.

38 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 23-72.

39 LARENZ. Op. Cit. p. 105.

40 KELSEN. Op. Cit. p. 465-466.

41 Ibidem. p. 463-473.

42 MAGALHÃES. Op. Cit. p. 140.

43 Ver, por exemplo, NASCIMENTO, Luciana Vieira; TOVO, Graça Léia Melhado. A crise do direito e seu reflexo na qualidade do ensino jurídico no Brasil. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. 17. 2008, Brasília. **Anais eletrônicos...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 4768-4779. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasilia/10_325.pdf> Acesso em: 09 mar. 2011.

Sem entrar na difícil discussão acerca de uma crise do Direito como instrumento de regulação da conduta humana, até porque, como já constatava Miguel Reale, “quando se fala em ‘crise do Direito’, esquece-se quase sempre que, ao contrário de uma espécie de diminuição de importância do Direito, o que se vem notando nos últimos tempos é o alargamento cada vez maior do campo por ele disciplinado”⁴⁴, é inquestionável a crise pela qual passa o paradigma positivista da Ciência Jurídica.

As explicações alternativas para o fenômeno jurídico, surgidas no ocaso do positivismo, podem ser classificadas em duas grandes famílias: as teorias da argumentação e as teorias da compreensão. Como exemplos da primeira, veja-se tanto a concepção mais radical de Theodor Viehweg, com sua tópicica jurídica, como a argumentação jurídica de Robert Alexy⁴⁵. Exemplos da segunda são as muitas teses influenciadas pela hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer⁴⁶.

Karl Larenz faz um diagnóstico correto do atual estágio da ciência jurídica, partindo de uma analogia com as conhecidas escolas da “jurisprudência dos conceitos” e da “jurisprudência dos interesses”, na tradição germânica. Para Larenz, o pós-positivismo poderia ser definido como uma “jurisprudência da valoração”⁴⁷, ou seja, por uma rede de teorias que reabilitaram a dimensão axiológica como objeto da ciência, e especialmente da ciência jurídica.

Bem entendida, a valoração de que trata a ciência jurídica não é a vivência subjetiva dos valores pelo cientista ou pelo aplicador, mas o estudo de suas manifestações intersubjetivas na sociedade, fonte de todo o Direito que se pretenda uma obra coletiva e democrática⁴⁸.

5.3. Estruturando a crise a partir dos conceitos kuhnianos

Analisando a questão a partir do pensamento de Thomas Kuhn, pode-se dizer que a revolução científica que resultará na substituição do positivismo jurídico como paradigma ainda não se concluiu. Em verdade, ainda é difícil discernir, com clareza, qual paradigma se afirmará em seguida, sendo que o se chama de “pós-positivismo” reúne muitas concepções diferentes sobre o Direito, sem a coesão necessária para a qualificação de paradigma.

44 REALE. Op. Cit. p. 80-81.

45 LARENZ. Op. Cit. p. 201-215.

46 GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Universitária São Francisco. 2007

47 LARENZ. Op. Cit. p. 163-172.

48 REALE. Op. Cit. p. 115-116.

Os sinais da crise são claros: as anomalias (normas injustas, multiplicidade de sentidos do texto, técnicas de solução das antinomias, valoração como objeto de ciência) e o abalo da fé da comunidade científica no paradigma são motivos suficientes.

No entanto, existem setores da dogmática jurídica – talvez os mais desenvolvidos – que dependem muito do legado do positivismo e não vislumbram, até o momento, substitutos à altura.

O Direito Penal, por exemplo, tem todo o seu sistema teórico articulado em torno da 1) separação radical entre a ordem jurídica e a ordem moral, da 2) redução do Direito ao direito estatal, 3) do princípio da legalidade e de 4) uma concepção restritiva e pouco criativa da interpretação jurídica, que resulta da 5) vinculação estrita do juiz ao legislador.

Embora essas afirmações teóricas venham sendo relativizadas e substituídas em outros ramos, os teóricos do Direito Penal ainda sofrem para identificar, no paradigma emergente, um modelo que cumpra as mesmas funções de garantia do indivíduo e de limitação do poder do Estado, exercidas razoavelmente bem pelo positivismo, embora, é claro, nem sempre tenham tido a efetividade necessária.

Mesmo o Direito Constitucional, ramo da dogmática em que a crise do positivismo se manifestou primeiro (com a positivação dos princípios e as alterações da ciência jurídica necessárias ao seu acompanhamento, conhecidas como “ne-constitucionalismo”) deve sua consolidação numa posição central do sistema jurídico – substituindo o Direito Civil –, em parte, a uma construção tipicamente positivista, a pirâmide normativa de Kelsen, que ajudou a dar sustentação à tese da supremacia constitucional, que já vinha sendo desenvolvida pela jurisprudência estadunidense desde o início do Século XIX, a partir do conhecidíssimo caso *Marbury vs. Madison*, apreciado pela Suprema Corte daquele país⁴⁹.

Além disso, o ensino jurídico, responsável pela formação das próximas gerações profissionais, ainda não acompanhou as transformações da investigação jurídica de alto nível, e pode ser definido, sem receio, como positivista, tal como ainda o são os manuais da área.

Thomas Kuhn é bastante preciso ao definir os manuais como textos que dissimulam a historicidade da formação do conhecimento, e o apresentam como conjunto de princípios válidos desde sempre⁵⁰. É natural que, numa crise paradigmática, os manuais só comecem a ser alterados depois de a revolução ter se

49 MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 89.

50 KUHN. Op. Cit. p. 176-177.

instalado e encontrado muitos adeptos, além de já estar razoavelmente orientada num mesmo sentido.

Na ciência jurídica, isso ainda não ocorreu. Alguns manuais já incorporaram mudanças, mas, em sua maioria, ainda trazem seções introdutórias com noções sobre a ciência jurídica, sobre a definição de seu objeto e a sua autonomia, inclusive a autonomia dos ramos da dogmática entre si, que são típicas de uma concepção moderna e positivista de ciência.

Como testemunha de um processo histórico em andamento, a presente geração de juristas ainda não tem como vislumbrar toda a dimensão da crise, das transformações já ocorridas e das que ainda estão por vir.

É bem provável que muitos ainda permaneçam fiéis ao paradigma, durante toda a sua trajetória acadêmica, mesmo reconhecendo as suas insuficiências, por não conseguirem vislumbrar, nas alternativas disponíveis, explicações mais convincentes, ou por pura e simples força do hábito e da educação científica. Kuhn descreve esse tipo de engajamento, ao afirmar que as revoluções costumam ser guiadas por jovens ou por sujeitos iniciados há pouco tempo naquele campo teórico, e que as revoluções só se tornam unânimes com a passagem do tempo, com a conversão de uns, e com a aposentadoria ou a morte de outros adeptos do paradigma em declínio, que tenham se recusado a mudar⁵¹.

Aliás, a maior utilidade do estudo de Thomas Kuhn é a constatação, a partir de seu pensamento, de que se vive uma crise do paradigma positivista, provavelmente irreversível, mas que essa crise não é transferível, de plano, por si só, ao fenômeno que ele pretende decifrar: o Direito.

Se, mesmo nos períodos de ciência normal, qualquer proposição jurídica e qualquer pretensão de explicá-la cientificamente têm uma fundamentação filosófica, explícita ou não⁵², o período revolucionário força o pesquisador a esclarecer com cuidado as concepções fundamentais de seu pensamento, visto que deixou de haver um consenso paradigmático na comunidade a que se dirige. Ao contrário do possível efeito paralisante, a discussão metodológica é fecunda, pois permite que se compreendam mutuamente, em nível metateórico, os adeptos de diferentes paradigmas, na construção de um consenso possível, ou no prolongamento esclarecido do dissenso, até que a comunidade acabe se decidindo quanto ao caminho a seguir.

51 Ibidem. p. 185-202.

52 “Toda pretensão de apresentar a Ciência do Direito independente de quaisquer pressupostos filosóficos, ou os subte de inadvertidamente, ou se resolve num agnosticismo filosófico que já equivale a uma contraditória tomada de posição específica.” Cf. REALE. Op. Cit. p. 75.

6. CONCLUSÃO

O termo paradigma é plurívoco e vem sendo empregado há muito tempo, mas foi popularizado, na atualidade, por Thomas Kuhn, significando um conjunto de afirmações teóricas a respeito das características fundamentais dos fenômenos estudados por um campo do conhecimento. Essa rede de teorias compartilhada pela comunidade científica representa a sua cosmovisão e orienta as investigações naquele campo.

Num sentido mais amplo, Boaventura de Sousa Santos fala de paradigma societal, como conjunto de crenças e visões de mundo de toda a comunidade acerca dos problemas da vida coletiva, não se restringindo apenas aos problemas do conhecimento, e menos ainda do conhecimento científico.

Os paradigmas científicos são articulados a partir da explicação de um número determinado de problemas expressivos do conhecimento, e são desenvolvidos para alcançar um número cada vez maior de fenômenos. O tipo de pesquisa que se desenvolve a partir das premissas do paradigma, nesse esforço de generalização e aprofundamento, é denominado “ciência normal” e consiste na maior parte do trabalho dos cientistas durante toda a sua carreira.

A fé da comunidade no paradigma, de um lado, deixa em estado de latência as discussões metodológicas e filosóficas mais profundas, mas, de outro, permite um desenvolvimento bastante acelerado do conhecimento a partir do paradigma, o que acaba por revelar, necessariamente, as suas insuficiências.

Quando um paradigma, já desenvolvido, enfrenta dificuldades para a explicação de um fenômeno, diz-se que ele está diante de uma anomalia. Em princípio, o cientista crê que o fracasso de seu trabalho é uma falha sua e não uma insuficiência da fundamentação do conhecimento. Quando os esforços se reiteram na mesma direção, sem sucesso, a anomalia fica mais bem definida e se começa a questionar diretamente o próprio paradigma.

A multiplicação de anomalias abala a fé no paradigma e a comunidade fica mais receptiva às explicações alternativas do mesmo fenômeno, que, se encontrarem a adesão necessária, substituirão o paradigma em declínio.

Aplicando esses conceitos à ciência jurídica, pode-se dizer, em primeiro lugar, que o paradigma científico e o paradigma societal se relacionam intensamente e é quase impossível dissociá-los.

O positivismo jurídico se constituiu como paradigma dominante nos dois últimos séculos, com algumas propostas: 1) definir a norma jurídica como seu objeto; 2) diferenciar o Direito da Moral e de outras ordens de regulação do

comportamento, apontando a espécie de sanção correspondente ao ilícito como traço distintivo, o que acaba levando a uma correspondência entre Direito e Estado; 3) compreender o Direito como sistema ou ordenamento, ou seja, como conjunto de normas hierarquicamente posicionadas e destinadas ao exercício de diferentes funções, o que leva o todo (sistema) a ser mais do que a mera soma de suas partes; 4) identificar, no sistema jurídico, as características da unidade, da coerência e da completude.

A imensa aceitação do paradigma e o seu desenvolvimento intenso logo revelaram suas insuficiências: 1) ter apenas a norma como objeto se mostrou uma simplificação indevida; 2) a dissociação do direito da moral e de qualquer outra ordem de regulação com conteúdo transcendente levou à afirmação do direito como pura forma, o que levou seus críticos a responsabilizarem o positivismo pelas barbáries da Alemanha Nazista, revestidas de formas jurídicas compatíveis com o paradigma; 3) a ideia de sistema foi criticada, entre outros, por Theodor Viehweg, com o resgate da tópica aristotélica, entendendo que o pensamento jurídico parte do problema e não do sistema; 4) cada um dos dogmas relacionados ao ordenamento recebeu fortes críticas de explicações rivais, impossíveis de descrever com profundidade nesse item.

Um dos principais fatores da crise do positivismo pode ser encontrado na obra do maior expoente da linha de pensamento: Hans Kelsen, no capítulo final da Teoria Pura do Direito, destinado à interpretação, teve que admitir a multiplicidade de sentidos de um mesmo texto jurídico, renunciando ao controle científico desses sentidos, dizendo que os critérios para fazê-lo são objeto da política jurídica. Essa afirmação negou ao positivismo o cumprimento de uma de suas maiores promessas: a garantia de segurança jurídica, proporcionada por um sistema normativo lógico e hierarquizado.

As explicações alternativas que surgiram podem ser classificadas em duas grandes famílias: as teorias da argumentação e da compreensão. No entanto, apesar de sua força e de sua crescente aceitação, a transição paradigmática ainda está em curso. Primeiro, porque as explicações alternativas vêm convivendo com teses positivistas, mesclando-se a elas e, segundo, porque o ensino jurídico, responsável pela formação das próximas gerações, ainda é predominantemente positivista.

Alguns ramos da dogmática jurídica, estruturados em torno de afirmações fundamentais do positivismo, ainda não encontraram substitutos à altura, e mesmo o ramo em que as transformações começaram a acontecer (o Direito Constitucional) deve ao positivismo a consolidação da tese da supremacia constitucional.

Embora as falhas do paradigma positivista já sejam consensualmente reconhecidas pela comunidade e levadas em conta na investigação científica de alto

nível, o ensino jurídico ainda é predominantemente positivista assim como o conhecimento que se reproduz nos manuais, até porque ainda não está claro o conteúdo do paradigma que o substituirá.

A maior utilidade do estudo de Thomas Kuhn é a constatação, a partir de seu pensamento, de que se vive uma crise do paradigma positivista, provavelmente irreversível, mas que isso não é transferível, de plano, por si só, ao fenômeno que ele pretende decifrar: o Direito.

Se, mesmo nos períodos de ciência normal, qualquer proposição jurídica e qualquer pretensão de explicá-la cientificamente têm uma fundamentação filosófica, explícita ou não, o período revolucionário força o pesquisador a esclarecer com cuidado as concepções fundamentais de seu pensamento, visto que deixou de haver um consenso paradigmático na comunidade a que se dirige.

Ao contrário do possível efeito paralisante, a discussão metodológica é fecunda, pois permite que se compreendam mutuamente, em nível metateórico, os adeptos de diferentes paradigmas, na construção de um consenso possível, ou no prolongamento esclarecido do dissenso, até que a comunidade acabe se decidindo quanto ao caminho a seguir.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ARNAL, Salvador López; CURTO, Albert Domingo; COLLELL, Pere de La Fuente; TAUSTE, Francisco (coord.). **Popper / Kuhn: Ecos de un Debate**. Barcelona: Montesinos, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste Leite dos Santos. 10. Ed. 1. Reimp. Brasília: Universidade de Brasília, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhem. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Introdução e Tradução de Antônio Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002.

DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. Tradução de Pietro Nassetti. 1. ed. 3. reimp. São Paulo: Martin Claret, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2. ed. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Jurs, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Universitária São Francisco. 2007.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. 1. ed. 1. reimp. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v.1. 2.ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

KUHN, Thomas. S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. 1. reimp. São Paulo: Perspectiva, 2007.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2009.

LUCAS, Félix Ovejero. De Popper a Kuhn. Una mirada desde las ciencias sociales. In: ARNAL, Salvador López; CURTO, Albert Domingo; COLLELL, Pere de La Fuente; TAUSTE, Francisco (coord.). **Popper / Kuhn**: Ecos de un Debate. Barcelona: Montesinos, 2002. p. 121-169.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Interpretando o direito como um paradoxo: o giro hermenêutico na ciência jurídica. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo. (orgs). **Hermenêutica Plural**: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 127-157.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NASCIMENTO, Luciana Vieira; TOVO, Graça Léia Melhado. A crise do direito e seu reflexo na qualidade do ensino jurídico no Brasil. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. 17. 2008, Brasília. **Anais eletrônicos...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 4768-4779. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/brasil/10_325.pdf> Acesso em: 09 mar. 2011.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CEQUEIRA, Nelson; SANTANA JÚNIOR, Gilson Alves de (coord.). **Metodologia da Pesquisa em Direito**. Salvador: 2010. 2 v.

PIRES, Álvaro P. Sobre algumas questões epistemológicas de uma metodologia geral para as ciências sociais. In: POUPART, Jean *et alli*. **A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos**. Tradução de Ana Cristina Nasser. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008. p. 43-94.

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução de Leônidas Hengenber e Octanny Silveira da Mota. 1. ed. 13. reimp. São Paulo: Cultrix, 2007

POPPER, Karl. **Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge**. 7. ed. 1. reimp. London; New York: Routledge, 2006.

REALE, Miguel. **O Direito como experiência**. 2. ed. fac-similar com nota introdutória do autor. 4. tir. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 4. Ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SILVA, Antônio Sá da; COELHO, Nuno. **O Ensino do Direito no Nosso Tempo**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2010.

CAPÍTULO 2

O USO DE HIPÓTESES NA PESQUISA JURÍDICA:

A TENTAÇÃO DE DEFENDÊ-LAS AO INVÉS DE TESTÁ-LAS

SUMÁRIO: 1. **Introdução.** 2. **Considerações sobre ciência e investigação científica.** 2.1. Pesquisa científica como resolução de problemas; 2.2. O papel da hipótese como orientadora da investigação; 2.3. Teste da hipótese: refutação ou confirmação. 3. **Sobre a experiência profissional do jurista.** 3.1. A magistratura, o magistério e a imparcialidade; 3.2. A advocacia, o ministério público e a parcialidade; 3.3. A investigação científica e a imparcialidade. 4. **O uso de hipóteses na pesquisa jurídica.** 4.1. Formulação da hipótese; 4.2. Confrontação da hipótese com hipóteses alternativas; 4.3. Confrontação das hipóteses com os dados da realidade; 4.4. Refutação ou confirmação de uma hipótese. 5. **Resistindo à tentação do jurista de defender uma hipótese ao invés de testá-la.** 5.1. Hipótese e convicção político-ideológica. 6. **Conclusões.**

1. INTRODUÇÃO

No presente ensaio, analisar-se-á um erro frequentemente cometido pelo pesquisador da ciência jurídica: o fato de, diante de uma hipótese científica, tentar defendê-la, a todo custo, ao invés de testá-la, como seria de rigor, dando importância desproporcional às evidências empíricas favoráveis a ela e ignorando os dados da realidade que a desautorizam.

Como hipótese de trabalho, atribuir-se-á esse frequente e penoso equívoco à experiência profissional do jurista e à sua peculiar relação cotidiana com um problema que também é crucial para a ciência: o problema da imparcialidade. No Direito, exige-se de alguns profissionais, em especial do juiz, a imparcialidade, em termos muito parecidos com os que se cobra do cientista. Não por acaso, no auge do racionalismo moderno, ambos eram apresentados, em seus tipos ideais, como sujeitos imunes à valoração e à subjetividade, com uma aura de neutralidade absoluta, totalmente distanciados do objeto de estudo (cientista) ou do conflito de interesses (juiz). Só assim seriam capazes de alcançar a verdade que buscavam. Ante a severa crítica pós-moderna a esses dogmas, passou-se a colocar, em lugar da neutralidade, a imparcialidade, mas ainda assim como “distanciamento possível” ao ser humano, vítima de sua historicidade. Enquanto isso, para outros profissionais do direito, em especial o advogado, impõe-se a conduta exatamente oposta como dever: a parcialidade. Costuma-se dizer que a parcialidade dos advogados é a garantia da imparcialidade do juiz.

E é dessa peculiar relação com a parcialidade que se supõe advir a “tentação” que se anuncia no título do presente ensaio: se o profissional do direito fizer pes-

quisa científica sem se despir da função de advogado, por melhores que sejam as suas intenções, fatalmente sonegará o que, nos termos propostos por Karl Popper, constitui a mais importante etapa da investigação: o teste da hipótese inicialmente proposta. Não se quer dizer, com isso, que o advogado tenda a ser um investigador pior do que o juiz, visto que este último também pode ser vítima da mesma tentação, já que, ao justificar a decisão judicial, ele próprio, embora tenha o dever de ponderar todas as alegações, sustenta e destaca a que está de acordo com sua consciência, obscurecendo as demais.

Além disso, embora a decisão judicial esteja sujeita a recurso, em algum momento, por maior que seja a vagareza do processo, a resposta do Poder Judiciário se tornará definitiva e imodificável. A teoria científica, pelo contrário, nunca transita em julgado, e a sua permanente sujeição a aperfeiçoamentos, modificações e derrubadas é o que garante a melhor resposta possível aos problemas do conhecimento.

Assim, o principal objetivo do presente escrito é verificar as possíveis interferências da vivência profissional do jurista em sua atividade acadêmica, em especial diante do momento decisivo da investigação científica: o teste de uma hipótese, com sua consequente refutação ou confirmação provisória.

Por fim, cabe fazer uma consideração terminológica: todas as reflexões do presente ensaio envolverão os conceitos de parcialidade e imparcialidade. Entre o risco das imprecisões e ambiguidades potenciais da linguagem comum, e o da construção de um conceito específico, a ser operado no presente trabalho, que, rigorosamente, só expressará as ideias do próprio autor, optou-se pelo primeiro: ou seja, sempre que, no texto, surgirem os termos “imparcialidade” ou “parcialidade”, eles poderão ser entendidos tais como os veicula a linguagem comum, mas com as especificidades, trazidas no curso do artigo, demarcadas pelos epistemólogos e pelos juristas.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE CIÊNCIA E INVESTIGAÇÃO CIENTÍFICA

É importante iniciar esta seção com um esclarecimento, que pode consistir numa correção de rumo ou no desfazimento de uma possível contradição interna atribuível ao presente trabalho. Sempre que se mencionar a “ciência moderna” ou a “investigação científica”, ter-se-ão em conta as concepções de Boaventura de Sousa Santos, especialmente quanto à tese de que a ciência, embora tenha se estabelecido como forma privilegiada e totalitária de conhecimento, não exclui a validade epistemológica de outras formas de conhecimento concorrentes e por ela marginalizadas durante a vigência do paradigma da modernidade⁵³. Com isso,

53 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2006. passim.; SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Conhecimento prudente para uma vida decente**. ‘Um Discurso sobre as Ciências’ revisitado. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2006. passim.

fazem-se as mesmas ressalvas aos critérios organizadores desta forma de produção do conhecimento, um dos quais consiste na radical separação entre sujeito e objeto, e na conseqüente neutralidade, depois reformulada como imparcialidade, do cientista.

Qual a importância deste esclarecimento de sentido? Como o presente trabalho visa a verificar o equívoco metodológico que o jurista pode cometer se não submeter suas hipóteses a teste, em razão de sua vivência profissional, que o condiciona a defender, e não a falsear, uma leitura apressada deste escrito poderia entendê-lo como uma ode à neutralidade e, como tal, enquadrá-lo como uma manifestação tipicamente filiada ao paradigma da modernidade.

A crítica pós-moderna ressalta que a pretensão de neutralidade axiológica do paradigma da modernidade, além de se demonstrar insustentável com o decurso do tempo, tinha um vício intrínseco: a ciência moderna esqueceu que, ao pretender-se imune aos valores, estava, ela própria, pautada pelos “valores estritamente epistêmicos (...) de conhecimento, objectividade e verdade”⁵⁴. Em outras palavras: assim como o ateísmo é também uma crença, e o absentismo é também uma posição política; a neutralidade axiológica é, inevitavelmente, um valor. Mais do que isso, o “valor” neutralidade é subjacente às estratégias específicas do projeto da modernidade, que pretendiam conhecer, não tanto para compreender, mas para dominar e modificar a realidade.

A conseqüência da aceitação dessa neutralidade cognitiva pode ser resumida na seguinte afirmativa: a ciência, em si mesma considerada, não é boa nem má; como tal, os conhecimentos por ela produzidos podem ser usados para o bem ou para o mal, mas os resultados socialmente danosos não podem ser imputados a quem os produziu, somente a quem os aplicou⁵⁵.

Assim, muito embora se reconheça a imparcialidade como essencial à produção do conhecimento científico (de que nem os teóricos do paradigma emergente abriram mão), tem-se em conta que ela não significa a indiferença axiológica do cientista nem o seu distanciamento dos fatos investigados. A imparcialidade, antes de tudo, é uma exigência de honestidade intelectual para o pesquisador, graças à qual é possível que ele submeta a hipótese por si formulada (num momento criativo em que a confluência de sua subjetividade é inevitável e até desejável)

54 ANDRÉ, João Maria. Ciência e valores: o pluralismo axiológico da ciência e o seu valor epistêmico. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Conhecimento Prudente para uma Vida Decente**: ‘Um Discurso sobre as Ciências’ revisitado. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2006. p. 375.

55 LACEY, Hugh. A ciência e o bem-estar humano: para uma nova maneira de estruturar a actividade científica. Tradução de Maria Inês Rocha e Silva Lacey. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Conhecimento Prudente para uma Vida Decente**: ‘Um Discurso sobre as Ciências’ revisitado. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2006. p. 471-493.

à concorrência de outras explicações para o mesmo fenômeno, bem como aos próprios dados empíricos, para testar seu poder explicativo.

Popper esclarece que a objetividade do cientista não é condição *sine qua non* para a produção do conhecimento, visto que seus resultados depois serão submetidos à crítica da comunidade científica e, só então, o que resistir ao crivo da intersubjetividade passará a ser aceito, e somente enquanto não surgir uma crítica demolidora⁵⁶, mas ele mesmo adverte que a forma mais provável de garantir o sucesso, ainda que temporário, de uma teoria, é agir com imparcialidade, com a qual o próprio cientista, antes de submeter seu trabalho ao mundo, testa rigorosamente as hipóteses, com os melhores recursos de que dispõe e, só quando não as derruba, passa a oferecê-las como explicações satisfatórias de uma determinada realidade.

2.1. Pesquisa científica como resolução de problemas

A pesquisa científica é uma atividade intelectual destinada a resolver problemas, para os quais o conhecimento disponível, no momento histórico em que se situa o pesquisador, não dá uma solução satisfatória.

A definição proposta, embora pareça simples, carrega uma série de sutilezas: primeiro, há diversas atividades intelectuais que não consistem na resolução de um problema, mas no acúmulo de informações existentes sobre um determinado tema, sem aquela finalidade específica, com o objetivo de ampliar os conhecimentos de quem as desenvolve, consistindo somente em aprofundamentos de estudos, não em pesquisas⁵⁷; segundo, há o risco de um pesquisador iniciar a investigação, crendo que não há resposta satisfatória, quando o problema em questão existe apenas no conhecimento por ele acumulado, e não no conhecimento disponível, ou seja, decorre de sua defasagem, não de uma inquietação vigente na comunidade científica; terceiro, o pesquisador, ao considerar insatisfatórias as soluções correntemente apresentadas para o problema em questão, precisa se certificar se essa constatação não decorreu de sua incompreensão das teorias vigentes⁵⁸.

56 POPPER, Karl. **Lógica das Ciências Sociais**. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004. p. 16-17.

57 GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 21: “Quase sempre o produto desse estudo restringe-se à repetição de trechos (com uma linguagem bem mais superficial do que no original) de livros ou de revistas, algumas vezes até mesmo acompanhadas de sínteses e análises bem formuladas e inovadoras. Apesar disso, o produto desse esforço não passa de um estudo mais ou menos aprofundado sobre determinado tema, e **não de uma investigação científica.**” (GRIFO DAS AUTORAS).

58 BOOTH, Wayne C.; COLOMB, Gregory G.; WILLIAMS, Joseph M. **A arte da pesquisa**. Tradução de Henrique A. Rego Monteiro. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 79: “Pesquisadores experientes têm a confiança de supor, quando lêem uma passagem que não entendem inteiramente, que há algo de errado, não com eles, mas com o que estão lendo. Na verdade, quando não conseguem compreender algo totalmente,

Uma questão crucial relacionada à definição do problema é a viabilidade da pesquisa. Assim, quanto mais ambiciosa for a questão a solucionar, é mais provável que o investigador não consiga dar conta daquilo a que se propôs. Por isso, sugere-se, em especial ao pesquisador iniciante, que delimite com bastante precisão o problema a investigar, o que envolve um exercício de humildade. O cientista deve estar consciente de suas limitações, e só se propor a pesquisar aquilo que estiver ao seu alcance. Por exemplo, pode não ser possível encontrar o equilíbrio entre a função social da propriedade e a livre iniciativa, mas pode ser viável identificar se uma determinada atividade de especulação imobiliária, num determinado momento histórico, numa determinada região, configura um desrespeito a essa mesma função social⁵⁹.

Ademais, Wayne Booth, Gregory Colomb e Joseph Williams chamam a atenção para uma distinção singela, mas nem sempre percebida, que pode evitar muitos mal-entendidos: a diferença entre um problema prático e um problema de pesquisa. Dizem os autores que, enquanto um problema prático surge na realidade vivencial e gera custos indesejáveis, um problema de pesquisa é sempre um problema de insuficiência ou inadequação do conhecimento a respeito de uma determinada questão, que pode ser um problema prático⁶⁰.

Por isso, embora não haja uma relação necessária entre as duas espécies de problema (um difícilíssimo problema de pesquisa pode não ter repercussão prática alguma na vida da esmagadora maioria da população mundial), a importância e a agudeza do problema prático que pode estar subjacente ao problema de pesquisa

deduzem que a fonte esteja errada, o que pode significar que encontraram um problema novo: um erro, uma discrepância ou uma inconsistência que poderiam corrigir. É claro, *pode* ser você que esteja errado; portanto, se decidir fazer da discordância o centro de seu projeto, releia a fonte para ter certeza de que a entendeu. O problema talvez tenha sido resolvido de uma maneira não informada pela fonte. Os artigos de pesquisa, publicados ou inéditos, estão cheios de inúteis refutações a questões que nunca foram propostas.”

- 59 GUSTIN; DIAS. Op. Cit. p. 73: Duas outras características do problema a ser pesquisado são constantemente lembradas: deve ser suscetível de solução e ser delimitado a uma dimensão viável. Um exemplo da primeira característica: “Ligando-se o nervo ótico às áreas auditivas do cérebro, as visões serão sentidas auditivamente?” Esse exemplo não necessita ser comentado, por sua obviedade. Com relação à dimensão viável, analisemos o seguinte exemplo: “O que **pensam** os magistrados?” Além desse exemplo não estar conectado à esfera empírica para seu estudo objetivo, o pensamento está relacionado com tão inúmeras percepções que tornaria impossível sua testagem.” (GRIFO DAS AUTORAS)
- 60 BOOTH; COLOMB; WILLIAMS. Op. Cit. p. 66-67: “Um problema prático origina-se na realidade e requer um custo em dinheiro, tempo, felicidade, etc. Você resolve um problema prático mudando algo na realidade, fazendo alguma coisa. Mas, antes de resolver um problema prático, você pode precisar propor e resolver um problema de pesquisa. Um problema de pesquisa origina-se na mente, a partir de um conhecimento incompleto ou de uma compreensão falha. Você pode propor um problema de pesquisa porque precisa resolver um problema prático, mas não resolve um problema prático apenas resolvendo um problema de pesquisa. Pode-se *aplicar* a solução de um problema de pesquisa à solução de um problema prático, mas não é mudando alguma coisa na realidade que se resolve o problema de pesquisa, e sim aprendendo mais sobre um assunto ou entendendo-o melhor.”

são decisivas para a sua avaliação de acordo com outro critério fundamental: sua relevância.

Essa é uma questão especialmente polêmica quando se trata de pesquisas científicas financiadas pelo Estado, seja pelo pagamento de bolsas aos investigadores, seja pela própria manutenção de cursos gratuitos de pós-graduação *stricto sensu*. A importante preocupação com o retorno que a universidade deve dar à sociedade, que a sustenta com o pagamento de impostos, sem a qual o investimento público corre o risco de ser desperdiçado em inúteis demonstrações de erudição, não deve se tornar a ditadura do imediatismo prático, em que toda e qualquer investigação para a qual não se anteveja, de plano, um problema real subjacente, será severamente criticada como “academicista” ou “auto-referente”. Por isso, não se pode perder de vista que uma investigação teórica, que no curto prazo interessa apenas à comunidade científica, pode servir de fundamento para o desenvolvimento de inúmeras outras pesquisas, essas sim destinadas à resolução de problemas práticos, que seriam impossíveis sem aquele prévio aporte epistêmico.

Conclui-se que um problema, para ser objeto de uma pesquisa, deve ser um problema atual do conhecimento, cuja resolução seja viável, para o pesquisador que a ele se dedica, e relevante e útil, não só para o próprio cientista, mas para a comunidade que o envolve, ainda que imediatamente seja apenas a própria comunidade científica daquele ramo especializado.

