



“O que se vê quando se abre a janela”: como a teoria jurídica pode ser útil aos estudos empíricos sobre o direito?*

“What is seen when the window is opened”: how can legal theory be useful to empirical legal research?

Matheus de Barros**

REFERÊNCIA

BARROS, Matheus de. “O que se vê quando se abre a janela”: como a teoria jurídica pode ser útil aos estudos empíricos sobre o direito? *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 49, p. 114-139, ago. 2022. DOI: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.113504>.

RESUMO

O objetivo deste artigo é explorar relações de interdependência entre a teoria jurídica e estudos empíricos sobre o direito. Para tanto, o método empregado é constituído, por um lado, pela sugestão de uma noção ampliada de *teoria*, que é traduzida pela metáfora do conhecimento teórico como olhos e janelas. Por outro lado, exemplos (modelos) de relação interdependente entre teoria e empiria são apresentados. Como conclusão das investigações teórico-filosóficas deste artigo, apresenta-se a proposta de superação da cisão entre “abstração” e “mundo dos fatos” na produção de pesquisas empíricas sobre o direito. A estrutura do texto é a seguinte: na introdução, são expostas questões iniciais sobre a relação entre teoria e empiria; na seção 2, apresenta-se a noção de *teoria* utilizada neste texto, bem como as metáforas da teoria jurídica como olhos e como janelas; a seção 3 oferece razões sobre a importância de juristas estudarem teoria jurídica; na seção 4, são abordados quatro modelos de relação entre teoria e empiria. Na seção 5, sustenta-se que a oposição ou a hierarquização entre “abstração” e “acesso ao mundo dos fatos” é inadequada e deve ser superada em prol de pesquisas empíricas sobre o direito.

PALAVRAS-CHAVE

Teoria jurídica. Pesquisa empírica em direito. Empiria. Epistemologia. abstração.

ABSTRACT

This article aims to explore the interdependence between legal theory and empirical legal studies. The method utilized is based on an expanded notion of legal theory, which is translated by the metaphor of theory as eyes and windows. In addition, four examples (models) of the interdependence between legal theory and empirical studies are presented. The conclusion of the theoretical and philosophical investigations put forward by this article is the epistemological justification on the necessity to overcome the separation between “abstraction” and “world of facts”. The article’s structure is the following: the introduction is dedicated to some initial questions regarding relations between theory and empiricism; section 1 presents the notion of theory which is

* Tive a oportunidade de apresentar as ideias contidas neste texto a várias pessoas, que muito me auxiliaram com seus apontamentos e críticas. Agradeço ao meu orientador, Professor Dimitri Dimoulis, com quem dialoguei durante todo o processo de escrita. Agradeço as valiosas críticas e sugestões fornecidas pela Professora Maíra Rocha Machado. Registro os meus agradecimentos também a Luiz Cláudio Pimenta, Arthur Sodré Prado, Adriana Silva Gregorut, Nikolay Henrique Bispo, Valquíria Valio Simionato, Ana Côrtes, Karina Denari, Bárbara Magarian, Laura Kirsztajn e, de forma geral, às minhas professoras, professores e colegas do Programa de Mestrado e Doutorado Acadêmico da FGV Direito SP, com quem tenho discutido e aprendido sobre a pesquisa no campo do direito. Por fim, agradeço à Fundação Getúlio Vargas, instituição na qual curso o doutorado com a Bolsa Mario Henrique Simonsen.

** Doutorando na FGV Direito SP. Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela USP. Bacharel pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Pesquisador do Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da FGV Direito SP.





utilized here, and the two metaphors of legal theory as eyes and windows; section 2 offers reasons why jurists should study legal theory; section 3 presents four models of relation between theory and empiricism; section 4 is dedicated to present the argument that the opposition between “abstraction” and “access to the world of facts” is inadequate and must be overcome.

KEYWORDS

Legal theory. Empirical Legal Research. Empiricism. Epistemology. Abstraction.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Teoria jurídica: os olhos e as janelas. 3 Breves considerações: por que juristas devem estudar teoria? 4 Modelos de relações entre teoria e empiria. 4.1 Teoria em prol da definição de “direito”. 4.2 A teoria em prol da dotação de sentido do “mundo dos fatos”. 4.3 A teoria em prol da interpretação de textos normativos. 4.4 A teoria em prol da tradução dos “fatos do mundo” para a linguagem técnico-jurídica: a dogmática. 5 Considerações finais: pesquisa sobre o direito e as ideias de “abstração” e de acesso ao “mundo dos fatos”. Referências. Dados da publicação.

1 INTRODUÇÃO

Nas primeiras linhas do primeiro livro do primeiro tomo de “O Mundo como Vontade e como Representação”, Arthur Schopenhauer (2015, p. 3) afirma que a humanidade, por meio da filosofia, pode tomar conhecimento de que ela não conhece “Sol algum nem Terra alguma”, havendo “sempre apenas um olho que vê um Sol, uma mão que toca uma Terra”. Embora o propósito deste artigo não seja abordar a obra filosófica de Schopenhauer, a ideia contida nesse breve trecho traduz o cerne das próximas páginas: o que vemos quando olhamos o mundo? Mais especificamente, o que vemos quando olhamos o mundo *do direito*?

Outro autor cuja obra é pertinente ao tema a ser enfrentado neste artigo é Fernando Pessoa, que, por meio de seu heterônimo Alberto Caeiro, escreveu sobre a relação da humanidade com a *realidade* que lhe é *externa*. Para o poeta, “Há só uma janela fechada, e todo o mundo lá fora;/ E um sonho do que se poderia ver se a janela se abrisse,/ Que nunca é o que se vê quando se abre a janela”¹. Esses versos exprimem a distância entre o “mundo real” e nossa compreensão dele, algo que pesquisadoras e pesquisadores – inclusive do âmbito jurídico – conhecem bem, principalmente se já se lançaram à tarefa de realizar pesquisas empíricas. Ao contrário de Caeiro, que aceita tranquilamente a mencionada distância entre nós e as coisas, pesquisadoras podem ser tomadas pela angústia traduzida por questões como “por que a minha observação traduz a realidade?”, “como eu posso bem descrever o que eu observei?” ou “o que é o meu objeto de pesquisa?”. A noção de Schopenhauer, por outro lado, não parece ser muito útil contra a angústia, pois se não há Sol algum, somente o olho que vê o

¹ Cf. Caeiro (2005). A obra de Fernando Pessoa está em domínio público. Os versos citados podem ser consultados neste endereço: <http://arquivopessoa.net/textos/1122>. Acesso em: 07 maio 2020.





sol, então como é possível produzir uma observação científica do mundo? Basta o olhar alheio para que a minha concepção desmorone?

No campo do direito, questões epistemológicas como essas começam a surgir com maior intensidade graças ao aumento do espaço concedido aos estudos empíricos, ainda que esse aumento seja considerado o estágio inicial no desenvolvimento dessa linha de pesquisa sobre o direito no Brasil – são exemplos nesse sentido a Rede de Estudos Empíricos em Direito (REED)², bem como alguns programas de pós-graduação *stricto sensu* em direito que incentivam as pesquisas empíricas. A abertura para novos horizontes de pesquisa pode gerar o entusiasmo com a existência de possibilidades de estudar o “direito em ação” no próprio âmbito jurídico, abandonando-se as “meras” revisões bibliográficas e os estudos supostamente ensimesmados da dogmática.

Por um lado, esse cenário pode ser interpretado como o começo da superação do retrato que foi apresentado por Nobre (2004), no qual a pesquisa jurídica foi apresentada como uma prática desprovida de considerações epistemológicas e metodológicas profundas e caracterizada pela “lógica dos pareceres”³. Por outro lado, o crescimento do interesse pelo estudo do “direito em ação” pode levar a dúvidas sobre o papel de estudos teóricos nessa linha de pesquisa e até à relegação da teoria à segunda categoria das produções da academia jurídica. Dentre vários motivos, isso acontece em razão da crença de que a teoria seria formada por um conjunto de estudos “abstratos” descolados do “mundo real” a ser acessado por meio da pesquisa empírica – velha conhecida das ciências sociais –, que, finalmente, é apresentada aos juristas.

Este artigo se debruça sobre a seguinte questão: quais os possíveis papéis da teoria jurídica no contexto de pesquisas empíricas sobre o direito produzidas no Brasil atualmente? Saliente-se que este texto não pretende o enfrentamento exaustivo do tema, mas somente uma abordagem da mencionada questão, que pode ser recolocada nestas poucas palavras: teoria jurídica para quê⁴? Por meio de considerações sobre essa pergunta, será apresentado o argumento de que a oposição entre “abstração” e “acesso ao mundo dos fatos” é inexistente e as pesquisas empíricas sobre o direito se beneficiam da consciência da interdependência

² Eis o endereço da REED: <http://reedpesquisa.org/>. Acesso: 08 maio 2020.

