

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
CRISTIANE DE OLIVEIRA COELHO

O CARÁTER CIENTÍFICO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: UMA
EXPLICAÇÃO DE SUA INFLUÊNCIA COMO DOUTRINA JURÍDICA

Brasília
2008

Cristiane de Oliveira Coelho

O CARÁTER CIENTÍFICO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: UMA
EXPLICAÇÃO DE SUA INFLUÊNCIA COMO DOCTRINA JURÍDICA

Dissertação de Mestrado elaborada junto ao
Programa de Pós-Graduação da Faculdade
de Direito da Universidade de Brasília, área
de concentração em Direito, Estado e
Economia.

Orientador: Marcus Faro de Castro
Co-orientador: Mauro Boianovsky

Brasília
2008

Cristiane de Oliveira Coelho

O CARÁTER CIENTÍFICO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: UMA
EXPLICAÇÃO DE SUA INFLUÊNCIA COMO DOCTRINA JURÍDICA

Dissertação defendida e aprovada em

01/07/2008

BANCA EXAMINADORA

(Marcus Faro de Castro)

(Mauro Boianovsky)

(Cristiano Paixão Araújo Pinto)

(Ivo Teixeira Gico Júnior)

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
2008

Man's respect for knowledge is one of his most peculiar characteristics. Knowledge in Latin is 'scientia', and science came to be the name of the most respectable kind of knowledge.(...) This is why the problem of demarcation between science and pseudoscience is not a pseudo problem of armchair philosophy: it has grave ethical and political implications.

Imre Lakatos

SUMÁRIO

RESUMO.....	6
ABSTRACT.....	7
INTRODUÇÃO.....	8
1 A CIÊNCIA	
1.1 O conceito de natureza.....	15
1.2 O nascimento e evolução da ciência moderna.....	17
1.3 A epistemologia da ciência ao longo da modernidade.....	29
2 O DIREITO	
2.1 Monismo metodológico.....	49
2.2 O Direito enquanto ciência.....	52
3 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	
3.1 A Economia enquanto ciência.....	99
3.2 A Análise Econômica do Direito enquanto ciência.....	120
CONCLUSÃO.....	140
BIBLIOGRAFIA.....	144

RESUMO

O objetivo desta dissertação é explicar a razão pela qual a doutrina da Análise Econômica do Direito, diferentemente de outras doutrinas genuinamente americanas, ganhou tamanha notoriedade no cenário jurídico mundial. Para tanto, busca-se primeiro descrever como a idéia de ciência conquistou a centralidade do pensamento moderno, pontuando suas principais características. Em um segundo passo, aponta-se como a idéia de ciência tornou-se central para a doutrina jurídica na modernidade e como evoluiu nesse período. Posteriormente, identifica-se qual o pensamento econômico adotado pela Análise Econômica do Direito como alicerce para suas reflexões, o que será feito por meio de uma incursão histórica no contexto de nascimento da referida doutrina, bem como nos pressupostos básicos utilizados em suas análises. Após identificado o pensamento econômico basilar da Análise Econômica do Direito, passa-se, então, à discussão do que ele representa para a Metodologia Econômica, permitindo concluir, finalmente, que o sucesso da doutrina da Análise Econômica do Direito advém exatamente de sua subsunção ao conceito moderno de ciência, tão apreciado pela doutrina jurídica.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito. Ciência. Metodologia.

ABSTRACT

This paper aims to investigate the reason why Law and Economics, differently from other legal American doctrines, achieved such great popularity among the world legal community. So, it begins by identifying when and how the idea of science emerged to be a central aspect of Law and how it developed throughout the years. Afterwards it is discussed which is the mainstream economic theory employed by Law and Economics' theorists to support their conclusions. This is done not only through the investigation of Law and Economics' context of birth at Chicago School but also through the observation of its basic assertions. Subsequently, it turns to the issue of what this mainstream economic theory employed by Law and Economic theorists represents to the Economic Methodology as a whole. This will finally allow the conclusion that Law and Economics' success derives exactly from the fact that it very much meets the modern concept of Science, so cherished to legal doctrine.

Keywords: Law and Economics. Science. Methodology.

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas do século XX, o movimento conhecido como “Análise Econômica do Direito”, ou simplesmente como “*Law & Economics*”, deixou de ser um pequeno e alternativo programa de pesquisa nas áreas do Direito e da Economia, para estabelecer-se como uma das principais escolas jurídicas dessa época. Seu desenvolvimento e aplicação resultaram em profundas mudanças tanto no contexto disciplinar das Faculdades de Direito como na prática jurídica norte-americanas, alcançando diversos outros países numa segunda etapa. Prova disso é que a partir de 1980, pelo menos um economista fazia parte do corpo docente das mais conceituadas escolas de Direito dos Estados Unidos, quando também passaram a ser publicadas diversas revistas especializadas em *Law & Economics*. No que tange à prática jurídica, por sua vez, atribui-se à Análise Econômica do Direito não só o movimento de desregulamentação dos mercados americanos de transporte e telecomunicações, mas também a reforma criminal de 1984 e a freqüente aplicação de teorias econômicas em decisões judiciais por parte de juízes como Breyer, Posner, Easterbrook, Calabresi e Ginsburg¹.

Apesar de alguns observadores como Fiss, Horwitz e Ellikson argumentarem que já ao final da década de 80 a escola da Análise Econômica do Direito apresentava sinais de eminente declínio², não só uma gama de autores contestou tal

1 *Conf.*: COOTER & ULEN, 1996, p. 2 e 3; MERCURO & MEDEMA, 1999, p.4; e, PARISI, 2004, p. 261.

2 *Conf.*: ELLIKSON, 1989, p. 26.

afirmativa³, como também um breve panorama da situação atual parece demonstrar exatamente o contrário. De fato, todas as renomadas Faculdades de Direito norte-americanas continuam mantendo programas inteiramente voltados ao estudo interdisciplinar entre Economia e Direito, inclusive oferecendo bolsas de estudos específicas aos estudantes interessados no tema⁴. Novas revistas, como a *Review of Law and Economics*⁵ e o *Journal of Empirical Legal Studies*⁶ foram lançados nos últimos anos nos Estados Unidos. O *Law and Economics Center*, estabelecido na *George Mason University School of Law*, alberga desde 1976 um programa inteiramente voltado ao treinamento de juízes em temas relacionados à Análise Econômica de Direito. Dentre tais magistrados, incluem-se quatro Ministros da Suprema Corte Americana, quatro Ministros da Suprema Corte de Israel, um Ministro da Suprema Corte do Canadá, bem como juízes da França, China, Tunísia e Egito⁷. Ou seja, a influência da *Law & Economics* não se restringiu aos Estados Unidos. Aliás, o *Law and Economics Center* chegou a realizar cursos de treinamento de juízes em Buenos Aires, em 2006, e em Brasília, em 2007⁸.

Na Europa, a influência da Análise Econômica do Direito também se faz sentir pela presença de revistas especializadas no tema, como a *International Review of Law and Economics*, editada no Reino Unido, e o *European Journal of Law and Economics*, editado na Holanda. No Canadá, a Universidade de Toronto agregou diversas disciplinas relacionadas à Análise Econômica do Direito em seu currículo, tais como os cursos *Economics for Non-Economists*, *Comparative Competition Policy*, *Economic and Social*

3 Rowley, por exemplo, afirma: “ *The future of law and economics is extremely bright and although Chicago cannot expect to dominate the future of the discipline as effectively as it has dominated the past 30 years, it surely has earned an eternal reputation as the founding father of what is perhaps, with public choice, one of the two most successful research programs in the social sciences of the second half of the twentieth century*”. ROWLEY, 2005, p. 29.

4 A Universidade de Havard, por exemplo, opera o centro John M. Olin, que distribui bolsas de estudos aos interessados em *Law & Economics*, bem como premia trabalhos realizados na área. A respeito vide: http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/

5 Conf.: <http://www.bepress.com/rle/about.html>

6 Conf.: <http://www.blackwell-synergy.com/loi/JELS?cookieSet=1>

7 Conf.: <http://www.lawecon.org/>

8 Conf.: <http://www.alacdebrasil.org/23maio.htm>

Regulation, dentre outros, também oferecendo bolsas de estudos para aqueles que tinham interesse em especializar-se na área⁹. Na Argentina, a Universidade Torcuato di Tella oferece um programa de mestrado especificamente concentrado no estudo da Análise Econômica do Direito¹⁰. No Brasil, a Universidade de São Paulo já há muitos anos oferece em seus programas de pós-graduação em Direito e de pós-graduação em Economia disciplinas específicas na área, e o IDP - Instituto Brasiliense de Direito Público também agregou a seu recente curso de mestrado a disciplina Análise Econômica do Direito¹¹.