2.2. O papel da hipótese como orientadora da investigação

Sem esquecer as diversas concepções metodológicas disponíveis na atualidade (racional-dedutiva, empírico-indutiva, dialética), adotar-se-á, para orientar o presente ensaio, a proposta de Karl Popper (hipotético-dedutiva), segundo a qual todo o conhecimento científico consiste em conjecturas, continuamente submetidas a teste que, enquanto não forem derrubadas pela crítica, poderão ser aceitas como “verdadeiras”, ou, mais precisamente, como melhores aproximações possíveis da verdade. Esse conhecimento hipotético que, como dito na introdução, valendo-se de uma metáfora jurídica, “nunca transita em julgado”, é reflexo da essencial falibilidade humana⁶¹. Assim, toda teoria é uma explicação imperfeita sujeita a crítica (se não for formulada em termos que a permitam, nem sequer pode ser

61 O próprio Popper, apesar de não ser jurista, fez uma afirmação curiosamente semelhante. cf. POPPER, Karl. **Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge**. 7. ed. 1. reimp. London; New York: Routledge, 2006. p. 33: “The question about the sources of our knowledge [...] have always been asked in the spirit of: ‘What are the best sources [...] – the most reliable ones, those which will not lead us into error, and those to which we can and must turn, in case of doubt, as the last court of appeal?’ I propose to assume, instead, that no such ideal sources exist – no more than ideal rulers – and that all ‘sources’ are liable to lead us into error at times.”

vista como científica⁶²) e, mesmo que o investigador tenha a improvável fortuna de formular uma hipótese que corresponda perfeitamente à verdade⁶³, nenhum membro da comunidade científica, nem ele próprio, terá como sabê-lo. Popper ressalta que a tradição de pensar o conhecimento como conjectura, sempre passível de aperfeiçoamento, começou com o filósofo grego pré-socrático Xenófanes⁶⁴.

A hipótese é uma resposta provisória proposta pelo investigador para a solução do problema. O momento da formulação da hipótese é um ato criativo, influenciado pela formação e pelas preferências pessoais do pesquisador, no qual a imparcialidade exigida do cientista é dispensável e, pior, pode até ser danosa ou castradora, impedindo a formulação de hipóteses mais ousadas ou transgressoras. Essa imparcialidade, como se verá a seguir, ganha todo o sentido no momento da testagem das hipóteses.

Popper resume o seu método como sendo aquele em que, a partir de uma hipótese formulada (enunciado universal), deduzem-se, para testá-la, enunciados particulares acerca dos fenômenos para os quais ela foi pensada, e, se tais enunciados forem rejeitados pelas evidências empíricas, levarão, por consequência, à rejeição da própria hipótese de pesquisa. Esse método foi batizado de hipotético-dedutivo, tendo em vista a centralidade, atribuída pelo próprio autor, às hipóteses, que difere tanto do método indutivo (pois Popper descrê da possibilidade de generalizar teorias a partir de enunciados particulares), como do método dedutivo

62 POPPER, Karl. **Lógica das Ciências Sociais**. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acuarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004. p. 16.

63 O conceito popperiano de verdade é a “verdade-correspondência”, ou seja, a adequação dos fatos às afirmações que sobre eles são feitas. Por isso, é um conceito que pressupõe a existência de uma realidade objetiva comum para além das percepções humanas; não por acaso, ele chama essa ideia de “teoria da verdade objetiva”. cf. POPPER, Karl. **Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge**. 7. ed. 1. reimpr. London; New York: Routledge, 2006. p. 302-309.

64 POPPER, Karl. **Tolerancia y Responsabilidad Intelectual**. Hispanic American Center for Economic Research. Online Library. Disponível em: <<http://www.hacer.org/pdf/Popper.pdf>> Acesso em: 27 jun. 2007. “Jenófanes generalizó esta auto crítica de una manera que, según pienso, fue característica de él: le parecía claro que aquello que había descubierto acerca de su propia teoría —que no era más que conjetura a pesar de su fuerza de persuasión intuitiva— debía ser cierto de todas las teorías humanas: todo es conjetura y sólo conjetura. Esto revela, en mi opinión, que no le resultó fácil concebir su propia teoría como una conjetura. Jenófanes formuló su teoría crítica del conocimiento — todo es conjetura — en seis hermosos versos: “Pero respecto a la verdad certera, nadie la conoce, / Ni la conocerá; ni acerca de los dioses, / Ni sobre todas las cosas de las que hablo. / E incluso si por azar llegásemos a expresar / La verdad perfecta, no lo sabríamos: / Pues todo no es sino un entramado de conjeturas.” Estos seis versos contienen algo más que una teoría de la incertidumbre del conocimiento humano. Contienen una teoría del conocimiento objetivo. Pues aquí Jenófanes nos dice que, si bien algo que digo puede ser verdad, ni yo ni nadie sabrá que lo es. Sin embargo, esto significa que la verdad es objetiva: la verdad es la correspondencia de lo que digo con los hechos; tanto si en realidad sé o no sé que existe la correspondencia. Además, estos seis versos contienen otra teoría muy importante. Contienen una pista sobre la diferencia entre verdad objetiva y certeza subjetiva del conocimiento. Los seis versos afirman que, aún cuando yo proclamo la más perfecta verdad, no puedo saberlo con certeza. Pues no existe un criterio infalible de verdad: nunca, o casi nunca, podemos estar seguros de que no estamos equivocados.”

cartesiano (que pressupõe ser possível à razão humana alcançar a verdade, o exato oposto do falibilismo popperiano)⁶⁵. Tais métodos seriam os principais exemplos do “otimismo epistemológico” que inspirou o nascimento da ciência moderna⁶⁶.

A rejeição de Popper aos tradicionais métodos indutivo e dedutivo faz lembrar a crítica fenomenológica segundo a qual nem a observação pura nem a razão pura são capazes de produzir, por si só, a teoria científica, visto que o pensamento é sempre pensamento de alguma coisa, e que os fenômenos observados já são, desde sempre, objeto de um conhecimento que os procura⁶⁷.

Miracy Gustin e Maria Tereza Dias relacionam como “fontes de onde se originam as hipóteses”⁶⁸ a observação, os resultados de pesquisas anteriores, as teorias científicas e a intuição, sendo que, para esta última, as autoras supõem que “apenas aos pesquisadores com grande experiência seja permitida a utilização”⁶⁹, visto que “apesar de referidas em várias obras de metodologia, neste curso prefere-se que os ‘simples palpites’ não sejam utilizados como fonte de origem das hipóteses”⁷⁰. No item 4, que trata da formulação de hipóteses na pesquisa jurídica, discutir-se-á com mais aprofundamento o papel da intuição para a pesquisa científica.

2.3. Teste da hipótese: refutação ou confirmação

Depois de formulada a hipótese, o que rigorosamente deveria acontecer no início da investigação, deve-se partir, nos termos propostos por Popper, para o momento decisivo: o teste das hipóteses. Embora esta questão venha a ser estudada mais pormenorizadamente no item 4 do presente ensaio, é importante, pelo menos, situar o leitor em termos gerais.

Testar a hipótese consiste em colher dados empíricos para verificar o poder explicativo daquela conjectura acerca do fenômeno estudado, bem como em

65 POPPER, Karl. **Lógica da Pesquisa Científica**. Tradução de Leônidas Hengenber e Octanny Silveira da Mota. 12. ed. São Paulo: Cultrix, 2006. p. 33-34.

66 cf. POPPER, Karl. **Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge**. 7. ed. 1. reimpr. London; New York: Routledge, 2006. p. 7.

67 MERLEAU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da Percepção**. Tradução de Carlos Alberto Ribeiro de Moura. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 56: “O que faltava ao empirismo era a conexão interna entre o objeto e o ato que ele desencadeia. O que falta ao intelectualismo é a contingência das ocasiões de pensar. No primeiro caso, a consciência é muito pobre; no segundo, é rica demais para que algum fenômeno possa *solicitá-la*. O empirismo não vê que precisamos saber o que procuramos, sem o que não o procuraríamos, e o intelectualismo não vê que precisamos ignorar o que procuramos, sem o que, novamente, não o procuraríamos. Ambos concordam no fato de que nem um nem outro compreendem a consciência *ocupada em apreender*, não notam essa ignorância circunscrita, essa intenção ainda “vazia”, mas já determinada, que é a própria atenção.”

68 GUSTIN; DIAS. Op. Cit. p. 79.

69 Ibidem. p. 79.

70 Ibidem. p. 79.

compará-la ao maior número possível de modelos explicativos concorrentes, para se certificar de que aquela é a que dá uma resposta mais satisfatória.

O objetivo da testagem da hipótese não deve ser primordialmente a sua confirmação, com a colheita de dados empíricos convenientes; ao contrário, deve ser a confrontação mais rigorosa possível com dados e com teorias rivais que poderiam desautorizá-la ou desmenti-la. Só então, quando o pesquisador, esgotando todas as possibilidades ao seu alcance, verificar que não conseguiu refutar a conjectura proposta, ou, ainda que ela tenha sido abalada parcialmente, não há nenhum outro modelo teórico mais satisfatório, poderá apresentá-la à comunidade científica.

Embora esta seja a conduta mais honesta intelectualmente, Popper tranquiliza os metodólogos que poderiam perguntar: e se o pesquisador não seguir esse procedimento, e sonegar os dados contrários à sua tese? Sua resposta é clara:

a objetividade da ciência não é uma matéria dos cientistas individuais, porém, mais propriamente, o resultado social de sua crítica recíproca, da divisão hostil-amistosa de trabalho entre cientistas, ou sua cooperação e também sua competição. Pois esta razão depende, em parte, de um número de circunstâncias sociais e políticas que fazem possível a crítica.⁷¹

Faz-se apenas uma ressalva: embora o sucesso da ciência não dependa, em absoluto, da imparcialidade e do rigor deste ou daquele cientista, o sucesso pessoal do investigador dependerá de sua precisão na testagem das hipóteses, visto que, se não a fizer, a crítica da comunidade científica será fácil, abundante e contundente, o que pode ser evitado, em grande medida, se o pesquisador descartar as afirmações cuja fragilidade ele mesmo consiga perceber⁷².

3. SOBRE A EXPERIÊNCIA PROFISSIONAL DO JURISTA

Falar sobre a experiência profissional do jurista soa como um agrupamento de realidades fragmentadas e contraditórias. A infinidade de carreiras jurídicas e a rivalidade entre os profissionais sugerem uma divisão mais profunda que a mera “especialização”, e o melhor exemplo disso é que nem sequer há um termo, na língua portuguesa, satisfatoriamente usado para reunir os profissionais do direito: “advogado”, o substantivo mais empregado na linguagem comum, é inapropriado

71 POPPER, Karl. *Lógica das Ciências Sociais*. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004. p. 23.

72 POPPER, Karl. *Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge*. 7. ed. 1. reimpr. London; New York: Routledge, 2006. p. 34: “The proper answer to my question ‘How can we hope to detect and eliminate error?’ is, I believe, ‘By criticizing the theories or guesses of others and – if we can train ourselves to do so – by criticizing our own theories or guesses’. (The latter point is highly desirable, but not indispensable; for if we fail to criticize our own theories, there may be others to do it for us).”

para enquadrar os magistrados e muitos outros funcionários públicos; enquanto “jurista”, o termo mais abrangente, é pouquíssimo utilizado fora do “mundo jurídico”, e mesmo nele é empregado com alguma ressalva, como se apenas os “grandes” profissionais fossem merecedores daquela qualificação, o que ajudou a popularizar a expressão “operador do direito”.

Assim, embora a fragmentação por vezes turve a visão do conjunto, é indispensável tê-la em vista, para só então falar das especificidades de cada carreira. Qualquer jurista, enquanto profissional que lida diariamente com o Direito, se depara com condutas humanas que exigem uma resposta social organizada, e os conflitos ou convergências resultantes da concorrência de condutas humanas em sociedade são apreciados e valorados por ele, em sua atuação profissional cotidiana. São muitos os espaços privilegiados de atuação dos juristas, em especial na burocracia estatal: as funções de delegado de polícia, de auditor, de fiscal e até a carreira política são, com frequência ou com exclusividade, exercidas por bacharéis em direito.

Para os propósitos do presente trabalho, os diversos profissionais do direito serão sucintamente relacionados, de acordo com as exigências de parcialidade ou imparcialidade voltadas a cada um deles. Apesar das inúmeras atividades exemplificadas acima, concentrar-se-á a análise nas três figuras mais representativas, para o senso comum e para a própria classe, das atividades do jurista: o advogado, o promotor e o juiz, às quais se acrescentará a do professor, tendo em vista que o meio acadêmico é o destinatário preferencial das reflexões deste ensaio.

3.1. A Magistratura, o Magistério e a imparcialidade

A imparcialidade do juiz é, para o pensamento jurídico predominante, verdadeira condição de possibilidade de realização da justiça. Sem ela, o esforço das partes e a dedicação de seus procuradores seriam inúteis, visto que, se o juiz tiver tomado partido de um dos interesses em jogo, tudo o que o favorecido fizer será redundante, tudo o que o prejudicado tentar será indiferente.

Um dos problemas clássicos, para a teoria jurídica tradicional, reside no possível conflito entre a exigência de imparcialidade e o ativismo judicial, contra o qual normalmente se agita a ideia da “inércia da jurisdição” como garantidora da necessária equidistância do magistrado para a apreciação dos fatos⁷³. Sem querer entrar no mérito desta postulação, nota-se que a exigência de distanciamento do magistrado dos interesses em jogo é muito semelhante, dir-se-ia análoga, à

73 CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juizes**: vistos por um advogado. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 50: “A inércia é, para o juiz, garantia de equilíbrio, isto é, de imparcialidade; agir significaria tomar partido”.

separação entre sujeito (observador) e objeto (observado), em que está calcado o paradigma da modernidade, que fora perfeitamente aplicável às ciências naturais, à qual, no entanto, as ciências sociais sempre tiveram dificuldade de se adequar.

A dogmática jurídica brasileira, ao falar da imparcialidade, ao invés de conceituá-la, prefere aprofundar o estudo dos casos de parcialidade do juiz, reconhecidos como tais pela legislação processual, que dão causa ao afastamento do magistrado da condução da causa. Os vícios da imparcialidade do juiz são de dois gêneros: impedimento e suspeição.

Para Pontes de Miranda, quando a lei processual considera impedido o magistrado, não há dúvida quanto à sua conduta: há uma presunção absoluta de parcialidade, ante a enorme probabilidade real de que isso aconteça. Por outro lado, nos casos de suspeição, a imparcialidade do juiz é posta em dúvida, o que já é suficiente para afastá-lo⁷⁴. No entanto, as consequências processuais resultantes da atuação de um juiz impedido são mais gravosas, chegando a constituir, inclusive, uma das causas de proposição da ação rescisória⁷⁵, o que não ocorre nos casos de suspeição, a que o ordenamento jurídico comina sanção mais leve.

Por outro lado, Celso Agrícola Barbi prefere diferenciar os institutos com base na situação do juiz perante a causa: enquanto o impedimento constituiria uma proibição à sua atuação no feito, fundada em fatos objetivos, de fácil comprovação, a suspeição caracterizar-se-ia por impor ao juiz o dever de se afastar, sempre que tiver um sentimento real favorável ou contrário a algum dos participantes, ou um interesse concreto no desfecho da lide⁷⁶. Para o autor, ao contrário de Pontes de Miranda, dos casos de suspeição também resulta uma presunção absoluta de parcialidade do magistrado⁷⁷.

Sem embargo, há consenso doutrinário, em face da previsão expressa do sistema de direito positivo, quanto à maior gravidade dos casos de impedimento do juiz, sendo que, quando se tratar apenas de suspeição, se não reconhecida pelo

74 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. t. II, p. 541: “Posto que sistemas jurídicos encamulhem os dois conceitos, ser *impedido* não é o mesmo que ser *suspeito*. Quem está sob suspeita está em situação de dúvida de outrem quanto ao seu bom procedimento. Quem está impedido está fora de dúvida, pela enorme probabilidade de ter influência maléfica para a sua função. Olha-se, em caso de suspeição, para baixo, para se ver o *suspectus* e poder-se averiguar. Quanto aos impedimentos, o legislador – a técnica legislativa – enuncia o que já é suficiente para se pôr trave nos pés de alguém. Tal o étimo de *impedire*.” (GRIFO DO AUTOR)

75 BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869compilada.htm> Acesso em: 29 jun. 2007.: “Art.485.A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I – se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II – proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;”

76 BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro; São Paulo: Forense, 1975. v. I, t. II. p. 548-549.

77 *Ibidem*, p. 559.

próprio magistrado nem suscitada em tempo oportuno, desaparecerão os possíveis defeitos processuais⁷⁸. Para os propósitos do presente trabalho, é dispensável a análise dos casos de impedimento e de suspeição relacionados pela legislação brasileira em vigor.

No que interessa a este ensaio, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Nery esclarecem que o fato de as opiniões doutrinárias de um juiz serem publicamente conhecidas, a respeito das teses jurídicas defendidas numa determinada causa, não o torna suspeito para apreciá-la, visto que a imparcialidade exigida do juiz diz respeito às partes e ao resultado da demanda, não podendo ser confundida com uma neutralidade axiológica diante da vida, visto que, como ser humano, é impossível afastar-se de suas convicções políticas e ideológicas e de seus valores morais, e mais ainda dos resultados por ele alcançados na condição de cientista. Além disso, se não se torna suspeito por concluir desta ou daquela forma, diante de um problema posto pela ciência jurídica, tampouco é obrigado a manter aquela posição, podendo modificar seu entendimento, mesmo que não tenha desenvolvido qualquer pesquisa científica posterior acerca daquele tema⁷⁹.

Quanto às possíveis influências da atividade acadêmica do magistrado na formação de sua convicção perante uma lide, Pontes de Miranda e Celso Agrícola Barbi concordam que não há suspeição, visto que o interesse do juiz, para torná-lo parcial, deve se voltar ao resultado concreto de uma determinada causa, e não ao sucesso, em abstrato, de uma tese jurídica⁸⁰.

Por seu turno, a questão da imparcialidade do professor não é tão simples, em especial quando se observa que, a depender do nível de educação (fundamental, médio ou superior), são-lhe impostas diferentes exigências. Para os fins do presente ensaio, tratar-se-á apenas das expectativas sociais de parcialidade ou imparcialidade voltadas ao profissional da educação superior, especificamente da educação jurídica.

Como deve proceder o professor nas faculdades de Direito? Em primeiro lugar, é indispensável saber qual ideia de verdade orienta o profissional, ou a própria instituição de ensino superior, consciente ou inconscientemente. Se, nas palavras de Popper, o que se entende por verdade é a “verdade-correspondência” da tradição filosófica ocidental, mas, ao contrário do epistemólogo austríaco, o educador entender que essa verdade é acessível à razão humana ou aos seus sen-

78 Ibidem, p. 548-549; PONTES DE MIRANDA. Op. Cit. p. 541.

79 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**: atualizado até 1º de março de 2006. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 351.

80 PONTES DE MIRANDA. Op. Cit. p. 553; BARBI. Op. Cit. p. 566.

tidos, quando purificados de todo o preconceito e todo erro, ou seja, se acreditar na verdade com aquele “otimismo epistemológico” característico do paradigma da modernidade, então só lhe restará uma saída: ensinar a verdade.

Ainda que se admita, o que não é o caso do presente ensaio, a verdade como algo alcançável pelo labor intelectual metódico e corretamente orientado do ser humano, qual seria a verdade no Direito? A verdade da norma estatal escrita? A verdade dos julgamentos do tribunal de cúpula de um sistema jurídico? O conjunto anterior de questões, sempre mais embaraçosas, reconduz a outra discussão fundamental: qual é o objeto da ciência jurídica?

O ensino jurídico tradicional, no Brasil, vem sendo severamente criticado por autores que se dizem “alternativos” e consideram-no dogmático, mero reproduzidor acrítico de um paradigma científico mantenedor do *status quo*. Tais juristas ressaltam, com pertinência, que o ensino dogmático possui a mesma visão ingênua da neutralidade axiológica da ciência e, com isso, reproduz um conjunto específico de valores da modernidade (os valores burgueses) aos quais interessa essa pretensão de neutralidade cognitiva⁸¹.

Com bastante acidez, ditos autores ressaltam que o ensino jurídico tradicional transmite aos alunos a ideia de que o objeto da ciência jurídica, ou seja, a resposta à pergunta “o que é o Direito?”, é o conjunto de normas promulgadas pelo Estado para reger a vida humana em sociedade. Esta visão normativista do direito, aliada às ideias de ordenamento jurídico como “sistema fechado” e de autonomia da ciência jurídica, em oposição às outras formas de saber, além de refletir com clareza a filiação epistemológica ao paradigma da modernidade, e especificamente ao positivismo científico, empobreceria sobremaneira a formação intelectual dos novos juristas, podando-lhe o acesso a outros saberes, tidos por irrelevantes ou inúteis, ante a concepção monodisciplinar e totalitária da ciência do Direito.

Além da grave deficiência de compreensão do fenômeno jurídico, resultando na frágil assimilação desses conhecimentos pelos graduandos em Direito, que se

81 SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini. O ensino jurídico como reproduzidor do paradigma dogmático da ciência do Direito. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. 15., 2006, Manaus. **Anais eletrônicos...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/ensino_jur_samyra_n_sanches.pdf> Acesso em: 05 jul. 2007; MINGHELLI, Marcelo. Crítica Waratiana à Teoria do Direito: Os Mitos do Ensino Jurídico Tradicional. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, v. 36, p. 93-104, 2001. Disponível em: <<http://calvados.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/1785/1482>> Acesso em: 05 jul. 2007; MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. Metodologia da educação jurídica: formando professores nos programas de Mestrado. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. 15., 2006, Manaus. **Anais eletrônicos...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. Disponível em: <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/ensino_jur_sergio_rodrigo_martinez.pdf> Acesso em: 05 jul. 2007.

veem sem condições de resolver problemas profundos, teóricos ou práticos, a que a dogmática não consegue dar soluções satisfatórias, o ensino jurídico tradicional padeceria de uma assustadora desconexão com a realidade sócio-econômico-cultural do Brasil, perceptível em especial nos exemplos utilizados para ilustrar as aulas expositivas, normalmente envolvendo situações inverossímeis, protagonizadas pelas célebres personagens romanas “Caio e Tício”, hoje motivo de chacota, mas ainda mencionadas com frequência em sala de aula.

A crítica ao ensino jurídico tradicional espelha a preocupação com uma constatação muito parecida com a que, logo se verá, inspira os debates acerca da neutralidade axiológica da ciência: o ensino da dogmática jurídica diz-se imparcial quando, conscientemente ou não, acaba sendo uma transmissão amputada e unilateral das formas de compreensão do fenômeno jurídico, dificultando o acesso do aluno a outras possibilidades jusfilosóficas e transdisciplinares de abordagem.

Para os fins do presente trabalho, quer-se concluir que a exigência de imparcialidade voltada ao professor de Direito consiste no dever de informar que o saber jurídico não se esgota numa construção dogmática e monológica, num cuidadoso processo de harmonização de normas estatais e conceitos para permitir a visão de um sistema jurídico fechado, mas constitui uma pluralidade de correntes teóricas conflitantes, como é de se esperar num mundo em que a pluralidade axiológica e ideológica, mais do que inevitável, é desejável.

3.2. A Advocacia, o Ministério Público e a parcialidade

No tópico precedente, tratou-se dos profissionais do direito que têm por dever a imparcialidade. Agora, estudar-se-ão aqueles dos quais se exige a conduta oposta: a parcialidade na defesa dos interesses em jogo. Sempre que se trata da parcialidade do advogado, vem à tona a questão da verdade. A legislação processual brasileira exige das partes e de seus procuradores que exponham, em juízo, os fatos conforme a verdade, bem como o respeito a determinados princípios éticos que, alguém poderia sustentar, aproximá-las-iam da paradoxal ideia de “parte imparcial”⁸².

Desta forma, a depender da ideia de verdade que se assuma, o espaço para a parcialidade legalmente admitida seria tão residual que o próprio estudo que

82 BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869compilada.htm> Acesso em: 29 jun. 2007. “Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: (Redação dada pela Lei nº 10.358, de 2001) I – expor os fatos em juízo conforme a verdade; II – proceder com lealdade e boa-fé; III – não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; IV – não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito. V – cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. (Incluído pela Lei nº 10.358, de 2001)”

ora se apresenta perderia o sentido, visto que o dever de imparcialidade seria de todos os envolvidos no processo, e aqui se estaria não mais do que falando das deturpações da conduta dos juristas.

No presente trabalho, adotar-se-á, até por coerência, o já mencionado conceito de “verdade objetiva”, proposto por Karl Popper, segundo o qual a verdade é a correspondência dos fatos às afirmações que sobre eles são feitas. Esta ideia, predominante no pensamento ocidental, é reformulada por Martin Heidegger, para quem a essência dessa conformidade, deste “conceito corrente de verdade”, está na liberdade humana, que fundamenta o comportamento necessário à conformação do enunciado à coisa, ou, em termos heideggerianos, que permite o desvelamento do ser (essência) do ente (existência)⁸³. Aqui, reconhecem-se as limitações do conceito tradicional, visto que, para se sustentar, um dos elementos da relação de conformidade (“fatos” e “teorias”) precisará ser, ele próprio, “verdadeiro”, e não haverá nenhum critério plausível para testar aquela veracidade, precisando, em última análise, ser pressuposta.

No entanto, a “verdade-correspondência” popperiana difere um pouco da tradição mencionada e, de certo modo, criticada por Heidegger. Isto porque Popper parte de dois pressupostos bastante sólidos e que se optou por aceitar no presente trabalho: primeiro, existe uma realidade objetiva para além das percepções humanas; segundo, embora aquela realidade exista, o conhecimento do ser humano é insuficiente para alcançá-la, ante sua essencial e inafastável falibilidade, e todo o pensamento e todas as teorias desenvolvidas consistem em meras aproximações da verdade, sendo que, como já dito, mesmo que acidentalmente uma hipótese seja verdadeira, no sentido de corresponder precisamente aos fenômenos, ninguém, nem a comunidade científica, nem o próprio investigador criador da hipótese, terá como sabê-lo com certeza.

Ora, assumindo a verdade exigida do advogado, pela legislação processual brasileira, em termos popperianos, pode-se compreender o seu dever de parcialidade: já que a verdade, embora exista, é inalcançável, e que o ser humano nada faz além de conjecturar a seu respeito, tentando se aproximar dela o máximo possível, é dever do procurador de cada parte, diante dos mesmos fatos (pressupõe-se mais uma vez uma realidade objetiva comum às partes, por maior que seja a discrepância perceptiva), formular a hipótese que mais atenda aos seus interesses, tendo como limite, no entanto, aquele substrato fático por ele percebido. Em seguida, e aí sim reside a grande diferença entre a conduta do advogado e a do magistrado, cada procurador, ao invés de submeter a conjectura ao rigor dos testes propostos por

83 HEIDEGGER, Martin. Sobre a essência da verdade. In: _____. Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 325-343.

Popper para a teoria científica, deverá defendê-la com todas as forças, com todos os argumentos possíveis, esquecendo o que a desmente e destacando o que a confirma.

A leitura popperiana do dever de parcialidade do advogado converge de forma notável com o pensamento de Piero Calamandrei⁸⁴, para quem, se o advogado pretender, ele próprio, ser imparcial, julgando, com isso, aproximar-se mais da verdade, estará, ao contrário, prestando um desserviço à justiça, pois não agirá como a necessária força de repulsão da parcialidade da parte contrária, retirando do juiz o equilíbrio necessário ao julgamento da causa⁸⁵.

Pontes de Miranda, ao tratar do dever de veracidade, é bastante enfático quanto a duas questões importantíssimas, mas parece contradizer-se no momento seguinte. Primeiro, diz que, além de não mentir, partes e procuradores não podem omitir os fatos⁸⁶; segundo, nem mesmo poderiam defender como verdadeiros fatos que lhes parecessem apenas prováveis, devendo admitir a dúvida em juízo⁸⁷. No entanto, logo depois afirma que as partes podem escolher os fatos que serão submetidos à apreciação judicial⁸⁸.

Pelo que se pode deduzir da leitura de sua obra, embora Pontes de Miranda comungue da ideia de “verdade-correspondência”, esta lhe parece, ao contrário de Popper, alcançável até com certa facilidade, e mais do que isso, o conhecimento humano parece-lhe poderoso o suficiente para ordenar o caos da realidade, e permitir que o advogado distinga, com segurança, diante de um conjunto de fatos,

84 CALAMANDREI. Op. Cit, p. 125-126: “Para avaliar a utilidade processual dos advogados não se deve considerar o defensor isolado, cuja atividade unilateral e partidária, tomada em si, pode parecer feita de propósito para desorientar os juizes; deve-se, em vez disso, considerar o funcionamento no processo dos dois defensores contrapostos, cada um dos quais, com a sua parcialidade, justifica e torna necessária a parcialidade do contraditor. Imparcial deve ser o juiz, que está acima das partes; mas os advogados são feitos para serem parciais, não apenas porque a verdade é mais facilmente alcançada se escalada de dois lados, mas porque a parcialidade de um é o impulso que gera o contra-impulso do adversário, o estímulo que suscita a reação do contraditor e que, através de uma série de oscilações quase pendulares de um extremo a outro, permite ao juiz apreender, no ponto de equilíbrio, o justo.”

85 Ibidem. p. 123: “O advogado que pretendesse exercer seu ministério com imparcialidade não só constituiria uma incômoda duplicata do juiz, mas seria deste o pior inimigo; porque, não preenchendo sua função de contrapor ao partidarismo do contraditor a reação equilibradora do partidarismo em sentido inverso, favoreceria, acreditando ajudar a justiça, o triunfo da injustiça adversária.”

86 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1979. t. I, p. 462: “O dever de que se cogita no art. 14 contém o de só dizer o que é verdadeiro e de não omitir fato que tem de ser referido, porque tanto é mentir dizendo que existe *a* ou que não existe *a* como, a respeito de que tinha de expor, deixou de expor *a*.” (GRIFO DO AUTOR)

87 Ibidem. p. 463: “Não deve qualquer parte expor como verdadeiro o que lhe parece provável, posto que possa expor o que lhe parece ter acontecido, com a ressalva de que apenas lhe pareça ou suspeita. Aí ela não ofende o dever de verdade perante a justiça, porque incerteza pode acontecer a qualquer pessoa, mesmo a juiz que aprecia os fatos que forem expostos pelas partes.”

88 Ibidem. p. 463: “As partes têm a escolha dos fatos que hão de apontar ao exame judicial, mas, no expô-los, qualquer delas não pode deformá-los, podá-los, aumentá-los, no que tenham de importância para o processo.”

quais deles são “inseparáveis”, cuja omissão parcial representaria uma violação ao dever de veracidade, e quais deles podem ser cindidos, de acordo com o interesse das partes, para o exame judicial.

Por isso, a posição claramente falibilista assumida neste ensaio não é compatível com a verdade ponteana. Assim, prefere-se entender o dever de parcialidade do advogado nos termos já propostos: a conjectura acerca dos fatos da causa, por ele apresentada em juízo, seja na petição inicial, seja na contestação, deverá ser objeto de uma atitude anti-científica, nos termos popperianos, de sua parte: caber-lhe-á a sustentação enfática de cada ponto, o realce das menores evidências empíricas favoráveis, a listagem de todos os argumentos jurídicos úteis, tudo em defesa do interesse pelo qual deve zelar⁸⁹.

Feitas essas considerações acerca da parcialidade do advogado, já se pode começar a perceber como sua particular vivência profissional pode prejudicá-lo quando estiver desenvolvendo uma pesquisa científica.

E o Ministério Público? O próprio perfil da instituição é curioso, tendo em vista os múltiplos papéis que pode cumprir, seja em juízo, seja na sociedade. Um órgão estatal independente, com poderes investigatórios, com o dever de ser parte na maioria das causas, e o de ocupar a curiosa função de “fiscal da lei” em algumas delas, certamente o Ministério Público, mesmo quando é parte numa demanda, não está sujeito ao dever de parcialidade nos mesmos termos impostos ao advogado.

Piero Calamandrei trata, em dois momentos, da singular posição do *parquet*. Por um lado, quando fala da indispensável contraposição de parcialidades, diante de um juiz imparcial, destaca que, no processo penal, o Estado precisou inventar um antagonista oficial ao advogado de defesa, para contrapor à sua parcialidade natural uma parcialidade artificial, para evitar a contaminação do juiz e preservar a sua posição de equidistância⁹⁰. No entanto, o autor ressalta que o promotor

89 CALAMANDREI. Op. Cit. p. 127-128: “A defesa de todo advogado consiste num sistema de cheios e vazios: fatos postos em relevo, porque favoráveis, fatos postos à sombra, porque contrários à tese de defesa. Mas, sobrepondo as argumentações dos dois contraditores e fazendo-as coincidir, vê-se que aos vazios de uma correspondem exatamente os cheios da outra.”; HAMELIN, Jacques. A Sinceridade do Advogado. In: VITRAL, Waldir (org.). **Deontologia do Magistrado, do Promotor de Justiça e do Advogado: Decálogo, Mandamentos, Preces, Máximas, Ensinaamentos**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.p. 282-283: “O que se exige do advogado é que se situe, seja junto do acusado, seja da vítima ou de seus representantes, seja junto de um dos litigantes civis, e – de maneira precisa – para fazer conhecer tudo o que pode explicar ou escusar a ação de seu cliente, tudo o que torna frágil a acusação ou pretensão adversária, tudo o que juridicamente ou equitativamente pode justificar a demanda.”

90 CALAMANDREI. Op. Cit. p. 127: “A melhor prova da ação purificadora que exerce sobre a consciência do juiz o debate de dois advogados contrapostos, destinados a absorver do ar todas as intemperanças polêmicas para deixar o juiz isolado numa atmosfera de serenidade, é proporcionada pela instituição, no processo penal, do Ministério Público. Nele o Estado criou uma espécie de antagonista oficial do advogado de defesa, cuja presença evita que o juiz se ponha a polemizar com este e, inconscientemente, tome posição adversa ao acusado.”