³ Cf. Nobre (2004), Barros e Barros (2018).

⁴ Essa pergunta é fundamental para que o propósito da teoria jurídica seja afirmado em consonância com a experiência acadêmico-jurídica (brasileira) atual. A teoria nos estudos sobre o direito leva tanto a questões sobre o seu valor no contexto de pesquisa empírica quanto sobre o seu lugar no contexto do ensino do direito frente às demandas profissionalizantes existentes nas faculdades. Este artigo se dedica ao primeiro grupo de questões. Para uma abordagem que inclua ambos os grupos, conferir Bottomley e Moore (2019).





(relação simbiótica) entre teoria e empiria – todo conhecimento teórico tem alguma raiz na empiria e vice-versa.

Para seguir no enfrentamento do tema, o próximo passo é fornecer a definição de *teoria* que orienta este texto. Como será mostrado na próxima seção, isso é feito por meio de duas metáforas: a teoria como janela e a teoria como olhos.

2 TEORIA JURÍDICA: OS OLHOS E AS JANELAS

Quando pensamos em estudos teóricos no campo jurídico, é comum termos em mente a teoria geral do direito e/ou a filosofia do direito, porque essas duas disciplinas tradicionais são partes fundamentais dos denominados estudos propedêuticos, que ocupam tempo considerável dos primeiros anos de formação. Contudo, neste artigo, a noção de *teoria* será expandida para abarcar a teoria do direito – geral ou não –, a filosofia jurídica, a teoria da interpretação e a dogmática. Essa expansão (teoria em sentido amplo) será justificada mediante a exposição de diferentes exemplos de usos teóricos e suas implicações para a compreensão do fenômeno jurídico. Por ora, basta apresentar o significado de *teoria* empregado neste texto. Esse significado deve ser entendido como a relação de duas ideias interdependentes.

Primeiramente, teoria é aqui entendida como os *olhos* que dotam o mundo de sentido jurídico. Pensemos, por exemplo, em questões como “esta lei é constitucional?”, “o casamento homoafetivo é possível?” ou “o direito deve proibir o consumo de drogas?”. Respostas a essas perguntas pressupõem uma linguagem minimamente comum e difundida entre os juristas, *olhares* compartilhados que caracterizam o âmbito do direito. Destaca-se a utilização do plural aqui, que se deve ao fato de que duas juristas podem responder de modos opostos às questões mencionadas⁵, e tais respostas implicam a atribuição de um sentido (um significado) a determinado objeto jurídico. Por exemplo: a afirmação de que uma lei é inconstitucional *significa* que aquela lei não tem lugar no sistema jurídico, e esse *sentido* é entendido pela comunidade de juristas, que aceita ou não a afirmação por meio da expressão de seus próprios olhares.

⁵ Ronald Dworkin (1986) foi um dos teóricos que explorou a possibilidade de confrontos entre visões sobre determinado problema. Outras visões são fornecidas por autores positivistas, que se embasam na tese da discricionariedade como modo de explicar as divergências entre juristas – ver, por exemplo, Dimoulis (2011, p. 231). Embora este não seja o tema deste artigo, nota-se outra dimensão de contraste entre *olhares* sobre o direito: as divergências entre autores no que diz respeito às divergências sobre o direito.





O seguinte questionamento pode, então, ser feito: “para que serve uma ideia que caracteriza a teoria como os olhos de juristas, já que todo jurista terá *alguma* visão sobre um problema que lhe é apresentado? Isso não faz com que todo olhar seja uma manifestação teórica, o que torna banal a ideia de “teoria?””. É em razão desse questionamento que a segunda ideia caracterizadora da teoria é proposta. Além dos olhos, a teoria serve como as janelas que recortam a paisagem do mundo, deixando à vista somente a parcela correspondente ao mundo jurídico. Trata-se, nesse sentido, daquilo que limitará *o que é o direito*, pois o tamanho de uma janela, o seu formato e a sua localização em uma construção são fatores que implicam o que está disponível para ser visto. Essa ideia de teoria permeia questões como “o que é uma constituição?”, “o que é casamento?” e “quais devem ser os limites do direito penal?”, além, é claro, da mais ingrata e desafiadora dentre as perguntas teóricas: “o que é o direito?”. Note-se, mais uma vez, a utilização do plural (janelas), já que diferentes respostas podem ser formuladas para essas questões-exemplo – nesse sentido, podemos pensar na clássica oposição entre positivistas e jusnaturalistas.

Em síntese, a teoria é aqui concebida como duas ideias interdependentes. A primeira ideia está na metáfora dos olhos, por meio dos quais vemos o “mundo dos fatos” e, ao fazermos isso, concedemos àquele mundo *algum* sentido ou estabelecemos critérios para descrevê-lo em nossa comunidade jurídica. A segunda ideia está na metáfora da janela, uma figura que traduz o exercício teórico cujo objetivo é indicar critérios para a identificação dos limites daquilo que denominamos “o direito”. A afirmação de interdependência entre essas ideias é essencial, pois o olhar é limitado pelo tamanho, formato e localização da janela e, por outro lado, a paisagem recortada pelas janelas só será vista por meio de nossos olhos. Assim, instrumentalizamos as palavras de abertura da obra de Schopenhauer e os versos de Alberto Caeiro em prol da construção de duas ideias que nos permitem avançar na exploração das relações entre teoria e empiria.

Saliente-se que outras questões podem surgir a partir das ideias aqui expostas. Uma delas é: “o que é necessário para que uma proposta seja tida como um marco teórico no sentido de janela?”. Outra dessas questões é a seguinte: “por que uma teoria deve ser considerada *correta* e, por isso, respeitada como um marco teórico no pensamento jurídico?”. Essas perguntas exprimem, respectivamente, o anseio por um critério para a identificação do *pedigree* da teoria e o anseio por critérios de verificação da veracidade de teorias jurídicas. Esses assuntos não serão diretamente abordados neste trabalho, porque não constituem o cerne da preocupação aqui enfrentada, apesar de importantes. Pelo mesmo motivo, não





tratarei dos problemas referentes às justificações para escolhas de marcos teóricos por pesquisadoras(es), bem como não farei comparações sobre a qualidade de diferentes teorias. Este trabalho é dedicado a dois objetivos relativamente mais simples, mas não menos importantes: explorar modos pelos quais as dimensões teórica e empírica dos estudos jurídicos se relacionam. Para tanto, são utilizados exemplos e considerações a partir desses exemplos com o fim de apontar alguns modos pelos quais a teoria se mostra essencial aos estudos empíricos sobre o direito. As próximas linhas constituem argumentação a favor da superação da cisão entre a “abstração” teórica e o “acesso ao mundo dos fatos”. As metáforas dos olhos e da janela devem ser entendidas como motes que auxiliam a exposição das razões para afirmação de interdependência entre teoria em sentido amplo e empiria.

3 BREVE CONSIDERAÇÕES: POR QUE JURISTAS DEVEM ESTUDAR TEORIA?

A palavra *teoria*, assim como *filosofia*, pode remeter a algumas questões destacadas do “mundo real” e, por essa razão, alheias “àquilo que importa na prática”. Por que uma jurista deve se preocupar com os temas abordados por teóricos e filósofos se ela pode ver como as coisas realmente funcionam por meio da observação das atuações dos “operadores” do direito? Este texto se propõe a enfrentar essa pergunta, por meio da sugestão da ideia de que juristas que se dedicam à pesquisa e/ou à reflexão sobre o direito *não* conseguem acessar o “mundo real” sem alguma dose teórica – ainda que essa dose seja inconsciente ou irrefletida. Isso porque o direito entendido como um conjunto de práticas e crenças sociais *pressupõe* construções teórico-filosóficas para a sua existência. Afinal de contas, a separação entre as funções (poderes) estatais, o Estado Democrático de Direito, a supremacia da Constituição, o direito penal como *ultima ratio*, os critérios de interpretação de textos normativos e uma sociedade de economia mista não são exemplos de fatos brutos do universo, mas sim construções teóricas voltadas às práticas sociais do cotidiano jurídico – mesmo o jurista mais dedicado não tropeçará em um *rule of law* durante uma visita a alguma cidade do interior de São Paulo.

Essas ideias exemplificam como a teoria e a filosofia permeiam, ainda que de forma pouco refletida, nossas conversas, pareceres e opiniões jurídicas. A transição de um estado irrefletido para um estado que contemple a importância da teoria jurídica nas práticas sociais com as quais lidamos implica maior capacidade de identificação de problemas no





funcionamento de tais práticas, bem como maior capacidade de *criação* de novas formas de “funcionamento” do direito.