Além dessa influência, também é possível encontrar na jurisprudência brasileira diversos casos em que as decisões tomadas parecem ter sido guiadas por preceitos da *Law & Economics*. Veja-se, por exemplo, o caso da Medida Cautelar na Ação Direta de Constitucionalidade nº. 9 em que o Supremo Tribunal Federal reputou legítimas as medidas emergenciais tomadas pelo Executivo contra o chamado “apagão elétrico” com base no argumento de que somente assim estaria resguardando um eminente colapso no sistema. O Ministro Nelson Jobim, na ocasião, confeccionou um longo voto explicando o impacto nefasto de um decisão contrária ao bem-estar de toda a sociedade brasileira. De forma ainda mais direta, o Recurso Extraordinário nº. 407688, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, decidiu que a penhora de bem de família do fiador do contrato de locação, permitida pela lei 8.009/90, não feria o direito constitucional de moradia uma vez que, na verdade, funciona como uma garantia eficaz, que reduzi o valor dos contratos de locação, e assim, ao invés de infringir, garante o próprio direito de morar.

Mas como explicar todo esse prestígio? Por que o movimento da Análise Econômica do Direito, diferentemente de outras teorias jurídicas eminentemente americanas, conseguiu ultrapassar as fronteiras doutrinárias dos Estados Unidos e de maneira

9 TREBILCOCK, 2005, p. 422-428.

10 Conf.: http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=1759&id_item_menu=3694

11 Conf.: http://www.idp.org.br/index.php?op=stub&id=1&sc_1=79

surpreendente ganhar espaço nas salas de aula e tribunais de países europeus, asiáticos e latino-americanos?

Poder-se-ia procurar responder a tal questão sob diferentes abordagens. Sob uma ótica jurídica, por exemplo, se investigaria como a Análise Econômica do Direito explica e prevê as decisões dos juízes, bem como sua capacidade para fixar um sólido conceito de justiça. Por uma perspectiva mercadológica, por sua vez, se analisaria as fontes de financiamento e promoção de tal doutrina em contraposição às demais¹². Politicamente, se estudaria quais as classes ou grupos sociais mais diretamente interessados nos resultados a serem alcançados com o crescimento da doutrina e como tais grupos empreendem seus esforços para impor sua vontade sobre a vontade dos outros cidadãos. Sob uma perspectiva ideológica, por exemplo, Morton Horwitz afirmou que a ascensão da Análise Econômica do Direito poderia ser explicada em virtude de uma tendência contrária à intervenção do Estado no economia¹³.

Neste trabalho, no entanto, se buscará apreciar o prestígio alcançado pela doutrina americana da *Law & Economics* sob uma perspectiva mais ampla, qual seja: identificando de que modo e em que grau tal teoria pretendeu (e ainda pretende) oferecer certeza e objetividade aos processos de criação e aplicação das regras jurídicas como vantagens não alcançadas (ou mesmo alcançáveis) por meio de outras abordagens.

Desta forma, nada mais pertinente do que começar a explorar o tema com uma breve reflexão sobre a importância dada pelo homem moderno aos conceitos de certeza e objetividade, passando-se então a investigar como tais conceitos foram canalizados na idéia de ciência, mais especificamente aquela que passa a predominar a partir da chamada “Revolução Científica” do século XVII.

Assim, o primeiro capítulo desta dissertação identificará, apoiando-se nas

12 Uma abordagem desse tipo pode ser vista em MANNE, 2005, p. 309-327.

13 Vide: HORWITZ, 1980; e, HACKNEY, 1997.

observações de Clement Rosset, o peso que os conceitos de certeza e objetividade carregam para o ser humano, para passar então à narrativa da evolução histórica da ciência, percorrendo as contribuições de Newton, Galileu, Laplace, Joule, dentre outros, tomando como parâmetro, nessa etapa, a análise feita pelo professor Ilya Prigogine. Por fim, o primeiro capítulo irá expor as diferentes interpretações dadas à ciência pela filosofia do conhecimento, passando pelas teorias de John Stuart Mill, Francis Bacon, René Descartes, Karl Popper, Thomas Kuhn, etc, sempre pontuando como tais autores portaram-se diante da pretensão filosófica identificada por Richard Rorty de fundamentar uma teoria geral da representação, capaz de julgar o que deve ser considerado uma boa representação da realidade e o que não deve ser considerado como tal.

Com tal exposição, espera-se deixar clara a relação existente entre ciência e o desejo humano de objetividade e certeza; para, em seguida, se poder discutir como o Direito, visando adequar-se a tais conceitos, procurou enquadrar-se nos padrões de investigação e conhecimento científicos.

Assim, o segundo capítulo será dedicado à evolução do método jurídico levada a cabo nos primórdios da Modernidade, destacando como tal desenvolvimento representou uma incorporação decisiva do anseio de certeza e segurança ao Direito¹⁴. A ideologia racionalista, exposta, por exemplo, nos trabalhos de Grócio, Pufendorf e Leibniz, impregnou o estudo jurídico com seu ideal de cientificidade, na medida em que buscava estabelecer verdades jurídicas incontestáveis, por meio de uma redução das contradições, insuficiências e pluralidade de sentidos existentes nos textos normativos. Sem falar então no século XIX, quando a dogmática jurídica aproxima-se ainda mais dos postulados da ciência com o florescimento do positivismo jurídico, que apesar de surgir em contraposição ao direito natural racionalista, incorpora e exacerba os pressupostos de certeza, objetividade e

¹⁴ Cabe deixar claro que as doutrinas jurídicas modernas bem incorporaram o desejo por objetividade e certeza, e não, obviamente, os conceitos em si.

formalidade já utilizados por aquela doutrina.

Muitas críticas, entretanto, foram levantadas contra essa visão neutra do Direito. A impossibilidade de aplicá-lo sem agregar juízos valorativos foi denunciada por diversos filósofos, sociólogos e juristas, que acentuaram a importância da interpretação e ressaltaram a falácia de julgamentos que se dizem estritamente objetivos. Novas doutrinas jurídicas começam então a distanciar-se do cientificismo moderno na medida em que se recusam a estruturar suas teorias sobre ideais de certeza e objetividade das normas.

Diante desse contexto, como entender o fortalecimento da Análise Econômica do Direito nessas últimas duas décadas? Representaria tal doutrina uma postura interdisciplinar que, como outras propostas do tipo, advoga uma interpretação mais aberta e socialmente comprometida das normas jurídicas? E, acima disso, seria a Análise Econômica do Direito a mais coerente dentre todas as que procuraram distanciar-se do modelo formalista, advindo daí o seu prestígio?

O terceiro e último capítulo, por meio da discussão sobre qual o pensamento econômico utilizado como base de análise pela *Law & Economics*, procurará demonstrar que tal interpretação não se afigura como a mais correta. Cuidará esse capítulo de investigar como os pressupostos de objetividade e certeza foram encampados pela Economia, para, após tais reflexões, serem delineados o contexto histórico de surgimento da Análise Econômica do Direito, bem como seus fundamentos econômicos básicos. Com essa narrativa, restará claro que a microeconomia neoclássica afigura-se como a vertente econômica central da Análise Econômica do Direito, sendo ela, também, a que mais se amolda ao conceito clássico de ciência.

Concluir-se-á, então, que a Análise Econômica do Direito, por meio da microeconomia neoclássica, reaproxima a doutrina jurídica dos ideais de objetividade e certeza antes almejados. E é por isso, por responder a um fetiche por objetividade existente no

Direito, quando outras doutrinas já não conseguem ou simplesmente já não buscam mais responder a tais anseios, que o movimento doutrinário da *Law & Economics* conquista, diferentemente de outras doutrinas jurídicas tipicamente americanas, uma ampla simpatia em países de tradição civilista. É esse o raciocínio que a presente dissertação, em linhas gerais, buscará sustentar.