(que, apesar das múltiplas denominações do cargo, a depender da instância e da jurisdição em que atuem, será termo empregado, nesse ensaio, para designar todos os membros do Ministério Público), em face do cargo público que ocupa e das obrigações perante a sociedade, tem seu dever de parcialidade mitigado em determinados momentos⁹¹.

Cabe ressaltar que, na atualidade, além de titular exclusivo da ação penal pública, a atividade do Ministério Público como parte é bastante visível na propositura de ações civis em defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, resultado de uma evolução relativamente recente da legislação brasileira, a partir da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985⁹², da Constituição Federal de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor⁹³.

Também nesse caso, por atuar processualmente na defesa de interesses de setores sociais ou de toda a coletividade, não pode agir como o faria o defensor de um interesse individual isolado, por isso, é com segurança que os autores afirmam que seu dever de parcialidade, embora presente⁹⁴, é mais tênue do que o do advogado. Sem embargo, com a recente legitimação da Defensoria Pública para as ações coletivas⁹⁵, e com o seu manejo mais frequente por associações civis, os advogados passaram a se defrontar com o mesmo problema, de que não pretende cuidar o presente trabalho.

O melhor exemplo da curiosa posição do *parquet* é o fato de as causas de impedimento e suspeição previstas na legislação brasileira, aplicáveis ao juiz, também serem extensíveis ao promotor, com a lógica exceção de que, quando é parte num processo, o Ministério Público não se torna suspeito por desejar o sucesso do interesse por ele defendido em juízo⁹⁶. Com essas considerações, quer-

91 Ibidem. p. 58: “Entre todos os ofícios judiciários, o mais árduo parece-me o do acusador público, o qual, como sustentador da acusação, deveria ser tão parcial quanto um advogado e, como guardião da lei, tão imparcial quanto um juiz. Advogado sem paixão, juiz sem imparcialidade, este é o absurdo psicológico em que o representante do Ministério Público, se não tiver um senso de equilíbrio especial, correrá o risco de perder a cada instante, por amor à serenidade, a generosa combatividade do defensor ou, por amor à polêmica, a desapaixionada objetividade do magistrado.”

92 BRASIL. Lei 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347Compilada.htm> Acesso em: 30 jun. 2007.

93 Idem. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078compilado.htm> Acesso em: 30 jun. 2007.

94 No sentido oposto, embora sem muita fundamentação, afirmando que o membro do Ministério Público deve ser imparcial, ver CARVALHO FILHO, José Santos. **Ação Civil Pública**: comentários por artigo, Lei 7.347, de 24/7/85. 4. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 150.

95 BRASIL. Lei 11.448, de 15 de Janeiro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11448.htm> Acesso em: 30 jun. 2007.

96 Idem. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869compilada.htm> Acesso em: 29 jun. 2007. “Art. 138. Aplicam-se também os motivos de impedimento e de suspeição: I – ao órgão do Ministério Público, quando não for parte, e, sendo parte, nos casos previstos nos ns. I a IV do art. 135;”

se destacar apenas que, dos profissionais do direito a quem se impõe o dever de parcialidade, o advogado é o tipo ideal, enquanto o promotor, a esse respeito, é a sua versão empalidecida.

3.3. A investigação científica e a imparcialidade

Para tratar da imparcialidade na investigação científica, adotar-se-á a distinção proposta por Hugh Lacey, segundo a qual podem ser discernidos três momentos na atividade científica: o momento das decisões metodológicas (m1), o momento da investigação propriamente dita (m2) e o momento da aplicação dos conhecimentos adquiridos (m3)⁹⁷.

Diz o filósofo estadunidense que, segundo a interpretação tradicional, há interferência valorativa apenas no momento da aplicação dos conhecimentos, como já foi dito no item 2 deste ensaio, mas que, no momento da produção do saber científico, não haveria qualquer influência de valores morais ou sociais, visto que os valores cognitivos de “verdade” ou “falsidade” estão sempre presentes, por constituírem a essência das pretensões da própria ciência.

No entanto, a grande contribuição da crítica pós-moderna consistiu na demonstração de que, no momento das decisões metodológicas (m1), isto é, desde a escolha do problema a ser investigado, à formulação da hipótese e à definição dos procedimentos de pesquisa, a influência dos valores sociais é decisiva. Mais do que isso, esses valores influenciam as próprias instituições de pesquisa na seleção de trabalhos científicos, para fins de aprovação, apoio institucional ou financiamento.

Lacey constata que, mesmo sendo mantida a imparcialidade no momento da investigação propriamente dita (m2), a influência predominante de determinados valores em m1 condicionará a produção do conhecimento científico. O exemplo dado pelo autor, com a devida adaptação, para que faça mais sentido no Brasil, é o seguinte: se os valores predominantes forem os valores das sociedades capitalistas contemporâneas, a pesquisa científica será mais útil ao agronegócio do que à agricultura familiar, por um simples motivo: ainda que, durante a investigação propriamente dita, mantenha-se a imparcialidade, com a demonstração de que tais ou quais práticas capitalistas podem ser ambientalmente danosas, toda a pesquisa, na fase das decisões metodológicas, terá sido orientada à resolução de problemas do conhecimento relativos ao agronegócio, embora irrelevantes para a agricultura familiar (como o dos

97 LACEY. Op. Cit. p. 474-475: “Pode-se distinguir três momentos ou pontos decisórios da atividade científica: M1, em que se determinam as prioridades e a orientação da pesquisa e as metodologias apropriadas; M2, em que se avaliam as teorias (hipóteses); e M3, em que se aplica o conhecimento científico. Na interpretação tradicional, M1 e M2 são o âmago da ciência. M3 segue as suas pegadas e pressupõe uma avaliação positiva em M2 das teorias a serem aplicadas.”

efeitos de um fertilizante, enquanto as pequenas propriedades costumam privilegiar os adubos naturais, seja por opção ecológica, seja por falta de recursos), as hipóteses de pesquisa terão sido favoráveis ao agronegócio, e os procedimentos de testagem, mesmo que neguem a hipótese, afirmando a explicação contrária, terão muito pouca utilidade para as investigações voltadas à agricultura familiar.

Para o autor, a única forma de garantir algum equilíbrio, na aplicação e na própria construção do conhecimento, não é fingir uma neutralidade conveniente aos valores sociais dominantes, mas reconhecer a carga valorativa presente no momento das decisões metodológicas e, a partir disso, preferir pesquisas axiologicamente plurais ou, pelo menos, apoiar, com igualdade, investigações influenciadas por diferentes sistemas de valores, para que todas as visões de mundo sejam representadas na produção do conhecimento científico.

Por isso, na concepção pós-moderna de ciência, o lugar da imparcialidade é o momento da investigação propriamente dita, ou, nos termos propostos por Popper, o processo de testagem das hipóteses. Nesse ponto, e somente reconhecendo que as decisões metodológicas foram influenciadas pela subjetividade do cientista, é possível submeter uma conjectura ao crivo da intersubjetividade, com o emprego de testes que possam ser considerados relevantes mesmo por quem não compartilha dos valores do investigador.

4. O USO DE HIPÓTESES NA PESQUISA JURÍDICA

Aceita a tese popperiana da centralidade da hipótese na construção do conhecimento científico, há que se discutir o seu uso na pesquisa jurídica. Com efeito, aqui se entende que, mais do que a hipótese, é central para a investigação científica o problema a ser investigado, visto que a conjectura nada mais é do que uma resposta provisória ao problema proposto, que deverá ser testada. Se, para Popper, sem hipóteses testáveis não há pesquisa científica, também se pode afirmar com segurança que, sem problemas atuais do conhecimento, não há hipóteses testáveis.

Sendo assim, deve-se perguntar: que importância deve ser dada às hipóteses na pesquisa jurídica? Se o raciocínio de Popper for adotado com seriedade, a investigação não pode começar antes que se tenha uma hipótese testável acerca de um problema vigente na ciência jurídica. Desta forma, põe-se ao pesquisador a necessidade de desenvolver consideráveis estudos e observações preliminares antes da redação do projeto de pesquisa, para que já possa apresentar, junto com a proposta de investigação de um problema, a hipótese que a irá orientar.

Como se observa que, na prática, muitas vezes não há hipótese, nem mesmo um problema científico corretamente delimitado, o método hipotético-dedutivo pode parecer dificilmente aplicável pelo investigador da ciência do Direito.

Como resolver então o problema do pesquisador em Direito, especialmente o iniciante, que queria seguir a concepção popperiana, aceita no presente ensaio? O que fazer, já que nem sempre é possível ou, quando o é, bem sucedida, a fase de estudos preliminares, que seria ideal? Com efeito, pesquisadores experientes podem dispensar essa “fase preliminar”, visto que o conjunto de seus estudos, reflexões e pesquisas anteriores podem consistir já nessa inteligência prévia suficiente à formulação de uma hipótese testável.

Se o pesquisador iniciante não consegue formular uma hipótese e precisa entregar seu projeto de pesquisa, ao invés de fazer uma conjectura precária, apenas para cumprir as exigências formais de apresentação de sua proposta, sendo que, na prática, só irá formular a hipótese no curso da investigação, propõe-se aqui uma alternativa, não contemplada expressamente pela literatura nacional sobre metodologia: o pesquisador pode expor o problema no projeto, admitir que ainda não formulou hipótese alguma, e incluir, como fase preliminar, dentro do cronograma da própria investigação, o período no qual desenvolverá determinados estudos e observações destinados especificamente à formulação da hipótese, a partir da qual, aí sim, começará a desenvolver a pesquisa propriamente dita.

Essa medida poderia reduzir a discrepância comumente verificada entre os manuais de redação de projetos e de desenvolvimentos de pesquisas e as investigações realizadas na prática⁹⁸.

4.1. Formulação da Hipótese

No pensamento de Popper, o processo de testagem das hipóteses configura a etapa mais importante da investigação científica. No entanto, para o autor, o momento da formulação da hipótese não diz respeito à lógica do conhecimento, embora possa interessar à psicologia da ciência. O epistemólogo austríaco entende a formulação da hipótese como um ato eminentemente criativo, comparável à produção artística, no qual todos os elementos da vida do cientista contribuem, conscientemente ou não, para a construção da teoria⁹⁹.

98 BOOTH; COLOMB; WILLIAMS. Op. cit. passim.

99 POPPER, Karl. **Lógica da Pesquisa Científica**. Tradução de Leônidas Hengenberg e Octanny Silveira da Mota. 12. ed. São Paulo: Cultrix, 2006. p. 32: “Meus argumentos neste livro independem inteiramente deste problema. Todavia, a visão que tenho do assunto, valha o que valer, é de que não existe nenhum método lógico de conceber ideias novas ou de reconstruir logicamente esse processo. Minha maneira de ver pode ser expressa na afirmativa de que toda descoberta encerra um “elemento irracional” ou uma “intuição criadora”, no sentido de Bérkson. De modo similar, Einstein fala da “busca daquelas leis universais (...) com base nas quais é possível obter, por dedução pura, uma imagem do universo. Não há caminho lógico” diz ele “que leve a essas leis. Elas só podem ser alcançadas por intuição, alicerçada em algo assim como um amor intelectual (*Einführung*) aos objetos da experiência.”

A visão popperiana, acerca do momento de criação da teoria científica, parece contemplar já uma concepção pós-moderna de ciência, mas ao mesmo tempo se afasta dela. Isto porque, se de um lado Popper considera a intuição determinante para formular a hipótese, como também podem ser os valores do cientista e todas as circunstâncias de sua formação, por outro, sustenta que, como problema epistemológico, o momento de formulação da hipótese é irrelevante, preocupando-lhe apenas a fase posterior, a de testes, refutações ou possíveis confirmações. Em síntese, Popper admite que não há neutralidade axiológica na formulação da teoria científica, mas entende que o momento em que se a formula não é propriamente científico!

No entanto, a visão de Popper já é suficiente para os propósitos do presente ensaio. Sendo assim, como se formula uma hipótese? Já se mencionou, no item 2.2, que Miracy Gustin e Maria Tereza Dias relacionam, como possíveis fontes de hipóteses, a observação, os resultados de pesquisas anteriores, as teorias e a intuição, sendo que, no caso da última, as autoras consideram que “simples palpites” não devem orientar uma investigação, somente sendo permitido o recurso à intuição a pesquisadores muito experientes.¹⁰⁰

Embora seja bastante castradora da criatividade do pesquisador, a ideia de Gustin e Dias pode ser mais aceita como um pedido de precaução aos jovens cientistas, não como uma interdição; além disso, é relevante o seu esclarecimento de que a intuição pura costuma ser confundida com a síntese dos conhecimentos acumulados ao longo do tempo e que, num determinado momento, se manifesta inteiramente e com clareza ao pesquisador.¹⁰¹

Por outro lado, as metodólogas da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) dão pronunciado destaque à fundamentação das hipóteses de pesquisa em teorias precedentes, pois, ainda mais do que nos outros casos, ficará claramente demonstrada a sua vinculação ao marco teórico da investigação, aumentando a sua consistência.¹⁰²

Quanto a esse aspecto, não se pode negar a total pertinência do comentário, com uma ressalva: a preferência de Gustin e Dias por hipóteses provenientes de teorias precedentes é bastante plausível quando o pesquisador estiver fazendo “ciência normal”. Thomas Kuhn define como “ciência normal” a atividade de pesquisa que se desenvolve no interior de um paradigma, partindo de marcos teóricos coerentes

100 GUSTIN; DIAS. Op. Cit. 79.

101 Ibidem. p. 80: “A intuição é, muitas vezes, confundida com as sínteses às quais o pesquisador chega após vários investimentos teóricos e que, de forma aparentemente repentina, surgem como “verdadeiras” descobertas. Ao longo de nossas vidas, a partir de todo patrimônio intelectual, social e cultural que acumulamos, as “descobertas” ou “intuições” tornam-se quase que corriqueiras.”

102 Ibidem, p. 79.

com as premissas fundamentais daqueles, orientada à resolução de problemas que se entende poder solucionar com o instrumental paradigmático disponível. Kuhn esclarece que a “ciência normal” é a atividade a que a esmagadora maioria dos pesquisadores dedica quase toda a sua vida acadêmica e sua produção intelectual.

No entanto, a “ciência normal” pode obter dois resultados: ou o cientista consegue responder ao problema, ou ele resiste à explicação paradigmática, e passa a ser considerado uma anomalia. Às vezes, o passar do tempo, o aprimoramento dos instrumentos ou da observação, ou a substituição do próprio cientista podem levar ao enquadramento daquela anomalia aos termos paradigmáticos. Contudo, se a anomalia continuar resistente, poderá levar a uma crise do paradigma. Quanto maior o número e a intensidade das anomalias, mais profunda e incontornável será a crise.

Diante disso, aumenta a necessidade de novos modelos teóricos para toda uma classe de problemas do conhecimento. Tais explicações alternativas surgem frequentemente; no entanto, se as mesmas aparecerem na fase “saudável” do paradigma, serão ignoradas, pois a sua necessidade não será sentida pela comunidade científica; se, ao contrário, surgirem num momento de crise, serão analisadas mais a sério, como possíveis substitutas do paradigma em declínio. Caso a explicação alternativa demonstre-se consistentemente mais satisfatória, tomará o lugar do paradigma em derrocada.

Essa mudança de paradigma é chamada por Thomas Kuhn, em oposição à “ciência normal”, de “revolução científica”.¹⁰³ Para obtê-la, a intuição e a criatividade serão cruciais, visto que a educação científica forma o pesquisador para desenvolver “ciência normal”, e não para subverter o paradigma que influenciou sua própria formação.¹⁰⁴

Dito isso, se não há um método para a formulação de hipóteses, em especial quando se tratar de uma “revolução científica”, qual critério utilizar para a sua elaboração na pesquisa jurídica? Propõe-se aqui que o problema de pesquisa escolhido será determinante. Com efeito, algumas espécies de inquietação poderão encontrar resposta, com relativa facilidade, em desdobramentos naturais do paradigma vigente.

Esse seria o caso, por exemplo, da maioria das pesquisas destinadas a verificar se uniões afetivas heterossexuais informais podem ser entendidas como famílias, em situações nas quais o sistema de direito positivo ou a burocracia estatal ainda

103 KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006. passim.

104 Para um aprofundamento da teoria das revoluções científicas de Thomas Kuhn, ver o capítulo 1 desta obra.

dêem importância apenas ao casamento, discriminando relações de companheirismo. No entanto, se a união afetiva for homossexual, o cientista precisará de um pouco mais de criatividade, pois estenderá o paradigma vigente na ciência jurídica para além do que ele fora originalmente pensado, mas ainda conseguirá dar uma resposta afirmativa valendo-se do instrumental paradigmático.

Qual seria, então, um exemplo de revolução científica no Direito? Um excelente exemplo parece ser a grande discussão, hoje em curso, acerca do Direito Animal. Com efeito, diante do amplíssimo problema “animais podem ser considerados sujeitos de direitos? Em caso afirmativo, quais deles?”, se o pesquisador partir do paradigma dominante (antropocêntrico), para formular a hipótese, ela será, com altíssima probabilidade, negativa. Para uma resposta que vise a compreender animais (mamíferos, vertebrados em geral, ou todos os pluricelulares) como titulares de direitos subjetivos, talvez seja necessária uma reformulação tão grande das premissas que a “ciência normal” não consiga dar conta. Basta lembrar que a doutrina contemporânea afirma predominantemente que o princípio da dignidade humana é o vetor axiológico do ordenamento jurídico.¹⁰⁵

Desse modo, intuição e criatividade pesarão enormemente e o pesquisador estará se propondo a iniciar uma “revolução científica”, com todos os riscos e dificuldades envolvidos, desde a resistência da comunidade acadêmica às inovações paradigmáticas à desconfiança de alguns dos próprios partidários da ideia.

Com isso, quer-se concluir que o problema escolhido determinará o próprio esforço a ser desenvolvido pelo pesquisador para elaborar a hipótese. Em alguns casos, poderá ser mais contido e atuar com os conhecimentos disponíveis na ciência normal, como preferem Gustin e Dias; noutros, precisará deixar a criatividade solta, para formular a conjectura que deseja para orientar sua investigação. A elaboração da hipótese, em última análise, pode ser o exercício da liberdade do pesquisador, em conformidade com suas convicções políticas e ideológicas? Sustenta-se que sim, mas essa questão será tratada mais pormenorizadamente no item 5.1.

4.2. Confrontação da hipótese com hipóteses alternativas

Pressupõe-se, mais uma vez, a existência de uma realidade objetiva, independente das percepções dos sujeitos, ainda que a perfeita correspondência dos enunciados, formulados pelo homem, àquela realidade seja altamente improvável e impossível de verificar, visto que, além da discrepância perceptiva, atribuível

105 Sobre o peso da norma da dignidade humana no ordenamento, e na sua relação com outros princípios e outras regras, ver, por exemplo, ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 111-114.

a diversas condições psicológicas, sociais e históricas de cada indivíduo, o ser humano, na precisa avaliação de Popper, é essencialmente falível.

Como tal, cada conjunto de fenômenos, que possua uma explicação correntemente aceita, pode ser teorizado de forma bastante diferente, talvez até oposta, com base em premissas e leis fundamentais diferentes, e, para que as teorias rivais sejam ambas compreendidas como científicas, devem ser passíveis de refutação.

Nisso consiste o denominado “critério de demarcação” de Popper. Para o autor, a distinção entre a ciência e a metafísica está na testabilidade e refutabilidade dos enunciados da primeira, em oposição à irrefutabilidade da segunda. Observe-se que Popper não pretende, como ele próprio declara, aniquilar a possível veracidade da metafísica, negar-lhe seu espaço, como fizeram os positivistas, mas apenas situá-la em campo diferente.¹⁰⁶

Mais uma vez, pode-se identificar alguma afinidade entre Popper e a concepção pós-moderna de ciência proposta por Boaventura de Sousa Santos, por não defender o conhecimento científico como única forma válida de saber, ao contrário das ideias tipicamente totalitárias e excludentes sobre a ciência, que deram a tônica do paradigma da modernidade.¹⁰⁷

Se o que confere estatuto científico a uma teoria é a sua capacidade de ser testada em sua correspondência à realidade, tem-se que a base da refutabilidade de uma teoria será empírica. No entanto, não se derruba um modelo teórico, ainda que frágil, para instituir o nada em seu lugar. Por isso, uma das atividades mais caracteristicamente científicas será o estudo comparativo de duas ou mais teorias acerca de um mesmo conjunto de fenômenos, com a submissão de ambas a testes rigorosos, após os quais será possível dizer qual delas foi mais resistente à refutação e, como tal, mais satisfatória para as condições atuais do conhecimento.

Sendo assim, qualquer teste sério de uma hipótese deve levar em conta a existência de hipóteses concorrentes, mesmo que elas sejam apenas o extremo oposto lógico da primeira, nunca antes formuladas nesses termos por nenhum cientista e, a partir disso, submetê-las aos mesmos testes ou, pelo menos, testar a hipótese formulada e comparar seus resultados aos resultados anteriormente obtidos pela comunidade científica, na testagem da hipótese rival.

Pois bem, um bom exemplo de confrontação entre hipóteses, na pesquisa jurídica, seria, diante do problema, “as taxas de reincidência são maiores entre

106 POPPER, Karl. **Lógica da Pesquisa Científica**. Tradução de Leônidas Hengenber e Octanny Silveira da Mota. 12. ed. São Paulo: Cultrix, 2006. p. 36.

107 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2006. passim.

os condenados a que espécie de pena?”, a formulação das hipóteses “os condenados às penas privativas de liberdade reincidem mais” ou “os condenados às penas restritivas de direitos reincidem mais”. Muito embora apenas uma delas possa ser assumida como hipótese de pesquisa, os testes devem permitir, pelo menos implicitamente, a conclusão de que a hipótese rival é mais ou menos sustentável.

Aqui há ainda a frequente dificuldade de delimitação do problema. Como proposto no exemplo, o problema está muito amplo. Desta forma, podem ser inconsistentes os testes das hipóteses, visto que, embora ambos os fatos sejam juridicamente enquadrados como “reincidência”, são muito diferentes os indivíduos que, de um lado, cometem roubos depois de terem cumprido penas alternativas por furto, daqueles que, de outro, praticam estupro depois de terem cumprido pena de prisão por homicídio. Existem, ainda, outras variáveis importantes, a saber, a eventual ocorrência de prisão processual ou o cumprimento de medidas restritivas de direitos sem condenação ou formação de culpa, possível nos crimes de menor potencial ofensivo, que não produzem os efeitos jurídicos da reincidência.

Diante disso, a pergunta passa a ser a seguinte: qual o objetivo da presente pesquisa? Se for, como se supõe, constatar qual espécie de sanção penal cumpre melhor a função de ressocialização, poder-se-á reformular o problema, para, por sua vez, permitir testes mais confiáveis às hipóteses rivais.

Usando o mesmo exemplo, poder-se-ia dizer: “dentre os condenados pela prática do mesmo tipo penal, pode-se verificar a maior taxa de reincidência entre os que cumpriram qual espécie de sanção penal?”, para chegar às conjecturas: “entre os que cumpriram penas privativas de liberdade” ou “entre os que cumpriram penas restritivas de direitos”. Aqui sim, as hipóteses rivais podem ser confrontadas com mais consistência.

De todo modo, há sempre a possibilidade de maior ou menor delimitação do problema, em que, por exemplo, o pesquisador pode estudar o caso de todos os crimes que admitem as duas espécies de sanção penal, ou restringir-se a apenas um deles, como o furto ou o estelionato, por exemplo; bem como o estabelecimento das balizas espaço (Brasil, Bahia, Salvador)-temporais (século XX, década de 1990, ano de 1999) da investigação.

4.3. Confrontação das hipóteses com os dados da realidade

Assumindo a centralidade da hipótese e a importância da comparação entre explicações concorrentes do mesmo conjunto de fenômenos, pode-se começar a tratar propriamente do teste das hipóteses, o momento decisivo da investigação científica, segundo o pensamento de Karl Popper.

Nesse ponto, pode-se incluir a discussão acerca de um problema típico da pesquisa jurídica: a coleta de dados. Respeitáveis profissionais defendem que, na ciência jurídica, a técnica mais apropriada é a pesquisa bibliográfica, ou, no máximo, a pesquisa documental de legislação e jurisprudência. Excluir-se-iam, nessas análises, as pesquisas de campo, supostamente inadequadas ao objeto da ciência jurídica.

Para quem possui uma visão assim restrita da investigação jurídica, pode parecer difícil verificar a base empírica da ciência do Direito. No entanto, mesmo quando se tratar de pesquisas eminentemente teóricas, poder-se-á identificá-la. Como exemplo, suponha-se o problema: “qual era a posição predominante na doutrina brasileira, acerca do enquadramento da culpabilidade, no campo da Teoria Geral do Delito, durante os anos que precederam a outorga do Código Penal de 1940?” ao qual se dirigem as seguintes hipóteses: “a culpabilidade era enquadrada como um dos elementos do crime” ou “a culpabilidade era enquadrada apenas como um dos pressupostos de aplicação da pena”. Mesmo nesse caso, em que rigorosamente nem seria necessário recorrer à legislação (pois, em última análise, é uma investigação que pode ter por objetivo verificar justamente como aquela concepção doutrinária predominante influenciou a legislação subsequente), tem-se uma realidade a recorrer, no caso, a realidade da literatura jurídica publicada nos anos 1930.

Qual seria o procedimento do cientista? Primeiro, identificar todos os doutrinadores que tenham publicado manuais de Direito Penal, textos específicos sobre a teoria do crime ou trabalhos monográficos sobre a culpabilidade naquela década; segundo, e aqui começam as possibilidades de contestação de uma ou de outra hipótese, relacionar os autores por sua importância, de acordo com as funções exercidas em tribunais superiores, com o reconhecimento obtido na advocacia, com as cátedras, os cargos de coordenação e de direção exercidos nas faculdades de Direito, com o número de livros vendidos e de edições publicadas, com a frequência com que as obras apareciam na bibliografia dos programas das disciplinas de Direito Penal das faculdades de Direito da época, etc.; terceiro, observar a posição de cada um dos autores quanto à questão da culpabilidade na teoria do crime; quarto, decidir, diante das evidências levantadas, qual hipótese (predomina a culpabilidade como elemento do crime, predomina a culpabilidade como pressuposto da pena) foi rejeitada com mais veemência e, por consequência, qual deve ser provisoriamente aceita.

Dito isso, viu-se que, mesmo nas pesquisas inteiramente bibliográficas, as hipóteses podem ser testadas em sua conformidade com a realidade. Tal procedimento pode ser desenvolvido, de forma muito parecida, nas pesquisas cujo objetivo seja identificar o entendimento de um tribunal superior, ou as eventuais mudanças de entendimento de um período a outro, a partir da análise de sua jurisprudência.

Agora, tratar-se-á dos tipos de pesquisa menos aceitos pela metodologia jurídica tradicional, mas que despontam com cada vez mais importância na atualidade¹⁰⁸, em especial para os pesquisadores que compreendem, como objeto da ciência do Direito, não somente a norma jurídica, mas um acervo tridimensional¹⁰⁹, que também abrange os fatos e os valores jurídicos¹¹⁰ como objeto de estudo da ciência jurídica em sentido estrito, e não só como preocupações da sociologia e da filosofia do direito: são eles a pesquisa de campo e a pesquisa documental com outras fontes além da legislação e da jurisprudência (como registros estatísticos oficiais, atas de reuniões e assembleias de órgãos públicos ou entidades representativas, boletins e livros de ocorrências de instituições, etc.).

É possível a pesquisa de campo em Direito? Mesmo para os normativistas mais ferrenhos, é bastante plausível o entendimento segundo o qual a pesquisa de campo pode ser relevante, pelo menos, nas investigações relacionadas com as normas consuetudinárias. Com efeito, nada melhor do que a realização de entrevistas, a aplicação de questionários, ou até do que a observação participante, para poder verificar se e como, numa dada sociedade, uma prática social, reiterada ao longo dos anos, das décadas e dos séculos, ocorreu com tanta regularidade que, com o tempo, passou a provocar reações cada vez mais hostis aos comportamentos desviantes para, em seguida, ser aceita por aquela comunidade como norma de direito, de cujo descumprimento passam a advir consequências jurídicas, ou seja, as sanções aplicadas pelas instituições de controle social.

Além da inegável relevância da pesquisa de campo nas investigações sobre direito costumeiro (visto que não existirão fontes escritas a serem consultadas que traduzam, com a mesma riqueza dos procedimentos de campo, o conjunto de fenômenos estudados), ela costuma ser empregada com sucesso nas pesquisas destinadas a verificar a eficácia ou a efetividade de determinada norma escrita, bem como a rejeição social a determinadas condutas legais, ou ainda a aceitação social de determinadas condutas ilegais.

Como confrontar dados coletados em pesquisas de campo com as hipóteses de pesquisa? Se uma pesquisa, por exemplo, tem por objeto compreender a aplicação jurisprudencial do princípio da insignificância no Direito Penal, quase tão importante quanto a leitura dos documentos (sentenças e acórdãos selecionados), será a aplicação

108 Ver, a esse respeito, GUSTIN; DIAS. Op. Cit. passim.

109 Ver, por exemplo, REALE, Miguel. **O Direito como experiência**. 2. ed. fac-similar com nota introdutória do autor. 4. tir. São Paulo: Saraiva, 2010.

110 Sobre a discussão metodológica atual da ciência jurídica como “jurisprudência da valoração”, ver LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2009. P. 163-172.

de questionários e a realização de entrevistas com os membros do Poder Judiciário, para obter, por exemplo, dados sobre as motivações efetivas dos julgadores no momento da decisão, nem sempre detectáveis com a mera leitura dos julgados.

Pois bem, se a hipótese da pesquisa é “o princípio da insignificância começou a ser aplicado, em matéria penal, ante a constatação de que a resposta do Estado aos crimes patrimoniais, não violentos, de pequeno valor, vinha sendo desproporcional”, ela poderá ser testada com mais segurança quando confrontada com as percepções dos juizes, colhidas em entrevistas e questionários, do que com os motivos declarados em suas decisões.

Observe-se, ainda, a questão da pesquisa documental em fontes diversas da legislação e da jurisprudência. A pesquisa documental, em Direito, costuma ser alvo de dois grandes mal entendidos: para os pesquisadores iniciantes, é muito comum achar que a coleta e análise de legislação e de jurisprudência seria uma espécie de pesquisa bibliográfica, enquanto a pesquisa documental a outras fontes (como os documentos oficiais mencionados acima), por envolver o deslocamento físico do pesquisador a arquivos e instituições, saindo do “gabinete de pesquisa”, seria uma espécie de pesquisa de campo.

Afastada essa dupla incompreensão, pode-se perceber que todas essas fontes de pesquisa são “documentais”. Sem embargo, diante da diferente frequência de seu emprego na pesquisa jurídica e dos diferentes propósitos dos pesquisadores ao se valer de cada uma delas, optou-se, no presente ensaio, por dividir a pesquisa documental em “pesquisa legislativa e jurisprudencial” (a mais comum, quase inafastável do Direito) e “pesquisa documental em outras fontes”, menos utilizada, mas nem por isso menos importante.

Como confrontar os dados coletados nessa espécie de pesquisa documental? Retomando o exemplo do item 4.2, tendo em vista o problema “dentre os condenados pela prática do mesmo tipo penal, pode-se verificar a maior taxa de reincidência entre os que cumpriram qual espécie de sanção?” e as hipóteses “os condenados às penas privativas de liberdade reincidem mais” ou “os condenados às penas restritivas de direitos reincidem mais”, como proceder?

O exemplo dado envolve uma testagem relativamente simples: delimitados com cuidado o universo (balizas espaço-temporais) e a amostra da pesquisa (que pode exaurir o universo, ou ser parcial – aleatória ou intencional)¹¹¹, bastará

111 A respeito da composição de amostras em pesquisas quantitativas e qualitativas nas ciências sociais, ver PIREZ, Álvaro P. Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaio teórico e metodológico. In: POUPART, Jean *et alli*. **A pesquisa qualitativa: Enfoques epistemológicos e metodológicos**. Tradução de Ana Cristina Nasser. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008. p. 154-211.

identificar, dentro da amostra, quantos indivíduos cumpriram penas restritivas de direitos, e quantos cumpriram penas privativas de liberdade, para, percebendo quando a reincidência foi mais frequente, rejeitar uma das hipóteses e confirmar, ainda que provisoriamente, a outra.

Mesmo num caso simples como esse, inúmeras decisões metodológicas podem resultar em conclusões divergentes. Por exemplo: qual deve ser o critério para verificar a “reincidência mais frequente”? A análise de todos os casos de reincidência em Salvador, no ano de 2010, a partir dos quais será verificada a espécie de sanção penal a que o réu fora submetido anteriormente? A análise das penas extintas, por seu cumprimento integral, em 2005, em Salvador, e dos casos daqueles sentenciados que, até 2010, vieram a reincidir? Levar-se-á também em conta a reincidência dos liberados condicionais? Embora formalmente não constituam reincidência, poderão também ser considerados os casos de cometimento de novos crimes por indivíduos beneficiados pela transação penal ou pela suspensão condicional do processo? Em que classificação entrarão os réus que, durante o processo, tenham ficado presos (seja em flagrante, preventivamente ou temporariamente), mas foram condenados a penas alternativas: entre os que cumpriram pena de prisão ou pena restritiva de direitos?