Pensemos em um exemplo que ilustre o argumento desta seção. Em 2013, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 (BRASIL, 2013). Discutiu-se a (in)viabilidade constitucional de mulheres decidirem pela interrupção da gravidez em caso de anencefalia do feto. No contexto desse julgamento, questões foram suscitadas sobre (i) a separação de poderes e a possível invasão do Judiciário no território reservado ao Legislativo; (ii) o conceito de tortura; (iii) a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade referentes ao crime de aborto; (iv) a adequação do direito (penal) à realidade brasileira contemporânea etc. Essas questões só foram suscitadas porque as práticas jurídicas são essencialmente conectadas às construções teóricas que se cristalizam ou se transformam no decorrer de séculos de experiências referentes à ordem social. Um jurista que deseje abordar com profundidade – inclusive no âmbito de pesquisa acadêmica – a ADPF 54 deve ter consciência das influências e implicações teóricas das questões suscitadas durante aquele julgamento.

Não se afirma que todos os “operadores” do direito agem com consciência de construções teórico-filosóficas, mas sim que tais construções moldam a racionalidade do direito. Por isso, há juristas que abordam questões de caráter ou relevância teórica, ainda que sem a devida consciência ou reflexão teórica, enquanto outros refletem sobre o direito a partir de diferentes marcos fornecidos pela teoria jurídica e, com isso, são capazes de acessar níveis mais profundos de problemas do direito, bem como de propor soluções mais consistentes. Podemos dizer que o primeiro tipo de jurista é pautado, em alguma medida, pelo senso comum, enquanto o segundo é relativamente mais consciente da racionalidade do direito – e hábil a instrumentalizar essa racionalidade⁶.

A próxima seção apresentará quatro modelos de relação entre empiria e teoria. Ela é dedicada, principalmente, àquelas pessoas que desejam pesquisar empiricamente o direito, mas isso não significa que a teoria do direito seja irrelevante em outros contextos – na atuação de uma advogada, por exemplo. Isso porque as construções teóricas e filosóficas moldam a

⁶ Warat (1982) tratou do “senso comum teórico dos juristas” como “uma caravana de ecos legitimadores de um conjunto de crenças, a partir das quais, podemos dispensar o aprofundamento das condições e das relações que tais crenças mitificam.”. Embora este texto não se alinhe integralmente ao artigo de Warat, reconhece-se que a ideia de senso comum traduz bem a postura teórica *irrefletida* de muitos juristas.





racionalidade jurídica da qual nós, enquanto juristas, não devemos nos apartar se almejarmos a coerência das instituições e dos agentes pertencentes ao “mundo do direito”.

4 MODELOS DE RELAÇÕES ENTRE TEORIA E EMPIRIA

Os modelos de relações entre teoria e empiria contidos nesta seção não constituem rol taxativo de tais relações. Trata-se somente de um método de apresentação de pesquisas que relacionaram, de diferentes modos, teoria e empiria no campo do direito, com o objetivo de desenvolver, de forma embasada na produção acadêmico-jurídica, o argumento sobre a necessidade da superação da cisão entre a “abstração” e o “mundo dos fatos”. A intenção que permeia as subseções seguintes é mostrar como diferentes tipos de produção acadêmico-jurídica articulam teoria e empiria e/ou são relevantes para a produção de pesquisas empíricas sobre o direito.

4.1 TEORIA EM PROL DA DEFINIÇÃO DE “DIREITO”

Muitas pessoas consideram “teoria” o conteúdo das disciplinas propedêuticas da faculdade de direito, notadamente a teoria geral do direito e a filosofia jurídica. Embora a intenção, neste texto, seja expandir essa ideia, este artigo se beneficia desse ponto de partida. Nesta subseção, considero a teoria *geral* do direito como o conjunto de modelos teóricos em prol da definição de *direito* – isto é, como produções de janelas.

Note-se o caráter *generalista* do modelo ora abordado: pretende-se formar os limites daquilo que pode ser denominado “direito” para que possamos nos voltar às questões pertencentes ao nosso campo de conhecimento. Trata-se de esforços epistemológicos que são condensados em uma questão *geral*: o que é o direito? Há, ainda, uma questão que nasce a partir dessa pergunta fundamental: é possível distinguir o direito de outros ramos do conhecimento, como a moral, a economia e a política⁷?

Na história do pensamento jurídico, muitos autores se debruçaram sobre essas questões. Se nos limitarmos aos estudos do século XX, podemos nos referir ao direito como um sistema de normas cujas validades são extraídas de normas hierarquicamente superiores,

⁷ Além do estabelecimento de “fronteiras”, saliente-se que a produção teórica sobre o direito pode ser alicerçada, também, sobre o conhecimento produzido nesses outros campos. Em um contexto no qual se almeja a promoção de pesquisas empíricas, o diálogo com outras searas se torna ainda mais proveitoso.





cujas existência última é referendada por uma norma hipotética fundamental (KELSEN, 2005); ao direito como união de regras primárias e secundárias (HART, 2011); ao direito como um conjunto de normas imperativas que se revelam por meio de uma combinação de fatores psicológicos consistentes na internalização de sentimentos de dever somados à coerção e à coação exercidas por autoridades (OLIVECRONA, 1971); ao direito como uma prática eminentemente argumentativa norteadas pela objetividade moral e que deve ser voltada à fundamentação de decisões com base em regras e princípios jurídicos (DWORKIN, 1985; 1996).

Para os fins deste artigo, a preocupação relacionada às teorias gerais é expressa deste modo: como esse tipo de trabalho teórico pode ser útil aos estudos empíricos sobre o direito? A resposta está no que foi dito anteriormente sobre a ideia das janelas: a teoria em prol da definição de “direito” nos fornece conceitos para que possamos nos referir ao nosso campo de conhecimento, isto é, para que possamos nos referir a *algum mundo jurídico*. Levando adiante a metáfora: esses autores foram arquitetos que posicionaram suas janelas em diferentes partes de um prédio e lhes deram diferentes formas e extensões de molduras.

Ressalte-se que mesmo o tipo de produção pertencente ao campo geralmente denominado “teoria *geral* do direito” tem raízes na empiria: as propostas conceituais de autores como Hart, Olivecrona e Dworkin estão essencialmente ligadas aos elementos que eles observaram em seus contextos: os enunciados jurídicos (textos constitucionais e legais), as práticas das cortes e dos profissionais do direito, contexto político-econômico etc. Foi a partir dos contextos nos quais aqueles teóricos estavam inseridos que as suas visões sobre a “natureza” do direito foram formadas⁸.

Pesquisadores e pesquisadoras que se propõem a pesquisar empiricamente o direito podem se reportar às obras pertencentes à teoria *geral* ou à filosofia jurídica para delimitar o que será observado em seus estudos, com vistas a uma fundamentação epistemológica que justifique os recortes da pesquisa e que forneça *algum* conceito de direito – ou de regra, de princípio, de autoridade etc. (GALLIGAN, 2010). Nesse sentido, ao propor uma avaliação de um corpo de decisões de certo tribunal, uma pesquisadora terá um olhar diferente a depender de sua opção teórica. Por exemplo, se ela se alinhar à concepção positivista do direito e das atuações de autoridades judiciais, ela poderá identificar questões que suscitam intenso exercício da discricionariedade, algo que não necessariamente será julgado uma prática

⁸ Por isso, temos um paradoxo: a janela delimitou o mundo jurídico e o mundo jurídico delimitou a janela. Adiante, essa questão será abordada por meio da afirmação da interdependência entre teoria e empiria.





incorreta, pois sob o ponto de vista positivista, mesmo uma decisão fruto de interpretações problemáticas ou bizarras *constitui direito válido* – isso não implica que positivistas sejam indiferentes à qualidade da interpretação ou que não considerem a arbitrariedade problemática, mas sim que admitem a existência de decisões problematicamente válidas. Por outro lado, se essa pesquisadora for alinhada à teoria dworkiniana, ela poderá gerar críticas pautadas na possibilidade de obtenção de uma resposta *correta* mesmo naqueles casos judiciais tidos como difíceis. Em outras palavras, a posição positivista levará ao quadro mais descritivo do direito e das práticas das autoridades, enquanto a posição dworkiniana implicará uma visão normativa (prescritiva) sobre a interpretação do direito feita por autoridades⁹.

Saliente-se que uma obra pertencente ao campo da teoria geral do direito não precisa ser aceita como correta. Um estudo empírico pode ser realizado justamente para indicar problemas em certo marco teórico. Nesse sentido, a teoria é um ponto de partida para uma pesquisa que servirá, por um lado, como crítica e, por outro lado, como reforma da própria teoria: podemos argumentar que uma janela está posicionada no lado errado do prédio ou que a sua extensão não nos permite enxergar aquilo que é mais importante na paisagem¹⁰. Além disso, também podemos argumentar que, embora a janela esteja corretamente posicionada, o olhar direcionado a ela sofre com algum tipo de problema e, por isso, a visão formada é defeituosa. Estudos empíricos podem ser úteis nos apontamentos desses problemas teóricos, indicando como a janela seria realocada ou em que grau a visão defeituosa teria de ser corrigida.