1 A CIÊNCIA

1.1 O conceito de natureza

Embora a criatividade humana seja capaz de fazer várias invenções, com a ajuda de diversas máquinas atendendo ao mesmo objetivo, ela jamais projetará nada mais belo, ou mais simples, ou mais pertinente que a Natureza, cujas invenções nada tem de incompleto, tampouco de supérfluo.
(Leonardo da Vinci)

As produções da arte serão comuns, imperfeitas e fracas enquanto não se propuserem a uma imitação mais rigorosa da natureza.
(Denis Diderot)

Em suas obras, o filósofo francês Clément Rosset procurou denunciar a fixação humana por certeza e objetividade. Segundo ele, o homem sempre pretendeu descobrir, sob o elemento caótico de suas percepções e de sua existência, uma simplicidade a ser revelada. Uma simplicidade derivada de poucos, mas ressoantes princípios, que permitiriam tudo explicar e prever. Tal possibilidade, por sua vez, decorreria exatamente do caráter de ordem e necessidade imputados pelo homem ao mundo exterior, ao mundo que independe de sua atividade, e ao que se convém chamar “natureza”.

Tal atitude, de acordo com o filósofo, dificilmente será abandonada ou superada, uma vez que possui um forte apelo psicológico ao assegurar ao homem “*um aconchego tão tranquilizador quanto a presença de uma mãe*”¹⁵. Prova disso, como pontuou o autor, é que nada indica que o homem contemporâneo, supostamente mais livre e esclarecido, esteja mais disposto que aqueles de outras épocas a dispensar o auxílio da

15 ROSSET, 1989, p. 10.

presença da “mãe natureza”. Aliás, conclui Rosset que, muito pelo contrário, o ideal naturalista, longe de ter sido atacado pelo progresso das ‘luzes’, nunca teria preponderado tanto quanto na sensibilidade moderna.

Não é à toa, por exemplo, que ícones do pensamento moderno como Leonardo da Vinci (1452-1519) e, um pouco mais tarde, Diderot (1713-1784) pontuaram – como fica claro a partir de suas citações em epígrafe – a subsidiariedade do artifício humano quando comparado ao empreendimento ordenado e infalível da natureza.

De fato, não há como se negar que uma típica “invenção da modernidade”, o fenômeno da ciência, principalmente no contexto e acepção em que ele surge, revela-se, em última instância, como uma tentativa do homem de entender, comprovar, dominar e mimetizar a ordem e a certeza presentes na idéia de natureza que ele próprio construiu. Talvez não seja de todo equivocado afirmar, portanto, que o termo “ciência” veio mesmo a substituir na Modernidade o que antes era simplesmente interpretado como “natureza”; podendo-se dizer, por exemplo, de acordo com a semântica, que “ciência” passa a ser o novo significante do significado de ordem e certeza, bem como do reduto destituído da subjetividade humana.

É como observou novamente Rosset: a ideologia moderna, quando pretende afastar-se da ideologia naturalista, apenas renuncia a uma palavra, à palavra natureza. O substrato naturalista, no entanto, permanece. Isso porque o homem não tem um apego indissociável ao termo *natureza*, assim como não tinha também aos termos *natura* e *physis*. O que a Modernidade faz, como já dito, é somente “*recusar uma palavra, mas conservando intacta a carga afetiva que sustenta seu uso, carga que se relacionará, se necessário, a uma nova palavra*”¹⁶; como, por exemplo, a palavra ciência.

E se a ciência substitui o conceito de natureza como resposta aos anseios humanos de certeza e objetividade na Modernidade, a proposta desse trabalho, de se tentar

16 ROSSET, 1989, p. 272.

explicar o sucesso da doutrina da Análise Econômica do Direito por uma perspectiva epistemológica ampla, necessariamente deve passar por uma investigação das possíveis relações existentes entre a *Law & Economics* e o conceito de ciência.

1.2 O nascimento e evolução da ciência moderna

*Nature and Nature's law lay hid in night.
God said "Let Newton be" and all was light.
(Alexander Pope)*

Das obras que são parte da história intelectual da humanidade, poucas deixaram uma marca tão profunda quanto às de Newton. De fato, seu trabalho, além de poder ser considerado como o clímax da Revolução Científica, inaugurou uma estrutura conceitual que iria dominar não só a física, mas toda uma visão de mundo largamente incontestada até meados do século XX. É evidente que Newton não construiu tudo sozinho, seus conceitos partiram de outras importantes descobertas, principalmente as de Copérnico, Kepler e Galileu.

Muito embora tenha empreendido significativos esforços para que sua obra não fosse amplamente divulgada (talvez por medo de perseguições religiosas, ou por pura insegurança), Copérnico foi o primeiro protagonista da reviravolta epistemológica iniciada no século XVI. Entre 1510 e 1514, compôs um pequeno trabalho, publicado apenas cerca de 4 décadas depois, intitulado *Commentariolus*, onde expunha sua convicção de que o Sol está no centro da órbita de todos os planetas; de que a Lua, e apenas a Lua, gira em torno da Terra; de que a Terra gira em torno de seu eixo; e, por fim, de que a Terra, assim como os demais planetas, gira em torno do Sol em órbitas circulares. Essas propostas contrariavam, como se sabe, toda a concepção astronômica que vigorou até então na Europa Ocidental desde a Grécia Antiga, mais especificamente desde a concepção do modelo Ptolomaico, derivado da obra de Hiparco, produzida por volta de 150 a 125 a.C., que colocava a Terra no centro do universo.

Foi com Kepler, no entanto, que a astronomia cumpriu seu papel de parteira da Revolução Científica, revelando a existência de leis empíricas que se ajustam a deduções

matemáticas. Kepler observou três regularidades estonteantes para sua época: primeiro, descobriu que o segmento que une o Sol a um planeta sempre varre a mesma superfície em um mesmo tempo; depois descobriu que os planetas deslocam-se em elipse, estando o Sol em um de seus focos; e, por fim, observou que o cubo dos grandes eixos das trajetórias elípticas é proporcional ao quadrado dos tempos levados para percorrê-las. Com isso, alimenta-se a idéia de uma compreensão de mundo um tanto mirabolante, em que se suspeita que a natureza, além de dever ser vista como um conjunto inerte de seres, se comporta conforme uma ordem passível de ser descrita pela matemática.

Galileu aparece então para reforçar tais suposições. Descontente com a idéia de que suas descobertas acabariam por passar despercebidas pela maioria de seus contemporâneos, Galileu decide desafiar a autoridade da Igreja e dedicar-se a explicar para as autoridades eclesiásticas e demais estudiosos como suas descobertas astronômicas comprovavam a insustentabilidade do modelo ptolomaico, sendo capazes de demonstrar o verdadeiro arranjo dos céus, mesmo que este contrariasse a interpretação oficial das escrituras sagradas.

Dentre suas descobertas, a mais relevante é aquela que destaca a independência da massa corporal de um objeto de sua velocidade de queda. Galileu chegou a essa conclusão observando primeiro o período de oscilação de uma pedra amarrada a uma corda, que, para sua surpresa, embora dependesse do comprimento da corda, sendo mais longo para uma corda mais longa, era independente do peso da pedra. Corre a lenda, ainda, que Galileu procurou demonstrar a exatidão de suas conclusões jogando diferentes objetos do alto da torre de Pisa e mostrando que eles atingiam o chão praticamente ao mesmo tempo. Uma pena colocada dentro de um cilindro alcançava o solo em momento idêntico a uma pedra de chumbo colocada em um recipiente semelhante. Tais resultados contradiziam a idéia aristotélica de que, quanto mais pesado o objeto, mais rápido ele chegaria ao seu estado de

repouso, seguindo sua tendência natural de cair em direção à terra.

A prática de Galileu era, portanto, algo extremamente novo. Ao invés de repetir cegamente os ensinamentos de Aristóteles, tal qual faziam outros professores e pesquisadores da época, Galileu voltava-se à experimentação, além de esforçar-se em reduzir as equações matemáticas a descrição da queda de objetos e do movimento de projéteis. Quanto a este ponto, ele acreditava não só que a matemática é a linguagem da natureza, mas também que o mundo é construído de tal forma que as relações matemáticas, ao descreverem um fenômeno, são sempre as mais simples e universais possíveis. Em última instância, essa proposta autorizava a convicção, mais do que presente em Galileu, de que um experimento localizado seria capaz de explicar diversos outros fenômenos parecidos.

Tal conjunto de idéias fazem de Galileu o primeiro cientista verdadeiramente moderno da história. De fato, seus postulados encerram todas as premissas básicas adotadas pela ciência moderna e incorporadas à visão corriqueira de mundo a partir do século XVII. A crença na experimentação, na matematização e, principalmente, na existência de um mundo homogêneo submetido a uma verdade global, onde a complexidade é apenas aparente, constituirá a marca registrada da nova ciência.