4.4. Refutação ou confirmação de uma hipótese

Procedidos todos os testes possíveis, com o melhor instrumental disponível e todo o rigor que se espera da atividade científica, chega o ápice da investigação, que será a principal conclusão exposta no relatório de pesquisa: saber se a hipótese foi refutada ou confirmada.

Nos termos propostos por Popper, a refutação é muito mais significativa do que a confirmação, ou melhor, a confirmação é uma precária admissão de que, até o momento, foi impossível refutar a hipótese de pesquisa. Essa postura de Popper é inteiramente coerente com a sua concepção falibilista do conhecimento humano. Se todo o conhecimento não é mais do que um conjunto de conjecturas aguardando a prova pela qual não passarão, nada mais natural do que achar que o falseamento da hipótese pode ser conclusivo, mas nunca a sua confirmação.

E na pesquisa jurídica? Retomando os exemplos anteriores, se a hipótese para o problema do enquadramento da culpabilidade na teoria do delito, no panorama doutrinário dos anos 1930, for “predominava o entendimento de que a culpabilidade era elemento do crime”, ela será refutada conclusivamente se nenhum manual de Direito Penal a trouxer ou a identificar como predominante. Ao contrário, a hipótese pode parecer confirmada se a maioria dos manuais e trabalhos monográficos assim asseverarem. No entanto, é sempre possível que o pesquisador não

tenha relacionado todos os autores, ou tenha atribuído pesos desconformes à relevância de cada um deles, para chegar à conclusão. Se a rejeição é definitiva, a aceitação não o é. E mesmo a rejeição, Popper é bastante enfático, é sempre para aquelas determinadas aplicações, podendo não se repetir em outros casos.

No exemplo da reincidência, uma pesquisa que leve em conta o fato de, dentre os reincidentes, um maior número ter cumprido penas alternativas, em comparação aos que cumpriram penas de prisão, confirmando uma hipótese, pode ter sido feita sem considerar que, naquele período, uma quantidade muito maior de indivíduos foi condenada a penas restritivas de direitos e que, proporcionalmente, há mais reincidentes entre os condenados às penas restritivas de liberdade.

Às vezes o pesquisador pode ser iludido pelo rigor empregado na investigação, e considerar infalíveis suas conclusões. No entanto, há sempre outros aspectos por desvendar, que podem iluminar de forma inteiramente diversa o problema de pesquisa.

Há uma questão muito importante, responsável tanto pela confiabilidade dos resultados da pesquisa, como por sua eterna refutabilidade: como não há um único método estabelecido de antemão como o mais adequado para o desenvolvimento de cada investigação, toda pesquisa científica envolve um conjunto de decisões metodológicas que pode, em maior ou menor grau, se provar equivocado, seja no seu curso, seja apenas muitos anos depois da publicação e da larga aceitação dos resultados.

5. RESISTINDO À TENTAÇÃO DO JURISTA DE DEFENDER UMA HIPÓTESE AO INVÉS DE TESTÁ-LA

Vistas algumas formas frequentes de emprego de hipóteses na pesquisa jurídica, discutir-se-á agora o objeto do presente ensaio: como o jurista pode evitar que sua experiência profissional, baseada na defesa de teses, atrapalhe a sua atividade acadêmica, em que precisará fazer precisamente o oposto, ou seja, a testagem rigorosa de cada uma delas?

O risco de confundir as atividades é tão grande que um dos principais teóricos sobre o ensino jurídico no Brasil, Horácio Wanderley Rodrigues, afirma que, na pesquisa em Direito, não se busca testar hipóteses, e sim defender posições¹¹². O

112 RODRIGUES, Horácio Wanderley. Metodologia da pesquisa nos cursos de Direito: uma leitura crítica. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. 14., 2005, Fortaleza. *Anais eletrônicos...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. Disponível em: <<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Horacio%20Wanderlei%20Rodrigues.pdf>> Acesso em: 05 jul. 2007. p. 13.

autor reconhece, no mesmo trabalho, que a principal característica da ciência é a testabilidade, e louva expressamente a concepção epistemológica de Karl Popper¹¹³. Por consequência, afirma que a pesquisa jurídica “não é pesquisa científica; mas é a pesquisa que tem sentido para o mundo do Direito.”¹¹⁴

Embora a sua posição seja criticável, o autor não perde a coerência, pois ele acha discutível que o Direito possa ser objeto de análise científica. Com este argumento, Rodrigues crê, por discordar do estatuto epistemológico atribuído à chamada “ciência jurídica”, estar desmistificando a ideia de que o único conhecimento válido é o científico¹¹⁵. Ora, já se viu, ao longo da presente exposição, que tratar o Direito como objeto de uma ciência social aplicada não significa ter uma visão ingênua do conhecimento científico como axiologicamente neutro, nem como a forma única e totalitária de saber, muito menos como o portador exclusivo da verdade.

No entanto, mesmo descrendo da cientificidade do estudo do Direito, Rodrigues parece desperdiçar um excelente instrumento conferido por Popper, por meio do qual o próprio pesquisador pode testar, de forma compreensível para seus interlocutores potenciais, a qualidade dos próprios argumentos e conjecturas. Como a ideia de Rodrigues de “defesa de posições” só faz sentido num contexto em que há interlocutores e adversários, em última análise, a pesquisa jurídica desenvolvida nos termos por ele propostos passará também pelo crivo da intersubjetividade, se não com os testes empreendidos pelo próprio pesquisador, pela crítica, muitas vezes contundente, da comunidade jurídica.

Mais uma metáfora jurídica pode ser útil para esclarecer a questão. Embora estejam habituados a defender, não a testar, todos os profissionais do direito desenvolvem, ainda que de forma incipiente e informal, seus próprios processos de testagem, ao selecionar os argumentos jurídicos mais convincentes, deixando de lado os mais frágeis, ou quando empregam diferentes tipos de argumentos, dirigidos, cada um, ao convencimento de um interlocutor (o juiz de primeira instância, o tribunal, o ministério público ou o próprio adversário, para forçá-lo a pensar em novas formas de acordo, ante o risco elevado de perder a demanda). Nesses casos, diz-se que o profissional está a fazer o papel de “advogado do diabo”, levantando todas as possíveis objeções aos argumentos que irá empregar. É evidente que, na peça processual resultante, as objeções não serão lembradas, a menos que sejam ridículas, e mesmo as rejeições mais fortes à sua tese terão de ser, de alguma forma, omitidas.

113 Ibidem. p. 8.

114 Ibidem. p. 13.

115 Ibidem. p. 14.

A grande diferença da atividade do jurista, em sua vivência profissional de advogado, de membro do ministério público, ou até de magistrado, para a sua atividade acadêmica, está no valor dado às refutações de suas teses: enquanto o jurista prático as omite, deforma ou subestima, para, em contraste, ressaltar o poder explicativo e a justiça de seu argumento, o cientista não pode fazê-lo, sob pena de perder a honestidade intelectual e submeter-se à crítica feroz da comunidade científica.

5.1. Hipótese e convicção político-ideológica

Como dito anteriormente, segundo a concepção popperiana adotada no presente ensaio, no momento de formulação da hipótese, o cientista é livre para deixar influírem seus valores, sua formação, sua criatividade, tudo de forma a encontrar uma explicação plausível para o conjunto de fenômenos observados.

No entanto, não pode fazê-lo no momento em que for testar aquelas hipóteses. Aqui, a advertência vale tanto para advogados como para juízes. Como bem ressaltaram Nelson Nery Junior e Rosa Maria Nery, a imparcialidade que se exige do juiz é quanto às partes, não quanto às teses jurídicas em abstrato. Sendo assim, o juiz será quase tão parcial quanto um advogado quando sustentar, numa sentença, a tese jurídica em que acredita veementemente, usando os melhores argumentos possíveis para fundamentar a sua decisão.

Como cientista, depois de formulada a hipótese, o profissional do direito precisará deixar um pouco de lado os próprios valores e a formação pessoal para testá-la, pois ele deve estar preparado para o caso de uma conjectura, por ele vista como verdade irrefutável, não resistir ao teste que ele mesmo se propôs a fazer para confirmá-la. Ora, com essa afirmação parecer-se-ia apenas deslocar o problema da neutralidade axiológica da ciência, um dos dogmas do paradigma da modernidade, para preservar a sua vigência, embora num espaço mais reduzido.

Não é o caso: embora o cientista seja inseparável de seus valores, ele se dirige a toda a comunidade científica, por isso precisa submeter suas hipóteses, formuladas parcialmente, à prova de uma forma convincente mesmo para quem não compartilha de seus valores, ou seja, de forma imparcial. O processo de testagem das hipóteses é o momento em que o conhecimento científico passa pelo crivo da intersubjetividade, a partir do qual é possível chegar a explicações consensualmente aceitas sobre o mundo em que se vive, mesmo com a desejável pluralidade axiológica e ideológica da comunidade científica.

Pois bem: o que se exige do investigador, na pesquisa jurídica? Primeiro, que ele proceda à testagem das hipóteses com todo o rigor descrito nos tópicos precedentes e com o melhor instrumental possível, mesmo que isso represente

a derrubada de algumas das hipóteses formuladas¹¹⁶; segundo, que seja fiel, no relatório de pesquisa, aos resultados alcançados durante o processo de testes, sem distorcer as evidências empíricas ou os argumentos, dando-lhes a importância que merecem, sem menosprezar os dados contrários, nem supervalorizar os dados favoráveis.

Posta a questão nesses termos, estar-se-ia exigindo, do jurista, a defesa de um resultado de pesquisa que repugna às suas convicções político-ideológicas? Não. Cumpridos estritamente os compromissos acadêmicos ou comerciais firmados para a realização da pesquisa (se a investigação não tiver sido desenvolvida no âmbito de uma instituição educacional, nem for objeto de um contrato com uma editora, tanto melhor, ele poderá simplesmente incendiar as cópias impressas e apagar os registros eletrônicos dos resultados da pesquisa, se assim desejar), o cientista do direito é livre para esquecê-la na biblioteca depositária ou na primeira edição de um livro coletivo, bem como para retomar aquela hipótese, cotejada com novos testes empíricos, para tentar resgatá-la e contemplar melhor as suas convicções¹¹⁷.

O que nenhum pesquisador pode, seja ou não da área jurídica, é sustentar como científica uma hipótese que não resistiu às provas por ele mesmo propostas durante a investigação. Essa é a demonstração mais clara da desonestidade intelectual de um pesquisador, ainda mais do que o desenvolvimento inadequado ou insuficiente do processo de testes, que pode, talvez, ser atribuído ao despreparo ou à inexperiência do cientista.

Retomando o exemplo da reincidência, se um juiz ou um professor de Direito Penal, reconhecidamente minimalistas, decidem investigar o problema suposto no presente ensaio, é bastante provável que a sua hipótese de pesquisa seja: “os indivíduos que cumpriram pena de prisão reincidem mais do que os submetidos às penas alternativas”, uma vez que, segundo a sua previsível convicção

116 POPPER, Karl. **Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge**. 7. ed. 1. reimp. London; New York: Routledge, 2006. p. 8. “While I was engaged in a critical examination of this kind I discovered the part played by certain epistemological theories in the development of liberal ideas; and especially by the various forms of epistemological optimism. And I found that, as an epistemologist, I had to reject these epistemological theories as untenable. This experience of mine may illustrate the point that our dreams and our hopes need not necessarily control our results, and that, in searching for the truth, it may be our best plan to start by criticizing our most cherished beliefs.”

117 LACEY. Op. Cit. p. 490: “Embora seja irracional agir deliberadamente em contradição com conhecimentos confirmados de acordo com a *imparcialidade* ou rejeitá-los simplesmente por eles terem resultado de investigações levadas a cabo a partir de uma estratégia com que não estamos de acordo, não somos obrigados, porém, a envolver-nos em práticas informadas por tais conhecimentos. Como vimos, *imparcialidade* não implica *neutralidade*; juízos positivos do valor cognitivo de uma proposição são coerentes com juízos negativos de ações informadas por esta.” (GRIFO DO AUTOR)

política, o encarceramento, do qual decorrem rotulação do preso, podando-lhe oportunidades de trabalho e de instrução futuras, e o seu “aprendizado delituoso”, com colegas mais “graduados”, durante o tempo de pena, é um dos principais fatores criminógenos.

Pois bem, e se os testes a que tais pesquisadores submeteram suas hipóteses as derrubarem categoricamente? Se, por exemplo, dentre os indivíduos que tenham cumprido pena por furto, encerrada em 2005, em Salvador, a proporção de reincidentes, até 2010, for maior entre os que receberam penas alternativas? O que deve o pesquisador fazer para preservar a honestidade intelectual e, caso assim deseje, manter as próprias convicções políticas?

São duas as saídas possíveis: se o cronograma da pesquisa permitir, e os recursos financeiros ainda forem suficientes, sempre é possível desenvolver novos testes para, no conjunto, tentar obter melhores elementos de justificação (ou melhor, nos termos popperianos, elementos capazes de falsear a hipótese contrária com mais veemência) da sua hipótese e, no final, apresentar uma conclusão de seu agrado. Do contrário, terá de admitir que, naquelas circunstâncias, e com aquela amostra, a sua hipótese não se confirmou. Diz Popper que, nesses casos, é muito comum que o pesquisador elabore uma hipótese *ad hoc*, para tentar salvar a hipótese geral. Embora não seja de todo inválido esse procedimento, o autor esclarece que as teorias podem receber uma quantidade tão elevada de ressalvas que simplesmente as imunizam contra a crítica; se isso acontecer, no entanto, deixarão de ser científicas¹¹⁸.

No exemplo do presente artigo, seria o caso de dizer que, naquelas circunstâncias, a hipótese não se confirmou porque uma quantidade elevada de egressos do sistema penitenciário de Salvador, em 2005, emigrou para São Paulo, em busca de oportunidade de empregos, ou retornou para as suas cidades natais no interior da Bahia, por isso sobraram poucos “reincidentes potenciais” no universo da pesquisa.

Ainda assim, seria desonestidade intelectual afirmar, no relatório de pesquisa, que sua hipótese fora confirmada pelos dados coletados. No máximo, para não se sentir incoerente com as próprias ideias, o cientista poderá asseverar que, após a investigação, não foi possível obter qualquer prova conclusiva (nem afirmativa, nem negativa) da hipótese.

118 POPPER, Karl. **Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge**. 7. ed. 1. reimp. London; New York: Routledge, 2006. p. 48: “Some genuinely testable theories, when found to be false, are still upheld by their admirers – for example by introducing *ad hoc* some auxiliary assumption, or by re-interpreting the theory *ad hoc* in such a way that it escapes refutation. Such a procedure is always possible, but it rescues the theory from refutation only at the price of destroying, or at least lowering, its scientific status.”

6. CONCLUSÃO

Com o presente ensaio, pretendeu-se chamar a atenção para um vício frequente na pesquisa jurídica: a conduta do investigador que, ao invés de submeter suas hipóteses à prova, defende-as com todos os elementos possíveis, ignorando as evidências contrárias.

Se o mito da neutralidade axiológica da ciência vem sendo derrubado pela crítica pós-moderna, não se pode abrir mão incondicionalmente da imparcialidade do cientista. Embora se reconheça que, no momento das decisões metodológicas (escolha do problema de pesquisa, das hipóteses, dos procedimentos e das técnicas de investigação), os valores sociais predominantes, a formação pessoal do cientista e a tradição da comunidade científica interferem decisivamente, desequilibrando a produção de resultados, a imparcialidade, no momento da investigação propriamente dita, é indispensável, visto que consiste na exposição da hipótese a provas que possam ser tidas como válidas mesmo por quem não compartilhe dos mesmos valores do cientista. O processo de testagem das hipóteses é a fase em que o cientista submete suas ideias ao crivo da intersubjetividade.

Por isso, mesmo quem perdeu a visão ingênua da ciência como instrumento equitativo de construção do conhecimento, para todas as visões de mundo e todos os sistemas de valores que inspiram os indivíduos, e, como tal, adota explicitamente as suas convicções políticas, morais e ideológicas como hipótese de pesquisa, mesmo esse pesquisador pós-moderno e consciente da pluralidade axiológica reinante não pode prescindir da imparcialidade no momento da investigação propriamente dita.

Embora Popper ressalte que o sucesso da ciência, como um todo, não depende desta atitude imparcial do cientista, pois os testes que ele deixar de fazer com sua hipótese serão levados a termo pela comunidade científica, com muito mais violência, para poder aceitá-la, é certo que o sucesso do pesquisador individual depende de sua imparcialidade, com a qual ele derrubará os argumentos mais frágeis, que não resistam às críticas que ele próprio conseguir antever, poupando-se das reações mais desconcertantes dos colegas da ciência do Direito.

Nesse contexto, a pesquisa jurídica não corre muitos riscos de ser orientada por aquela visão ingênua da ciência neutra, já que, no seu campo específico, também se desmistificou o juiz axiologicamente neutro, embora tenha sido preservada sua necessária imparcialidade. Embora tal reflexão teórica sobre a neutralidade do juiz permita que o jurista perceba a carga valorativa presente nas ciências, com mais facilidade do que os demais pesquisadores, a investigação científica no Direito corre, por outro lado, o enorme perigo de tornar-se uma atividade pseudo-científica,

de colagem de argumentos favoráveis a uma hipótese para chegar a uma conclusão, antecipada pela convicção do pesquisador, sem submeter suas hipóteses a teste.

Uma das características fundamentais da pesquisa científica é não saber, no seu início, qual será seu resultado. A hipótese é um importante critério de orientação, mas pode ser negada ou confirmada. Se o pesquisador da ciência do Direito inicia uma investigação, já seguro do resultado a alcançar, predeterminado a realçar argumentos e dados favoráveis ao seu pensamento, obscurecendo os demais, poderá estar agindo como um ótimo advogado, mas como um péssimo cientista.

Submeter as próprias hipóteses a testes, tão rigorosos quanto o faria contra seus adversários ideológicos, não significa trair as próprias convicções; pelo contrário, representa uma demonstração de honestidade intelectual que, caso dê resultados positivos, poderá fundamentar seu discurso e suas opiniões futuras com muito mais vigor. No entanto, se a hipótese formulada pelo cientista do Direito não resistir nem às provas impostas por ele próprio, não deverá sustentá-las no relatório de pesquisa, sob pena de perder a credibilidade na comunidade científica.

Resta-lhe, entretanto, a possibilidade de corrigir os rumos da investigação, pensando em novos testes, ou, se o cronograma não permitir, o direito de não publicar as próprias conclusões, abandoná-las na biblioteca depositária e partir para novas pesquisas, em que novas decisões metodológicas poderão ser feitas, novas hipóteses, ou adaptações da velha hipótese, que continuem coerentes com suas convicções políticas e ideológicas, poderão ser formuladas. Por fim, é sempre salutar que, após as profundas reflexões empreendidas no curso de uma investigação científica, o cientista do Direito possa modificar um pouco, ainda que sem traí-las, as próprias convicções.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRÉ, João Maria. Ciência e valores: o pluralismo axiológico da ciência e o seu valor epistêmico. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Conhecimento Prudente para uma Vida Decente**: ‘Um Discurso sobre as Ciências’ revisitado. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2006. p. 373-388.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro; São Paulo: Forense, 1975. v. I, t. II.

BOOTH, Wayne C.; COLOMB, Gregory G.; WILLIAMS, Joseph M. **A arte da pesquisa**. Tradução de Henrique A. Rego Monteiro. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869compilada.htm> Acesso em: 29 jun. 2007.

_____. Lei 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347Compilada.htm> Acesso em: 30 jun. 2007.

_____. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078compilado.htm> Acesso em: 30 jun. 2007

_____. Lei 11.448, de 15 de Janeiro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11448.htm> Acesso em: 30 jun. 2007.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes: vistos por um advogado**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CARVALHO FILHO, José Santos. **Ação Civil Pública: comentários por artigo, Lei 7.347, de 24/7/85**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e pratica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HAMELIN, Jacques. A Sinceridade do Advogado. In: VITRAL, Waldir (org.). **Deontologia do Magistrado, do Promotor de Justiça e do Advogado: Decálogo, Mandamentos, Preces, Máximas, Ensinaamentos**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.p. 277-284.

HEIDEGGER, Martin. Sobre a essência da verdade. In: _____. **Os Pensadores**. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 325-343.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LACEY, Hugh. A ciência e o bem-estar humano: para uma nova maneira de estruturar a actividade científica. Tradução de Maria Inês Rocha e Silva Lacey. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Conhecimento Prudente para uma Vida Decente: 'Um Discurso sobre as Ciências' revisitado**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2006. p. 471-493.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2009.

MARCATO, Antônio Carlos. A imparcialidade do juiz e a validade do processo. **Revista Direito Mackenzie**. Número 2, Ano 1. Disponível em: <<http://www.mackenzie.br/editoramackenzie/revistas/direito/n2a1/imparcial.pdf>> Acesso em: 22 jun. 2007.

MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. Metodologia da educação jurídica: formando professores nos programas de Mestrado. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. 15., 2006, Manaus. **Anais eletrônicos...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. Disponível em: <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/ensino_jur_sergio_rodrigo_martinez.pdf> Acesso em: 05 jul. 2007.

MERLEAU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da Percepção**. Tradução de Carlos Alberto Ribeiro de Moura. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MINGHELLI, Marcelo. Crítica Waratiana à Teoria do Direito: Os Mitos do Ensino Jurídico Tradicional. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, v. 36, p. 93-104, 2001. Disponível em: <<http://calvados.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/1785/1482>> Acesso em: 05 jul. 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**: atualizado até 1º de março de 2006. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PIRES, Álvaro P. Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaio teórico e metodológico. In: POUPART, Jean *et alli*. **A pesquisa qualitativa**: Enfoques epistemológicos e metodológicos. Tradução de Ana Cristina Nasser. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008. p. 154-211.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1979. t. I.

_____. _____. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. t. II.

POPPER, Karl. **Conjectures and Refutations**: The Growth of Scientific Knowledge. 7. ed. 1. reimp. London; New York: Routledge, 2006.

_____. **Lógica da Pesquisa Científica**. Tradução de Leônidas Hengenber e Octanny Silveira da Mota. 12. ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

_____. **Lógica das Ciências Sociais**. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

_____. **Tolerancia y Responsabilidad Intelectual**. Hispanic American Center for Economic Research. Online Library. Disponível em: <<http://www.hacer.org/pdf/Popper.pdf>> Acesso em: 27 jun. 2007.

REALE, Miguel. **O Direito como experiência**. 2. ed. fac-similiar com nota introdutória do autor. 4. tir. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. **A Magistratura e o Ministério Público**. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/400/4/A_Magistratura_e_o_Minist%C3%A9rio_P%C3%ABlico.pdf> Acesso em: 22 jun. 2007.

RODRIGUES, Horácio Wanderley. Metodologia da pesquisa nos cursos de Direito: uma leitura crítica. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. 14., 2005, Fortaleza. **Anais eletrônicos...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. Disponível em: <<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Horacio%20Wanderlei%20Rodrigues.pdf>> Acesso em: 05 jul. 2007.

ROJAS, Ricardo Manuel. **Ayn Rand y Karl Popper sobre el conocimiento: ¿es posible encontrar un punto de conexión?**. Hispanic American Center for Economic Research. Online Library. Disponível em: <<http://www.hacer.org/pdf/Rojas02.pdf>> Acesso em: 27 jun. 2007.

SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini. O ensino jurídico como reprodutor do paradigma dogmático da ciência do Direito. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. 15., 2006, Manaus. **Anais eletrônicos...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/ensino_jur_samyra_n_sanches.pdf> Acesso em: 05 jul. 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

UNGER, Roberto Mangabeira. **Uma nova faculdade de Direito no Brasil**. Disponível em: <<http://www.law.harvard.edu/faculty/unger/portuguese/docs/projetos6.doc>> Acesso em: 05 jul. 2007.

A PRECISÃO DE CONTEÚDO E A RELEVÂNCIA DA HIPÓTESE: OUTRAS CONTRIBUIÇÕES DO MÉTODO DE KARL POPPER PARA A PESQUISA JURÍDICA

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Breves considerações sobre a vinculação da metodologia à teoria do conhecimento. 3. A função da hipótese na pesquisa científica e a precisão de conteúdo. 4. A precisão de conteúdo na ciência jurídica. 5. A precisão de conteúdo na pesquisa jurídica. 5.1. O exemplo das taxas de reincidência. 5.2. O exemplo das causas do déficit da previdência social. 6. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a discutir a utilização, na pesquisa jurídica, do critério da “precisão de conteúdo”, indicado por Karl Popper como um dos mais importantes para aferir a relevância de uma hipótese científica, nas pesquisas orientadas pelo método hipotético-dedutivo por ele proposto.

As reflexões a seguir desenvolvidas representam a continuação de um esforço para a aplicação, à ciência jurídica, da metodologia científica popperiana, iniciado no capítulo segundo desta obra.

Este escrito, no entanto, não terá a mesma preocupação sistemática do anterior, em que as características fundamentais do método hipotético-dedutivo popperiano foram analisadas e propostas como instrumento para a realização de pesquisas jurídicas. Aqui, pretende-se apenas desdobrar, com mais aprofundamento, um ponto específico do método popperiano, deixado de lado nas abordagens precedentes.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A VINCULAÇÃO DA METODOLOGIA À TEORIA DO CONHECIMENTO

Pode-se afirmar, sem receio, que uma das grandes deficiências dos professores e das obras de metodologia é a apresentação dos procedimentos e das técnicas de pesquisa de forma descontextualizada, como se fossem atemporais e universais, dificultando a compreensão de alunos e leitores, quando se deparam com formas de agir divergentes ou até frontalmente contraditórias, como no clássico exemplo do uso dos raciocínios dedutivo e indutivo.

No presente escrito, tem-se como pressuposto que todos os procedimentos e todas as técnicas de pesquisa estão vinculados, conscientemente ou não, a uma determinada forma de conceber o conhecimento humano, esteja ela organizada a ponto de merecer a qualificação de uma “teoria do conhecimento”, ou, ao contrário, resulte do diálogo de várias dessas teorias, ou ainda de nenhuma delas em particular. No mérito, técnicas e procedimentos de pesquisa só fazem sentido quando relacionados a determinados conceitos de “conhecimento”, “verdade”, “realidade”, “objetividade”, “prova”, entre outros, que, como é sabido, estão longe de encontrar qualquer definição consensual na comunidade científica.

Para ilustrar a questão, pode-se recorrer a uma classificação adotada por Popper. Para o epistemólogo austríaco, existiriam três formas básicas de tratar da relação entre a “verdade” e o “conhecimento humano”: a “verificacionista”, que pressupõe ser possível à razão humana o alcance da verdade; a “cética”, que é a desilusão do “verificacionismo”, pois conclui que, não sendo possível alcançar a verdade por meio da razão, não há verdade, ou nada há a alcançar; e a “falsificacionista”, segundo a qual, embora não seja possível alcançar a verdade, é possível aprender com os próprios erros, e fazer o conhecimento progredir.¹¹⁹

A epistemologia, na modernidade, foi predominantemente verificacionista: tanto o racionalismo de René Descartes¹²⁰, como o empirismo de Francis Bacon¹²¹ supõem ser possível alcançar a verdade, variando apenas o procedimento: para o primeiro, deve-se libertar a razão de todos os preconceitos e investigar, em cada realidade, decompondo-a, os pontos fundamentais, estando a verdade na simplicidade e na clareza de tais pontos, a partir dos quais se poderá construir, com crescente complexidade, um sistema de conhecimento; para o segundo, também é necessário o afastamento dos preconceitos, mas para que, pela observação precisa e pela catalogação de todos os fenômenos possíveis, seja possível verificar regularidades e descobrir as verdadeiras leis naturais.

Karl Popper atribui a ambas as concepções um “otimismo epistemológico”, do qual ele não se diz partidário. No mesmo sentido, Boaventura de Sousa Santos enxerga nesses dois raciocínios uma “confiança epistemológica” que se demonstrou insustentável com a crise da modernidade¹²². Ao contrário, Popper se diz um

119 POPPER, Karl. **Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge**. 7. ed. 1. reimpr. London; New York: Routledge, 2006. p. 309.

120 DESCARTES, René. **Discurso do Método. Regras para a Direção do Espírito**. Tradução Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2005

121 BACON, Francis. **Novum Organum ou Verdadeiras Indicações Acerca da Interpretação da Natureza**. Tradução José Aluysio Reis de Andrade. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

122 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002. P. 60-74.

“falsificacionista”, pois assume, como pressuposto básico, que ao ser humano não é dado alcançar a verdade. Para tanto, em primeiro lugar, deve-se esclarecer, com a brevidade necessária, o conceito de verdade com que o epistemólogo austríaco trabalha. Popper filia-se à tradição filosófica ocidental que entende a verdade como “correspondência dos fatos às afirmações que sobre eles fazemos”, porém propondo uma interessante correção de rumo: para que a “verdade-correspondência” faça algum sentido, é preciso pressupor a existência de uma realidade objetiva, independente das percepções particulares; no entanto, como o ser humano é essencialmente falível, é impossível alcançar a perfeita correspondência entre os fatos e as afirmações.

Disso decorre a ideia de que o conhecimento humano não passa de um conjunto de explicações imperfeitas sobre uma realidade impossível de abarcar em toda a sua complexidade, não deixando nunca de ser hipotético. No entanto, ainda que não seja possível saber, num determinado momento, o quão distante ou próximo está o ser humano da “verdade” a respeito de uma determinada realidade, é possível aproximar-se dela com a contínua discussão das teorias e a sua submissão, pela comunidade científica, aos testes mais rigorosos que possam ser concebidos.

Para Popper, a construção do conhecimento humano (não só do conhecimento científico, mas dele em particular) é resultado de um método de tentativa e erro, em que as hipóteses acabam sendo refutadas pelos testes ou abandonadas pelo surgimento de uma hipótese mais confiável, que, cedo ou tarde, também será rejeitada.

Dito isso, percebe-se que as técnicas e os procedimentos de pesquisa podem ser usados de forma completamente diferente: para os “verificacionistas”, eles servem para comprovar, para confirmar uma hipótese, ou até mesmo para “descobrir” uma verdade, sem a formulação prévia de uma hipótese; já para os “falsificacionistas”, as técnicas e procedimentos servem exatamente à finalidade contrária: refutar, desmentir a hipótese formulada.

Para um verificacionista, a hipótese será bem sucedida se a técnica ou o procedimento de pesquisa alcançar o fim a que se propõe; para um falsificacionista, a hipótese terá sucesso se as técnicas ou os procedimentos fracassarem.

Desta forma, não é possível justificar adequadamente o emprego de uma técnica ou de um procedimento de pesquisa, num projeto concreto, sem a definição, no mínimo, da sua finalidade: a confirmação ou a refutação da hipótese. Isso já leva o pesquisador a revelar, pelo menos inconscientemente, qual a teoria do conhecimento a que se filia, permitindo uma discussão mais apropriada de suas conclusões.

No que interessa ao presente trabalho, adota-se como teoria do conhecimento o falibilismo de Popper, que remonta a uma antiga tradição iniciada pelo filósofo

grego pré-socrático Xenófanes, já mencionado em suas características básicas e em suas consequências para o método científico. Apenas a partir dessas premissas, o critério da “precisão de conteúdo”, para avaliar a relevância da hipótese, poderá fazer algum sentido.

3. A FUNÇÃO DA HIPÓTESE NA PESQUISA CIENTÍFICA E A PRECISÃO DE CONTEÚDO

Um dos raros consensos na metodologia científica é a afirmação de que as pesquisas destinam-se à resolução de problemas: insuficiências ou inadequações do conhecimento disponível no momento histórico em que o pesquisador se propõe a agir. Usualmente, nos projetos, os problemas são formulados como perguntas, indagações.

Se uma pesquisa científica é o direcionamento de esforços à resolução de um problema do conhecimento, espera-se que o resultado de uma investigação bem sucedida seja a solução desse problema, a resposta à pergunta formulada pelo cientista.

Nesse contexto, insere-se a discussão sobre a função e a utilidade da hipótese. É também usual a definição, nas obras de metodologia, da hipótese como resposta prévia à pergunta formulada, como solução tentada para um problema do conhecimento, vislumbrada pelo pesquisador antes da investigação, e exposta no projeto, baseada em teorias precedentes, na experiência, na observação, ou até mesmo na intuição¹²³.

A partir daí, começam as divergências: quanto ao papel da hipótese na condução da pesquisa (se o pesquisador deve procurar confirmar ou refutar a hipótese); quanto à pertinência do uso de hipóteses nas ciências sociais (alguns pesquisadores entendem que o método hipotético-dedutivo é apropriado às ciências sociais¹²⁴, outros entendem-no útil apenas para as ciências naturais, e preferem a teoria popperiana da “análise situacional”¹²⁵); e quanto ao papel da hipótese na

123 cf. GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e pratica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 79; POPPER, Karl. **Lógica da Pesquisa Científica**. Tradução de Leônidas Hengenberg e Octanny Silveira da Mota. 12. ed. São Paulo: Cultrix, 2006. p. 33-34.