4.2 A TEORIA EM PROL DA DOTAÇÃO DE SENTIDO DO “MUNDO DOS FATOS”

Além do campo comumente conhecido como teoria geral do direito, sugere-se a teoria como esquema de interpretação cujo objetivo é dotar de sentido *específico* o “mundo dos fatos”. O primeiro desafio que surge a partir dessa ideia é traduzido por esta questão: “mas não seria melhor dizer que *toda* observação do suposto mundo dos fatos é, na verdade,

⁹ Não se ignora que ideia de que a teoria dworkiniana sobre a decisão judicial é dotada de uma dimensão prescritiva pode ser desafiada. Neste artigo, a visão juspositivista, que almeja à descrição do fenômeno jurídico, é contraposta às formulações dworkinianas sobre a correção de decisões judiciais pautadas nas fontes normativas e na moralidade objetiva.

¹⁰ A crítica sobre o “posicionamento da janela” também pode ser feita a partir de um ponto de vista eminentemente teórico. Para um exemplo de crítica dirigida à definição de “direito” realizada no âmbito da teoria geral do direito, conferir Ghirardi (2016, p. 252), que aponta problemas na base epistemológica kelseniana, cuja falha estaria na proposta de um modelo de neutralidade científica que depende “da crença de que se definir aquilo que o Direito é, de fato, [...] uma tarefa axiologicamente neutra.”





produto de projeções que fazemos em referência ao objeto observado?”. Realmente, com base no exposto sobre a ideia inicial de *O Mundo como Vontade e como Representação*, de Schopenhauer, poderemos concluir que o Sol é, verdadeiramente, o que nossos olhos dizem que ele é¹¹. Então, qual a utilidade em dizer que a teoria pode ser empregada para dar certo sentido ao que observamos, se de qualquer modo nós dotamos de sentido o mundo por meio de nossa ideologia, de nossos preconceitos e do nosso subconsciente? A resposta para essa pergunta reside no que foi dito no início deste parágrafo: a teoria pode ser utilizada para dotar de sentido *específico* o mundo em que vivemos. Isso implica um esforço em prol do estabelecimento de um olhar que destaque certos elementos do que observamos. Além disso, tal esforço também deve dar conta de justificar o destaque feito pelo pesquisador.

Neste ponto, a abstração pode estar atingindo níveis demasiados e, por esse motivo, exemplos são úteis. Um bom caminho é pensarmos em teorias feministas produzidas por juristas. De forma geral, essa corrente teórica busca apontar desigualdades de gênero perpetradas nas práticas que constituem o direito (aplicações de normas pelos tribunais, práticas em escritórios de advocacia, elaborações de leis no Congresso etc.). Ao formularem visões que apontam e explicam o direito como fonte de desigualdade, pesquisadoras que adotam um olhar feminista dotam o mundo de sentido: um mundo em que práticas supostamente neutras são, na verdade, parte de uma lógica de exclusão que fornece a roupagem de legitimidade à desigualdade¹².

Ao analisar decisões judiciais, Püschel (2020) adota um *olhar* feminista que proporciona a percepção de que julgamentos, longe de serem neutros em razão do suposto embasamento exclusivo na lei e na Constituição, são formas de cristalizar e legitimar juridicamente situações de desigualdade de gêneros. A autora estudou julgamentos ocorridos entre 2005 e 2014, no Superior Tribunal de Justiça (STJ), sobre responsabilidade civil decorrente de abandono afetivo e apontou como os votos de Ministros daquela corte são permeados por vieses de gênero, o que geralmente leva à mulher que cria sozinha seus filhos e filhas a ter de suportar encargos, enquanto o homem responsável pelo abandono afetivo não tem sua conduta efetivamente repreendida pela aplicação do direito civil. São exemplos da aplicação enviesada do direito civil: (i) a consideração judicial de que seria punição suficiente a perda do poder familiar do homem que abandona afetivamente seus filhos e filhas, apesar de

¹¹ Ressalte-se: *não* argumento aqui que a filosofia de Schopenhauer embasa as propostas deste artigo. Utilizei a figura de linguagem daquele filósofo como ponto de partida para minhas próprias considerações.

¹² Cf. Réaume (1996).





o abandono afetivo já implicar, necessariamente, o desinteresse em exercer o poder familiar (PÜSCHEL, 2020, p. 8-9); (ii) a ideia de que o pedido por reparação por abandono afetivo constituiria, na realidade, algum tipo de revanche ou de satisfação da ambição da pessoa que cuida das filhas e filhos – geralmente a mulher – contra aquela a responsável pelo abandono – geralmente o homem (PÜSCHEL, 2020, p. 11); e (iii) o argumento de que a mulher pode ter sido corresponsável e que, por isso, não há razão para reconhecer o abandono afetivo por parte do pai (PÜSCHEL, 2020, p. 14-15).

O olhar teórico dirigido ao corpo de decisões do STJ fez com que ela deixasse de ser “somente” um conjunto de acórdãos da corte (um fato do mundo) e passasse a ser um conjunto de posicionamentos dotados de autoridade que reforça a desigualdade entre os encargos atribuídos aos pais e às mães. Os olhos feministas, nesse caso, levam à teorização sobre o papel do judiciário em um quadro maior constituído pelas situações em que mulheres vivenciam desvantagens em relação aos homens. Isso foi relatado por meio da teoria feminista combinada com a empiria (a identificação e o estudo dos julgados do STJ)¹³.

Saliente-se que outros olhares, além do feminista, são capazes de produzir consistentemente outros retratos e que a empiria, por si só, não é capaz de dar ao mundo um sentido¹⁴. O sentido que é por nós atribuído àquilo que identificamos em nossas pesquisas empíricas pode ser disputado e posto em controvérsia. Porém, isso não deve ser entendido como a possibilidade de uma mera guerra de *opiniões*, pois teorizar não se confunde com opinar. Quando teorizamos, nós nos esforçamos para transmitir, da forma mais fiel e coerente possível, aquilo que *vimos* e *interpretamos* no mundo “real” – o sentido que foi por nós atribuído ao objeto observado. Esse esforço pressupõe reflexão e diálogo com outros estudiosos do direito e não admite a superficialidade da mera opinião.

A possibilidade de divergências, por outro lado, carrega consigo um desafio: se tivermos diferentes olhares teóricos sobre um mesmo tema ou “fato do mundo”, o que devemos fazer? Algumas opções surgem imediatamente: escolher aquela com a qual eu concordo em maior grau; propor sínteses e fusões entre os olhares teóricos; aceitar que todos os olhares são válidos e igualmente importantes. Nenhuma dessas opções, no entanto, é satisfatória, já que elas não são capazes de enfrentar “de frente” a angústia decorrente da

¹³ Nesse sentido, ver Bartlett (1990), cujo trabalho foi citado como fonte teórica por Püschel (2020).

¹⁴ Este artigo se refere ao olhar feminista conforme o modelo utilizado por Püschel (2020). Contudo, não se afirma que o feminismo produziu uma corrente homogênea de olhares teóricos. Há oposições entre autoras, mas o espaço disponível a este texto exige a concisão na exposição dos modelos de relação entre teoria e empiria.





multiplicidade teórica. Pelo contrário, supostas soluções como essas, por consistirem em “fugas da raia”, tornam banal a afirmação de que a teoria pode ser caracterizada como o exercício de dar ao mundo certo sentido.

No âmbito acadêmico, a coexistência de duas ou mais teorias divergentes sobre o mesmo tema é desejável, porque ela possibilita o confronto de ideias. O jurista que produziu um olhar teórico sobre certo fato do mundo (a jurisprudência do STF, por exemplo) contesta e busca suprimir a visão teórica oposta naquilo em que ela lhe for desafiante e incompatível. O confronto acadêmico viabiliza o aprimoramento teórico e, para tanto, deve ser baseado na premissa de que a exposição teórica almeja a formação de um quadro coerente do funcionamento dos fatos do mundo abordados. Nesse sentido, podemos considerar o exemplo desta subseção (PÜSCHEL, 2020) como uma construção teórica que se opõe radicalmente a qualquer outro olhar teórico que apresente a jurisdição como uma atividade baseada na neutralidade da interpretação da letra da lei¹⁵.

Produzir teoria também abarca buscar a destruição de outras teorias e, na história do direito, o confronto de ideias foi capaz de levar à produção de grandes contribuições ao pensamento jurídico. Com isso, não se propõe que a melhor teoria sempre vencerá e que o vencido será obliterado, mas sim que o debate acadêmico deve ser buscado em prol da identificação de fraquezas (inconsistências, incoerências) na produção teórico-jurídica. As teorias divergentes podem permanecer coexistindo, cada uma com seus adeptos. Porém, seus problemas e defeitos terão sido postos em evidência e confrontados, oferecendo à comunidade acadêmica a oportunidade de deliberar e escolher o que adotar como sentido de mundo.