Mas se os simples postulados de pesquisa fizeram de Galileu o primeiro cientista moderno, os resultados obtidos por Newton erigem-no ao patamar de verdadeiro precursor da modernidade científica. Não é à toa que aos olhos da Inglaterra do século XVIII, como relata Prigogine¹⁷, Newton poderia ser considerado um legítimo novo Moisés, já que teria descoberto a linguagem simples e única por meio da qual a natureza se expressa.

Seu triunfo foi a descoberta de que uma só força, a da gravitação, determina o movimento dos planetas, dos cometas e dos corpos que caem na Terra. Qualquer que seja o par de corpos materiais e a distância entre eles e suas massas, o sistema newtoniano implica

17 PRIGOGINE, 1997, p. 19.

que uma força de atração os une e são atraídos um para o outro por essa força, proporcional ao produto de suas massas e inversamente proporcional ao quadrado da distância que os separa.

A pesquisa de Newton, portanto, ao mesmo tempo que conseguiu isolar, em um conjunto heterogêneo de fenômenos, um fato central, irreduzível e específico, do qual acreditava-se que tudo mais se poderia deduzir, matematizou esse conhecimento. Independentemente do corpo, qualquer que seja sua dimensão, seja ele um átomo, uma gota de chuva ou um planeta, ele terá uma massa e, por isso, estará submetido às forças de interação newtonianas, cuja magnitude é facilmente calculável por meio de uma equação.

Um importante desdobramento da lei da gravitação e de sua matematicidade constitui-se no fato de que para a dinâmica newtoniana em cada momento “tudo é dado”. Ou seja, o conhecimento da massa, da velocidade, da aceleração e/ou da distância de um corpo no momento t_1 , também possibilita precisar o valor de tais variáveis no momento t_2 , $t_{(-)}$, t_{300} , enfim, em qualquer “t”. Para a dinâmica, todos os seus estados são equivalentes, pois cada um deles permite determinar todos os outros, predizendo a totalidade das trajetórias que constituem a evolução do sistema. A trajetória dinâmica é, portanto, determinista – um estado “x” leva, necessariamente, ao estado “y” – e reversível – “x” leva a “y” e “y” pode voltar a ser “x” –, evidenciando, com isso, uma relação de equivalência entre causa e efeito.

Partindo dessas características é que Laplace lança mão nas suas obras de uma figura simbólica que sintetiza o arcabouço teórico da física clássica, representada pela dinâmica newtoniana; imagina ele um demônio, capaz de observar, num momento determinado, a posição e a velocidade de cada massa constitutiva do Universo, e daí deduzir a evolução universal, tanto na direção do passado como na do futuro. É certo que o demônio de Laplace não representa a possibilidade efetiva de uma previsão determinista do curso das coisas, mas sim a sua possibilidade de princípio, uma possibilidade ao menos lógica de uma presciência total.

Portanto, a natureza que a dinâmica clássica supõe não é outra senão aquela que Clément Rosset conceituou em suas críticas: uma natureza indiferente, sem relevo, plana, homogênea e previsível, para a qual todo estado se equivale, uma natureza amnésica, desprovida de história e inteiramente determinada pelo seu passado. O tempo da dinâmica clássica é o do desenvolvimento progressivo de uma lei eterna e infalível, dada de uma vez por todas e expressa em qualquer ocasião. Essa forma sistemática, fechada e, acima de tudo, determinista, que a física clássica propôs como a mais coerente descrição do mundo, conseguiu separar de vez o homem da natureza, seja enquanto sua parte ou enquanto seu observador.

O mundo da física clássica é simples e sem complexidade, sendo que a atuação do homem não distorce ou perturba seu devenir natural: o homem, na qualidade de parte do mundo, participando incontestavelmente de sua evolução, passa a ser, contudo, nele inconcebível. Por outro lado, o mundo newtoniano tampouco se apresenta como dependente da atividade humana experimental, sua apreensão pelo sujeito não é influenciada por pontos de vista parciais ou por escolhas aleatórias do investigador. O ser humano enquanto experimentador ativo, que escolhe, manipula, apresenta, comunica, discute e critica seus resultados, igualmente desapareceu e foi absorvido até não ser mais do que um ponto, uma consciência conhecedora que contempla o mundo entregue e sem mistério.

Para a ciência moderna, portanto, a verdade da natureza está plenamente contida na dinâmica e nada distingue qualitativamente os sistemas simples que podemos descrever dos que, mais complexos, precisariam de um demônio. Ou seja, o mundo não se torna mais do que uma imensa tautologia, eterna e arbitrária, tão necessária e absurda em cada um dos seus detalhes como na sua totalidade.

Nada mais conveniente para os séculos XVIII e XIX do que tal concepção de mundo. A ânsia de intervenção e previsão de engenheiros e astrônomos rechaçava o

entendimento superficial e intratável desenvolvido na Antiguidade Clássica e na Idade Média que se resumia a dar explicações gerais para a existência, sustentando-se em hipóteses como a dos quatro elementos (fogo, terra, água e ar) ou a hipótese divina. Na dinâmica newtoniana, diferentemente, a lei matemática constitui o elemento central da teoria, oferecendo ao homem moderno a possibilidade concreta de prever e de manipular a natureza, que, estando sujeita a tais leis, torna-se previsível e não caótica.

Durante a transição para o século XIX, a melhoria nas técnicas de laboratório e de instrumentação, assim como inúmeras descobertas científicas, gerou uma série de inovações tecnológicas de grande importância, que incluíam a máquina vapor e o dínamo. A Revolução Industrial emerge com toda a força, dando uma credibilidade ainda maior à ciência mecanicista e ao método reducionista. Tamanho era o sucesso do empreendimento clássico que vários físicos chegaram a declarar o “fim da física.” O escocês lord Kelvin, por exemplo, proclamou em 1900 que tudo de fundamental na física já havia sido descoberto, e que os problemas ainda não resolvidos eram apenas detalhes a serem tratados por futuras gerações de cientistas¹⁸.

É desta maneira que a ciência deixa de ser objeto de críticas e de meros interesses estéticos ou de vaidades para tornar-se objeto de consenso, e um consenso claramente newtoniano. O estudo deixa de ser um interesse secundário e se organiza como uma instituição independente. Os antigos “homens de ciência” agora são professores e investigadores profissionais, e preocupam-se sistematicamente com a formação de seus sucessores. E em todos esses novos *loci* de conhecimento, outro método não foi seguido ou outra visão de mundo adotada senão a da dinâmica newtoniana. Sobre tal hegemonia, pontuou Prigogine:

Durante um período curto, mas que marcará os cientistas com

18 GLEISER, 1998, p. 199.

uma nostalgia duradoura, a ciência triunfou, reconhecida e honrada por um Estado poderoso, detentora de uma concepção global e coerente do mundo. Newton, venerado por Laplace, tornou-se o símbolo, a expressão viva da verdade dessa ciência da idade de ouro, do momento feliz em que os cientistas foram identificados e se reconheceram eles mesmos como participantes duma empresa coletiva, mantida e encorajada pela sociedade e fundada numa unanimidade teórica fecunda.¹⁹

O estudo da física do calor e dos fenômenos elétricos reforçaram o consenso existente sobre a física newtoniana, acentuando a mágica que envolvia esse novo empreendimento epistemológico que era a ciência. No entanto, algumas de suas particularidades, para as quais a comunidade científica insistia em fazer ouvidos de mercador, já apontavam para uma fragilização da visão de mundo instituída pela dinâmica clássica.

O barão Jean-Joseph Fourier expunha em seus estudos que a propagação do calor entre dois objetos de diferentes temperaturas é um fenômeno peculiar, cuja lei, de simplicidade notável, enuncia apenas que o fluxo de calor entre dois corpos é proporcional ao gradiente de temperatura entre eles. Diante de tais conclusões, denunciava Fourier a inadequação e a desnecessidade de se recorrer à teoria das interações dinâmicas para explicar o fenômeno da difusão de calor. De fato, sua lei apresentava-se tão geral quanto as leis newtonianas, descrevendo um fenômeno tão universal quanto à gravitação: se por um lado todo corpo tem uma certa massa e se encontra, em interação gravitacional com outros corpos do Universo; por outro, todo corpo é igualmente capaz de receber e transmitir calor.

A evolução da discussão sobre a natureza do calor, entretanto, acabou por aproximar a teoria newtoniana da teoria da propagação do calor, fortalecendo, assim como afirmado, a visão de mundo da dinâmica clássica. Pouco a pouco se foi afastando da posição defendida por Lavoisier, de que o calor é uma espécie de fluido invisível e sem massa que passa espontaneamente de um corpo quente para um corpo frio. Essa explicação, tal qual a lei de Fourier, tornava o fenômeno calórico irreduzível às leis gravitacionais, já que não se

19 PRIGOGINE, 1997, p. 52.

vislumbrava qualquer relação entre a massa de um objeto e o caminho do tal fluido de calor que ele continha.