124 ZACCARELLI, Sérgio Baptista; GALHARDI, Antônio César. A pesquisa em Administração sob a ótica de Karl Popper. In: SEMEAD – SEMINÁRIOS EM ADMINISTRAÇÃO DA FACULDADE DE ECONOMIA, ADMINISTRAÇÃO E CONTABILIDADE DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. 7. 2004. **Anais eletrônicos...** São Paulo: FEA-USP. 2004. Disponível em: <http://www.ead.fea.usp.br/semead/7semead/artigos%20recebidos/Ensino/ENS05_-_A_Pesquisa_em_Administra%E7%E3o_sob_a_%D3tic.PDF> Acesso em: 18 dez. 2007.

125 MARIN, Solange Regina; FERNÁNDEZ, Ramón García. O pensamento de Karl Popper: as diferentes interpretações do metodólogos da Ciência Econômica. **Revista de Análise Econômica**. Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. ano 22, n. 41, mar. 2004. Disponível em: <www.ufrgs.br/fce/rae/edicoes_anteriores/pdf_edicao41/artigo07.pdf> Acesso em: 18. dez. 2007.

pesquisa jurídica (também se trata do dilema “confirmação ou refutação”, embora com as especificidades daquela área do conhecimento¹²⁶).

No presente trabalho, entende-se que a pesquisa científica é uma tentativa de refutação da hipótese formulada, inclusive nas ciências sociais, em geral, e na ciência jurídica em particular¹²⁷. Tal entendimento é o único coerente com o falibilismo proposto por Popper, para quem a pesquisa científica é um processo de tentativa e erro, por meio do qual o conhecimento progride com o afastamento das hipóteses que sucumbiram aos testes propostos ou foram abandonadas em favor de uma hipótese mais confiável.

Superada essa questão, é interessante observar que Popper se propõe a arriscada tarefa de mensurar a maior ou menor aproximação da verdade, entre várias teorias rivais, a partir da correlação entre “verdade” e “conteúdo”. Para tanto, estabelece seis critérios: 1) uma teoria deve fazer afirmações mais precisas que a teoria antecedente, e tais afirmações mais precisas devem resistir a testes mais precisos; 2) deve levar em conta, e explicar, mais fatos do que a teoria antecedente; 3) deve descrever, ou explicar, os fatos mais detalhadamente; 4) deve resistir a testes perante os quais a teoria antecedente sucumbiu; 5) deve sugerir novos testes, não considerados antes de sua formulação (e talvez nem sequer aplicáveis à teoria antecedente); 6) deve unificar ou conectar problemas antes não relacionados¹²⁸.

Retomando a discussão do capítulo 1 desta obra, é preciso ressaltar que a divergência entre Thomas Kuhn e Karl Popper diz respeito exatamente à ideia da comensurabilidade entre teorias (paradigmas) conflitantes; enquanto o primeiro a rejeita, o segundo a aceita¹²⁹. Embora não seja necessário, para o presente trabalho, aceitar a tese de que é possível comparar conclusivamente duas teorias jurídicas e julgar sua melhor ou pior correspondência com os fatos, a ideia popperiana da correlação entre “verdade e conteúdo” diz muito sobre a relevância das hipóteses formuladas para conduzir pesquisas científicas.

Popper define como “conteúdo lógico” de uma hipótese todas as afirmações logicamente dedutíveis que a confirmem, e como “conteúdo empírico” todas as

126 Ver, defendendo a confirmação: RODRIGUES, Horácio Wanderley. Metodologia da pesquisa nos cursos de Direito: uma leitura crítica. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. 14., 2005, Fortaleza. **Anais eletrônicos...** Fortaleza: CONPEDI, 2005. Disponível em: <<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Horacio%20Wanderlei%20Rodrigues.pdf>> Acesso em: 05 jul. 2007; e, defendendo a refutação: PRADO, Daniel Nicory do. A tentação do advogado na pesquisa jurídica: defender uma hipótese ao invés de testá-la. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CERQUEIRA, Nelson; SANT'ANNA, Gilson (org). **Metodologia da pesquisa em Direito** v.1. Salvador: s.e., 2010. p.155-197

127 GUSTIN; DIAS. Op. Cit. p. 79.

128 POPPER, Karl. **Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge**. 7. ed. 1. reimpr. London; New York: Routledge, 2006. p. 314-315.

129 Para uma noção da ideia de incomensurabilidade em Kuhn, ver o capítulo 1, item 2, desta obra.

afirmações logicamente dedutíveis que a contradigam¹³⁰. O epistemólogo austríaco desenvolve a argumentação com exemplos muito simples: diante de uma hipótese como “choverá pelo menos uma vez por semana durante o mês de março de 2012”, pode-se deduzir, de seu conteúdo lógico, que “choverá durante a primeira semana”. Por outro lado, integrará seu conteúdo empírico a afirmação de que “não choverá durante a terceira semana.”

Prosseguindo, se o conhecimento científico se constrói com a discussão crítica e a testagem de hipóteses pela comunidade científica, chega-se à conclusão de que, quanto mais precisa e detalhada for uma hipótese, mais relevante ela será cientificamente, pois terá um conteúdo empírico maior, ou seja, poderá ser submetida a testes mais precisos e poderá ser refutada por um maior número de fatos.

Novamente adaptando os exemplos meteorológicos de Popper, a afirmação “choverá uma e somente uma vez por semana durante o mês de março de 2012” é uma hipótese mais interessante do que a mencionada anteriormente, pois a sua ocorrência é mais improvável. Isto porque tal hipótese pode ser desmentida tanto pela afirmação “não choverá durante a terceira semana”, que já contradizia a hipótese anterior, como pela afirmação “choverá duas vezes durante a primeira semana”, que não seria incompatível com o primeiro exemplo.

Uma hipótese precisa é mais relevante porque diz mais sobre a realidade que pretende explicar, arrisca-se mais quanto às causas, às consequências, à frequência à intensidade ou às qualidades do fenômeno e, por tudo isso, é mais difícil de ser confirmada em confronto com a realidade, está sujeita a um número maior e mais complexo de testes, e pode ser discutida de forma mais aprofundada e contundente pela comunidade científica.

Isso pode parecer estranho, considerando que a pesquisa científica pretende ter como resultado a resolução de problemas, já que, quanto mais precisa for uma hipótese, maior será a probabilidade de sua refutação. No entanto, para o falibilismo, a conclusão de que “a hipótese formulada não é uma solução satisfatória para o problema” já é um ótimo resultado, pois indica outros caminhos a serem seguidos pelos pesquisadores. Além disso, se uma hipótese precisa sobreviver a todos os testes e a toda a crítica, ela poderá ser aceita com mais segurança do que se faria com uma hipótese mais vaga ou genérica.

4. A PRECISÃO DE CONTEÚDO NA CIÊNCIA JURÍDICA

Para iniciar a discussão acerca da precisão de conteúdo como critério de relevância das hipóteses na pesquisa jurídica, antes da formulação de sugestões para

130 Ibidem. p. 315.

investigações futuras, é mais interessante tratar de uma evolução muito discutida na teoria constitucional, para demonstrar que é possível compreender a ciência jurídica, mesmo em questões já assentadas, nos termos propostos por Popper.

Trata-se da classificação das normas constitucionais segundo a eficácia. A primeira formulação teórica considerada relevante pela doutrina é a do jurista estadunidense Thomas Cooley, popularizada no Brasil por Rui Barbosa, para quem as normas constitucionais dividir-se-iam em “auto-executáveis” e “não auto-executáveis”: enquanto as primeiras portariam normatividade suficiente para a sua incidência imediata, as segundas careceriam da edição de leis infra-constitucionais para possibilitar a sua aplicação aos casos concretos¹³¹. Adaptando a classificação de Cooley, pode-se dizer que as normas constitucionais dividir-se-iam, quanto à geração de efeitos, em “independentes de legislação” ou “dependentes de legislação”.

Para os constitucionalistas, a grande revolução teórica, hoje consensualmente aceita, começou com a afirmação, feita pelo italiano Vezio Crisafulli, de que mesmo as normas “dependentes de legislação” seriam capazes de produzir importantes efeitos, entre eles os de revogar a legislação preexistente incompatível e de condicionar a atuação futura do legislador e da Administração¹³².

Para os propósitos do presente trabalho, pode-se afirmar que a tese de Crisafulli resistiu a testes mais rigorosos que a de Cooley, superou-a na discussão pública da comunidade científica, e passou a ser aceita provisoriamente como verdadeira, servindo, inclusive, como ponto de partida para outros teóricos do direito. No entanto, a teoria de Crisafulli não é tão mais precisa que a de Cooley, pois parte da mesma tipologia (normas “dependentes” ou “independentes” de legislação), modificando apenas uma importante premissa: a de todas as normas constitucionais produzem efeitos imediatos, inclusive as dependentes de legislação.

Melhor exemplo de precisão de conteúdo é a classificação proposta por José Afonso da Silva, para o mesmo caso. O constitucionalista brasileiro verificou que, entre as normas constitucionais e a legislação constitucional, não haveria apenas uma relação de complementaridade mas, em alguns casos, de “restritividade”.

Para ele, a classe das normas “dependentes de legislação”, formulada por Cooley e aceita por Crisafulli, embora alterando as suas consequências, reuniria, na verdade, dois grupos de normas, irredutíveis entre si: normas de eficácia limitada (as “dependentes de legislação” de Cooley) e normas de eficácia contida (tipo de

131 cf. PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 145-150.

132 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 63-87.

norma constitucional perante a qual a legislação futura não age para complementar seus efeitos, mas para restringi-los sob certas condições)¹³³.

Desta forma, José Afonso da Silva inseriu na discussão científica uma hipótese mais precisa: em sua relação com a legislação infraconstitucional, as normas constitucionais não seriam simplesmente independentes ou dependentes, e sim: independentes (“normas de eficácia plena”), restringíveis (“normas de eficácia contida”) ou complementáveis (“normas de eficácia limitada”).

Note-se, por último, que a classificação de Silva é mais relevante, para uma teoria falibilista do conhecimento, não necessariamente por ser mais correta do que as precedentes, mas por inserir novos elementos na discussão, por se sujeitar a testes mais precisos (por exemplo, a verificação, na prática, dos efeitos gerados pelas normas de eficácia contida, antes da edição da lei restritiva) e por descrever com mais detalhes uma realidade, no caso, a influência da legislação infraconstitucional sobre a geração de efeitos pelas normas constitucionais.

5. A PRECISÃO DE CONTEÚDO NA PESQUISA JURÍDICA

Diante do que foi exposto, como identificar o grau de precisão de conteúdo de uma pesquisa jurídica? Como tornar mais precisas as hipóteses para conduzir investigações jurídicas baseadas no falibilismo de Popper?

5.1. O exemplo das taxas de reincidência

Retomando um exemplo formulado no capítulo 2 desta obra, considere-se o seguinte problema: “dentre os indivíduos condenados pela prática do crime de furto, pode-se verificar a maior taxa de reincidência entre aqueles que cumpriram qual espécie de pena?”, e pressuponha-se que já estão definidas as balizas espaço-temporais da investigação (por exemplo, “em Salvador, no ano de 1999”). Diante dele, ter-se-iam as seguintes hipóteses: “entre os que cumpriram penas privativas de liberdade” ou “entre os que cumpriram penas restritivas de direitos”.

Caso o pesquisador eleja o problema e adote uma das hipóteses, depois de tomar todas as decisões metodológicas pertinentes à investigação (a respeito dos critérios de reincidência, da seleção da amostra e da consideração ou não de

133 Ibidem. p. 82. “Parece-nos necessário discriminar ainda mais, a fim de fazer-se uma separação de certas normas que prevêm uma legislação futura, mas não podem ser enquadradas entre as de eficácia limitada. Em vez, pois, de dividir as normas constitucionais, quanto à eficácia e aplicabilidade, em dois grupos, acabamos mais adequado considerá-las sob tríplice característica, discriminando-as em três categoriais: I – normas constitucionais de eficácia plena; II – normas constitucionais de eficácia contida; III – normas constitucionais e eficácia limitada ou reduzida;”

variáveis intervenientes), desenvolverá um processo de testagem relativamente simples: bastará a constatação, com dados coletados nos órgãos públicos, da maior ou menor frequência de reincidentes, de acordo com o grupo estudado. É bem verdade que uma tal investigação ignoraria as “cifras ocultas” da criminalidade e abarcaria apenas os processos de criminalização secundária, mas essa discussão extrapola os limites do presente trabalho. Em todo o caso, esta seria a forma de testar a hipótese formulada.

Diante do mesmo problema, quais hipóteses teriam maior precisão de conteúdo? Por exemplo, as que afirmassem: “entre os que cumpriram penas privativas de liberdade, verificando-se um aumento da taxa de reincidência em função do tempo de permanência na prisão: quanto maior o período de encarceramento, maior a reincidência” ou “entre os que cumpriram penas restritivas de direitos, verificando-se um aumento da reincidência em função da brandura da sanção: quanto menor a carga horária de prestação de serviços à comunidade, ou quanto menor o valor da pena de prestação pecuniária, maior a reincidência”.

Veja-se que ambas as hipóteses inserem novos elementos na discussão: se a tese de que “a pena de prisão gera mais reincidentes” está fundamentada nas correntes minimalistas e garantistas, que entendem que o encarceramento fracassou em sua proposta de ressocialização, sem contribuir para a prevenção da criminalidade, sendo, na pior das hipóteses, um “mal necessário” em casos extremos, a forma mais precisa da mesma tese vai além, afirmando que, além de o cárcere reduzir as chances de ressocialização, quanto maior for a permanência do preso, menores elas serão.

De outro lado, a tese de que “a pena alternativa gera mais reincidentes” está fundamentada nos movimentos de lei e ordem e de defesa social, para os quais a sanção penal deve ser dura e deve ter a função de neutralização do criminoso, servindo ainda de exemplo para dissuadir transgressores em potencial. A forma mais precisa da mesma hipótese vai além, e afirma que, se a pena restritiva de direitos já produz uma sensação de impunidade e estimula o cometimento de novos delitos pelo condenado, quanto mais leve for a sanção, maior será o estímulo à delinquência.

5.2. O exemplo das causas do déficit da previdência social

Um exemplo mais complexo da precisão de conteúdo nas pesquisas jurídicas aparece diante do seguinte problema: “o déficit da previdência social é um dos maiores problemas dos Estados na contemporaneidade, inclusive do Brasil. As causas do fenômeno ainda não estão definitivamente esclarecidas, mas diversas delas são sugeridas: o aumento da expectativa de vida da população, o tempo curto de contribuição, os benefícios previdenciários sem contrapartida do segurado, e o desvio ou ‘perda’ de recursos, tanto no momento da arrecadação como no

da destinação. Diante desse contexto, tendo em vista apenas as fraudes contra a previdência social, em que momento ocorre a maior perda de recursos?”

Tal questão teria como hipóteses básicas as seguintes afirmações: “no momento da arrecadação, com a sonegação e a apropriação indébita previdenciárias, perpetradas pelos empresários e pelo próprio Estado” ou “no momento da destinação, com o recebimento fraudulento de benefícios pelos segurados.”

No entanto, a riqueza e a complexidade da realidade em estudo são muito maiores do que poderia perceber um investigador orientado apenas por uma daquelas hipóteses básicas.

Conjecturas mais precisas, em face do mesmo problema, incluiriam diversas respostas, como: a) “no momento da arrecadação de recursos, sendo a sonegação e a apropriação indébita cometidas principalmente pelas grandes empresas”; b) “no momento da arrecadação de recursos, sendo a sonegação e a apropriação indébita cometidas principalmente pelas micro e pequenas empresas”; c) “no momento da arrecadação de recursos, sendo a sonegação e a apropriação indébita cometidas principalmente pelos próprios entes públicos”; d) “no momento da destinação dos recursos, com a obtenção fraudulenta de benefícios sem o cumprimento dos requisitos – falta de idade mínima na aposentadoria rural ou inexistência de doença ou deficiência suficientes para a aposentadoria por invalidez, por exemplo”; e) “no momento da destinação dos recursos, com o recebimento de benefícios previdenciários após a morte do segurado, por seus parentes, detentores de procuração para tanto e/ou do cartão magnético para retirada na rede bancária, que deixam de informar, em tempo hábil, o óbito”.

Cada uma das hipóteses, à semelhança do exemplo anterior, traz novos elementos e se fundamentam em (ou contradizem) diferentes afirmações teóricas: a primeira (“a”) pressupõe que, quanto maior o poder, político ou econômico, maior a tendência de abuso, pois o empresário poderá contar com serviços jurídicos de qualidade para protelar o pagamento e reduzir os montantes devidos ao fisco; a segunda (“b”) é uma típica consequência da aceitação da tese de que a carga tributária no Brasil é insuportável para as pequenas empresas; a terceira (“c”) é resultado do abandono da presunção da legitimidade dos atos do Poder Público; a quarta (“d”) é decorrência da ideia de que há uma cultura nacional de desonestidade e corrupção, tanto no órgão público responsável, como entre os cidadãos; a quinta (“e”) é decorrência da tese de que o serviço público é desorganizado e ineficiente, incapaz de controlar a destinação dos recursos.

Ressalte-se que a utilização de cada uma das cinco hipóteses relacionadas teria por consequência a modificação das técnicas de pesquisa, dos processos de testagem e das pautas de discussão da comunidade científica. Nenhuma delas

exclui as demais, exceto quanto à eleição de uma como “causa predominante” da perda de recursos previdenciários pelo Estado.

Diante de tantas alternativas, o que leva um pesquisador a se decidir e eleger uma hipótese? Primeiro, é importante ter em mente que nem sempre o investigador terá consciência, diante de um problema, de todas as hipóteses possíveis, aliás, normalmente não terá, e o número de conjecturas vislumbradas por ele dependerá muito de seu conhecimento prévio sobre o assunto. Em seguida, a eleição de uma das hipóteses vislumbradas será ideológica: dependerá das preferências pessoais e acadêmicas, manifestadas numa escolha consciente que, segundo o próprio Popper, não pode, nem isso seria desejável, ser submetida a um controle científico ou a uma reconstrução racional.

5.3. Precisão de conteúdo e conhecimento prévio do pesquisador

Talvez a grande utilidade da formulação de hipóteses mais precisas esteja na demarcação de pontos que poderiam passar despercebidos numa investigação orientada por hipóteses mais genéricas, ou que nem sequer contivessem uma hipótese. Saber o que se procura é uma das condições mais importantes para o sucesso de uma pesquisa científica.

A formulação de hipóteses precisas exige que o pesquisador conheça em profundidade a área do conhecimento em que se insere o problema por ele escolhido como objeto da investigação, antes mesmo de iniciá-la. Para tanto, precisará ter feito uma considerável revisão de literatura antes de redigir o projeto de pesquisa (ou possuir considerável experiência prática).

Do contrário, não conseguirá nada além da formulação de hipóteses muito genéricas. Aliás, pode-se afirmar, sem receio, que, muitas vezes, quando os pesquisadores ou até mesmo os professores de metodologia dizem que um determinado tema ou uma determinada modalidade de pesquisa não são “apropriados” para a formulação de hipóteses, o que ocorre é uma insuficiência na revisão de literatura até então desenvolvida, e não uma incompatibilidade *a priori* ou essencial entre um dado tema e o método hipotético-dedutivo.

6. CONCLUSÕES

Com o presente trabalho, pretendeu-se dar continuidade às reflexões sobre a aplicação, à ciência jurídica, do método hipotético-dedutivo proposto por Karl Popper;

De início, procurou-se afirmar que todas as técnicas e todos os procedimentos de pesquisa estão vinculados a uma determinada concepção teórica do conhecimento humano, e só conseguem fazer sentido quando contextualizados;

Adotou-se, como teoria do conhecimento, o falibilismo, formulado pelo epistemólogo austríaco, segundo a qual o conhecimento humano não passa de um conjunto de explicações imperfeitas sobre uma realidade impossível de abarcar em toda a sua complexidade, que nunca deixa de ser hipotético e só consegue progredir quando submetido à crítica da comunidade científica e aos testes mais rigorosos que possam ser concebidos;

Ainda para Popper, o pesquisador, tendo em vista a hipótese que conduz a investigação, não deve procurar comprová-la, confirmá-la, mas contradizê-la, desmenti-la, empregando, para tanto, os mais rigorosos argumentos e experimentos, só a apresentando à comunidade científica como verdadeira se resistir a todos os testes concebidos;

O “conteúdo lógico” de uma hipótese é o conjunto de afirmações logicamente dedutíveis que a confirmam; o “conteúdo empírico”, o conjunto de afirmações logicamente dedutíveis que a contradizem. Uma hipótese será mais precisa quanto maior for o seu “conteúdo empírico”, ou seja, de acordo com a quantidade de seus “falsificadores em potencial”.

Uma hipótese mais precisa, por dizer mais sobre uma realidade, por trazer afirmações mais arriscadas quanto às causas, às consequências, à frequência ou a intensidade do fenômeno, é mais difícil de ser confirmada em confronto com a realidade, está sujeita a um número maior e mais complexo de testes, e pode ser discutida de forma mais aprofundada e contundente pela comunidade científica;

Por tudo isso, uma hipótese mais precisa é mais relevante cientificamente, pois, se for refutada, indicará novos caminhos para os pesquisadores e, com os testes que só puderam ser sugeridos após sua formulação, indicará até mesmo novos problemas; por outro lado, se sobreviver aos testes propostos, poderá ser aceita com mais segurança do que uma hipótese vaga ou genérica;

Na ciência jurídica, um exemplo muito conhecido da substituição de uma teoria por outras mais precisas pode ser encontrado na evolução da classificação das normas constitucionais segundo a eficácia: primeiro com Thomas Cooley (“normas auto-aplicáveis” e “não auto-aplicáveis”), depois com Vezio Crisafulli (“normas de eficácia plena” e “normas de eficácia limitada”) e por fim com José Afonso da Silva (“normas de eficácia plena”, “normas de eficácia contida” e “normas de eficácia limitada”);

Para investigações jurídicas futuras, a formulação de hipóteses mais precisas dependerá essencialmente do conhecimento prévio do pesquisador, que pode ser adquirido, antes do início da investigação, com uma considerável revisão de literatura sobre o assunto, ou com a experiência profissional.

REFERÊNCIAS

BACON, Francis. *Novum Organum ou Verdadeiras Indicações Acerca da Interpretação da Natureza*. Tradução José Aluysio Reis de Andrade. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

BOOTH, Wayne C.; COLOMB, Gregory G.; WILLIAMS, Joseph M. *A arte da pesquisa*. Tradução de Henrique A. Rego Monteiro. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DESCARTES, René. *Discurso do Método. Regras para a Direção do Espírito*. Tradução Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2005.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e pratica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MARIN, Solange Regina; FERNÁNDEZ, Ramón García. O pensamento de Karl Popper: as diferentes interpretações do metodólogos da Ciência Econômica. *Revista de Análise Econômica*. Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. ano 22, n. 41, mar. 2004. Disponível em: <www.ufrgs.br/fce/rae/edicoes_antteriores/pdf_edicao41/artigo07.pdf> Acesso em: 18. dez. 2007.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

POPPER, Karl. *Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge*. 7. ed. 1. reimp. London; New York: Routledge, 2006.

_____. *Lógica das Ciências Sociais*. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

_____. *Lógica da Pesquisa Científica*. Tradução de Leônidas Hengenber e Octanny Silveira da Mota. 12. ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

_____. *Tolerancia y Responsabilidad Intelectual*. Hispanic American Center for Economic Research. Online Library. Disponível em: <<http://www.hacer.org/pdf/Popper.pdf>> Acesso em: 27 jun. 2007.

PRADO, Daniel Nicory do. *O uso de hipóteses na pesquisa jurídica*. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. 16. 2007, Belo Horizonte. *Anais eletrônicos...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 1040-1060. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/daniel_nicory_do_prado.pdf> Acesso em: 15 abr. 2011.

RODRIGUES, Horácio Wanderley. Metodologia da pesquisa nos cursos de Direito: uma leitura crítica. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. 14., 2005, Fortaleza. **Anais eletrônicos...** Fortaleza: CONPEDI, 2005. Disponível em: <<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Horacio%20Wanderlei%20Rodrigues.pdf>> Acesso em: 05 jul. 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

ZACCARELLI, Sérgio Baptista; GALHARDI, Antônio César. A pesquisa em Administração sob a ótica de Karl Popper. In: SEMEAD – SEMINÁRIOS EM ADMINISTRAÇÃO DA FACULDADE DE ECONOMIA, ADMINISTRAÇÃO E CONTABILIDADE DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. 7. 2004. **Anais eletrônicos...** São Paulo: FEA-USP. 2004. Disponível em: <http://www.ead.fea.usp.br/semead/7semead/artigos%20recebidos/Ensino/ENS05_-_A_Pesquisa_em_Administra%E7%E3o_sob_a_%D3tic.PDF> Acesso em: 18 dez. 2007.

PESQUISAS JURÍDICO-PROPOSITIVAS: RUMO A UMA TEORIA RACIONAL DA LEGISLAÇÃO

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O descrédito da teoria da legislação, segundo Miguel Reale. 3. O método jurídico-propositivo nas pesquisas jurídicas. 4. O papel das Ciências Sociais, segundo Karl Popper. 5. Rumo a uma teoria racional da legislação. 5.1. Exemplos recentes de produção de efeitos indesejados por uma alteração legislativa. 5.1.1. *Lei 12.015/2009*; 5.1.2. *Lei 11.705/2008*. 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A Ciência Jurídica tem se dedicado preponderantemente, nos últimos tempos, à compreensão racional da aplicação do Direito, sobretudo da decisão judicial. Por outro lado, a chamada “teoria da legislação”, muito discutida no século XIX, caiu em descrédito no século passado, e a Política Jurídica tem despertado cada vez menos atenção científica, quer seja dos juristas, quer seja dos politicólogos.

Com o presente trabalho, pretende-se aplicar uma tese de Karl Popper, segundo a qual o papel das ciências sociais é compreender o surgimento dos efeitos indesejados das ações humanas voluntárias, explicá-los e tentar propor formas de reduzi-los, às pesquisas jurídico-propositivas, ou seja, às que têm como objetivo diagnosticar as deficiências de um quadro normativo vigente e indicar soluções alternativas.

Tal proposta tem o objetivo de ajudar a resgatar do descrédito a chamada “teoria da legislação”, mas sem a pretensão ingênua de excluir o componente político – inevitável e, além disso, desejável – da decisão legislativa. Ao contrário, pretende-se, com esse trabalho, sugerir uma metodologia para o desenvolvimento de pesquisas jurídico-propositivas capazes de revelar fundamentos racionais para a escolha legislativa.

O subtítulo do presente trabalho é uma paródia do título de um ensaio de Popper, denominado “Towards a Rational Theory of Tradition”¹³⁴, integrante da obra **Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge**¹³⁵ e não deve soar pretensioso ou transformador, mas apenas como uma homenagem ao autor que serviu de inspiração e como uma provocação ao leitor interessado em apreciá-lo.

134 “Rumo a uma Teoria Racional da Tradição”, numa tradução livre.

135 POPPER, Karl. **Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge**. 7. ed. 1. reimpr. London; New York: Routledge, 2006.

2. O DESCRÉDITO DA TEORIA DA LEGISLAÇÃO, SEGUNDO MIGUEL REALE

Miguel Reale, em seus laboriosos esforços para definir um sistema de conhecimento referente ao fenômeno jurídico, e para identificar a natureza e as funções de cada um dos seus campos, define a Política do Direito como o setor que “prepara e exige a opção por determinada solução legislativa, com exclusão e preterição de outras vias possíveis, o que tudo implica o estudo objetivo da correlação entre os meios idôneos e os fins reclamados pela coletividade”¹³⁶.

No entanto, segundo o jusfilósofo paulista, esse campo foi sendo excluído da cogitação científica pela tradição positivista, que acreditou poder substituí-lo pelos diversos ramos da Sociologia. Reale destaca que a antiga “teoria da legislação”, como era chamada, muito prestigiada no século XIX e encampada por autores como Jeremy Bentham, acabou desqualificada pelo positivismo por seu “caráter abstrato iluminístico ou moralizante, dada a carência de conhecimentos psicológicos, sociológicos e econômicos sobre os fatos condicionadores da ação legislativa”¹³⁷.

Recorrendo a Bentham para compreender os motivos de seu abandono pela teoria social que o sucedeu, pode-se constatar que o pensamento do filósofo inglês é radicalmente utilitarista, entendendo que a fundamentação legítima de um ato de governo está em sua conformidade com o princípio da utilidade, ou seja, quando a sua “tendência de aumentar a felicidade da comunidade for maior do que qualquer tendência que tenha a diminuí-la”¹³⁸.

Além disso, esse mesmo fundamento deveria orientar a produção legislativa, e “em se tratando de uma ação conforme ao princípio da utilidade, podemos sempre afirmar ou que ela deve ser praticada ou, no mínimo que não é proibido praticá-la”¹³⁹. Traduzindo a tese com o emprego das conhecidas modalidades deonticas do “obrigatório, do proibido ou do permitido”¹⁴⁰, poder-se-ia dizer que as ações humanas úteis deveriam ser obrigatórias ou, pelo menos, permitidas.

Ao longo do escrito, Bentham propõe uma metodologia para a identificação da utilidade ou inutilidade das ações, em função da quantidade de dor e de prazer

136 REALE, Miguel. **O Direito como experiência**. 2. ed. fac-similar com nota introdutória do autor. 4. tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 64.

137 Ibidem.

138 BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. Tradução de Luiz João Baraúna. In: _____. **Os pensadores**. 2. Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 02-68. p. 04.

139 Ibidem. p. 05.

140 BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed., Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 31.

que elas provocam ou evitam; discorre, longamente, sobre a sua própria teoria da ação humana, levando em consideração a consciência, os motivos da ação, os seus resultados; para por fim definir uma teoria da sanção e propor uma delimitação entre os campos da ética e da legislação¹⁴¹.

Segundo o filósofo inglês, “todo ato que promete ser benéfico, em seu conjunto, para a coletividade (incluindo a própria pessoa), todo indivíduo deve praticá-lo por si mesmo; todavia o legislador não tem o direito de impor à pessoa individual a prática de cada um desses atos”¹⁴².

Em seu raciocínio, são três as espécies de conduta ética: a prudência (atos do sujeito que promovem a sua própria felicidade), a benquerença (atos do sujeito que promovem a felicidade alheia) e a probidade (atos do sujeito que não provocam a infelicidade alheia). Segundo Bentham, os atos de prudência devem ser deixados à consideração do próprio sujeito, portanto, à ética privada, cabendo ao legislador, no máximo, impor leves censuras a comportamentos evidentemente autolesivos; os atos de benquerença também devem ser deixados a cargo do próprio sujeito, exceto quando se tratar de proteger o próximo de um perigo, sem risco ou prejuízo para o benfeitor, quando essa ação deve ser tornada obrigatória; e, por fim, os atos de probidade constituiriam o campo mais profícuo da arte da legislação¹⁴³, cabendo ao responsável impor um sistema de punições que não sejam ineficazes, inúteis ou supérfluas¹⁴⁴.

Com essa exposição, pode-se constatar que Bentham carregava consigo a crença moderna na possibilidade de um juízo ético universal, presumia a boa intenção do responsável pela atividade legislativa e não dava a devida atenção à complexidade do jogo de interesses em conflito, que torna problemática, em muitos casos, a identificação da opção que promoverá a maior felicidade comum.

Popper faz uma consideração bastante semelhante ao afirmar que a simplicidade dos princípios morais, quando confrontada com a complexidade das situações de fato a que eles se aplicam, gera muitas dúvidas quanto à sua concretização em cada caso e derruba a crença, também moderna, de que a verdade é manifesta¹⁴⁵.

Em todo o caso, a teoria benthamiana da ação traz uma distinção clara entre a intenção e as consequências, e percepção de que essas últimas podem ocorrer num sentido diverso do pretendido, em razão das circunstâncias.

141 BENTHAM. Op. Cit. passim.

142 Ibidem. p. 65.

143 Ibidem. p. 63-67.

144 Ibidem. p. 59.

145 POPPER. Op. Cit. p. 492.

Essa afirmação, óbvia e presente em muitas outras teorias da ação, como as desenvolvidas pela dogmática penal, é, sem embargo, muito importante para trazer à reflexão o seguinte problema: a provocação de resultados indesejados ou imprevistos, por ser um risco inerente às ações humanas em geral, também está presente nos atos do próprio legislador e, como tal, deve ser levada em conta nas pesquisas destinadas a fundamentar racionalmente uma proposição legislativa.

3. O MÉTODO JURÍDICO-PROPOSITIVO NA CIÊNCIA JURÍDICA

Miracy Gustin e Maria Tereza Dias mencionam o método jurídico-propositivo como sendo aquele destinado “ao questionamento de uma norma, de um conceito ou de uma instituição jurídica com o objetivo e propor mudanças ou reformas legislativas concretas”¹⁴⁶. No entanto, as autoras advertem que “sendo as pesquisas jurídicas um campo especial das Ciências Sociais Aplicadas, toda e qualquer investigação deverá ter a finalidade propositiva, por sua própria natureza de ciência aplicada”¹⁴⁷.