A questão sobre pretensão à verdade, no campo teórico-filosófico, é desafiadora e o espaço disponível a este texto não permite o devido aprofundamento. Ainda assim, é preciso reconhecer que a caracterização de um olhar teórico como “o melhor”, embora útil aos propósitos deste artigo, é problemática. Isso porque um grupo de adeptos do olhar X pode considerar melhor a sua proposta, enquanto os adeptos da teoria Y pensarão a mesma coisa sobre o seu próprio olhar. Nessa situação, o debate pode ser cristalizado e a pretensão à verdade seria prejudicada por um impasse não superado. Por outro lado, podemos pensar que proposições de olhares teórico-filosóficos exigem a pretensão de destruição de visões

¹⁵ Sobre o confronto de olhares, uma analogia: o apontamento e a descrição das cores que observamos no mundo dependem, em parte, da língua que falamos. Isso significa que as palavras que aprendemos para descrever o que enxergamos têm importância na constituição *daquilo que vemos*, já que diferentes línguas têm números variados de termos para designar as cores. Sobre línguas e cores, ver: THE SURPRISING pattern behind color names around the world (2017). Agradeço a Luiz Cláudio Pimenta pela sugestão da analogia.





adversárias, mas, ironicamente, não viabilizam tal destruição, proporcionando, no máximo, a exposição das fraquezas de nossos pensamentos. No âmbito deste artigo, sem prejuízo de futuras pesquisas, basta dizer que há sempre um olho que vê a Corte¹⁶.

Para o fechamento desta subseção, é necessária ainda uma observação: a metáfora dos *olhos* não deve ser levada longe demais. Aqui, ela assume o papel de traduzir a ideia de que teorias são constitutivas do nosso modo de conceber o mundo, mas isso não significa que *só temos um modo* de conceber a realidade – isso seria levar a metáfora ao pé da letra. É perfeitamente possível – e provável – que a pesquisadora que desenvolve estudos empíricos tenha não só um marco teórico, mas um arcabouço teórico que possibilita a conjugação de vários marcos teóricos – a conjugação de diferentes teorias, inclusive, pode ser um dos elementos inovadores oferecidos pela pesquisa¹⁷. Por essa razão, a metáfora dos olhos não ignora a possibilidade da pluralidade da visão teórica voltado ao “mundo dos fatos”¹⁸.

4.3 A TEORIA EM PROL DA INTERPRETAÇÃO DE TEXTOS NORMATIVOS

A terceira dimensão de relação entre teoria e empiria é constituída pela elaboração de critérios para a interpretação de textos normativos (Constituição Federal, leis etc.). É comum que teorias hermenêuticas do direito sejam direcionadas, principalmente, às juízas e juízes, já que são esses os profissionais responsáveis pela determinação de casos problemáticos. Porém, nestas páginas, interessa principalmente a utilidade da compreensão de teorias interpretativas como critérios de avaliação das decisões de autoridades judiciais. Isso porque, no âmbito jurídico-acadêmico, muitas pessoas realizam pesquisas que têm como objeto um conjunto de tais decisões (sentenças, acórdãos). Uma parte do estudo qualitativo dos julgados implica o conhecimento de critérios para a avaliação da *correção* das decisões.

¹⁶ Optei por me valer da elaboração teórica feminista. Outros exemplos que poderiam ser utilizados no sentido aqui exposto são os olhares teóricos de estudos sobre direito e questões raciais e os olhares teóricos englobados pela análise econômica do direito. Sobre pesquisas que envolvem o enfoque teórico sobre questões raciais, ver Machado, Lima e Neris (2016) e Ferreira (2019). Para um exemplo de pesquisa orientada pela análise econômica do direito, conferir Mittlaender (2019).

¹⁷ Ver, por exemplo, a proposta de Holtermann e Madsen (2020), que conjugam as teorias de Weber, Alf Ross e Bourdieu em prol da formação de uma epistemologia realista voltada aos estudos empíricos sobre o direito.

¹⁸ Agradeço a Adriana Gregorut por apontar a necessidade de deixar claro que a metáfora dos olhos não deveria implicar um só olhar, mas sim abarcar a possibilidade da conjugação teórica. Conforme me foi sugerido por Dimitri Dimoulis e Nikolay Henrique Bispo, outras metáforas podem traduzir a ideia de conjugação teórica e de trocas entre áreas de conhecimento como o direito, a sociologia, a antropologia, a ciência política etc: lentes, óculos, o vidro da janela.





Pensemos, por exemplo, que um estudo sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54 abarque uma avaliação qualitativa dos votos dos Ministros e Ministras sobre a (in)viabilidade jurídica da interrupção de gravidez em caso de anencefalia do feto (BRASIL, 2013). Essa avaliação dependerá do conhecimento dos métodos existentes para a aferição da *correção* da interpretação de textos normativos, seja com o fim de identificar o uso de tais métodos nas decisões ou para apontar o desvio dos votos em relação aos métodos interpretativos. Do ponto de vista jurídico, uma boa descrição e uma boa crítica de decisão judicial dependem do conhecimento sobre teorias hermenêuticas.

Assim como nas subseções anteriores, a adoção de um exemplo-guia facilitará a exposição. Por isso, reporto-me à teoria da interpretação de textos normativos que aqui será denominada *textualismo cético* (DIMOULIS, 2018). Com base nessa teoria, o teórico do direito deve partir de um ponto de vista cético inspirado no realismo estadunidense, já que os textos normativos só adquirem “voz” por meio da atuação de juízes (DIMOULIS, 2018: 136). Ignorar isso implicaria ignorar que autoridades judiciais podem se encontrar – e frequentemente se encontram – em situação na qual devem escolher algum rumo decisório, já que o texto, por si só, não fornece uma só resposta para o caso concreto.

A postura realista não inviabiliza a construção de métodos para a interpretação de enunciados normativos. A sua real implicação é a rejeição do formalismo jurídico compreendido como a fé na automaticidade da interpretação (viabilidade absoluta de silogismos em situações concretas) e na clareza geral de textos normativos (DIMOULIS, 2018, p. 137). Soma-se ao cinismo e ao ceticismo inerentes à postura realista a ideia da “superioridade das normas jurídicas em relação à vontade dos intérpretes” (DIMOULIS, 2018, p. 139). Essa ideia, que aqui é chamada *textualismo*, importa um compromisso metodológico na atividade interpretativa, pois a combinação sugerida pelo autor leva, por um lado, ao reconhecimento de que há espaços de indeterminação semântica (vagueza) que desafiam intérpretes e, por outro lado, ao compromisso com a busca por uma solução pautada nos textos normativos vigentes¹⁹.

A criação de critérios para avaliação do atendimento ao caráter interno da interpretação jurídica é um *exercício teórico* que busca maximizar a objetividade e previsibilidade da aplicação dos enunciados normativos. A proposta teórico-interpretativa não anula a existência da vagueza semântica, mas indica um compromisso com o enfrentamento

¹⁹ O textualismo, nesse caso, é inspirado nos métodos gramatical (literal) e sistemático, partes dos chamados cânones de Savigny (DIMOULIS, 2018, p. 151).





da vagueza e, na medida do possível, com a sua redução. Por essa razão, a “vontade do legislador é apenas aquela que foi estampada nos textos de normas válidas na medida em que e da forma como foram estampadas” (DIMOULIS, 2018, p. 151)²⁰.

É importante notar que teorias da interpretação são expressões ideológicas, no sentido de que elas propõem um modo por meio do qual podemos nos dedicar *melhor* à atividade hermenêutica. No caso do textualismo cético, temos de respeitar um dever de caráter jurídico e ético e observarmos estritamente os textos normativos vigentes (DIMOULIS, 2018, p. 153). Em outras palavras, o textualismo é uma ideologia que busca proteger o direito do ativismo (arbitrariedade, subjetivismo sem critérios) de intérpretes dotados de autoridade, notadamente juízes e juízas.

A atribuição do caráter ideológico às teorias da interpretação significa que esse tipo de exercício teórico implica a definição de finalidades às quais a atividade hermenêutica deve ser dedicada. Por “definição”, entenda-se a eleição dos objetivos da interpretação. Tal eleição de objetivos depende de uma valoração, isto é, da consideração de que a atividade hermenêutica será *superior* se for conduzida por determinados critérios. É à natureza valorativa da teoria interpretativa que se atribui o caráter ideológico²¹.