Os experimentos de Carnot relacionados à descoberta de uma máquina perfeita, no entanto, foram o ponto de partida para que, mais tarde, Joule concluísse que o calor, assim como o trabalho mecânico, é apenas uma das muitas espécies de energia. Ou seja, calor e movimento se relacionam na medida em que dizem respeito à quantidade de energia de um corpo em um dado momento, sendo que sua energia calórica pode transformar-se em energia cinética e vice-versa. O mais surpreendente, contudo, foi a descoberta de Joule do princípio da conservação de energia em um sistema fechado, que decisivamente contribuiu para que o estudo dos fenômenos calóricos fosse então enquadrado na visão da dinâmica clássica, daí a sua denominação de *termodinâmica*.

Citado por Prigogine²⁰, Helmholtz reconheceu muito claramente a influência do princípio da conservação de energia para o coroamento da ciência clássica. Para ele, o princípio da conservação de energia não era mais do que a encarnação, no interior da física, da exigência geral de inteligibilidade da natureza, que é preliminar a toda ciência: o postulado de uma invariância fundamental para além das transformações cotidianas. E de fato, essa postura pode ser facilmente identificada em Joule, para quem *“os fenômenos naturais quer sejam mecânicos, químicos ou vitais, consistem quase exclusivamente numa conversão da atração através do espaço, da força viva e do calor de uns sobre os outros. E é assim que a ordem do Universo é mantida – nada é perturbado, nunca se perde nada, mas toda maquinaria, por mais complicada que seja, funciona com calma e harmonia.”*²¹

Além do princípio da conservação de energia, a aproximação entre as leis da dinâmica e da termodinâmica foi também percebida a partir dos experimentos de Waterson e Maxwell. O primeiro demonstrou que as características macroscópicas dos gases, tais como

20 PRIGOGINE, 1997, p. 89.

21 PRIGOGINE, 1997, p. 88.

sua temperatura e pressão, podem ser compreendidas em termos dos movimentos de seus constituintes microscópicos: o aumento de temperatura de um gás se deve ao aumento da velocidade média de suas moléculas. O segundo, por sua vez, provou que as moléculas de gás podiam ser descritas como minúsculas esferas rígidas, as quais movem-se e colidem segundo as leis de Newton.

Em meados do século XVIII a eletricidade, assim como o calor, era considerada um fluido. Acontece que quando Benjamim Franklin mencionou sua experiência com uma esfera metálica carregada e uma bola de cortiça a Joseph Priestley, uma nova perspectiva se abriu. Para Priestley, a bola de cortiça não era atraída pela esfera metálica quando posta em seu interior exatamente pelas mesmas razões que Newton expôs ao elaborar a teoria da gravitação universal: a força de um corpo sobre outro diminui de modo proporcional à distância entre eles. Essa observação deixou, surpreendentemente, de ser uma mera coincidência por meio dos experimentos de Cavendish e, mais tarde, de Coulomb; eles demonstraram que também a força existente entre dois corpos carregados varia exatamente de acordo com o quadrado da distância entre eles.

A lei de Coulomb leva a que a presença de uma carga perturbe o espaço a sua volta de tal modo que outra carga posta em sua proximidade sinta o efeito de uma força elétrica. O mesmo acontece com dois magnetos ou com duas massas atraídas pela força gravitacional. Portanto, o campo elétrico de um objeto carregado é medido por seu efeito sobre outros objetos igualmente carregados que respondem à presença do campo sendo atraídos ou repelidos. Assim, a todo corpo eletricamente carregado está associado um campo elétrico, tal qual a todo magneto está associado um campo magnético, e a toda massa, um campo gravitacional. Ao final, a descoberta de que as forças elétricas e gravitacionais possuem tantas propriedades semelhantes pareceu demonstrar aos físicos a exatidão da proposta da dinâmica ao reconhecer uma profunda simplicidade no modo com a natureza

opera.

Assim como o calor, portanto, o fenômeno da eletricidade foi reduzido aos termos da linguagem mecanicista newtoniana. Tanto o princípio da conservação da energia, quanto o do movimento das moléculas e o eletromagnetismo representaram uma importância enorme não somente no que concerne às teorias científicas, mas também quanto à imagem da ciência. Todos inauguraram a idéia de uma nova idade de ouro da física, período de glória e generalização última do tipo de raciocínio responsável pelo sucesso da mecânica. Passou-se então a afirmar que a ciência da energia retomou as diferentes teoria físicas e as englobou como casos particulares no seio de uma concepção que é, afinal, a verdade da natureza como um todo.

Desde o século XVIII, todavia, alguma coisa mudou no mundo das compreensões físicas. Com efeito, a ciência nova, fundada sobre o princípio de conservação de energia, não mais simplesmente pretendia descrever uma idealização, seu objetivo agora era explicar a própria natureza, inclusive suas transformações e perdas²². Daí a aparição de um novo problema, consistente no fato de que a irreversibilidade intromete-se na compreensão física do mundo: como descrever o que se passa no mundo real – já que tudo, a partir do princípio da conservação de energia, deve poder ser descrito? Como explicar os sistemas que passam de um estágio a outro e não mais conseguem retornar?

As transformações reversíveis pertenciam à ciência clássica, conforme se explicou anteriormente. O objeto dinâmico era, por ser reversível, também controlável por intermédio de suas condições iniciais: uma preparação adequada do sistema é capaz de provocar a evolução desejada para um ou outro estado predeterminado. O objeto termodinâmico, no entanto, apenas pode ser descrito em termos de transformações reversíveis e controláveis em condições limites: a mudança de temperatura, pressão ou volume deve ser

22 PRIGOGINE, 1997, p. 93.

muito progressiva e lenta para que um sistema termodinâmico passe por uma série de estados de equilíbrio, cuja inversão também progressiva da manipulação permite, idealmente, o retorno ao estado inicial. Neste quadro da termodinâmica a irreversibilidade é, portanto, definida negativamente, ou seja, só existe como uma evolução excepcional que se produz apenas quando o sistema escapa ao domínio. Mas este ponto de vista pode ser invertido, vez que, na verdade, os processos irreversíveis são a regra cuja exceção é de fato a reversibilidade. A distância entre a descrição ideal e a descrição real traduz então, uma propriedade que distingue essencialmente os sistemas da dinâmica clássica dos da termodinâmica: o objeto termodinâmico, contrariamente ao objeto dinâmico, nunca é controlado, senão parcialmente; pode lhe acontecer “escapar-se” numa evolução espontânea e irreversível.

Na dinâmica newtoniana o sistema evolui sobre uma trajetória dada de uma vez por todas, e guarda eternamente a lembrança do seu ponto de partida. Na termodinâmica, no entanto, apesar dos esforços da maioria dos pesquisadores, os sistemas apenas *tendem* a evoluir para um estado de equilíbrio; e, chegando lá, esquecem-se não só de como chegaram, mas também de onde vieram.²³

Assim que, no fim do século XIX, a termodinâmica já era vista como propulsora de novas leis na física, impossível de ser reduzida à física clássica tradicional; era

23 Gibbs sustentava que o problema da irreversibilidade apenas diz respeito ao fato de que não temos as mesmas qualidades do demônio de Laplace. “Misturemos, propunha ele, uma gota de tinta preta com água pura. Rapidamente a água se torna cinzenta numa evolução que, para nós, é a própria irreversibilidade; no entanto, para o observador suficientemente arguto para observar, não o líquido macroscópico mas cada uma das moléculas que constituem a população, o líquido não ficará nunca de cor cinza; o observador poderá seguir as trajetórias cada vez mais deslocalizadas das “moléculas de tinta” primeiramente reunidas numa pequena região do sistema, mas a idéia de que o meio heterogêneo se tornou irreversivelmente homogêneo, de que a água “se tornou cinzenta”, será, do seu ponto de vista, uma ilusão determinada pela imperfeição de nossos meios de observação, uma ilusão subjetiva. Ele mesmo só viu movimentos, reversíveis, e nada vê de cinza, mas 'preto' e 'branco’.” (PRIGOGINE, 1997, p. 158) Esta interpretação faz do observador o verdadeiro responsável pela assimetria que caracteriza o devir do sistema. Já que não pode abranger as posições e as velocidades das partículas que constituem um sistema complexo, o observador não tem acesso à verdade fundamental desse sistema, ele não pode conhecer, ao mesmo tempo, seu passado e futuro, e não pode captar a lei reversível que lhe permite descrever sua evolução. Acontece que os fenômenos biológicos e químicos parecem rechaçar tal explicação, a irreversibilidade decorre de verdadeiras diferenças físicas e não simplesmente da incapacidade observatória do ser humano.

preciso aceitar como axioma a diversidade qualitativa da energia e sua tendência à degradação. Diversos físicos, contudo, recusavam-se a renunciar o que consideravam ser a própria ambição da física: reduzir a complexidade dos fenômenos naturais à simplicidade de poucos comportamentos basilares.