Embora essa segunda afirmação pareça uma excessiva radicalização do problema da pesquisa propositiva, tendo em vista determinadas investigações históricas, descritivas ou teóricas destinadas primariamente à reconstrução ou à recolocação de questões conceituais sem qualquer pretensão de aplicação, pode-se entender a afirmação das pesquisadoras mineiras da seguinte maneira: toda e qualquer investigação pode servir a uma finalidade propositiva, direta ou indiretamente, mesmo que o próprio cientista não o pretenda ou nem sequer se aperceba disso.

No entanto, é preciso perceber que uma investigação pode ter como principal finalidade a proposição de uma solução legislativa alternativa, e que isso não representa necessariamente uma atitude alheia ao espírito científico. É verdade que muitos juristas emitem manifestações a respeito de textos normativos, e da necessidade de sua revisão, sem a sistematicidade e o rigor necessários à sua consideração científica.

Esse tipo de manifestação, perfeitamente legítimo por sua posição política e sua condição social, enquanto cidadão consciente e capaz de intervir nos destinos da comunidade que integra, não passará de mera opinião – certa ou errada, não se está a discutir – se não for desenvolvida com um método inteligível e, especialmente, se não se basear em fundamentos testáveis e criticáveis pela comunidade dos pesquisadores.

146 GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 50.

147 *Ibidem*.

Em verdade, a pretensão de camuflar a opinião como ciência é muito comum na atitude da dogmática jurídica¹⁴⁸, e, embora, muitas vezes, as estratégias de dissimulação desenvolvidas pelo jurista sejam bem sucedidas, os seus exemplos mais gritantes e menos habilidosos acabam contribuindo não só para o descrédito da “teoria da legislação”, já diagnosticado por Reale, mas para a desconfiança quanto ao caráter científico da teoria jurídica.

Com esse trabalho, pretende-se sugerir uma linha metodológica geral para o desenvolvimento de pesquisas jurídico-propositivas, que vão além da mera opinião, embora com a consciência de que a ponderação da conveniência e da oportunidade da opção legislativa, pelos legitimados democraticamente a fazê-la, deve ter as conclusões da teoria social apenas como um dos fatores para a decisão, e nem mesmo é preciso que seja o mais importante deles.

4. O PAPEL DAS CIÊNCIAS SOCIAIS, SEGUNDO KARL POPPER

A influência do pensamento de Karl Popper na epistemologia do século XX e a sua aplicação à Ciência Jurídica já foram abordadas nos capítulos 2 e 3 desta obra e não serão objeto de maiores considerações neste escrito.

Pretende-se, no momento, analisar uma das afirmações do epistemólogo austríaco, acerca do papel das ciências sociais, constantes de dois ensaios¹⁴⁹ contidos numa de suas obras mais importantes, o livro **Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge**¹⁵⁰, segundo a qual a principal tarefa das ciências sociais é mapear as repercussões sociais involuntárias das ações humanas voluntárias¹⁵¹.

Popper oferece aos leitores o exemplo da mais conhecida afirmação teórica das ciências sociais, acessível inclusive para o público não especializado, a “lei da oferta e da procura”, que está na base da Ciência Econômica: quem deseja vender algo, quando anuncia essa vontade, contribui para a depreciação do valor de mercado desse bem, enquanto o sujeito que pretende comprar contribui para a elevação do valor de mercado daquilo que deseja adquirir, o que seria um caso típico de consequência involuntária de um ato voluntário e, mais do que isso, de consequência indesejada, já que, usualmente, o vendedor não deseja reduzir o valor de mercado, nem o comprador pretende elevá-lo¹⁵².

148 Ver, a esse respeito, WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito II: a Epistemologia Jurídica da Modernidade**. Tradução de José Luis Bolzan. 1. Ed. 1. Reimp. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005. p. 57-99.

149 “Towards a Rational Theory of Tradition” e “Prediction and Prophecy in Social Sciences”

150 POPPER. Op. Cit.

151 Ibidem. p. 460.

152 Ibidem. p. 166-167.

Segundo o autor, essa tese é generalizável para todas as situações sociais, já que nada acontece exatamente como fora pretendido pelo autor da ação, e que frequentemente é impossível eliminar os resultados indesejáveis¹⁵³.

Para compreender a tese, é preciso ter em mente duas considerações mais gerais sobre o pensamento do autor: 1) o fato de ele fundar toda a sua filosofia da ciência no falibilismo, ou seja, na tese da imperfeição do homem, da inevitabilidade do erro, no entanto, na fecunda possibilidade aberta pelos erros para que quem os comete aprenda com eles; 2) o seu famoso combate ao marxismo como teoria científica e como ideologia política.

O falibilismo, cuja origem histórica remonta a Xenófanes, filósofo grego pré-socrático, serve de fundamento para a tese das “consequências indesejadas”, já que, considerando a imperfeição essencial do ser humano, o poder de previsão dos resultados dos seus atos, embora seja considerável e constitua a sua própria racionalidade, não é infinito; além disso, a execução dos atos, em função de um resultado, nunca corresponde perfeitamente ao planejamento.

Essa possível – ou, segundo Popper, inevitável – divergência entre o resultado pretendido, o planejamento para alcançá-lo e a execução dos meios escolhidos é conhecida dos juristas, pois encontra um exemplo paradigmático, para a teoria da conduta em Direito Penal, no caso dos crimes culposos¹⁵⁴.

Já a crítica ao marxismo mereceu a reunião de todos os esforços intelectuais de Popper, tanto de seus estudos políticos de inspiração liberal reunidos na obra **A Sociedade Aberta e seus inimigos**¹⁵⁵ quanto nos muitos trabalhos da epistemologia e da metodologia das ciências sociais, entre eles os já citados.

Simplificando o máximo possível a questão, para os propósitos estreitos do presente trabalho, embora sem perder de vista a complexidade da crítica popperiana e da resposta dos marxistas, pode-se afirmar que Popper rejeita o caráter científico da teoria marxista da história por não preencher o seu critério de demarcação, ou seja, a testabilidade ou refutabilidade em face da possibilidade de existência de fatos demonstráveis objetivamente e que desmentiriam a teoria, se ocorressem.

Além disso, ele considera muito ambiciosa a sua pretensão de fazer previsões científicas incondicionais no campo da história, quando, por outro lado, esse tipo

153 Ibidem. p. 166.

154 Para uma revisão ampla e aprofundada da teoria da ação, ver GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em Direito Penal**: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

155 POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução de Milton Amado. 3. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998. 2v.

de previsão só seria possível em sistemas bem isolados, estacionários e recorrentes, que são muito raros mesmo na natureza, e que não são características das sociedades modernas¹⁵⁶.

Por fim, o autor considera o marxismo um exemplo de “teoria da conspiração”, segundo a qual o que quer que ocorra numa sociedade, inclusive os eventos desagradáveis como a guerra, o desemprego, a pobreza e a escassez, é resultado direto dos planos de indivíduos ou grupos humanos maus e poderosos¹⁵⁷. Ao contrário dessa visão, as conspirações autênticas são poucas e, mesmo quando ocorrem, raramente são bem sucedidas, pois os atos praticados pelos conspiradores, ao repercutirem no ambiente social, fogem ao seu controle, e podem produzir outros efeitos, diversos dos pretendidos¹⁵⁸.

Popper enfatiza que o próprio Marx teria vislumbrado os efeitos involuntários das condutas humanas voluntárias, e que o capitalista não seria necessariamente um “conspirador demoníaco”, mas alguém tão imbricado na rede de relações sociais quanto o próprio proletário que ele explora. Segundo o autor, no entanto, essa específica visão de Marx fora abandonada por boa parte dos teóricos marxistas que o sucederam, e que teriam insistido nas teorias da conspiração¹⁵⁹.

Em todo o caso, essa longa digressão serve para demonstrar que, embora Popper tenha enveredado pela reflexão sobre a metodologia das ciências sociais com um objetivo político bastante específico – o combate ao marxismo como ciência e como ideologia – as suas conclusões são bastante úteis e generalizáveis para além dos exemplos paradigmáticos.

O estudo dos efeitos involuntários e, especialmente, indesejados, dos atos humanos voluntários, serve não somente ao já citado caso dos crimes culposos, na teoria do delito, a que o jurista já está acostumado, mas, antes, é um roteiro metodológico bastante fértil para o empreendimento de pesquisas jurídico-propositivas.

Qual seria afinal a utilidade desse estudo? Segundo Popper, além da curiosidade científica, ele seve para preparar a comunidade para esses efeitos involuntários e, se possível, para combatê-los, evitando-os ou atenuando-os, mas, é claro, com a consciência de que esses novos atos, instruídos pela teoria, provocarão novos efeitos involuntários¹⁶⁰.

156 Idem. *Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge*. 7. ed. 1. reimp. London; New York: Routledge, 2006. p. 457.

157 Ibidem. p. 459.

158 Ibidem. p. 460.

159 Ibidem. p. 460-461.

160 Ibidem. p. 167.

5. RUMO A UMA TEORIA RACIONAL DA LEGISLAÇÃO

Compreendidos os elementos do pensamento popperiano que interessarão ao presente trabalho, pode-se afirmar que uma teoria racional da legislação não se satisfaz apenas com a consideração dos efeitos voluntários (previstos e desejados) de uma alteração legislativa, mas precisa cogitar também os efeitos involuntários dessa alteração, em especial os indesejáveis, ou seja, os que ocorrem no sentido oposto ao pretendido com a alteração, e podem simplesmente torná-la ineficaz ou, pior, agravar o problema social que se pretendeu combater.

Os efeitos indesejáveis das alterações legislativas podem ser identificados, pelo menos, em dois âmbitos diferentes: 1) na sua posição sistêmica, ou seja, nas relações do novo texto normativo com o ordenamento preexistente; 2) nas suas condições de eficácia social, ou seja, nas relações do novo texto normativo com o mundo da vida.

Com efeito, o surgimento de uma nova norma a partir de um texto produzido pelos sujeitos autorizados sempre se dá num contexto normativo que a antecede e que exerce sobre ela uma função de controle. Reale já constatava que “uma das principais formas de seguro contra os desmandos do poder consiste em não acolher as suas opções normativas como atos isolados, mas sim como elos ou momentos, cujo significado é inseparável do sentido geral do ordenamento”¹⁶¹. Segundo o jusfilósofo paulista, o sistema é uma limitação permanente ao voluntarismo do legislador, visto que “no instante mesmo em que, graças à interferência do poder, se dá a objetivação de uma regra de direito, esta se insere no contexto normativo já vigente, subordinando-se a uma totalidade de sentido que a transcende”¹⁶². Assim, essa mesma garantia do cidadão, contra o arbítrio do detentor do poder, é também uma limitação para as alterações legislativas bem intencionadas.

O primeiro problema, resultante das relações sistêmicas das normas resultantes do novo texto com o restante do ordenamento, consiste na sua incompatibilidade com parte do ordenamento preexistente (chamada de “antinomia”, na tradição juspositivista¹⁶³), que resultará em sua invalidade (inconstitucionalidade ou ilegalidade) quando o conflito ocorrer com norma hierarquicamente superior, ou na revogação dos dispositivos contrários, quando o conflito ocorrer com norma hierarquicamente igual ou inferior.

Para uma teoria racional da legislação, é preciso saber identificar não só a incompatibilidade que leva à invalidação – e, com efeito, existem órgãos, na estrutura

161 REALE. Op. Cit. p. 134.

162 Ibidem.

163 BOBBIO. Op. Cit.

dos parlamentos, especializados nessa verificação, as Comissões de Constituição e Justiça – mas também a que leva à revogação de dispositivos contrários, que podem levar ao surgimento de lacunas do ordenamento.

Assim, o primeiro passo é a correção da incompatibilidade que levaria à invalidação da nova norma, pois a sua permanência resultaria na inocuidade da alteração, bem como a correção, se possível da incompatibilidade revogadora – se ela não for exatamente o objetivo da alteração – e, quando isso for impossível, o estabelecimento de regras de transição para os setores do mundo da vida que seriam afetados pela ausência de regulamentação.

No entanto, os problemas das relações sistêmicas entre a nova norma e o ordenamento preexistente não se resumem à incompatibilidade, total ou parcial. Ao contrário, outras questões, muito mais difíceis de identificar do que o conflito direto, podem levar à diminuição dos efeitos pretendidos ou, até, à produção dos efeitos opostos, indesejados, portanto, no momento da produção normativa.

Além da posição sistêmica, as condições de eficácia social dos novos textos normativos podem levar à produção de consequências muito diferentes das pretendidas, e precisam ser conhecidas com profundidade, para que a alteração legislativa realmente seja considerada a mais correta.

Dois exemplos recentes podem ilustrar a questão. Em sua abordagem, dar-se-á mais atenção aos problemas decorrentes da posição sistêmica das novas normas, mas também serão indicadas, eventualmente, as condições de eficácia social e suas consequências imprevistas.

5.1. Exemplos recentes da produção de efeitos indesejados por uma alteração legislativa

5.1.1. Lei nº 12.015/2009

Em 2009, foi publicada a Lei nº 12.015¹⁶⁴, que realizou diversas alterações no título dos crimes sexuais, na parte especial do Código Penal, levando, entre outras coisas, à unificação dos crimes sexuais violentos, antes divididos em estupro (art. 213) e atentado violento ao pudor (art. 214), e, a partir de então, reunidos sob o primeiro *nomem juris* (estupro), com uma definição que alcança também as hipóteses normativas antes tratadas como atentado violento ao pudor.

Além disso, alterou-se o tratamento dos crimes sexuais contra crianças e adolescentes, antes derivados do tipo comum com a referência ao conceito de

164 BRASIL. Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/818585/lei-12015-09>> Acesso em: 23 fev. 2011.

“violência presumida” e, a partir de então, previstos em tipo autônomo, especial, sem a consideração da presunção de violência, mas levando em conta a vulnerabilidade como conceito norteador da proibição das relações sexuais com menores de 14 (catorze) anos¹⁶⁵.

Fazendo uma análise do parecer apresentado pela relatora da emenda substitutiva ao projeto de lei que resultou no citado diploma normativo¹⁶⁶, pode-se observar que, por exemplo, a mudança da descrição do bem jurídico protegido, referido pela redução original do Código como sendo os “costumes”, para uma noção mais atualizada de “liberdade sexual”, orientou-se pela noção do respeito à dignidade humana, e não pela proteção da moralidade social dominante.

Além disso, a criação do tipo de “estupro de vulnerável” teve o objetivo de impedir que “em juízo a presunção de violência seja analisada pelos magistrados de acordo com a compleição física das meninas que estejam à sua frente”¹⁶⁷.

Por fim, o objetivo do projeto não foi “ampliar as penas, mas (...), em todos os casos em que a criança for vítima, a pena será agravada, pela sua condição de desenvolvimento”¹⁶⁸. No entanto, se essa não foi a intenção, em geral, certamente não havia o desejo de dar um tratamento mais brando aos infratores e sim, como regra, de manter as penas atuais, e aumentá-las quando as vítimas forem crianças.

Será que a alteração provocou, no caso, os efeitos desejados?

Num primeiro ponto, a redação do novo tipo penal inviabiliza, de fato, a antiga tese da relativização da presunção de violência, mas não exclui completamente a possibilidade de apreciar a “compleição física das meninas”, como critério para a não incriminação, já que permanece, no Direito Penal, o erro de tipo como causa de exclusão do dolo e, portanto, da tipicidade, exceto quando couber a punição a título de culpa, o que não é o caso dos crimes sexuais.

Portanto, a relação sistêmica do novo tipo de estupro de vulnerável, com a parte geral do Direito Penal, permite que a punição do sujeito que mantém relação sexual com menor de 14 (catorze) anos não seja automática, mas leve

165 “Estupro de vulnerável. Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.” BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/91614/codigo-penal-decreto-lei-2848-40>> Acesso em: 15 fev. 2011.

166 Idem. Câmara dos Deputados. **Parecer do Relator, pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da exploração sexual de crianças e adolescentes, à emenda substitutiva global de plenário nº 1 ao Projeto de Lei nº 4.850, de 2005.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/564750.pdf>> Acesso em: 15 fev. 2011.

167 Ibidem. p. 3.

168 Ibidem.

em consideração as circunstâncias particulares em que o seu erro de tipo seria justificado (apenas para usar um exemplo hiperbólico, quando, além da compleição física precocemente amadurecida, a adolescente mentisse a respeito da idade, quando questionada pelo réu, e até lhe apresentasse documento de identidade falsificado).

Até aqui, tratou-se apenas da limitação dos efeitos desejados pelas relações sistêmicas do novo texto normativo. No entanto, o evento mais notável, no caso da Lei nº 12.015/2009, foi a produção de efeitos não desejados pelo legislador. É que, com a unificação dos crimes sexuais violentos, os sujeitos antes condenados por estupro e atentado violento ao pudor, em concurso material, por terem praticado mais de um tipo de ato sexual com a mesma vítima, que, na opinião predominante da jurisprudência, nem sequer admitia o reconhecimento da continuidade delitativa¹⁶⁹, passaram a poder ser condenados como autores de crime único, pois a nova figura do estupro constituiria um tipo misto alternativo¹⁷⁰, afastando a figura do concurso e, na prática, reduzindo à metade as penas anteriores.

Em verdade, não se pode deixar de dizer que, já na vigência da lei antiga, a tese do concurso material era uma interpretação jurisprudencial excessivamente severa, em função da especial reprovação moral dos crimes sexuais, que se mostrava incoerente, inclusive, com o posicionamento da mesma jurisprudência a respeito da possibilidade de reconhecimento da continuidade delitativa entre crimes patrimoniais semelhantes, porém não idênticos¹⁷¹.

A percepção desse efeito – a redução, na prática, à metade, das penas dos condenados pela prática de mais de um tipo de ato sexual contra a mesma vítima no mesmo contexto – e a intensa reprovação moral que esses comportamentos continuam recebendo, já provocaram uma surpreendente reação de alguns tribunais, como o Superior Tribunal de Justiça que, embora tenha seguido a tese do crime único em alguns julgados da Sexta Turma¹⁷², considerou, em outros prece-

169 DELMANTO, Celso *et alli*. **Código Penal comentado**: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal em legislação complementar. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 235.

170 DELGADO, Yordan Moreira. **Comentários à Lei nº 12.015/09**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2289, 7 out. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13629>>. Acesso em: 22 fev. 2011.

171 DELMANTO. Op. Cit. p. 234-235; DELGADO. Op. Cit.

172 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Relator Desembargador Convocado Haroldo Rodrigues. Habeas Corpus nº 167517. Julgado em 17/08/2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15941089/habeas-corpus-hc-167517-sp-2010-0057558-8-stj>> Acesso em: 23 fev. 2011. , HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. MODIFICAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 12.015/09. LEI PENAL MAIS BENÉFICA. RETROATIVIDADE. CONDUTAS PRATICADAS CONTRA A MESMA VÍTIMA E NO MESMO CONTEXTO. CRIME ÚNICO. ORDEM CONCEDIDA. 1. A Sexta Turma desta Corte, no julgamento do HC nº 144.870/DF, da relatoria do eminente Ministro Og Fernandes, firmou compreensão no sentido de que, com a superveniência da Lei nº 12.015/2009, a conduta do crime de atentado violento ao pudor, anteriormente prevista no artigo 214 do Código Penal, foi inserida

denes, da Quinta Turma, a nova figura de estupro como tipo misto cumulativo e não alternativo e, além disso, que não caberia nem sequer o reconhecimento da continuidade delitiva entre as duas espécies, por falta de homogeneidade na forma de execução¹⁷³.

Essa polêmica jurisprudencial, provocada involuntariamente pela alteração legislativa, coloca em pauta duas questões principais: primeiro, as relações sistêmicas da nova norma podem produzir efeitos inesperados e até indesejados; segundo, o desenvolvimento judicial do Direito é capaz ou de neutralizar ou de agravar esses efeitos. Mesmo que a posição jurisprudencial conservadora do *status quo ante* se consolide como majoritária, a mera reabertura da discussão sobre o cabimento da continuidade delitiva entre as diversas práticas sexuais violentas já constituiu um efeito indesejado e inesperado da alteração.

àquela do art. 213, constituindo, assim, quando praticadas contra a mesma vítima e num mesmo contexto fático, crime único de estupro.

2. Tendo em vista que o paciente foi condenado por ter praticado, mediante grave ameaça, conjunção carnal e coito anal contra a mesma vítima e no mesmo contexto, é de rigor, pelo princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, o afastamento da condenação pelo atentado violento ao pudor.

3. Habeas corpus concedido para determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena, nos termos da Lei n.º 12.015/2009, destacando que deverá ser refeita a análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal.

173 Idem. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Relatora Ministra Laurita Vaz. Habeas Corpus 78667. Julgado em 22/06/2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15464894/habeas-corpus-hc-78667-sp-2007-0053406-5-stj>> Acesso em: 23 fev. 2011. “HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONDENAÇÃO PELOS CRIMES EM CONCURSO MATERIAL. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N.º 12.015/2009. REUNIÃO DE AMBAS FIGURAS DELITIVAS EM UM ÚNICO CRIME. TIPO MISTO CUMULATIVO. CUMULAÇÃO DAS PENAS. INOCORRÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. FIXAÇÃO DO REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.º, § 2.º DA LEI N.º 8.072/90.

1. Antes da edição da Lei n.º 12.015/2009 havia dois delitos autônomos, com penalidades igualmente independentes: o estupro e o atentado violento ao pudor. Com a vigência da referida lei, o art. 213 do Código Penal passa a ser um tipo misto cumulativo, uma vez que as condutas previstas no tipo têm, cada uma, “autonomia funcional e respondem a distintas espécies valorativas, com o que o delito se faz plural” (DE ASÚA, Jimenez, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Buenos Aires, Editorial Losada, 1963, p. 916).

2. Tendo as condutas um modo de execução distinto, com aumento qualitativo do tipo de injusto, não há a possibilidade de se reconhecer a continuidade delitiva entre a cópula vaginal e o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, mesmo depois de o Legislador tê-las inserido num só artigo de lei. 3. Se, durante o tempo em que a vítima esteve sob o poder do agente, ocorreu mais de uma conjunção carnal caracteriza-se o crime continuado entre as condutas, porquanto estar-se-á diante de uma repetição quantitativa do mesmo injusto. Todavia, se, além da conjunção carnal, houve outro ato libidinoso, como o coito anal, por exemplo, cada um desses caracteriza crime diferente e a pena será cumulativamente aplicada à reprimenda relativa à conjunção carnal. Ou seja, a nova redação do art. 213 do Código Penal absorve o ato libidinoso em progressão ao estupro – classificável como *praeludia coiti* – e não o ato libidinoso autônomo, como o coito anal e o sexo oral. 4. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, e após a publicação da Lei n.º 11.464/07, afastou-se do ordenamento jurídico o regime integralmente fechado antes imposto aos condenados por crimes hediondos, assegurando-lhes a progressividade do regime prisional. 5. Ordem parcialmente concedida, apenas para afastar o regime integralmente fechado de cumprimento de pena.

5.1.2. Lei nº 11.705/2008

Em 2008, por meio da Lei 11.705, foram promovidas diversas alterações no Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97), com o objetivo de tornar mais rigoroso o tratamento dado aos motoristas que dirigem sob o efeito de bebidas alcoólicas. Essa modificação ficou popularmente conhecida como “lei seca” e teve muita repercussão nos meios de comunicação, sobretudo em razão das ações de fiscalização¹⁷⁴ realizadas nas principais cidades do país, logo após o início da vigência da lei.

O número de mortes e de ferimentos graves em acidentes de trânsito, no Brasil, é frequentemente comparado, pela mídia, aos de grandes conflitos armados, tamanha é a sua proporção¹⁷⁵.

Diante de um incontestável problema social e de um diagnóstico bastante razoável – de que a ingestão de álcool é uma das principais causas dos acidentes graves –, o Poder Executivo experimentou algumas alternativas: primeiro, tentou proibir a venda de bebidas alcoólicas à margem das rodovias federais, por meio da Medida Provisória nº 415/2008¹⁷⁶; depois, o Congresso Nacional abrandou a proibição, excluindo os estabelecimentos situados em zona urbana, segundo a lei local.

A MP 415 foi profundamente alterada e resultou na Lei 11.705. O sentido das modificações promovidas pelo Legislativo pode ser resumido por um trecho do parecer do deputado Hugo Legal, relator do projeto de lei de conversão: “o endurecimento das relações do condutor de veículo automotor com a ingestão de bebida alcoólica deve prevalecer sobre as medidas baseadas na proibição de venda do produto”¹⁷⁷.

A opção legislativa foi pela valorização da autonomia moral do condutor – punindo-o com mais severidade, caso dirija sob a influência de álcool – ao invés de um proibicionismo paternalista – que seria a pura e simples proibição de venda de bebidas às margens das rodovias, afetando todos aqueles que fazem bom uso da própria liberdade, consumindo álcool apenas quando são passageiros do veículo, e abstendo-se de fazê-lo quando são motoristas.

174 BLITZ da lei seca prende 14 em São Paulo em quatro dias. **Folha Online**. 14/07/2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u422091.shtml>> Acesso em: 23 fev. 2011; TOMAZ, Kleber. SOUFEN JR, Jorge. Blitz da lei seca prende 5 e multa mais 5 no centro de SP. **Folha Online**. 27/06/2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u416743.shtml>> Acesso em: 23 fev. 2011.

175 BRASIL registra 254 mil mortes no trânsito em oito anos. **G1**. 20/09/2007. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL107911-5598,00.html>> Acesso em: 23 fev. 2011.

176 BRASIL. Medida Provisória nº 415, de 21 de janeiro de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Mpv/415.htm> Acesso em: 22 fev. 2011.

177 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Parecer às emendas do Senado Federal ao projeto de lei de conversão Nº 13, de 2008**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/568656.pdf>> Acesso em: 22 fev. 2011.

Deixando de lado questões acessórias, passar-se-á a analisar a alteração promovida no art. 306 do Código de Trânsito, que contém o tipo penal da embriaguez ao volante. A redação original dizia ser crime “conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”¹⁷⁸. Com essa definição, o crime exigia a exposição da incolumidade de alguém a risco potencial, sendo definido, pela doutrina predominante, como crime formal e de perigo concreto, além, é claro, de envolver conceitos mais abertos – influência de álcool ou substância análoga, exposição de outrem a dano potencial.

Com a alteração promovida pela Lei 11.705/2008, o tipo passou a ser “conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência”¹⁷⁹.

Pode-se observar, em primeiro lugar, que foi suprimida uma exigência do tipo anterior, a saber, a exposição da incolumidade de outrem a risco potencial, bastando a condução do veículo sob efeito de substância psicoativa, transformando-o num crime de mera conduta e de perigo abstrato. Além disso, no caso particular do álcool, optou-se por uma técnica muito específica de aferição da influência da substância: a sua concentração no sangue do motorista.

É preciso lembrar que a mesma lei incluiu o Parágrafo Único no art. 306, com a seguinte redação: “o Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo”¹⁸⁰, o que o torna uma lei penal em branco quanto ao meio de prova.

Logo em seguida, foi promulgado o Decreto nº 6.488, de 19 de junho de 2008, prevendo, em seu art. 2º, II, que o equivalente da concentração de seis decigramas por litro de sangue, seria de “três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões”¹⁸¹, no “teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro)”¹⁸².

O caso da Lei 11.705/2008 é emblemático para os propósitos do presente trabalho, pois os efeitos inesperados e indesejados por ela produzidos decorreram tanto da suas relações sistêmicas, ou seja, com o restante do ordenamento, quanto de suas condições de eficácia social, ou seja, de suas relações com o mundo da vida.

178 BRASIL. Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro). Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/103494/codigo-de-transito-brasileiro-lei-9503-97>> Acesso em: 23 fev. 2011.

179 Ibidem.

180 Ibidem.

181 BRASIL. Decreto nº 6.488, de 19 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6488.htm> Acesso em: 22 fev. 2011.

182 Ibidem.

Tratando primeiro de sua efetividade, a nova redação do tipo penal, ao incluir, como elementar do crime, a concentração de álcool no sangue, passou a demandar, como único meio idôneo, a prova técnico-pericial que, além do exame de sangue, pode ser apenas, e no máximo, o emprego do etilômetro (conhecido como “bafômetro”) que mede a concentração de álcool no ar expelido pelos pulmões, nos termos da equivalência definida em regulamento.

Portanto, para ser aplicada, em primeiro lugar, seria preciso dotar os órgãos de fiscalização de equipamentos adequados e suficientes para o seu trabalho. Logo no início da vigência da “lei seca”, quando as “blitz” eram mais intensas e ostensivas, noticiou-se, frequentemente, a insuficiência de bafômetros para dar conta de todas as abordagens aos motoristas possivelmente ébrios¹⁸³.

Note-se que, nas cidades pequenas e médias do interior do país, que muitas vezes nem sequer contam com órgãos próprios de controle do trânsito, e precisam do apoio das polícias para fazê-lo, a falta de equipamentos pode ser um problema crônico e quase intransponível, amenizado apenas pela eventual existência de postos da polícia rodoviária em seu território, mais bem aparelhados, e que possam fazer operações especiais em determinadas épocas do ano (feriados e festas profanas) em que o consumo de álcool e os acidentes tendem a aumentar.

Uma discussão muito conhecida na ciência jurídica pode ajudar a esclarecer a questão. No século XIX, o constitucionalista alemão Ferdinand Lassalle, no clássico **A Essência da Constituição**, fez uma análise bastante pragmática das relações entre os textos normativos e os fatores reais de poder, concluindo que, quando as constituições escritas não se fundamentam nessa correspondência, elas são meras “folhas de papel” que sucumbem necessariamente perante as forças vitais do país¹⁸⁴.

Essa tese foi um profundo golpe na ilusão de onipotência dos juristas dos últimos séculos e, embora frequentemente seja criticada por seu radicalismo – ao entender que as forças reais sempre prevalecem sobre o texto escrito – mesmo os seus opositores mais célebres acabam tendo que reconhecer, em parte, o seu acerto.

Émile Durkheim já havia constatado, no prefácio à segunda edição de **As Regras do Método Sociológico**, que “desagrada ao homem abrir mão do poder sem limites sobre a ordem social que durante muito tempo se atribuiu e, por outro lado, parece-lhe que, se existem verdadeiras forças coletivas, está necessariamente condenado a suportá-las sem poder transformá-las”¹⁸⁵.

183 POR falta de bafômetros, Lei Seca não perturba motoristas de Rio Branco. **AC 24 Horas**. 09/07/2008. Disponível em: <http://www.ac24horas.com/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=1084:por-falta-de-bafros-lei-seca-nperturba-motoristas-de-rio-branco&catid=14:cotidiano&Itemid=114> Acesso em: 23 fev. 2011.

184 LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 33.

185 DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. Tradução de Pietro Nasssetti. 1. ed. 3. reimp. São Paulo: Martin Claret, 2008. p. 27

Nesse sentido, Konard Hesse, quase um século depois, respondeu a Lassalle que, no conflito entre a Constituição escrita e as forças reais, nem sempre o texto é a parte mais fraca, e é possível promover alguma espécie de mudança por meio do texto normativo, sobre esse poder que se impõe e tenta resistir¹⁸⁶.

No entanto, o próprio Hesse precisa reconhecer que “quanto mais o conteúdo de uma Constituição corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa”¹⁸⁷. Sendo assim, se Lassalle pode ter se excedido em seu pessimismo, a principal mensagem a extrair de seu texto é a seguinte: o constituinte (e, com mais razão, o legislador ordinário) não é inteiramente livre para produzir diplomas normativos, nem mesmo se um grande desastre destruir todos os registros da tradição jurídica da nação¹⁸⁸.

Retornando à questão da “lei seca”, se o Estado for incapaz, por insuficiência de recursos orçamentários, de comprar todos os etilômetros necessários, ou até mesmo pela incapacidade do parque industrial de atender, no curto ou no médio prazo, a toda a nova demanda gerada pelo início da vigência da nova lei, a sua efetivação estará seriamente comprometida em todos os lugares em que os órgãos de fiscalização não tiverem os instrumentos de trabalho apropriados.

No entanto, esse não foi o principal “efeito colateral” da Lei 11.705/2008: o maior problema dela decorrente, e que ameaça torná-la completamente inútil como instrumento a serviço do sistema penal, é a sua relação sistêmica com o direito de não se autoincriminar, consensualmente reconhecido na dogmática processual penal brasileira, cujo exemplo mais evidente é o direito ao silêncio, mas que nele não se esgota¹⁸⁹.

Com efeito, o direito de não produzir prova contra si mesmo é reconhecido até mesmo em outros ramos do Direito Processual e, embora seja, num caso ou no outro, relativizado ou neutralizado com a instituição, no caso de recusa do réu, de uma presunção relativa, analisada em conjunto com o contexto probatório, de que o resultado do exame lhe seria desfavorável¹⁹⁰, no processo penal essas pre-

186 MENDES, Gilmar Ferreira. Apresentação. In: HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução e apresentação de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. p 5.

187 HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução e apresentação de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. p 20.