É importante notar que teorias da interpretação são também dotadas de um caráter prescritivo, considerando que elas indicam como a atividade hermenêutica *deve ser* realizada. Esse caráter normativo não é um problema na produção acadêmica. Pesquisas no âmbito do direito *podem incluir* uma dimensão prescritiva – isso não é diferente, por exemplo, no âmbito da filosofia. Por isso, a pesquisadora do direito que deseja avaliar e criticar a qualidade das interpretações de autoridades judiciais não precisa temer o risco à “cientificidade” ou à “neutralidade” do seu trabalho em razão da adoção de um marco teórico pertencente ao campo da teoria da interpretação, como é o caso do textualismo cético²². Na verdade, sua avaliação poderá se beneficiar de um marco hermenêutico, que funcionará ao mesmo tempo como o olho e a janela: com relação ao olho, a adoção de um marco hermenêutico implica algum tipo de aceitação de caráter prescritivo sobre a atividade interpretativa (como eu vejo a atividade interpretativa e para que ela serve); já com relação à janela, uma teoria hermenêutica

²⁰ Tendo em vista a tese positivista de que autoridades podem atuar de forma discricionária (HART, 2013; DIMOULIS, 2018, p. 161), não se deve confundir arbitrariedade e discricionariedade, já que o exercício da discricionariedade não equivale à ausência de um compromisso interpretativo, pois a intérprete pode explicitar os critérios interpretativos pautados nos textos normativos que foram utilizados na sua decisão.

²¹ Saliente-se: os termos “ideológico” e “ideologia” não são aqui utilizados em sentido pejorativo.

²² A discussão sobre os critérios para a determinação do que é científico fogem ao tema deste artigo.





impõe algum tipo de conceito de interpretação, além de limites (molduras) àquilo que poderá ser interpretado, bem como aos modos por meio dos quais a interpretação deverá ser realizada²³.

4.4 A TEORIA EM PROL DA TRADUÇÃO DOS “FATOS DO MUNDO” PARA A LINGUAGEM TÉCNICO-JURÍDICA: A DOGMÁTICA

O treinamento em direito fornecido nas faculdades se vale, geralmente, da distinção entre disciplinas zetéticas (propedêuticas, teórico-filosóficas) e dogmáticas. Neste artigo, propõe-se a relativização dessa distinção, porque o saber dogmático pode ser entendido como uma forma de *produção teórica* voltada à *racionalidade interna* ao direito: trata-se da linguagem inerente ao conhecimento jurídico²⁴.

Combinada com o conhecimento dos textos normativos, a dogmática proporciona a identificação da relevância jurídica em elementos do “mundo dos fatos” – por exemplo, a doutrina civilista sobre enriquecimento sem causa viabiliza a afirmação de que certo ato foi ilícito. Nota-se, com isso, a proximidade da ideia de dogmática como produção teórica em relação a outras duas ideias exploradas neste artigo: a tese da teoria em prol da dotação de sentido do “mundo dos fatos” (subseção 4.2) e a tese da teoria em prol da interpretação de textos normativos (subseção 4.3).

No que diz respeito à proximidade com a ideia de dotação de sentido do “mundo dos fatos”, a dogmática jurídica a ela se assemelha por ser uma linguagem, isto é, um ramo do conhecimento que proporciona a apresentação de algo como juridicamente relevante. A união entre o conhecimento dos textos normativos e o conhecimento dogmático viabiliza a produção da *norma* entendida como um esquema doador de significado *jurídico* para o mundo dos fatos²⁵. A semelhança entre as ideias é devida a esse caráter doador de significado. Porém, as ideias não se confundem, já que o modelo teórico exposto na subseção 4.2 *não necessariamente* assume um caráter prescritivo, podendo funcionar somente como um olhar que descreve o mundo de uma forma pela qual ele geralmente não é descrito, sem que isso

²³ Esta subseção se valeu de um exemplo de teoria da interpretação. Para um exemplo oposto, ver Streck (2014).

²⁴ A ideia de dogmática como linguagem inerente ao direito foi extraída de Rodriguez, Püschel e Machado (2012). Conferir, também, Lopes (2006).

²⁵ Ver Kelsen (2005, p. 3-4).





implique uma prescrição²⁶. A dogmática entendida como produção teórica, por outro lado, é *necessariamente* prescritiva²⁷.

Já no que diz respeito à similaridade entre a ideia de dogmática aqui apresentada e a noção de teoria em prol da interpretação de textos normativos (subseção 4.3), a aproximação ocorre justamente por conta do caráter prescritivo de ambas: teorias da interpretação prescrevem *como* a atividade interpretativa deve ocorrer, enquanto as teorias dogmáticas prescrevem *o que* deve ser interpretado (extraído) a partir de textos normativos. Dessa forma, é correto dizer que a relação entre teoria dogmática e empiria está conectada às outras duas ideias já expostas neste artigo (subseções 4.2 e 4.3), embora com elas não se confunda.

O conhecimento dogmático, mesmo no contexto de uma pesquisa jurídica eminentemente descritiva, pode desvelar ou tornar mais nítidas questões juridicamente problemáticas nas práticas de autoridades ou de outros agentes que mobilizam o direito. A identificação de questões juridicamente problemáticas, por sua vez é geralmente feita por juristas, já que essa é a classe profissional treinada para ter olhos dogmáticos. Utilizando mais uma vez a metáfora que guia este trabalho, é como se a jurista tivesse um olhar diferenciado, sendo a mais capaz de, ao avistar pela janela um vegetal de tamanho mediano, dizer se ele é um arbusto ou uma pequena árvore, bem como de expor e sustentar coerentemente a *razão* de sua classificação.

Com isso, pretende-se dizer que a capacidade de identificar questões juridicamente problemáticas é peculiar ao ponto de vista interno ao direito e, por isso, pode ser considerada uma contribuição específica do âmbito jurídico-acadêmico²⁸. Se, por um lado, podemos nos beneficiar de conhecimentos metodológicos de outros ramos (ciências sociais, economia, psicologia etc.), também podemos fornecer conhecimento para esses ramos, no contexto de pesquisas que envolvam o direito. Uma forma de fazer isso é unir a pesquisa empírica ao olhar jurídico-dogmático.

Como forma de exemplificar o argumento desta subseção, recorre-se ao trabalho que se debruçou sobre decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) atinentes à soberania

²⁶ Saliente-se que o exemplo em Püschel (2020) do modelo teórico da subseção 4.2 contém também contribuições dogmáticas e, por isso, poderia ser utilizado como exemplo nesta subseção. Ademais, um olhar teórico pode ser uma ferramenta voltada à transformação social por meio do direito e, nesse sentido, pode ser prescritiva na sua missão de transformar determinado estado de coisas. Cf. Bottomley e Moore (2019, p. 511-512).

²⁷ “As questões ‘dogmáticas’ são tipicamente tecnológicas. Nesse sentido, elas têm uma função diretiva explícita. Pois a situação nelas captada é configurada como um dever-ser. Questões deste tipo visam possibilitar uma decisão e orientar a ação.” (FERRAZ JR., 1980, p. 46).

²⁸ Sobre a ideia de ponto de vista interno, ver Hart (2011).





constitucional dos veredictos do júri e a (in)viabilidade de Desembargadores reformarem decisões tomadas por jurados (MACHADO *et al.*, 2020). Nesse caso, foram compiladas e estudadas decisões da 4ª e da 12ª Câmara de Direito Criminal do TJSP, com vistas à identificação dos sentidos atribuídos ao artigo 5º, XXXVIII, c, da Constituição Federal²⁹ e ao artigo 593, III, d, do Código de Processo Penal³⁰.

Considerando o fato de a 4ª Câmara do TJSP ter, recentemente, anulado condenações do Tribunal do Júri no caso do Massacre do Carandiru (SÃO PAULO, 2016), a pesquisa se dedicou a *apresentar* e *descrever* os argumentos de Desembargadores tanto para a manutenção das decisões dos jurados quanto para anulações desse tipo de decisão. Além disso, essa pesquisa também aponta problemas dogmáticos nas interpretações dos Desembargadores. Isso significa que, juntamente com a *dimensão empírica* (compilação e descrição dos argumentos judiciais), o trabalho se valeu da *dimensão interna ao direito* para *criticar* a atividade nas Câmaras do TJSP consistente na extração de normas a partir dos dois enunciados jurídicos citados.

Ao sustentarem que “o significado dos veredictos fica à deriva nas Câmaras do Tribunal de Justiça” (MACHADO *et al.*, 2020, p. 127), as autoras tanto descrevem quanto prescrevem. A descrição se refere às decisões judiciais compiladas e apresentadas, enquanto a prescrição é constituída tanto pela denúncia da arbitrariedade existente em anulações de decisões do júri no TJSP quanto pela afirmação de que certas *normas* extraídas dos enunciados normativos pelos Desembargadores são inaceitáveis por razões estritamente jurídicas. Com isso, esse tipo de pesquisa acaba por comparar a dogmática nascida no Judiciário, por meio de atos de autoridade (decisões judiciais), e a dogmática nascida da união entre a observação do “mundo dos fatos” e o estudo da racionalidade sistemática do ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se, em outras palavras, da comparação entre o direito em ação (*law in action*) e o direito dos livros (*law in books*) – essas duas vertentes têm natureza dogmática e podem ser divergentes, como mostrado na pesquisa em questão.