A lei universal que substituiria a lei de Newton para levar em consideração as novas interações descobertas no seio da ciência tornou-se então o objeto de uma busca fascinada. No entanto, uma tal lei permaneceu inencontrável. A relatividade e a mecânica quântica, as duas mais importantes teorias científicas que sucederam a termodinâmica e o eletromagnetismo no século XX, não conseguiram levar a cabo tal ambição, sendo responsáveis, isso sim, por afastar ainda mais a física daquele ideal.

Com a teoria da relatividade restrita, desenvolvida por Einstein em 1905, o espaço e o tempo perdem o caráter absoluto que Newton revelara. As distâncias e a maneira como o tempo passa dependem, pelo contrário, do movimento de quem as mede. O metro padrão tem sempre o mesmo comprimento para o observador que o segura na mão, e o ponteiro do relógio que ele traz no bolso da calça gira sempre no mesmo ritmo. Outro observador, no entanto, que se desloque em relação ao primeiro numa velocidade constante, pode até usar os mesmos instrumentos para medir o espaço ou o tempo, mas as medidas que faz do mesmo evento não tem nenhuma razão para coincidirem com as medidas do primeiro. Em outras palavras, não há nem espaço nem tempo absolutos, mas sim medidas de distância e de tempo que dependem do movimento do observador.

Com o modelo desenvolvido por Heisenberg e Bohr, por sua vez, que instaurou a chamada mecânica quântica, as noções de reversibilidade e de possibilidade de um conhecimento objetivo mostraram-se inexoravelmente falidas. Somente quando o sistema é perturbado por uma interação com o mundo exterior, sofrendo uma transformação irreversível, é que se pode conhecer a diferença entre os níveis de energia do sistema. Apenas

quando o observador intervém em seu objeto de estudo, aquecendo o sistema, por exemplo, o elétron muda de estado estacionário, saltando de uma órbita para outra. Por conseqüência, só os níveis de energia das órbitas são observáveis e podem ser reconstituídos, mas o próprio movimento nessas órbitas, a posição e a velocidade do elétron em cada instante, esses não se consegue conhecer.

O programa de Laplace sucumbiu ultrapassado pela descoberta de inúmeros fenômenos que não foi capaz de assimilar. Após as teorias dos campos magnéticos, da relatividade, da mecânica quântica e da síntese newtoniana, sabe-se agora que a natureza nem sempre é conforme ela mesma. No domínio do microscópico, as leis da mecânica quântica substituem as da física clássica, enquanto que o mesmo acontece à escala do Universo, no que tange à física relativista. Tais teorias contribuíram para o abandono da idéia newtoniana daquilo que uma teoria científica deveria ser: *“universal, determinista, fechada, tanto mais objetiva quanto não contivesse qualquer referência ao observador, tanto mais perfeita quanto atingisse um nível fundamental, escapando à erosão do tempo”*²⁴.

Tanto ao nível macroscópico como ao nível microscópico, as ciências da natureza libertaram-se, portanto, de uma concepção estreita da realidade objetiva que crê dever negar em seus princípios a novidade e a diversidade, em nome de uma lei universal imutável. Libertaram-se também de um fascínio que via a racionalidade como coisa fechada, o conhecimento como estando em vias de acabamento.

Daí a conclusão de Jacques Monod de que está bem morto o mundo finalizado, estático e harmonioso que a revolução copernicana pareceu destruir quando lançou a Terra nos espaços infinitos; mas que foi retomado com o mundo relógio, silencioso e monótono da dinâmica newtoniana²⁵. De fato, a natureza não pode mais ser vista como o espaço do perene, devendo sim ser reconhecida enquanto lugar da novidade e da criação;

24 PRIGOGINE, 1997, p. 163.

25 MONOD, 1972, p. 17.

completamente diversa, portanto, da idéia que o homem até então construiu sobre ela.

1.3 A epistemologia da ciência ao longo da modernidade

Science is but an image of the truth.
(Sir Francis Bacon)

A metodologia, as premissas metafísicas e os ideais de conduta racional que fundamentam o conhecimento são, desde muito tempo, objeto de interesse dos filósofos. Foi nesse sentido, por exemplo, que o teórico americano Richard Rorty identificou como preocupação central da filosofia a tarefa de construir uma teoria geral da representação capaz de reconhecer as proposições que bem representam a realidade e aquelas que são incapazes de fazê-lo²⁶. Segundo o autor, a tentativa de se explicar os conceitos de “racionalidade” e “objetividade” em termos de sua exata correspondência com uma realidade externa ao homem constitui o traço característico da filosofia tradicional praticada desde de a Grécia Antiga e apenas verdadeiramente contestada a partir dos trabalhos de Wittgenstein, Heidegger e Dewey²⁷.

De fato já na Antiguidade Clássica uma das preocupações centrais da filosofia era elucidar o problema da natureza e das condições de possibilidade do conhecimento humano, buscando demonstrar a viabilidade do acesso cognitivo ao mundo real. Pode-se dizer que o ponto de partida de toda discussão encontra-se na passagem 201 do *Teeteto*, onde Platão abre caminho para a mais tradicional definição do conceito de conhecimento; sugerindo, por meio de Sócrates, que este se trata de uma crença verdadeira e

26 Nas palavras do autor: “*Philosophy's central concern is to be a general theory of representation, a theory which will divide culture up into the areas which represent reality well, those which represent it less well, and those which do not represent it at all (despite their pretense of doing so).*” RORTY, 1980, p. 3.

27 Rorty argumenta que o conceito de conhecimento como representação fiel da realidade, adotado pela filosofia tradicional, decorre da concepção de que a mente humana funciona como um “espelho da natureza”, refletindo internamente tudo aquilo que se passa externamente. Wittgenstein, Heidegger e Dewey romperam com tal tradição rechaçando o papel da filosofia como disciplina fundacional do conhecimento (tal qual Kant estipulava), bem como negando a viabilidade de disciplinas tais como a metafísica e a epistemologia. Para os propósitos desta dissertação, no entanto, a descrição do caminho percorrido pela filosofia no campo da teoria do conhecimento não tomará como base o trabalho de Rorty, mas sim uma narrativa mais comumente utilizada por diversos autores, tal qual se verá a seguir.

justificável²⁸.

Aristóteles, longe de despende seus esforços para encontrar um conceito mais adequado de conhecimento do que o de Platão, preferiu debruçar-se sobre o problema de como chegar a uma crença verdadeira e, portanto, indiretamente ao conhecimento. Para ele, a lógica ou analítica constituía o instrumento por excelência para se alcançar tal propósito, vez que ensinava a raciocinar como devido, de forma a evitar conclusões errôneas. A Escola de Aristóteles apoiava-se no raciocínio por silogismo como o perfeito modelo para uma argumentação lógica perfeita. Constituiu-se a lógica silogística de três proposições declarativas que se conectam de tal modo que a partir das primeiras duas, chamadas premissas maior e menor, é possível deduzir uma terceira, a conclusão. Um bom e clássico exemplo de silogismo foi fornecido pelo próprio Aristóteles, que diz o seguinte: “Todos os homens são mortais; ora, Sócrates é homem, logo Sócrates é mortal”²⁹.

Como apoio ao raciocínio silogístico, Aristóteles desenvolveu o princípio do terceiro excluído (*excluded middle*), que afirma que toda proposição é verdadeira ou falsa, não havendo outra alternativa intermediária. Tal princípio constitui a pedra angular da lógica aristotélica, estabelecendo que tudo o que até mesmo parece ser uma proposição, mas de que não se pode dizer ser verdadeiro ou falso, não pode se enquadrar como um raciocínio lógico.

O raciocínio silogístico, aliado ao princípio do terceiro excluído, garantiria, deste modo, que o homem conhecesse a verdade daquilo que lhe cerca. A lógica aristotélica instaura o tipo de pensamento dedutivo; que se caracteriza por partir de uma premissa geral para chegar a uma conclusão particular, seguindo uma estrutura do tipo “Se *a*, então *b*”. Por esse caminho, segundo Aristóteles, o silogismo garantiria que aquele que partisse de uma premissa “*a*” verdadeira, e seguisse com precisão as regras da lógica, chegaria a uma proposição “*b*” também necessariamente verdadeira .