188 LASSALLE. Op. Cit. p. 11.

189 Ver, como revisão bibliográfica do tema, QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2003.

190 BRASIL. Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/127708/lei-8560-92>> Acesso em: 24 fev. 2011. “**Art. 2º-A**. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos. (Incluído pela Lei nº 12.004, de 2009) Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético – DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório. (Incluído pela Lei nº 12.004, de 2009)”

sunções são inaceitáveis e, além disso, a chamada “lei seca” não deixou nenhuma margem para o suprimento da prova técnica por outros meios, como era possível na redação original do CTB.

O que também tornou emblemático o caso da Lei nº 11.705/2008 foi o reconhecimento, pelos próprios tribunais, de que houve um equívoco em sua redação¹⁹¹, gerando efeitos contrários aos pretendidos, e capaz de torná-la “letra morta”, já que, por um lado, a prova técnica – ou por exame de sangue, ou por etilômetro – é indispensável¹⁹², e, por outro, o suposto autor do crime não pode ser obrigado a se submeter à sua realização¹⁹³.

Enfrentando um problema adicional, relativo à aplicação da lei penal no tempo, e que não será objeto de discussão nesse trabalho, o Tribunal de Justiça do Amapá,

191 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Relator Ministro Og Fernandes. Habeas Corpus nº 166.377. Julgado em: 10/06/2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15029079/habeas-corporus-he-166377-sp-2010-0050942-8-stj/inteiro-teor>> Acesso em: 24 fev. 2011. “EMENTA. HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. AUSÊNCIA DE EXAME DE ALCOOLEMIA. AFERIÇÃO DA DOSAGEM QUE DEVE SER SUPERIOR A 6 (SEIS) DECIGRAMAS. NECESSIDADE. ELEMENTAR DO TIPO. 1. Antes da edição da Lei nº 11.705/08 bastava, para a configuração do delito de embriaguez ao volante, que o agente, sob a influência de álcool, expusesse a dano potencial a incolumidade de outrem. 2. Entretanto, com o advento da referida Lei, inseriu-se a quantidade mínima exigível e excluiu-se a necessidade de exposição de dano potencial, delimitando-se o meio de prova admissível, ou seja, a figura típica só se perfaz com a quantificação objetiva da concentração de álcool no sangue o que não se pode presumir. A dosagem etílica, portanto, passou a integrar o tipo penal que exige seja comprovadamente superior a 6 (seis) decigramas. 3. Essa comprovação, conforme o Decreto nº 6.488 de 19.6.08 pode ser feita por duas maneiras: exame de sangue ou teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro), este último também conhecido como bafômetro. 4. Cometeu-se um equívoco na edição da Lei. Isso não pode, por certo, ensejar do magistrado a correção das falhas estruturais com o objetivo de conferir-lhe efetividade. O Direito Penal rege-se, antes de tudo, pela estrita legalidade e tipicidade. 5. Assim, para comprovar a embriaguez, objetivamente delimitada pelo art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, é indispensável a prova técnica consubstanciada no teste do bafômetro ou no exame de sangue. 6. Ordem concedida.”

192 Ibidem.

193 Ibidem. Voto do Relator: “Procurou o legislador, por conseguinte, inserir critérios objetivos para caracterizar a embriaguez daí a conclusão de que a reforma pretendeu ser mais rigorosa. Todavia, inadvertidamente, criou situação mais benéfica para aqueles que não se submetessem aos exames específicos. Com efeito, ao entendermos que o indivíduo não é obrigado a se autoincriminar (produzir prova contra si mesmo) e, em razão disso, não ser obrigado a se submeter ao teste de bafômetro ou a exame de sangue e, também, que o crime previsto no art. 306 do CTB exige a realização de prova técnica específica, poderíamos, sem dúvida alguma, tornar sem qualquer efeito prático a existência do sobredito tipo penal que veio à lume, justamente, com o objetivo de refrear esse tipo de prática criminosa.

É extremamente tormentoso deparar-se com essa falha legislativa. O que se inovou com o objetivo de coibir mais eficazmente os delitos de trânsito ocasionados pela influência do álcool pode tornar-se absolutamente ineficaz, bastando o indivíduo não se submeter ao exame de sangue ou em aparelho de ar alveolar pulmonar. Entretanto, não se pode perder de vista sobretudo em matéria penal que se rege, antes de tudo, pela estrita legalidade e tipicidade da sujeição do juiz à lei. Com efeito, ao substituí-la pela sujeição ao sentimento pessoal de justiça do magistrado, estaríamos, a bem da verdade, desvinculando a atividade judicial, na medida em que a consideração do que seria justo ou injusto, no caso concreto, estaria confiada ao alvedrio do intérprete. Seria assim o arbítrio na aplicação do direito que, fora de controle, colidiria inevitavelmente com princípios fundamentais como o da segurança jurídica.”

num julgado, chegou a apelidar a Lei 11.705/2008 de “paradoxo penal”¹⁹⁴, diante de seus evidentes defeitos de técnica legislativa.

O referido diploma normativo é o melhor exemplo, na memória recente, dos efeitos indesejados comentados ao longo do presente trabalho e, por isso, serve de alerta para futuras propostas de alteração do ordenamento. Não custa lembrar que, mesmo que o direito de não produzir prova contra si mesmo não fosse reconhecido em nosso ordenamento, a produção de efeitos dessa regra já estaria comprometida pelas suas condições de eficácia social.

6. CONCLUSÃO

A tese de Karl Popper, segundo a qual o papel das ciências sociais é estudar os efeitos involuntários das ações humanas voluntárias, embora tenha como exemplo paradigmático a chamada “lei da oferta e da procura”, da Ciência Econômica, é ge-

194 AMAPÁ. Tribunal de Justiça. Câmara Única. Relator Desembargador Mello Castro. Apelação Criminal nº 288208. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6297142/apelacao-criminal-apr-288208-ap-tjap>> Acesso em: 24 fev. 2011. PROCESSUAL PENAL – EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – PRELIMI-NAR DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA – REJEIÇÃO – DELITO OCORRIDO ANTES DA EDIÇÃO DA LEI N.º 11.705/2008 – LEI POSTERIOR MAIS BENÉFICA – EXIGÊNCIA DE PROVA TÉCNICO-CIENTÍFICA DO ESTADO DE EMBRIAGUEZ NÃO CONTIDA NA LEI ANTERIOR E NÃO REALIZADA AO TEMPO DO FATO – IMPOSSIBILIDADE DE SUPRIMIR-SE POR EXAMES CLÍNICOS OU PROVA TESTEMUNHAL – EXEGESE DO ART. 5º, INCISO XL, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 2º DO CÓDIGO PENAL (NOVATIO LEGIS IN MELLIUS) – AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE – ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1) Não ocorrendo a prescrição da pretensão punitiva em quaisquer de suas espécies, rejeita-se a preliminar arguida; 2) O delito de embriaguez ao volante (art. 306 do CTB), com a nova redação dada pela Lei n.º 11.705/2008, passou a exigir, quanto à determinação do estado de embriaguez, a produção de prova técnico-científica indicando que o agente, no momento da infração, tinha em seu fluxo sanguíneo concentração alcoólica igual ou maior que 6 decigramas/litro, e não contida na redação anterior e que somente poderá ser provada mediante extração de amostra de sangue para análise ou pelo método do ar alveolar, obtido pelo equipamento etilômetro (popular bafômetro-Decreto nº 6.488/08), não podendo ser suprida por outros meios, tais como exames clínicos ou prova testemunhal; 3) Inexistindo prova material técnico-científica de que o condutor, ao tempo do fato, ocorreu antes da edição da chamada “Lei Seca”, estava com concentração alcoólica igual ou superior a 06 (seis) decigramas por litro de sangue, não há que se falar na ocorrência do delito de embriaguez ao volante, incidindo, na espécie, o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, expresso no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal e no art. 5º, inc. XL, da Constituição da República, segundo o qual, mesmo aos fatos ocorridos sob a égide da lei anterior, se aplica a nova legislação, quando esta for mais benéfica ao réu; 4) A “lei seca”, portanto, dada a sua deficiente elaboração, criou um paradoxo penal, eis que é mais benéfica para os casos pretéritos em que a prova não foi feita por meio de exame de sangue ou bafômetro e por outro lado, abriu uma “brecha” para que os condutores que venham a ser abordados em estado de embriaguez possam se livrar do apenamento invocando o direito a não auto-incriminação, o que tornará praticamente impossível comprovar o nível de dosagem alcoólica fixado pela lei; 5) Recurso conhecido e parcialmente provido para absolver o apelante do cometimento do crime tipificado no art. 306 do CTB, mantida a condenação e a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito pelo cometimento do crime tipificado no art. 309 do mesmo diploma.

neralizável para outros campos do saber humanístico, e pode ser aplicada à Ciência Jurídica. Os juristas já estão acostumados a esse tipo de discussão, por exemplo, no caso dos crimes culposos, estudado pela teoria da conduta no Direito Penal.

Um campo especialmente fértil para a aplicação da tese popperiana é o das pesquisas jurídico-propositivas, cuja principal finalidade é a reflexão sobre um quadro normativo vigente e suas deficiências, para a formulação de propostas de alteração, sem que isso represente a mera expressão de uma opinião pessoal do jurista, e sim um trabalho sujeito ao controle metodológico característico do conhecimento científico.

Segundo Miguel Reale, a teoria “clássica” da legislação, que viveu seu auge no século XIX, com a obra de Jeremy Bentham, caiu em descrédito nas últimas décadas, em razão do seu conteúdo iluminista e moralizante, desatento às complexidades características do processo legislativo e da aplicação de seus produtos.

A tese popperiana do estudo dos “efeitos colaterais” dos atos humanos voluntários pode ser um eixo metodológico importante para as pesquisas jurídico-propositivas e uma pequena contribuição para uma teoria racional da legislação.

Para tanto, é preciso perceber que os efeitos indesejados de um texto normativo, como resultado de uma ação humana voluntária, podem ocorrer tanto em razão de sua posição sistêmica, ou seja, de suas relações com o restante do ordenamento, como de suas condições de eficácia social, ou seja, de suas relações com o mundo da vida.

No presente trabalho, foram apresentados dois exemplos recentes de alterações legislativas na área penal, as leis nº 12.015/2009 e 11.705/2008, que pretenderam, no primeiro caso, uniformizar o tratamento dos crimes sexuais e aumentar as penas para os atos praticados contra crianças e adolescentes, mantendo a mesma reprovação quanto aos demais delitos, e, no segundo caso, instituir a chamada “lei seca”, aumentando o rigor no tratamento dado aos indivíduos que conduzem veículos automotores sob o efeito de bebidas alcoólicas.

Acontece que, no caso da lei de crimes sexuais, a alteração representou a reabertura da discussão a respeito da possibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva entre os fatos antes descritos como atentado violento ao pudor e os que desde então eram definidos como estupro, levando a um abrandamento, na prática, das penas, para os sujeitos que praticarem as duas espécies de ato sexual forçado contra a mesma vítima, o que não estava entre os propósitos do Legislativo ao promover a alteração.

Mais evidente ainda é o caso da “lei seca”, já que a radical modificação na figura típica do art. 306 do CTB, que passou a definir, como elementar do crime,

a concentração de álcool no sangue, tornou indispensável a prova pericial para a condenação, quer seja por exame de sangue, quer pelo teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro).

A mudança promovida pelo legislador deparou-se com duas situações geradoras de efeitos indesejados: primeiro, a incapacidade do Estado, em todas as suas esferas, de prover os órgãos de fiscalização de trânsito com os equipamentos adequados para essa medição, sobretudo nas cidades pequenas e médias; segundo, e especialmente, a relação entre a indispensabilidade de prova técnica a ser extraída do corpo do próprio réu, e o direito de não produzir prova contra si mesmo, consensualmente reconhecido pela dogmática processual penal.

Assim, os órgãos de trânsito que não dispuserem dos aparelhos apropriados não poderão dar cumprimento à lei e, mesmo onde eles existirem, a recusa do suposto autor do crime à realização de algum dos exames admissíveis inviabilizará a sua aplicação, já que não pode ser suprida por outros meios, ante a minuciosa especificidade da figura típica por ela instituída.

Uma teoria racional da legislação não pode ter a pretensão de excluir o componente político da decisão legislativa, mas apenas de instruir a decisão com o alerta de que qualquer proposta de modificação do ordenamento não produz somente os efeitos desejados, mas sempre efeitos inesperados e até frontalmente contrários aos desejados, além de, a depender de sua posição sistêmica e de suas condições de eficácia social, nem sempre produzir os efeitos desejados com a intensidade desejada.

O estudo dos efeitos indesejados produzidos por alterações legislativas recentes, e comparáveis às que se pretende propor, para a realização de projeções dos efeitos futuros, deve ser um dos principais instrumentos de trabalho das pesquisas jurídico-propositivas.

REFERÊNCIAS

AMAPÁ. Tribunal de Justiça. Câmara Única. Relator Desembargador Mello Castro. Apelação Criminal nº 288208. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6297142/apelacao-criminal-apr-288208-ap-tjap>> Acesso em: 24 fev. 2011.

BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. Tradução de Luiz João Baraúna. In: _____. **Os pensadores**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 02-68.

BLITZ da lei seca prende 14 em São Paulo em quatro dias. **Folha Online**. 14/07/2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u422091.shtml>> Acesso em: 23 fev. 2011.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste Leite dos Santos. 10. ed. 1. Reimp. Brasília: Universidade de Brasília, 2006.

BRASIL. Decreto nº 6.488, de 19 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6488.htm> Acesso em: 22 fev. 2011.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/91614/codigo-penal-decreto-lei-2848-40>> Acesso em: 15 fev. 2011.

BRASIL. Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/127708/lei-8560-92>> Acesso em: 24 fev. 2011.

BRASIL. Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro). Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/103494/codigo-de-transito-brasileiro-lei-9503-97>> Acesso em: 23 fev. 2011.

BRASIL. Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/818585/lei-12015-09>> Acesso em: 23 fev. 2011.

BRASIL. Medida Provisória nº 415, de 21 de janeiro de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Mpv/415.htm> Acesso em: 22 fev. 2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Parecer às emendas do Senado Federal ao projeto de lei de conversão Nº 13, de 2008**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/568656.pdf>> Acesso em: 22 fev. 2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Parecer do Relator, pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da exploração sexual de crianças e adolescentes, à emenda substitutiva global de plenário nº 1 ao Projeto de Lei nº 4.850, de 2005**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/564750.pdf>> Acesso em: 15 fev. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Relatora Ministra Laurita Vaz. Habeas Corpus nº 78667. Julgado em 22/06/2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15464894/habeas-corpus-hc-78667-sp-2007-0053406-5-stj>> Acesso em: 23 fev. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Relator Ministro Og Fernandes. Habeas Corpus nº 166377. Julgado em: 10/06/2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15029079/habeas-corpus-hc-166377-sp-2010-0050942-8-stj/inteiro-teor>> Acesso em: 24 fev. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Relator Desembargador Convocado Haroldo Rodrigues. Habeas Corpus nº 167517. Julgado em 17/08/2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15941089/habeas-corpus-hc-167517-sp-2010-0057558-8-stj>> Acesso em: 23 fev. 2011.

BRASIL registra 254 mil mortes no trânsito em oito anos. **G1**. 20/09/2007. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL107911-5598,00.html>> Acesso em: 23 fev. 2011.

DELGADO, Yordan Moreira. **Comentários à Lei nº 12.015/09**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2289, 7 out. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13629>>. Acesso em: 22 fev. 2011.

DELMANTO, Celso *et alli*. **Código Penal comentado**: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal em legislação complementar. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. Tradução de Pietro Nassetti. 1. ed. 3. reimp. São Paulo: Martin Claret, 2008.

GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em Direito Penal**: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução e apresentação de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. Apresentação. In: HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução e apresentação de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. p 5.

POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução de Milton Amado. 3. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998. 2v.

POPPER, Karl. **Conjectures and Refutations**: The Growth of Scientific Knowledge. 7. ed. 1. reimp. London; New York: Routledge, 2006.

POR falta de bafômetros, Lei Seca não perturba motoristas de Rio Branco. **AC 24 Horas**. 09/07/2008. Disponível em: <http://www.ac24horas.com/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=1084:por-falta-de-bafros-lei-seca-nc-perturba-motoristas-de-rio-branco&catid=14:cotidiano&Itemid=114> Acesso em: 23 fev. 2011.

PRADO, Daniel Nicory do. **A precisão de conteúdo e a relevância da hipótese**: outras contribuições do método de Karl Popper para a pesquisa jurídica. In: ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. 17. 2008, Salvador. **Anais eletrônicos...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 3126-3142. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/daniel_nicory_do_prado-2.pdf> Acesso em: 23 fev. 2011.

PRADO, Daniel Nicory do. **O uso de hipóteses na pesquisa jurídica**. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. 16. 2007, Belo Horizonte. **Anais eletrônicos...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 1040-1060. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/daniel_nicory_do_prado.pdf> Acesso em: 23 fev. 2011.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2003.

REALE, Miguel. **O Direito como experiência**. 2. ed. fac-similiar com nota introdutória do autor. 4. tir. São Paulo: Saraiva, 2010.

TOMAZ, Kleber. SOUFEN JR, Jorge. Blitz da lei seca prende 5 e multa mais 5 no centro de SP. **Folha Online**. 27/06/2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u416743.shtml>> Acesso em: 23 fev. 2011.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito II**: a Epistemologia Jurídica da Modernidade. Tradução de José Luis Bolzan. 1. ed. 1. Reimp. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.

O USO DA INTERNET EM PESQUISAS JURÍDICAS

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Breves comentários sobre a pesquisa científica. 3. A internet como fonte de literatura científica e filosófica. 3.1. A publicação de conteúdo em domínio público; 3.2. Os bancos digitais de teses e dissertações; 3.3. Os periódicos e anais eletrônicos de eventos científicos; 3.4. O conteúdo disponível em páginas pessoais. 4. A internet como fonte de catálogos de acervos de literatura científica e filosófica disponíveis em meio impresso. 4.1. Catálogos de bibliotecas; 4.2. Catálogos de lojas virtuais. 5. A internet como fonte de dados e de documentos históricos e contemporâneos relacionados com a dimensão empírica da investigação. 5.1. Os bancos de legislação e de precedentes judiciais; 5.2. Os diários oficiais eletrônicos; 5.3. As compilações de dados estatísticos. 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Com o presente trabalho, pretende-se oferecer um roteiro para o uso adequado da rede mundial de computadores (internet), destinado especialmente a alunos de graduação em Direito, às voltas com o Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), ou com outra atividade de pesquisa, como a Iniciação Científica (IC), na busca de conteúdo para o desenvolvimento de suas investigações. Apesar disso, o presente texto pode ser utilizado por estudantes de outros níveis e de outras áreas do conhecimento, com as devidas adaptações.

A ideia de produzir um guia dessa natureza, para uma atividade aparentemente tão trivial como o acesso à internet, nasceu durante a avaliação de trabalhos em equipe e, especialmente, de TCCs na Faculdade Baiana de Direito, quando foi possível perceber que, apesar de todos os estudantes examinados terem feito uso frequente da *web*, nem sempre o fizeram de forma adequada.

Para garantir aos estudantes uma navegação produtiva, é preciso, primeiro, entender as principais funções da internet na realização de investigações científicas e, em seguida, indicar a forma mais eficiente e mais abrangente de aproveitá-la em cada uma de suas muitas possibilidades. De maneira geral, pode-se dizer que a internet é: a) fonte de literatura científica e filosófica relacionada ao tema em estudo; b) fonte de catálogos de acervos de literatura científica e filosófica disponíveis em meio impresso; c) fonte de dados e de documentos históricos e contemporâneos relacionados com a dimensão empírica da investigação.

2. BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A PESQUISA CIENTÍFICA

Sem a pretensão de esgotar a complexidade inerente ao tema da instituição social que se veio a chamar de ciência, admite-se como pesquisa a atividade sis-

temática voltada à resolução de problemas de um campo do conhecimento para os quais as teorias predominantemente aceitas não trazem respostas ou as respostas disponíveis parecem, aos olhos do pesquisador, insuficientes ou inadequadas¹⁹⁵. Thomas Kuhn diria que a pesquisa científica “normal” é uma atividade de resolução de quebra-cabeças a partir das premissas de um paradigma científico, com o desenvolvimento e a aplicação de suas principais afirmações teóricas a problemas novos ou a questões resistentes, em sucessiva e contínua tentativa de generalização de uma determinada visão de mundo¹⁹⁶.

Miracy Gustin e Maria Tereza Dias têm a preocupação de distinguir a pesquisa científica – destinada à resolução de problemas – de um aprofundamento de estudos num determinado campo, que pode ter, como resultado, uma boa compilação bibliográfica, um bom roteiro de estudos, mas não um relatório de pesquisa com pretensões de testabilidade em face do fenômeno estudado e de discutibilidade no espaço público de diálogo da comunidade científica¹⁹⁷.

A internet pode servir a ambos os empreendimentos acadêmicos – a pesquisa e o estudo – com bastante eficiência, mas o propósito do presente roteiro é indicar a sua serventia nas investigações científicas no campo do Direito.

3. A INTERNET COMO FONTE DE LITERATURA CIENTÍFICA E FILOSÓFICA

Essa é a função mais percebida pelos estudantes e explorada em seus trabalhos, embora seja normalmente superficial a sua utilização. Não se costuma ir além de uma consulta primária, mais ou menos refinada, das palavras chaves do tema em estudo nos buscadores genéricos mais importantes, como o *Google*, o *Yahoo!* e congêneres, sem preocupação com a qualificação do autor, com a originalidade do estudo, com a sua repercussão ou com a pertinência de suas afirmações, quando comparadas aos principais manuais da disciplina, ou com a coerência interna de suas próprias observações.

Em geral, os estudantes de graduação confiam na presunção de legitimidade e veracidade que qualquer texto adquire pelo simples fato de ter sido posto por escrito e publicado. Hans Georg-Gadamer constata esse comportamento como uma tendência de qualquer leitor, afirmando que “o escrito tem a palpabilidade

195 Para as definições de ciência e pesquisa que inspiram esta obra, ver os capítulos 1 e 2.

196 KUHN, Thomas. S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. 1. reimp. São Paulo: Perspectiva, 2007. p. 57-67.

197 GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 21-22.

do que é demonstrável, é como uma peça comprobatória¹⁹⁸, por isso, segundo o autor, “torna-se necessário um esforço crítico especial para nos libertarmos do preconceito cultivado a favor do escrito e distinguir, também aqui, como em qualquer afirmação oral, entre opinião e verdade¹⁹⁹”.

Cumpra observar que Gadamer não faz uso do termo “preconceito” com o sentido pejorativo empregado pelos principais expoentes do racionalismo moderno – Descartes e Bacon –, como algo que confunde a apreensão das verdades pela razão, e que precisaria, portanto, ser suprimido, e sim como uma condição insuperável do sujeito do conhecimento, que pode, eventualmente, trazer em si uma verdade, e que precisa, portanto, ser conhecida e explicitada pelo próprio intérprete²⁰⁰.

Deixando de lado a reflexão epistemológica para retornar ao problema da suscetibilidade do estudante aos textos, a tendência normal de qualquer leitor de confiar no que está escrito é duplamente agravada no manejo da internet pelo estudante de graduação: 1) primeiro, porque a sua capacidade crítica normalmente é incipiente, em razão de sua inserção naquele campo do conhecimento ainda estar no início; 2) segundo, porque a publicação na *web* é muito mais flexível e menos institucionalizada do que nos meios impressos, que dependem de estruturas mais complexas, como as editoras.

Essa dupla fragilidade – na formação crítica do estudante e no controle do conteúdo publicado na internet – não é insuperável nem necessariamente prejudica o levantamento bibliográfico na rede, mas exige uma atenção redobrada do pesquisador, diante de toda a vastidão disponível de textos científicos e filosóficos (ou pretensamente dotados dessas características).

A seguir, relacionar-se-ão algumas formas de localizar conteúdo científico e filosófico na rede para além da consulta aleatória aos buscadores genéricos.

3.1. A publicação de conteúdo em domínio público

Sendo um trabalho destinado aos estudantes de graduação em Direito, é possível, por um lado, dispensar uma explicação mais detalhada sobre os direitos autorais e a natureza e os prazos para que uma obra caia em domínio público, mas, por outro, torna-se necessário indicar o diploma normativo em vigor acerca do tema no Brasil, a saber, a Lei 9.610/98²⁰¹.

198 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Universitária São Francisco, 2007. p. 362.

199 Ibidem.

200 Ibidem. p. 368.

201 BRASIL. Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/92175/lei-de-direitos-autorais-lei-9610-98>> Acesso em 20 jan. 2011

Vale lembrar que, se a obra caída em domínio público pode ser livremente reproduzida e publicada, cabendo ao Estado a preservação de certos direitos morais do criador, como a integridade da obra e o reconhecimento de sua autoria²⁰², essa liberdade de exploração, que permite o sucesso de várias pequenas editoras e a profusão de edições de bolso e de preços populares, chegou a um nível totalmente distinto com a internet.

Desde o início da constituição da rede mundial de computadores, surgiram iniciativas não governamentais de compilação e disponibilização eletrônica de obras em domínio público, dentre as quais se destacou, no início, o Projeto Gutenberg²⁰³, podendo ser referido, também, mais recentemente, o sítio integrante do sistema *wiki*, denominado *Wikimedia Commons*²⁰⁴, que também disponibiliza obras em *copyleft*, aquelas em que os detentores de direitos de autor concordaram com a disponibilização livre na rede, desde que respeitadas a integridade e a autoria. Além disso, existem iniciativas estatais de disponibilização de conteúdo em meio eletrônico, como o Portal Domínio Público²⁰⁵, do governo brasileiro.

Todos esses sítios têm a mesma filosofia: publicar, gratuitamente, e na íntegra, originais das obras, ou suas traduções que também já tenham caído em domínio público, nos mais variados formatos de arquivo digital, como o PDF. Para manejá-los, é preciso que o estudante já saiba algo do que pretende procurar e tenha, preferencialmente, capacidade de leitura em mais de um idioma, já que nem sempre existirão traduções disponíveis.

Nesses acervos eletrônicos, é possível encontrar todos os clássicos²⁰⁶ da filosofia e da ciência e, embora a sua inevitável desatualização os tornem pouco úteis para

202 “Art. 24 (...)§ 2º Compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público”.
Ibidem.

203 PROJECT GUTENBERG. **About – Gutenberg**. Disponível em: < <http://www.gutenberg.org/wiki/Gutenberg:About>> Acesso em 20 jan. 2011.

204 WIKIMEDIA COMMONS. **Main Page**. Disponível em: <http://commons.wikimedia.org/wiki/Main_Page> Acesso em: 20 jan. 2011.

205 BRASIL. Ministério da Educação. **Portal Domínio Público**: biblioteca digital desenvolvida em software livre. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/PesquisaObraForm.jsp>> Acesso em: 20 jan. 2011.

206 A noção de clássico empregada neste trabalho se fundamenta nas seguintes afirmações: “Clássico é aquele livro que uma nação, ou um grupo de nações, ou o longo tempo decidiram ler como se em suas páginas tudo fosse deliberado, fatal, profundo como o cosmos e passível de interpretações sem fim.” BORGES, Jorge Luis. Sobre os Clássicos. Tradução de Sérgio Molina. In: _____. **Obras Completas**. v. 2. São Paulo: Globo, 1999. p. 168; “6. Um clássico é um livro que nunca terminou de dizer aquilo que tinha para dizer (...) 7. Os clássicos são aqueles livros que chegam até nós trazendo consigo as marcas das leituras que precederam a nossa e atrás de si os traços que deixaram na cultura ou nas culturas que atravessaram (ou mais simplesmente na linguagem ou nos costumes)”. CALVINO, Italo. **Por que ler os Clássicos**. Tradução de Nilson Moulin. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 11; “O que nos leva a chamar algo de ‘clássico’ é, antes, uma consciência do ser permanente, uma consciência do significado imorredouro, que é independente de toda circunstância temporal, uma espécie de presente intemporal contemporâneo de todo e qualquer presente”. GADAMER. Op. cit. p. 381.

quem deseja empreender pesquisas estritamente dogmáticas, serão de enorme serventia para qualquer pesquisador que pretenda encontrar uma fundamentação mais aprofundada de suas teses, em filósofos que influenciaram, conscientemente ou não, a produção da própria dogmática jurídica, tais como Kant e Hegel, ou, ainda, retornando à antiguidade clássica, Aristóteles e Platão. Eventualmente, já é possível encontrar alguns grandes nomes da teoria jurídica do século XIX, como Ihering e Savigny.

Em verdade, a disponibilidade eletrônica de conteúdo em domínio público não torna inútil o acesso às mesmas obras em meio impresso, em especial de edições críticas ou comentadas que podem esclarecer determinadas passagens dos originais, facilitando o seu acesso aos estudantes pouco habituados ao sistema de pensamento e às influências daqueles autores.

3.2. Os bancos digitais de teses e dissertações

O Ministério da Ciência e Tecnologia do Brasil desenvolveu um sistema eficiente e abrangente de armazenamento e publicação de relatórios de pesquisas desenvolvidas na pós-graduação *stricto sensu* (mestrado e doutorado), composto pelas chamadas Bibliotecas Digitais de Teses e Dissertações (BDTDs)²⁰⁷.

Nelas, o estudante pode encontrar, normalmente no formato PDF, o inteiro teor de trabalhos acadêmicos desenvolvidos nas melhores universidades do país nos últimos anos, embora, a depender da instituição, haja uma restrição na disponibilidade dos textos, limitada, por exemplo, ao resumo e ao sumário. Nesses casos, resta a alternativa, menos eficiente, de solicitar uma cópia do inteiro teor à biblioteca depositária.

A discussão sobre a proteção dos direitos de autor, em confronto com a vinculação institucional dos trabalhos acadêmicos exigidos como requisito para a obtenção do grau, não cabe nos limites estritos do presente trabalho, mas desde já é preciso deixar claro que a disponibilização integral, e sem contrapartida, de textos científicos que teriam potencial de publicação convencional, e que, por perderem o ineditismo, tornaram-se menos interessantes para o mercado editorial, provocou um previsível descontentamento entre os egressos dos programas de pós-graduação *stricto sensu*²⁰⁸.

Em todo o caso, a utilização de tais acervos pode fornecer uma vasta bibliografia lastreada na credibilidade da instituição em que o texto foi produzido, e

207 BRASIL. Ministério da Ciência e Tecnologia. **Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações**. Disponível em: <<http://bdt.d.ibict.br/>> Acesso em 20 jan. 2011.

208 Tal observação se fundamenta na experiência do autor como representante estudantil do curso de mestrado no Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (PPGD-UFBA), durante o ano de 2008.

dispondo exatamente da característica que falta aos acervos tradicionais de domínio público: a atualização.

3.3. Os periódicos e os anais eletrônicos de eventos científicos

A divulgação de trabalhos científicos por meio de revistas especializadas e sua discussão em reuniões de pesquisadores são estratégias indispensáveis em qualquer campo do conhecimento, e, segundo Karl Popper, a crítica recíproca que delas resulta garante a própria objetividade da ciência, muito mais do que um compromisso do pesquisador individual com a imparcialidade²⁰⁹.

Se, no campo do Direito, não está disseminado o costume, entre os estudantes de graduação, de consultar esse material, em suas atividades cotidianas de preparação para as avaliações das disciplinas, é bastante evidente que, no TCC, pela necessidade de aprofundar a discussão sobre um tema e de fazer adequadamente a revisão de literatura, os periódicos científicos e os anais de eventos devem ser levados em conta, por serem fontes qualificadas e lastreadas na credibilidade da instituição responsável pela publicação e pela promoção do evento.

Na internet, tem sido cada vez mais frequente a disponibilização integral e gratuita de revistas originalmente editadas em meio impresso, como a Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia²¹⁰; a publicação de periódicos eletrônicos, como a Revista Jurídica da Universidade Salvador (UNIFACS)²¹¹ e a publicação de anais de eventos científicos, como os encontros do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI)²¹².

Além disso, muitos periódicos estrangeiros estão disponíveis na rede, como o *International Journal for the Semiotics of Law*²¹³, mas o seu acesso costuma ser oneroso, por meio da aquisição individual de exemplares do trabalho, ou pelo pagamento de uma assinatura periódica.

Embora cada uma dessas publicações esteja lastreada na credibilidade das instituições responsáveis, como já foi dito anteriormente, a questão que se impõe

209 POPPER, Karl. *Lógica das Ciências Sociais*. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004. p. 23

210 REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA. v.20. Salvador: UFBA, 2010. Disponível em: <<http://www.ppgd.ufba.br/Arquivos/revista20.pdf>> Acesso em: 22 jan. 2011.

211 REVISTA DO CURSO DE DIREITO DA UNIFACS. V. 123. Salvador, 2010. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu>> Acesso em: 20 jan. 2011.

212 CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. *Anais dos Eventos*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/conteudo.php?id=2>> Acesso em: 20 jan. 2011.

213 INTERNATIONAL JOURNAL FOR THE SEMIOTICS OF LAW. v. 23. n. 4. dez. 2010. Disponível em: <<http://www.springerlink.com/content/m0335758v0h2/>> Acesso em: 22 jan. 2011.