Ainda sobre a relação entre *law in action* e *law in books*, afirma-se que, consciente ou inconscientemente, a doutrina (parte do *law in books*) é parcialmente produzida a partir da

²⁹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: [...] c) a soberania dos veredictos;”

³⁰ “Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: [...] III - das decisões do Tribunal do Júri, quando: [...] d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.”





empíria, isto é, a partir daquilo que observamos no chamado mundo dos fatos (HALPÉRIN, 2011, p. 62). Isso porque obras doutrinárias têm o objetivo de guiar juristas na tarefa de falar a linguagem do direito, inclusive em problemas práticos. Doutrinadores observam – ou devem observar – as questões correntes nos tribunais e em outras esferas das práticas jurídicas, para que possam produzir entendimentos dogmáticos sobre aquelas questões, com a finalidade de guiar as práticas jurídicas. No âmbito de pesquisas sobre o direito, a consciência do contexto para o qual se produz doutrina é essencial à descrição do estado da arte da dogmática (*law in action* e *law in books*) e à prescrição contextualizada de soluções normativas para problemas jurídicos correntes. O trabalho doutrinário desatento ao contexto no qual ele se insere corre o risco de se tornar ensimesmado, superficial ou completamente inútil. Com isso, afirma-se que a relação entre teoria e empíria é simbiótica (interdependente) e deve ser contemplada no contexto da pesquisa acadêmica do direito. A interdependência não permite uma cisão estanque entre os supostos objetos teórico e empírico. Ideia semelhante foi apontada por Lopes (2006, p. 47), para quem

o direito é ao mesmo tempo um sistema de regras que permite discursos (o direito como objeto de uma teoria geral ou de uma dogmática jurídica) e a realização dos próprios discursos (o direito como aplicação das regras aos casos concretos, por decisão dos tribunais, pareceres ou respostas frente a consultas etcetera).³¹

Outro ponto a ser frisado: a pesquisa teórico-dogmática *não* perde seu caráter acadêmico-científico em razão de seu caráter prescriptivo. A jurista, além de se valer dos métodos adequados para a execução de sua pesquisa empírica, também pode mobilizar seu saber jurídico em prol, por exemplo, da redução da arbitrariedade na atividade jurisdicional nos tribunais brasileiros “ao cobrar congruência das decisões da autoridade em relação a decisões passadas”, para que seja possível conceder à jurisprudência – ou a qualquer outro tipo de série de decisões de autoridades – a consistência e a delimitação de um modelo de aplicação de regras do direito (RODRIGUEZ; PÜSCHEL; MACHADO, 2012, p. 36).

Entendida no modo proposto nas últimas linhas, a produção teórico-dogmática é pautada nos olhos característicos de juristas, que os empregam para identificar o que é ou não é juridicamente aceitável no “mundo dos fatos”. Esse olhar condiciona e é condicionado pela

³¹ Tradução livre do seguinte trecho: “[...] el derecho es al mismo tiempo un sistema de reglas que permite discursos (el derecho como objeto de una teoría general o de una dogmática jurídica) y la realización de los discursos mismos (el derecho como aplicación de las reglas a los casos concretos, por decisión de los tribunales, dictámenes o respuestas frente a consultas, etcétera)”.





noção do que *é o direito*, pela dotação de sentido dos fatos observados e por teorias da interpretação dos textos normativos. Como já afirmado, a relação entre olhos e janelas é caracterizada pela interdependência e a distinção absoluta nem sempre é possível³².

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS: PESQUISA SOBRE O DIREITO E AS IDEIAS DE “ABSTRAÇÃO” E DE ACESSO AO “MUNDO DOS FATOS”

A apresentação dos quatro modelos de relação entre teoria e empiria teve dois objetivos principais: argumentar que a pesquisa empírica sobre o direito não pode prescindir de alguma base teórica, ainda que ela seja implícita (uma ideia sobre o que o direito *é*, por exemplo); e sustentar que não são opostas as ideias de *abstração*, pela via teórica, e de *acesso ao mundo dos fatos*, pela via empírica, apesar da aparente cisão entre aquilo que imaginamos (observamos, concebemos, formulamos etc.) e aquilo que nos é externo (os fatos)³³. O primeiro ponto foi suficientemente tratado nas seções anteriores, então esta seção final será dedicada ao segundo.

A superação da aludida cisão pode ser posta em outros termos, assumindo a velha oposição entre subjetivo e objetivo. A visão cindida indica, por um lado, a equiparação da teoria (da abstração) à mera opinião, aos sentimentos, aos preconceitos ou à ideologia de quem observa o mundo. Por outro lado, a visão cindida indica o cientista social como aquele capaz de se desemaranhar do subjetivismo em prol da identificação daquilo que realmente *é o fato* a ser descrito ou explicado. Saliente-se que a literatura pertencente aos campos da filosofia e das ciências sociais já se dedicou vastamente à oposição entre subjetivo e objetivo³⁴. Isso não significa, porém, que o tema tenha sido esgotado, ainda mais em um campo que ainda está em estágios iniciais de desenvolvimento, como é o caso da pesquisa empírica sobre o direito no Brasil. Por essa razão, a relevância no apontamento da cisão entre as ideias de “abstração” e de acesso “ao mundo dos fatos”.

³² “As questões jurídicas não se reduzem, entretanto, às ‘dogmáticas’, à medida que as opiniões postas fora de dúvida - os dogmas - podem ser submetidas a um processo de questionamento, mediante o qual se exige uma fundamentação e uma justificação delas, procurando-se, através do estabelecimento de novas conexões, facilitar a orientação da ação. O jurista revela-se, assim, não só como o especialista em questões ‘dogmáticas’, mas também em questões ‘zetéticas’” (FERRAZ JR., 1980, p. 46).

³³ Saliente-se que a abstração não implica a desconexão com a realidade social. A teoria jurídica não deve ser entendida como uma atividade alheia ao mundo das coisas, já que ela tem o potencial para contribuir com a construção daquilo que chamamos *realidade social*. Cf. Bottomley e Moore (2019, p. 513).

³⁴ Cf. Bachelard (1964), Kuhn (2012).





No âmbito do direito, busca-se avançar na promoção da produção empírica e, para tanto, são buscados os métodos de pesquisa tradicionalmente pertencentes ao campo das ciências sociais. Graças a essa pretensão empírica – que contou com o realismo jurídico estadunidense como um importante propulsor teórico no século XX³⁵ – podemos dizer que os estudos sobre o direito têm aumentado e que preocupações epistemológicas e metodológicas têm mobilizado a academia jurídica³⁶, apesar de ainda termos muitos obstáculos³⁷.

Em complemento aos modelos de relação entre teoria e empiria, é também preciso destacar que o teórico não deve ter em conta o direito como algo cristalizado, isto é, como um fenômeno social imutável³⁸. A pesquisa empírica sobre o direito pode nutrir a teoria por meio do fornecimento de bases factuais para a geração de conceitos e categorias atuais. Com isso, não se pretende dizer que as grandes obras da teoria do direito são datadas e, portanto, devem ser substituídas, mas que, apesar de suas contribuições, a empiria pode apontar à teoria novos caminhos – por exemplo, a elaboração de uma teoria juspositivista que abarque expressamente o pluralismo jurídico no Brasil³⁹.

A afirmação da interdependência entre teoria e empiria não implica a asserção do subjetivismo absoluto como norte – ou sul – da produção acadêmico-jurídica. Em outras palavras, a metáfora dos olhos e das janelas não é uma ode ao subjetivismo entendido no sentido de um olhar radicalmente projetado para a comunidade científica e por ela aceito sem a observância de critérios objetivos. Ainda que se assuma a existência do caráter subjetivo na abstração da produção teórica, o âmbito científico continua a ser caracterizado por um *esforço de objetivação*, isto é, pelo compromisso de maximizar a objetividade naquilo que foi elaborado subjetivamente (PIRES, 2008). Essa maximização é feita por meio do estudo de metodologia e da aplicação de métodos adequados aos objetivos pretendidos em uma pesquisa sobre o direito⁴⁰.

³⁵ Cf. Trubek (1984). O realismo estadunidense foi uma raiz de diferentes iniciativas para a pesquisa empírica sobre o direito – por exemplo, o movimento Direito & Economia, o *Critical Legal Studies*, o Direito & Desenvolvimento e o Direito & Sociedade.

³⁶ Cf. Machado (2017).

³⁷ Cf. Nobre (2004), Barros e Barros (2018).

³⁸ No sentido de afirmar a necessidade de a teoria jurídica ser contextualizada por meio de estudos empíricos e históricos, ver Tamanaha (2017).

³⁹ Bachelard (2006, p. 27-28) enfrentou a separação de categorias teoria e empiria: “Pediremos [...] aos filósofos que rompam com a ambição de encontrar um único ponto de vista e um ponto de vista fixo para julgar no conjunto uma ciência tão mudável como a física. [...] Aos cientistas reclamaremos o direito de desviar por um instante a ciência do seu trabalho positivo, da sua vontade de objectividade para descobrir o que resta de subjectivo nos métodos mais severos.”. A ideia contida nesse trecho traduz a proposta deste artigo.