28 PLATÃO, TEETETO, 201.

29 OMNÉS, 1996, p. 34.

Por muito tempo a proposta platônica do que é o conhecimento – crença verdadeira e justificável –, combinada ao método aristotélico para adquirí-lo – a lógica – dominou o pensamento ocidental. A certeza de Aristóteles de que o ser humano pode deduzir toda a verdade que existe no mundo, a partir de primeiros princípios devidamente formulados associados ao método lógico silogístico, imperou durante séculos. E isso aconteceu muito embora não tivesse Aristóteles como comprovar que os primeiros princípios, dos quais decorriam todos os demais, eram corretamente interpretados pela mente humana, constituindo o reflexo verdadeiro da natureza³⁰.

O desenvolvimento da ciência na modernidade beneficiou-se da obra aristotélica apenas na medida em que ela enunciou ser possível a cognição da natureza, e construiu um raciocínio capaz de multiplicar conclusões a partir de poucas hipóteses. Contudo, na lógica de Aristóteles, como já observado, as proposições primeiras possuem uma verdade suposta já de saída, existiriam premissas evidentes na natureza que permitiriam a dedução de todo o resto do conhecimento humano. Essa característica da filosofia epistemológica de Aristóteles foi largamente abandonada pela ciência moderna.

A filosofia metafísica de Aristóteles³¹, que explicava o mundo com base nas quatro causas – material, formal, motora e final -, dividindo-o em sublunar e lunar, foi derrubada pelos experimentos de Galileu, pelas observações de Kepler e, finalmente, pela teoria newtoniana, como já se descreveu na seção anterior. A epistemologia aristotélica, entretanto, recebeu outros alçozes, a começar por Francis Bacon³².

30 Nesse sentido afirmou LOSEE, 1977, p. 15, na seguinte passagem: “*Aristotle bequeathed to his successors a faith that, because the first principles of the sciences mirror relations in nature which could not be other than they are, these principles are incapable of being false. To be sure, he could not authenticate this faith. Despite this, Aristotle's position that scientific laws state necessary truths has been widely influential in the history of science*”.

31 Para um entendimento mais profundo da metafísica aristotélica, confira ARISTÓTELES, 2001.

32 Afirma John Herschel sobre o tema: “*By the discoveries of Copernicus, Kepler, and Galileo, the errors of Aristotelean philosophy were effectually overturned on a plain appeal to the facts of nature; but it remained to show on broad and general principles, how and why Aristotle was in the wrong; to set in evidence the peculiar weakness of his method of philosophizing, and to substitute in its place a stronger and better. This important task was executed by Francis Bacon.*” Apud.: LOSEE, 1977, p. 62.

Para Bacon, o verdadeiro conhecimento só poderia ser adquirido por aquele que se livrasse de preconceitos e predisposições e voltasse a contemplar a natureza com os olhos de uma criança. Na época, tal postura significava principalmente que cientistas e filósofos deveriam desapegar-se das proposições metafísicas de Aristóteles, posto que estas não refletiam a verdade acabada, mas sim meros argumentos de autoridade (ou “ídolos do teatro”, em termos baconianos). Com isso, colocando em dúvida as tais “proposições primeiras” da metafísica aristotélica, Bacon fragilizou o método dedutivo do filósofo clássico. Como acreditar nas conclusões encontradas pela lógica silogística, se as premissas das quais ela partiu não podem ser consideradas verdadeiras?

Duas atitudes metodológicas eram possíveis no caso: ou se abandonava a lógica silogística e o método dedutivo, ou se elaborava um método seguro para a enunciação das “proposições primeiras”. Francis Bacon adotou a segunda alternativa. De uma forma geral, ele aceitou o método dedutivo aristotélico, enxergando o processo de conhecimento como um desdobramento minucioso de observações mais gerais. Contudo, quanto às “proposições primeiras”, na sua visão elas não poderiam ser adquiridas por meio de uma contemplação simples da natureza, mas dependiam, isso sim, de rigorosa experimentação.

Aristóteles e seus seguidores teriam coletado seus dados de forma temerária e acrítica, e, por essa razão, não se podia confiar em suas observações sobre o mundo físico. Como remédio, Bacon defendeu que se deveria utilizar de forma sistemática a experimentação a fim de se alcançar conhecimentos novos e certos sobre a natureza.

O método aristotélico aceitava que pesquisadores saltassem inconsequentemente de observações isoladas e descomprometidas para regras mais gerais, bem como admitia que simples enumerações de fatos funcionassem como corroboração para a evidência das “proposições primeiras”. Contrapondo-se a tal cenário, Bacon acentuou a necessidade de que um processo de indução fosse empreendido de maneira gradual e

progressiva por meio de experimentações, que também deveriam cuidar para que correlações meramente acidentais não participassem da formação do conhecimento humano sobre o mundo³³.

Após estabelecer suas primeiras observações, o pesquisador deveria expandí-la por meio de experimentos³⁴ e, após encontrar elementos comuns em suas análises, descartando no meio do caminho relações acidentais, estabelecer os “primeiros padrões invariáveis”; que depois de submetidos a outros testes e outras exclusões, virão a formar “princípios inclusivos”, que são mais gerais e por isso abarcam diversas situações; sendo que estes, novamente submetidos a testes e exclusões, levariam à revelação das chamadas *formas* ou leis do mundo físico³⁵.

Bacon instaura, assim, acentuando a importância da indução fundada na experimentação, o primeiro traço de modernidade na filosofia epistemológica. Nasce a metodologia científica moderna, que passa a estabelecer parâmetros diferenciados e até certo ponto rígidos para o que deve ser considerado um verdadeiro conhecimento sobre o mundo físico. Apenas com uma seqüência de experimentos bem conduzidos se pode chegar, agora, ao verdadeiro conhecimento das leis da natureza.

Mas a importância de Francis Bacon para a instauração da metodologia científica moderna não pára no método indutivo experimental, foi ele quem enfatizou a

33 Nos aforismos XIX e XXII do *Novum Organum*, Bacon afirma o seguinte: “*Só há e só pode haver duas vias para a investigação e para a descoberta da verdade. Uma, que consiste no saltar-se das sensações e das coisas particulares aos axiomas mais gerais e, a seguir, descobrirem-se os axiomas intermediários a partir desses princípios e de sua inamovível verdade. Esta é a que ora se segue. A outra, que recolhe os axiomas dos dados dos sentidos e particulares, ascendendo contínua e gradualmente até alcançar, em último lugar, os princípios de máxima generalidade. Este é o verdadeiro caminho, porém ainda não instaurado. (...) Tanto uma como a outra via partem dos sentidos e das coisas particulares e terminam nas formulações da mais elevada generalidade. Mas é imenso aquilo em que discrepam. Enquanto que uma perpassa na carreira pela experiência e pelo particular, a outra aí se detém de forma ordenada, como cumpre. Aquela, desde o início, estabelece certas generalizações abstratas e inúteis; esta se eleva gradualmente àquelas coisas que são realmente as mais comuns na natureza.*”

34 Como teria feito, por exemplo, Galileu, que observou o badalar dos sinos na Igreja e reproduziu seu movimento pendular em casa utilizando uma corda e uma pedra de chumbo. GLEISER, 1998, p. 139.

35 Para maior compreensão do método baconiano de investigação científica, vide quadro em LOSEE, 1977, p. 64.

importância da aplicação prática do conhecimento, observando que o objetivo final do empreendimento científico é possibilitar o poder do homem sobre a natureza³⁶. Para ele, o conhecimento das *formas* conduziria o homem não só ao conhecimento da verdade da natureza, como também lhe permitiria dominar os seus caminhos, influenciando nas relações de causa e conseqüência. Isso porque na sua visão, “*ciência e poder do homem coincidem, uma vez que, sendo a causa ignorada, frustra-se o efeito. Pois a natureza não se vence, senão quando se lhe obedece.*”³⁷ O conhecimento das leis da natureza daria ao homem, portanto, o poder quase sobrenatural de previsão do futuro e, conseqüentemente, de manipulação dos fatos a seu favor.³⁸

A filosofia epistemológica moderna teve, ainda, outro importante fundador, o francês René Descartes. Sua teoria aproxima-se da teoria de Bacon apenas na medida em que vislumbra o processo de conhecimento como encerrado em um modelo piramidal, cujo topo é composto por proposições generalizadas e a base formada por proposições mais específicas. No entanto, enquanto Bacon apoiou-se no método indutivo, propondo que a análise da base levaria com segurança ao topo, Descartes propôs o método inverso, começando pelo ápice e destrinchando tais proposições até encontrar as proposições de base.