é saber se é possível comparar objetivamente os periódicos e perceber a sua maior ou menor relevância para a comunidade científica.

A Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), do Ministério da Educação do Brasil, instituiu um sistema de avaliação denominado *Qualis*²¹⁴ e que classifica diversos periódicos, eletrônicos e impressos, nacionais e estrangeiros, atribuindo conceitos e indicando a sua pontuação respectiva na avaliação da produção de pesquisadores e instituições, em todas as áreas do conhecimento.

É notável que, entre os periódicos especializados em Direito, a esmagadora maioria recebe a nota mínima (Qualis “C”)²¹⁵, fixada a partir de critérios predominantemente formais de exogenia, composição do conselho editorial e periodicidade da publicação²¹⁶, sendo que quase todos os periódicos bem avaliados (Qualis “A1” e “A2”) são estrangeiros²¹⁷, o que demonstra o quanto ainda falta para a construção de uma cultura de pesquisa nos meios jurídicos do Brasil.

Em todo o caso, o vasto repertório de publicações periódicas na rede e um sistema rigoroso de avaliação de seu conteúdo oferecem ao estudante de graduação uma fonte atualizada e crítica de trabalhos, muitas vezes destinados ao desenvolvimento dos temas de uma maneira mais específica do que seria possível nos manuais e tratados das disciplinas.

3.4. Conteúdo disponível em páginas pessoais

É comum encontrar, nos sítios de internet e blogs pessoais de professores e pesquisadores²¹⁸, muitos artigos de sua autoria, alguns deles reproduções de trabalhos publicados em revistas ou como capítulos de livros, outros produzidos exclusivamente para a própria página.

Nesse último caso, em que o trabalho em questão não passou por nenhum controle de qualidade e temático além da própria autocrítica de quem postou o conteúdo, é preciso tomar cuidado redobrado não só com a consistência da fonte, mas, até mesmo, com a sua autenticidade.

214 BRASIL. Ministério da Educação. Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. **Web-qualis**. Disponível em: <<http://qualis.capes.gov.br/webqualis/>> Acesso em: 22 jan. 2011.

215 Idem. **Webqualis – Consulta Periódicos**. Disponível em: <<http://qualis.capes.gov.br/webqualis/ConsultaPeriodicos.faces>> Acesso em: 22 jan. 2011.

216 Idem. **Documento de Área 2009 – Direito**. <http://qualis.capes.gov.br/arquivos/avaliacao/webqualis/criterios2007_2009/Criterios_Qualis_2008_26.pdf> Acesso em: 22 jan. 2011.

217 Ibidem.

218 Para o relato de uma experiência bastante criativa de uso de blogs, no curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, ver RUSCHEL, Airton José; ROVER, Aires José. O uso das tecnologias web no ensino do direito: a experiência da disciplina informática jurídica. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. 18. 2009, São Paulo. **Anais eletrônicos...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2680.pdf> Acesso em: 25 jan. 2011. p. 6067-6071

Não significa que um trabalho produzido somente para uma página pessoal seja inferior aos publicados em revistas e livros; ao contrário, um exemplo paradigmático de página pessoal de altíssima qualidade, mesclando material publicado em outros meios e trabalhos inéditos, é o perfil eletrônico do professor Roberto Mangabeira Unger no sítio da *Harvard Law School*²¹⁹.

No entanto, como o estudante de graduação nem sempre tem o necessário discernimento, deve usar esse tipo de fonte com parcimônia, como instrumento auxiliar da argumentação, ancorando as suas teses em outras bases.

Em todas as modalidades de consulta descritas acima, a internet poupa o pesquisador de longos deslocamentos até os acervos impressos, tornando a sua atividade mais prática e mais barata, exceto quando é preciso adquirir os textos eletrônicos.

4. A INTERNET COMO FONTE DE CATÁLOGOS DE ACERVOS DE LITERATURA CIENTÍFICA E FILOSÓFICA DISPONÍVEIS EM MEIO IMPRESSO

4.1. Catálogos de bibliotecas

A “revolução digital” provocada pela popularização dos equipamentos de informática e do acesso à internet suscitou discussões acerca da sobrevivência das publicações em meio impresso, e, embora tenha certamente redefinido o papel desses meios, o espaço dos livros, jornais e revistas na rotina e nos hábitos de leitura dos pesquisadores ainda é consideravelmente amplo.

Por isso, e antes mesmo de a disponibilização de conteúdo em meio eletrônico ter se disseminado, as principais bibliotecas universitárias, e de outras instituições de ensino e pesquisa, digitalizaram os seus catálogos e os colocaram em sítios de internet a serviço dos estudantes²²⁰, alguns deles abertos ao público em geral, como o da Universidade Federal da Bahia²²¹, outros restritos à comunidade acadêmica, como o da Faculdade Baiana de Direito²²².

219 HARVARD LAW School. **The Work of Mangabeira Unger**. Disponível em: <<http://www.law.harvard.edu/faculty/unger/>> Acesso em: 22 jan. 2011.

220 GALUPPO, Marcelo Campos. **Da idéia à defesa**: monografia e teses jurídicas. 2.ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. p. 60.

221 UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA. **Rede Pergamum de Bibliotecas – Pesquisa Geral**. Disponível em: <http://www.pergamum.bib.ufba.br/pergamum/biblioteca/index.php?resolution2=1024_1> Acesso em: 22 jan. 2011.

222 FACULDADE BAIANA DE DIREITO. **Biblioteca: Catálogo Online**. Disponível em: <http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/portal.asp?reload=true&app=app_portal&urlinportal=/portal/portal.asp?app=app_portal&frm=n_web_kfrm_logon> Acesso em: 22 jan. 2011.

Se a mera consulta aos catálogos não poupa o pesquisador do deslocamento aos acervos físicos, pelo menos, direciona o levantamento bibliográfico e otimiza esse deslocamento, evitando que ele se dirija a bibliotecas cujo conteúdo que lhe será sabidamente infrutífero para os propósitos daquela investigação. Segundo Marcelo Galuppo, os catálogos eletrônicos têm uma vantagem em comparação com os catálogos físicos, pois permitem consultas mais refinadas, mais complexas e mais eficientes em muito menos tempo²²³.

4.2. Catálogos de lojas virtuais

O comércio eletrônico é uma realidade cada vez mais trivial para os estudantes de graduação, e a aquisição de livros pela internet também traz uma enorme vantagem quando comparada às compras feitas em livrarias, já que a disponibilidade dos estoques das lojas virtuais é infinitamente maior do que o das lojas convencionais das mesmas redes, além de ser possível a aquisição das obras nos sítios das próprias editoras, encontrando publicações qualificadas e de menor apelo comercial, que não seriam tão facilmente encontradas nas livrarias.

Além disso, o estudante pode adquirir obras em lojas e editoras estrangeiras, fazendo pagamento com cartão de crédito internacional e recebendo o material em poucas semanas, o que seria impensável há vinte anos.

É evidente que a aquisição de obras científicas e filosóficas nem sempre é viável, mas se torna bastante significativa quando se tratar de um projeto de pesquisa financiado por agências de fomento ou quando couber no orçamento do estudante. No entanto, é perfeitamente possível fazer uma ótima investigação científica sem adquirir um único livro, desde que o pesquisador, se não dispuser dos recursos financeiros para montar a sua própria biblioteca, saiba acessar as fontes gratuitas, e a internet só fez facilitar imensamente o acesso a essas fontes.

5. A INTERNET COMO FONTE DE DADOS E DE DOCUMENTOS HISTÓRICOS E CONTEMPORÂNEOS RELACIONADOS COM A DIMENSÃO EMPÍRICA DA INVESTIGAÇÃO

Foram comentadas, em linhas gerais, sem pretensão de exaurir o assunto, as possibilidades da internet como fonte e indicador de literatura científica e filosófica relacionada ao tema. A partir deste ponto, tratar-se-á das muitas formas de encontrar, na rede, dados e documentos históricos e contemporâneos ligados à dimensão empírica da investigação.

223 GALUPPO. Op. Cit. p. 61.

Como em qualquer ciência social aplicada, é possível empreender, no Direito, pesquisas empíricas e pesquisas teóricas, embora não haja nenhuma separação inconciliável entre as duas espécies²²⁴. Miracy Gustin e Maria Tereza Dias explicam que “o fato de se originar de fenômenos empíricos não significa que a pesquisa tenha conteúdo empírico. O que determina o tipo ou espécie de pesquisa é o conteúdo do problema posto, sua hipótese e seus objetivos, não os procedimentos utilizados”²²⁵.

Diante do mesmo tema, por exemplo, “a função ressocializadora da pena”, alguns problemas exigem investigações tipicamente empíricas (“o sistema prisional na cidade de Salvador vem permitindo o cumprimento da função ressocializadora da pena?”²²⁶) e outros necessitam de investigações teóricas (“a ressocialização é uma função legítima das penas nas sociedades democráticas?”²²⁷) para a obtenção de uma resposta compatível com as predições do paradigma.

A maior ou menor aceitação de pesquisas empíricas, no campo do Direito, depende da definição do objeto da ciência jurídica, mas, mesmo para aqueles que o definem como a norma ou o ordenamento jurídico, filiando-se à concepção kelseniana, é possível reconhecer o espaço dessas investigações nos inúmeros problemas relacionados com a efetividade (ou eficácia social) das normas. No entanto, tem predominado, na produção contemporânea, uma visão culturalista²²⁸, que reconhece os fatos e os valores jurídicos²²⁹ como objeto de estudo da ciência jurídica em sentido estrito, e não só como preocupações da sociologia e da filosofia do direito.

Nesse contexto, a internet pode oferecer valiosos recursos ao pesquisador, embora, assim como no caso do acesso à literatura científica e filosófica, não

224 Para uma tipologia das pesquisas, que inclui, além da modalidade “teórica” e da “empírica”, a “metodológica” e a “prática”, ver DEMO, Pedro. **Pesquisa participante: saber pensar e intervir juntos**. 2. Ed. Brasília: Liber Livro, 2008. p. 23-47.

225 GUSTIN; DIAS. Op. Cit. p. 112.

226 Ver, a esse respeito, SANTOS, Tatiane Maria Pereira dos. **A função ressocializadora da pena no sistema penitenciário da cidade de Salvador**. 2010. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2010.

227 Não com o problema exemplificado, mas, para uma pesquisa teórica sobre o tema, ver, por exemplo, LOPES, Fernanda Ravazzano Azevedo. **O conceito não revelado e as funções não declaradas da ressocialização: a resposta garantista à manipulação da linguagem**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2010. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufba.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=2960> Acesso em: 22 jan. 2011.

228 Ver, por exemplo, REALE, Miguel. **O Direito como experiência**. 2. ed. fac-similiar com nota introdutória do autor. 4. tir. São Paulo: Saraiva, 2010.

229 Sobre a discussão metodológica atual da ciência jurídica como “jurisprudência da valoração”, ver LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2009. P. 163-172.

substitua integralmente o seu contato físico com os dados, documentos e sujeitos da pesquisa empírica.

No problema relacionado com a função ressocializadora das penas no sistema prisional de Salvador, o estudante pode encontrar, na internet, os dados sobre a população carcerária, confirmando a impressão do senso comum a respeito da superlotação²³⁰, pode fazer análises, ainda, das leis orçamentárias e do valor e da distribuição das dotações relacionadas com a manutenção dos estabelecimentos prisionais e do pagamento de profissionais direta ou indiretamente relacionados com essa atividade; no entanto, muito dificilmente conseguirá abarcar toda a complexidade envolvida se não visitar as unidades prisionais relacionadas com a investigação.

Devem ser relacionados, então, os principais repositórios de dados e documentos históricos e contemporâneos disponíveis na *web*.

5.1. Os bancos de legislação e de precedentes judiciais

Qualquer estudante de graduação em Direito que tenha passado por um estágio profissional extracurricular está (ou deveria estar) habituado ao manejo dos bancos de dados de legislação e de precedentes judiciais.

Sejam eles oficiais ou não oficiais, os bancos de dados se tornaram ferramentas indispensáveis para o jurista prático, por pouparem muito tempo na coleta e na transcrição dos trechos interessantes para o seu trabalho argumentativo, além de garantirem uma atualização instantânea dos conteúdos moveidivos do ordenamento jurídico, ao contrário da periódica e sempre incompleta renovação das compilações impressas de legislação. No entanto, é surpreendente como os estudantes ainda demonstram certa dificuldade ao consultá-los, deixando de explorar todas as suas possibilidades.

Nos bancos de legislação, é possível encontrar não só a normatividade vigente, mas também conjuntos de disposições revogadas, em acervos de legislação histórica²³¹ ou nas próprias rubricas de atos normativos contemporâneos, com os conteúdos mais atuais sobrepostos às redações originais²³², o que se mostra de imenso valor para as pesquisas históricas. Não só a legislação federal, mas a legislação estadual e municipal e os atos normativos infralegais são cada vez mais fáceis de encontrar em bancos de dados na rede.

230 BAHIA. Secretaria de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos. Superintendência de Assuntos Penais. **População Carcerária**. Disponível em: <http://www.sjcdh.ba.gov.br/sap/populacao_carceraria.php> Acesso em: 22 jan 2011.

231 BRASIL. Presidência da República. Subchefia para assuntos jurídicos. **Leis do Império**. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/leis-do-imperio-1#content>> Acesso em: 22 jan. 2011.

232 Idem. **Portal da Legislação**. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>> Acesso em: 22 jan. 2011.

Quanto aos precedentes judiciais, é possível encontrar tanto os bancos de dados oficiais dos tribunais, sendo que os mais organizados e mais consultados são os de tribunais superiores, em sentido amplo, como Supremo Tribunal Federal (STF)²³³ e o Superior Tribunal de Justiça (STJ)²³⁴, quanto “metabancos” de dados não oficiais, que compilam enormes quantidades de informação sobre precedentes de todos os estados, da justiça comum e das justiças especiais, além, é claro, dos tribunais de alcance nacional²³⁵.

Em geral, os bancos disponibilizam imediatamente as ementas das decisões e acórdãos, e remetem a outras bases de dados, nas quais é possível encontrar o inteiro teor dos julgados. Nas ações de grande repercussão, o Supremo Tribunal Federal já permite o acesso em meio eletrônico não só às decisões judiciais, mas também às petições mais importantes das partes envolvidas nos processos²³⁶.

Se, por um lado, a jurisprudência dos tribunais superiores já é facilmente obtida na internet, praticamente não existe um sistema de consulta eletrônica às decisões judiciais de primeira instância, sendo possível, no máximo, consultá-las nos Diários do Poder Judiciário.

Além de saber acessar os bancos de dados, o estudante precisa ter discernimento a respeito da importância e da repercussão do precedente judicial consultado pela internet. Excetuando os *leading cases* indiscutivelmente relevantes e reproduzidos em diversos manuais e textos científicos²³⁷, cuja consulta do inteiro teor, no original, pode trazer importantes contribuições ao aprofundamento da investigação, o pesquisador pode ficar perdido diante de decisões contraditórias emanadas de diferentes órgãos fracionários de um mesmo tribunal, ou até do mesmo órgão.

Nessas situações, em especial quando o problema da pesquisa é a construção jurisprudencial de um instituto jurídico ou a evolução jurisprudencial de uma discussão jurídica, o pesquisador deve estar atento aos descolamentos de um determinado membro ou órgão fracionário de um tribunal, com relação à opinião

233 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 22 jan. 2011.

234 Idem. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência do STJ**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 22 jan. 2011.

235 JUSBRASIL. **Jurisprudência**: Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>> Acesso em: 22 jan. 2011.

236 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI, ADC, ADO e ADPF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>> Acesso em: 22 jan. 2011.

237 Por exemplo, a declaração da inconstitucionalidade, pelo STF, de um dispositivo da Lei de Crimes Hediondos que proibia a progressão de regime, no julgamento do HC 82959-7. cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. **Habeas Corpus nº 82959-7**. Julgado em 23/02/2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>> Acesso em: 22 jan. 2011.

geral, à sua capacidade de influenciar os colegas ou, ao contrário, ao tempo e aos argumentos necessários para o seu convencimento acerca da tese dominante.

Para tanto, é preciso não descuidar de detalhes importantíssimos, mas que podem parecer desimportantes para o estudante de graduação, como a data do julgamento, o órgão (mais ou menos representativo da totalidade do tribunal) responsável pela decisão, e até mesmo a mudança nas relações de poder entre os membros do tribunal (como as mudanças na presidência, as aposentadorias e nomeações de novos membros, entre outros).

5.2. Os diários oficiais eletrônicos

Além de todas as múltiplas funções da internet já apontadas ao longo deste escrito, a rede mundial de computadores é hoje, sem dúvida, um dos mais importantes instrumentos de efetivação do princípio da publicidade dos atos da Administração Pública, e de todas as suas concretizações normativas em nível constitucional, legal ou infralegal.

Se a publicação oficial de atos de governo está presente na história do Brasil desde a chegada da Corte Portuguesa ao Rio de Janeiro, em 1808, quando se fundou a Imprensa Nacional²³⁸, a *web* expandiu o acesso a esses documentos, que sempre estiveram disponíveis ao público, justamente ao eliminar os problemas do deslocamento para aquisição e consulta e da tiragem limitada dos diários oficiais.

Atualmente, os principais diários oficiais, como o da União²³⁹ e o do Estado da Bahia²⁴⁰, estão disponíveis na internet, não só com suas edições atuais, como com um razoável banco de edições anteriores, alcançando os últimos anos.

Para um estudante de graduação engajado numa pesquisa jurídica, o acesso direto a tais documentos torna viáveis investigações que anteriormente seriam difíceis ou exigiram custos elevados e maiores espaços para armazenamento e documentação, e mais tempo para o cruzamento de dados.

Por exemplo, pesquisas sobre a motivação dos atos administrativos, sobre as espécies mais frequentemente usadas de licitações públicas, sobre os inúmeros percalços do processo legislativo, ou ainda, a recomposição da trajetória de um projeto de lei, da propositura à sanção, todas elas exigem uma navegação na *web* que vá muito além da pesquisa básica (ou avançada) em buscadores genéricos.

238 BRASIL. Imprensa Nacional. **A Imprensa Nacional**. Disponível em: <<http://portal.in.gov.br/imprensa1/a-imprensa-nacional/>> Acesso em: 22 jan. 2011.

239 Idem. **Leitura dos Jornais Oficiais**. Disponível em: <http://portal.in.gov.br/imprensa1/leitura_jornais> Acesso em: 22 jan. 2011.

240 BAHIA. Empresa Gráfica da Bahia. **Diário Oficial Virtual**. Disponível em: <<http://dovirtual.ba.gov.br/egba/reader2/>> Acesso em: 22 jan. 2011.

5.3. As compilações de dados estatísticos

As investigações empíricas no campo do Direito também encontram na internet um material vastíssimo que facilita a realização de análises e conclusões, a partir de determinados dados impossíveis de levantar por um pesquisador individual ou por uma equipe pequena, como normalmente se verifica nas instituições universitárias, e nas pesquisas desenvolvidas por ou com o auxílio de estudantes de graduação.

Nesse ponto, é importante mencionar que os metodólogos costumam dividir as fontes de pesquisa em primárias e secundárias, sendo que as primeiras são aquelas acessadas pelo pesquisador sem o intermédio de nenhum outro sujeito de conhecimento²⁴¹. Uma investigação tende a entregar resultados mais interessantes e inovadores quando utiliza as fontes primárias diretamente ligadas ao objeto de estudo²⁴². No entanto, nem sempre é fácil distinguir umas das outras²⁴³.

Segundo Miracy Gustin e Maria Tereza Dias, seriam exemplos de fontes primárias “as entrevistas, os documentos oficiais ou não oficiais, a legislação, a jurisprudência, os dados estatísticos, os arquivos de todo tipo, etc.”²⁴⁴ e, de fontes secundárias, “conteúdos de compêndios didáticos, livros de toda espécie, artigos de revistas ou jornais, doutrina, legislações interpretadas, etc.”²⁴⁵.

No entanto, cabe lembrar, conforme a advertência de Umberto Eco, que um livro pode ser uma fonte primária, quando o objeto da investigação for uma ideia ou um conceito jurídico encontrados na obra de um determinado autor, em que a fonte primária seria “uma edição original ou uma edição crítica da obra em apreço”²⁴⁶.

Por outro lado, os dados estatísticos, quando levantados por outros sujeitos que não o próprio pesquisador, em função de um objetivo, a partir de uma metodologia e publicados em relatórios, são já fontes secundárias.

Essa longa digressão serviu para registrar que, embora, de fato, as fontes primárias atribuam à investigação “uma condição de autonomia e novidade”²⁴⁷, nem sempre é viável acessá-las, e um pesquisador pode fazer um trabalho extremamente criativo e inovador reinterpretando dados levantados por grandes equipes multidisciplinares, a partir do seu próprio marco teórico.

241 GUSTIN; DIAS. Op. cit. p. 91-92.

242 ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. Tradução de Gilson Cesar Cardoso de Souza. 18. ed. 1. Reimp. São Paulo: Perspectiva, 2003. p. 39-42.

243 GALUPPO. Op. cit. p. 72.

244 GUSTIN; DIAS. Op. cit. p. 91.

245 Ibidem. p. 92.

246 ECO. Op. cit. p. 39.

247 GUSTIN; DIAS. Op. cit. p. 91.

Para tanto, a internet oferece, nos sítios de órgãos públicos, de empresas de pesquisa e de organizações não governamentais, bancos de dados estatísticos, índices e diagnósticos dos mais variados fenômenos, desde os dados gerais do censo populacional do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, que podem ser objeto de múltiplas combinações nas ferramentas de pesquisa, em função do interesse do pesquisador²⁴⁸, até levantamentos específicos como os Diagnósticos da Defensoria Pública no Brasil, realizados pelo Ministério da Justiça (MJ)²⁴⁹, e também os relatórios de inspeção e levantamentos estatísticos do Conselho Nacional de Justiça.

Em investigações sobre o acesso à justiça, é impossível, para o estudante de graduação, levantar, diretamente, os mesmos dados que o MJ reuniu ao longo de vários anos junto às Defensorias Públicas do país, visto que mesmo o órgão federal, com todo o seu poder e o seu alcance, nem sempre conseguiu obtê-los com a completude pretendida²⁵⁰.

Desta forma, a análise e reinterpretação de dados já coletados, embora precise partir da premissa de que são confiáveis e de que a instituição que os publicou tem credibilidade, torna viável uma série de investigações que ficariam seriamente empobrecidas sem uma dimensão empírica.

Além disso, o recurso a compilações de dados e a relatórios de inspeção pode ajudar a fundamentar afirmações que, embora não componham o problema de pesquisa, o circunscrevam como pressuposto conceitual ou empírico previamente aceito.

Tome-se, por exemplo, uma investigação sobre a eficiência das formas extrajudiciais de resolução de litígios para desafogar a justiça. Se o pesquisador se sustentar apenas na afirmação de senso comum de que “a justiça é lenta e está saturada”, poderá, na discussão científica, ver-se diante da objeção de que o seu problema de pesquisa é um falso problema, formulada por quem acreditar que a justiça não está saturada, ou, ainda, que nem todo o Judiciário se comporta da mesma forma, e que os conflitos sujeitos à resolução amigável estariam a cargo dos setores mais ágeis e menos sobrecarregados do Judiciário.

Se, pelo contrário, o estudante apontar os dados sobre litigiosidade e carga de trabalho do magistrado, disponíveis no sítio do Conselho Nacional de Justiça²⁵¹, terá um ótimo suporte para enfrentar a mesma discussão.

248 BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Resultados do Censo 2010**. Disponível em: <http://www.censo2010.ibge.gov.br/resultados_do_censo2010.php> Acesso em: 22 jan. 2011.

249 Idem. Ministério da Justiça. **III Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil**. 2009. Disponível em: <[http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/0/III%20Diagn%C3%B3stico %20Defensoria%20P%C3%ABlica%20no%20Brasil.pdf](http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/0/III%20Diagn%C3%B3stico%20Defensoria%20P%C3%ABlica%20no%20Brasil.pdf)> Acesso em: 22 jan. 2011.

250 Ibidem. p. 29.

251 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números**: apresentação. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=7731&Itemid=944> Acesso em: 22 jan. 2011.

Cabe reforçar que esses dados não são “puras contagens”, pois sempre partem de uma pré-compreensão e fazem uso de uma metodologia e, além disso, costumam vir acompanhados de diagnósticos da situação que pretende ser exposta, elaborados por quem os coletou e compilou.

6. CONCLUSÃO

Em sua essência, a internet é uma vastidão de conteúdo sem precedentes e a sua emergência nas sociedades contemporâneas ainda não foi plenamente compreendida, já que a atual geração está vivendo o próprio processo histórico de seu surgimento.

Por ser um espaço ainda desregulamentado e, talvez, avesso a qualquer regulamentação eficiente, pelo menos no curto prazo, a rede mundial de computadores oferece aos pesquisadores em geral uma miríade de fontes de consulta, normalmente gratuitas, empíricas ou teóricas, científicas, filosóficas ou tecnológicas, de todas as espécies.

No entanto, os estudantes de graduação não costumam explorar bem essas fontes, satisfazendo-se com poucas delas, normalmente as primeiras encontradas a partir de consultas simples a buscadores genéricos, sem muita preocupação com a profundidade, coerência, consistência ou repercussão do trabalho do autor consultado.

Com o presente roteiro, pretendeu-se indicar as muitas possibilidades da internet, sem a pretensão de esgotá-las, até porque isso seria de uma ingenuidade tão grande quanto a de quem se dá por satisfeito depois de acessar a primeira página de resultados do *Google* sobre um determinado tema. Muitas das indicações acima nem sequer são diretamente acessíveis pelos buscadores genéricos, pois exigem o acesso a bases de dados mais complexas ou invisíveis ao buscador.

Fazendo uso adequado da *web*, o estudante de graduação pode enriquecer consideravelmente o seu trabalho, sem nenhum dispêndio financeiro além do usual (gastos com energia elétrica, com a assinatura do serviço e com a impressão de material).

Seja como fonte de literatura científica e filosófica, como forma de conhecimento de acervos disponíveis em meios físicos, ou como fonte de dados e documentos históricos relacionados com a dimensão empírica da investigação, a rede mundial de computadores é um instrumento indispensável para o desenvolvimento de pesquisas no campo do Direito.

No entanto, se não souber usá-la adequadamente, o estudante, além de empobrecer o seu próprio trabalho, e de não receber a avaliação que desejaria, acabará contribuindo para a popularização de uma imagem depreciada, também do senso comum, da internet como um tentador instrumento para plagiadores e oportunistas de todo gênero. É o que se pretende evitar com o presente guia.

REFERÊNCIAS

BAHIA. Empresa Gráfica da Bahia. **Diário Oficial Virtual**. Disponível em: <<http://dovirtual.ba.gov.br/egba/reader2/>> Acesso em: 22 jan. 2011.

BAHIA. Secretaria de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos. Superintendência de Assuntos Penais. **População Carcerária**. Disponível em: <http://www.sjcdh.ba.gov.br/sap/populacao_carceraria.php> Acesso em: 22 jan 2011.

BORGES, Jorge Luis. Sobre os Clássicos. Tradução de Sérgio Molina. In: _____. **Obras Completas**. v. 2. São Paulo: Globo, 1999.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números**: apresentação. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=7731&Itemid=944> Acesso em: 22 jan. 2011.

BRASIL. Imprensa Nacional. **A Imprensa Nacional**. Disponível em: <<http://portal.in.gov.br/imprensa1/a-imprensa-nacional/>> Acesso em: 22 jan 2011.

BRASIL. Imprensa Nacional. **Leitura dos Jornais Oficiais**. Disponível em: <http://portal.in.gov.br/imprensa1/leitura_jornais> Acesso em: 22 jan. 2011.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Resultados do Censo 2010**. Disponível em: <http://www.censo2010.ibge.gov.br/resultados_do_censo2010.php> Acesso em: 22 jan. 2011.

BRASIL. Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/92175/lei-de-direitos-autorais-lei-9610-98>> Acesso em 20 jan. 2011.

BRASIL. Ministério da Ciência e Tecnologia. **Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações**. Disponível em: <<http://bdtd.ibict.br/>> Acesso em 20 jan. 2011.

BRASIL. Ministério da Educação. **Portal Domínio Público**: biblioteca digital desenvolvida em software livre. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/PesquisaObraForm.jsp>> Acesso em: 20 jan. 2011.

BRASIL. Ministério da Educação. Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. **Documento de Área 2009 – Direito**. <http://qualis.capes.gov.br/arquivos/avaliacao/webqualis/criterios2007_2009/Criterios_Qualis_2008_26.pdf> Acesso em: 22 jan. 2011.

BRASIL. Ministério da Educação. Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. **Webqualis**. Disponível em: <<http://qualis.capes.gov.br/webqualis/>> Acesso em: 22 jan. 2011.

BRASIL. Ministério da Educação. Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. **Webqualis – Consulta Periódicos**. Disponível em: <<http://qualis.capes.gov.br/webqualis/ConsultaPeriodicos.faces>> Acesso em: 22 jan. 2011.

BRASIL. Ministério da Justiça. **III Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil**. 2009. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/0/III%20Diagn%C3%B3stico%20Defensoria%20P%C3%ABlica%20no%20Brasil.pdf>> Acesso em: 22 jan. 2011.

BRASIL. Presidência da República. Subchefia para assuntos jurídicos. **Leis do Império**. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/leis-do-imperio-1#content>> Acesso em: 22 jan. 2011.

BRASIL. Presidência da República. Subchefia para assuntos jurídicos. **Portal da Legislação**. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>> Acesso em: 22 jan. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência do STJ**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 22 jan. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI, ADC, ADO e ADPF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>> Acesso em: 22 jan. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 22 jan. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. **Habeas Corpus nº 82959-7**. Julgado em 23/02/2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>> Acesso em: 22 jan. 2011.

CALVINO, Italo. **Por que ler os Clássicos**. Tradução de Nilson Moulin. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. **Anais dos Eventos**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/conteudo.php?id=2>> Acesso em: 20 jan. 2011.

DEMO, Pedro. **Pesquisa participante: saber pensar e intervir juntos**. 2. Ed. Brasília: Liber Livro, 2008.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. Tradução de Gilson Cesar Cardoso de Souza. 18. ed. 1. Reimp. São Paulo: Perspectiva, 2003.

FACULDADE BAIANA DE DIREITO. **Biblioteca: *Catálogo Online***. Disponível em: <http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/portal.asp?reload=true&app=app_portal&urlinportal=/portal/portal.asp?app=app_portal&frm=n_web_kfrm_logon> Acesso em: 22 jan. 2011.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Universitária São Francisco, 2007.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Da idéia à defesa: monografia e teses jurídicas**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HARVARD LAW School. **The Work of Mangabeira Unger**. Disponível em: <<http://www.law.harvard.edu/faculty/unger/>> Acesso em: 22 jan. 2011.

INTERNATIONAL JOURNAL FOR THE SEMIOTICS OF LAW. v. 23. n. 4. dez. 2010. Disponível em: <<http://www.springerlink.com/content/m0335758v0h2/>> Acesso em: 22 jan. 2011.

JUSBRASIL. **Jurisprudência**: Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>> Acesso em: 22 jan. 2011.

KUHN, Thomas. S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. 1. reimp. São Paulo: Perspectiva, 2007.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2009.

LOPES, Fernanda Ravazzano Azevedo. **O conceito não revelado e as funções não declaradas da ressocialização: a resposta garantista à manipulação da linguagem**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador. 2010. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufba.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=2960> Acesso em: 22 jan. 2011.

POPPER, Karl. **Lógica das Ciências Sociais**. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

PROJECT GUTENBERG. **About – Gutenberg**. Disponível em: <<http://www.gutenberg.org/wiki/Gutenberg:About>> Acesso em 20 jan. 2011.

REALE, Miguel. **O Direito como experiência**. 2. ed. fac-similiar com nota introdutória do autor. 4. tir. São Paulo: Saraiva, 2010.

REVISTA DO CURSO DE DIREITO DA UNIFACS. V. 123. Salvador, 2010. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu>> Acesso em: 20 jan. 2011.

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA. v.20. Salvador: UFBA, 2010. Disponível: <<http://www.ppgd.ufba.br/Arquivos/revista20.pdf>. > Acesso em: 22 jan. 2011.

RUSCHEL, Airton José; ROVER, Aires José. **O uso das tecnologias web no ensino do direito: a experiência da disciplina informática jurídica.** In: CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. 18. 2009, São Paulo. **Anais eletrônicos...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2680.pdf> Acesso em: 25 jan. 2011.

SANTOS, Tatiane Maria Pereira dos. **A função ressocializadora da pena no sistema penitenciário da cidade de Salvador.** 2010. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2010.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA. **Rede Pergamum de Bibliotecas – Pesquisa Geral.** Disponível em: <http://www.pergamum.bib.ufba.br/pergamum/biblioteca/index.php?resolution2=1024_1> Acesso em: 22 jan. 2011.

WIKIMEDIA COMMONS. **Main Page.** Disponível em: <http://commons.wikimedia.org/wiki/Main_Page> Acesso em: 20 jan. 2011.