⁴⁰ Cf. Machado (2017).





Subjacentes ao compromisso de objetivação estão dois elementos que devem ser destacados. O primeiro é a renúncia a qualquer tipo de idealismo, seja ele pautado no subjetivismo (na abstração) ou no objetivismo (no “mundo dos fatos”) – não há panaceia para aplacar totalmente a ansiedade do pesquisador do âmbito jurídico, ele está sempre em tensão em razão do subjetivismo de seu trabalho e da exigência de objetivação. Em segundo lugar, a aceitação de que *realidade* não é, necessariamente, sinônimo de algo externo a nós, já que ela pode ser retratada de diferentes ângulos e, ainda assim, ser útil à produção de pesquisas empíricas sobre o direito⁴¹. Isso porque “[r]ealidade não é somente realidade objetiva, e qualquer concepção objetiva de realidade deve incluir o reconhecimento de sua própria incompletude” (NAGEL, 1986: 26)⁴².

A superação da cisão entre teoria e empiria implica a superação da cisão entre subjetivo e objetivo, entre abstração e mundo dos fatos. A consciência da interdependência entre teoria e empiria também demanda o constante esforço na objetivação daquilo que foi concebido subjetivamente – aliás, talvez a objetividade seja exatamente isso: um constante esforço. Este artigo tratou da tensão que permeia a produção acadêmica, inclusive a pesquisa empírica sobre o direito: a tensão existente em sustentar que algo foi visto quando uma janela foi aberta.

REFERÊNCIAS

BACHELARD, Gaston. *A Epistemologia*. Tradução de Fátima Lourenço Godinho e Mário Carmino Oliveira. Lisboa: Edições 70, 2006 [1971].

BACHELARD, Gaston. *The Psychoanalysis of Fire*. Tradução de Alan C. M. Ross. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1964 [1938].

BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme; BARROS, Matheus de. Os desafios e os novos caminhos da pesquisa em direito no Brasil. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 25-48, mar. 2018.

BARTLETT, Katharine T. Feminist legal methods. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 103, n. 4, p. 829-888, fev. 1990. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1341478>. Acesso em: 14 out. 2020.

⁴¹ Disso não se depreende que, cientificamente, qualquer visão pode ser apresentada como correspondente à realidade. Essa questão foi abordada na seção 4.2.

⁴² Tradução livre do seguinte trecho: “Reality is not just objective reality, and any objective conception of reality must include an acknowledgment of its own incompleteness.”





BOTTOMLEY, Anne; MOORE, Nathan. On new model jurisprudence: The scholar/critic as (cosmic) artisan. In: PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, Andreas (ed.). *Routledge Handbook of Law and Theory*. New York: Routledge, 2019, p. 497-520.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 30 de abril de 2013.

CAEIRO, Alberto (PESSOA, Fernando). *Poesia completa de Alberto Caiero*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

DIMOULIS, Dimitri. A relevância prática do positivismo jurídico. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 102, p. 215-254, jan./jun. 2011. Disponível em: <https://doi.org/10.9732/132>. Acesso em: 14 out. 2020.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Massachusetts; London: Harvard University Press, 1985.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Massachusetts; London: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. Objectivity and truth: You'd better believe it. *Philosophy & Public Affairs*, [s.l.], v. 25, n. 2, p. 87-139, abr. 1996. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/j.1088-4963.1996.tb00036.x>. Acesso em: 14 out. 2020.

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

FERREIRA, Poliana da Silva. Direitos fundamentais e letalidade policial: sentidos opostos numa mesma trilha. *Redes: Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 7, n. 2, p. 111-126, ago. 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18316/redes.v7i2.4656>. Acesso em: 14 out. 2020.

GALLIGAN, Denis J. Legal Theory and Empirical Research. In: CANE, Peter; KRITZER, Herbert (eds.) *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 976-1001.

GHIRARDI, José Garcez. Importante, Desimportante: Alice no País das Maravilhas como antecipação crítica das premissas do positivismo de Kelsen. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 4, p. 232-260, out./dez. 2016. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/3509/350950139008.pdf>. Acesso em: 14 out. 2020.

HALPÉRIN, Jean-Louis. Law in books and law in action: the problem of legal change. *Me. L. Rev.*, Portland, v. 64, n. 1, p. 45-76, jan. 2011. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/maine64&i=49>. Acesso em: 14 out. 2020.

HART, Herbert L. A. Discretion. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 127, n. 2, p. 652-665, dez. 2013. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/2013/12/discretion/>. Acesso em: 14 out. 2020.





HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 6 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

HOLTERMANN, Jakob v. H.; MADSEN, Mikael. European New Legal Realism: Towards a Basic Science of Law. *iCourts Working Paper Series*, Copenhagen, n. 125, p. 1-25, set. 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=>. Acesso em: 14 out. 2020.

KELSEN, Hans. *Pure Theory of Law*. Tradução de Max Knight. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2005.

KUHN, Thomas S. *The Structure of Scientific Revolutions*. 4 ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2012.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Regla y compás, o metodología para un trabajo jurídico sensato. In: COURTIS, Christian (ed.). *Observar la Ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. [S.l.]: Editorial Trotta, 2006, p. 41-67.

MACHADO, Máira Rocha; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; BARROS, Matheus de; MELO, Ana Clara Klink de; AMARAL, Mariana Celano de Souza. As Provas, os Jurados e o Tribunal: a anulação dos veredictos diante da soberania do júri. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 164, p. 91-132, fev. 2020.

MACHADO, Máira Rocha (Org.). *Pesquisar Empiricamente o Direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. Disponível em: <http://reedpesquisa.org/publicacoes/volume-2-no-1-2014/>. Acesso em: 14 out. 2020.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; LIMA, Márcia; NERIS, Natália. Racismo e Insulto Racial Na Sociedade Brasileira: Dinâmicas de reconhecimento e invisibilização a partir do direito. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, v. 35, n. 3, p. 11-28, nov. 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.25091/s0101-3300201600030001>. Acesso em: 14 out. 2020.

MITTLAENDER, Sergio. Morality, Compensation, and the Contractual Obligation. *Journal of Empirical Legal Studies*, [s.l.], v. 16, n. 1, p. 119-142, fev. 2019. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1111/jels.12211>. Acesso em: 14 out. 2020.

NAGEL, Thomas. *The View from Nowhere*. New York: Oxford University Press, 1986.

NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil. *Cadernos Direito GV*, São Paulo, n. 1, p. 3-19, 2004. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/2779>. Acesso em: 14 out. 2020.

OLIVECRONA, Karl. *Law as Fact*. 2 ed. London: Stevens & Sons, 1971.

PIRES, Álvaro. Sobre algumas questões epistemológicas de uma metodologia geral para as ciências sociais. In: POUPART, J. ; DESLAURIERS, J.P. ; GROULX, L. A.; MAYER R.; PIRES A.P. (orgs.). *A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos*. Tradução de Ana Cristina Nasser. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 43-94.





PÜSCHEL, Flavia Portella. A feminist analysis of child neglect cases from the Brazilian Superior Court of Justice. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 16, n. 1, e1944, mar. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2317-6172201944>. Acesso em: 14 out. 2020.

RÉAUME, Denise G. What's Distinctive about Feminist Analysis of Law?: A Conceptual Analysis of Women's Exclusion from Law. *Legal Theory*, [s.l.], v. 2, n. 4, p. 265-299, dez. 1996. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1896483>. Acesso em: 14 out. 2020.

RODRIGUEZ, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flávia Portella, MACHADO, Marta Rodriguez Assis. *Dogmática é conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Criminal 0007473-49.2014.8.26.0001*. Relator: Ivan Sartori. Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal. Data do Julgamento: 27/09/2016; Data de Registro: 06/10/2016.

SCHOPENHAUER, Arthur. *O Mundo como Vontade e como Representação*: Tomo I. 2 ed. Tradução de Jair Barboza. São Paulo: Editora Unesp, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TAMANAHA, Brian Z. *A Realistic Theory of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

THE SURPRISING pattern behind color names around the world. [S.l.], [s.n.], 2017. 1 vídeo (6m45s). Publicado pelo canal Vox. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=gMqZR3pqMjg>. Acesso em: 28 jul. 2020.

TRUBEK, David M. Where the action is: critical legal studies and empiricism. *Stanford Law Review*, Stanford, p. 575-622, 1984. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1228692>. Acesso em: 14 out. 2020.

WARAT, Luís Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 3, n. 05, p. 48-57, 1982. Disponível em: <https://doi.org/10.5007/%25x>. Acesso em: 14 out. 2020.

DADOS DA PUBLICAÇÃO

Categoria: artigo submetido ao *double-blind review*.

Recebido em: 29/04/2021.

Aceito em: 26/08/2022.