Para atingir tal objetivo, Descartes propõe um novo método e passa a considerá-lo seu principal aliado para o conhecimento. O método por ele preconizado, por razões óbvias, fundamenta-se antes de tudo na razão muito mais do que na experiência. De fato, a experiência é ferramenta característica do processo indutivo; e quando se pretendeu partir de proposições gerais, como quis Descartes, um outro ponto de apoio ao conhecimento teve que ser encontrado.

36 Diferentemente de Aristóteles e outros filósofos clássicos da natureza, que consideravam que o conhecimento do mundo físico possui um fim em si.

37 BACON, aforisma III.

38 A dinâmica newtoniana claramente subsumiu-se a tais critérios. Partindo de métodos indutivos experimentais, Newton chegou a conclusões sobre leis gerais da natureza que franquearam uma explosão de novas tecnologias.

A razão como fundamento do conhecimento em substituição à experiência foi apresentada por Descartes na quarta parte de seu *Discurso do Método*. Nela procurou o filósofo a proposição primeira que simbolizaria o topo da pirâmide do conhecimento e que seria necessariamente verdadeira. Para tanto, começou por “*rejeitar como totalmente falso tudo aquilo em que pudesse supor a menor dúvida, com o intuito de ver se, depois disso, não restaria algo em [s]eu crédito que fosse completamente incontestável.*”³⁹ Rejeitou as manifestações do sentido, bem como todo pensamento elaborado e, ao final, encontrou como proposição incontestável apenas o fato de existir como ser racional.

Daí o surgimento da grande avenida do pensamento cartesiano, que começa com o famoso “*Penso, logo existo*” e termina com todo o tipo de conhecimento sobre a natureza que o homem pode querer possuir. Isso quer dizer que, para Descartes, o pensamento precede, por natureza, a existência, e, por isso, uma reflexão conduzida principalmente sobre ele pode oferecer o método por meio do qual toda compreensão pode ser alcançada.

Partindo então de uma reflexão sobre como garantir a competência do raciocínio, Descartes elabora seu método, que consiste em decompor cada questão em outras mais finas e mais simples até que a resposta se torne evidente, ou seja, torna-se algo a que o espírito chega de forma clara, precisa e completa.⁴⁰ Descartes opõe-se a Bacon, portanto, sobre um ponto essencial: sem negar a imperiosa necessidade de observação, ele não deixa de afirmar que o principal fundamento do empreendimento científico é o raciocínio dedutivo, amparado sobre a existência do ser humano enquanto ser racional.

A ênfase dada à dedução por Descartes revela sua admiração pelo raciocínio matemático, especialmente pelo geométrico. É também a ele que a modernidade deve, bem como a Galileu, a idéia de que a natureza é governada por leis cuja forma é matemática – idéia que, como se viu, tomou posse dos pesquisadores modernos, e isso a tal ponto que eles a

39 DESCARTES, Parte IV.

40 Para uma visão mais aprofundada do método cartesiano, vide DESCARTES, Parte III.

consideraram uma certeza incontestável e definitiva, sem que por muito tempo lhes ocorresse questionar os seus limites⁴¹. Foi exatamente a esse caráter de matematização do pensamento que Heidegger chamou de “projeto cartesiano”⁴².

As principais características das teorias científicas da modernidade foram, portanto, captadas e reproduzidas pela filosofia, que, num movimento circular⁴³, também contribuíram para a delineação do conhecimento científico moderno. Em primeiro lugar, tanto a filosofia epistemológica baconiana quanto a cartesiana, seguindo uma tradição aristotélica, apresentaram-se como defensoras fervorosas do realismo, que acredita ser possível um conhecimento perfeito da natureza. Em segundo lugar, e agora afastando-se da concepção da Antigüidade Clássica, ambos acreditavam que o método científico assenta-se principalmente na redução da complexidade e que a partir de poucas proposições seria possível conhecer toda a ordem do mundo. Ademais, Bacon acentuou a importância da experimentação, enquanto Descartes, em seu turno, pontuou a matematicidade do conhecimento. Todos esses traços são facilmente identificáveis, por exemplo, na dinâmica newtoniana, no demônio de Laplace, na teoria de Lavoisier, etc.

Já no século XVIII a filosofia começa a pôr em dúvida alguns desses fundamentos básicos da epistemologia moderna, principalmente no que diz respeito ao método indutivo. O escocês David Hume aponta para a fragilidade do fenômeno causal sobre o qual se assenta o conhecimento por indução e com isso abala tanto o pressuposto de que é possível conhecer a realidade, quanto à crença de que poucas proposições gerais,

41 Kurt Gödel foi um dos primeiros a demonstrar a fragilidade da matemática ao concluir sobre a impossibilidade de se provar a veracidade de algumas proposições básicas da aritmética por meio de uma prova de comprimento finito. Vide OMNÈS, 1996.

42 OMNÈS, 1996, p. 91.

43 Sobre a circularidade existente entre as teorias científicas e as epistemológicas vide ABRANTES, 1998, p. 12, especialmente a seguinte passagem: “As evidências históricas de que há um mútuo constrangimento entre imagens de natureza e de ciência sugerem que a ciência e a filosofia sistemática - ou seja, as áreas a que se dedicam respectivamente cientistas e filósofos profissionais - devam ter vários pontos de articulação, interagindo de múltiplas maneiras. A história da ciência e da filosofia, de fato, superpõem-se e têm uma relação muito mais íntima do que normalmente transparece nas reconstruções dos historiadores da ciência e dos historiadores da filosofia.”

matematicamente sustentadas, são capazes de explicar a totalidade dos fenômenos naturais⁴⁴.

Para Hume, não haveria permissão lógica para que o homem, por meio da indução, ultrapassasse suas impressões sobre a experiência imediata e afirmasse muito mais do que aquilo que ele pode, no momento, presenciar. Na sua concepção, não há qualquer elemento que possa garantir que, por exemplo, ao colocar água no fogo e se atingir certa temperatura, essa água necessariamente entrará em ebulição; isso porque para Hume não se pode tirar de uma situação empírica uma conclusão que a ultrapassa.

Hume sustentava que para se estabelecer um conhecimento necessário sobre um seqüência qualquer de eventos, ter-se-ia que comprovar que a sucessão dos fatos não se poderia dar de outra maneira. No entanto, apontou o filósofo não se tratar de uma contradição lógica a afirmação de que desde sempre A foi seguido de B, mas que amanhã de A não se seguirá B. Ou seja, previsões sobre fatos não observados não poderiam ser logicamente consideradas verdadeiras ou mesmo prováveis.

Muito embora os argumentos e conclusões de Hume tenham causado um grande impacto, suas idéias não foram, de uma forma geral, aceitas pelos filósofos e cientistas dos séculos XVIII e XIX. Pelo contrário, Immanuel Kant e John Stuart Mill confessaram sua perturbação com o modelo epistemológico de Hume e desenvolveram suas próprias teorias sobre o método científico, contestando os problemas levantados pelo filósofo escocês.

Kant, por exemplo, resolveu o problema epistemológico fazendo uma distinção entre a coisa em si – noumenos - e a coisa para si - fenômenos. Para o filósofo, só conhecemos os segundos e não os primeiros, isso porque enxergamos o mundo refratado através das categorias *a priori* do nosso próprio espírito. Aquilo a que denominamos experiência não é algo que o espírito, tal como cera mole, receberia passivamente. É o próprio espírito que, graças às suas estruturas inatas, constrói a ordem do universo. É a isto que Kant

44 LOSEE, 1977, p. 102 e 103.

chama de sua revolução copernicana. Não é o Sol, dissera Copérnico, que gira em torno da Terra, mas é esta que gira em torno daquele. O conhecimento, diz Kant, não é o reflexo do objeto exterior. É o próprio espírito humano que constrói - com os dados do conhecimento sensível - o objeto do seu saber. E as categorias *a priori* do espírito kantiano seriam justamente as noções de espaço geométrico euclidiano e de tempo da dinâmica newtoniana⁴⁵. Portanto, Kant retomou a possibilidade lógica e teórica do conhecimento causal, bem como da coerência e sistematização do mundo.

Mill, por sua vez, com uma postura mais prática que a de Kant, não só retoma a possibilidade do pensamento indutivo, como o consagra como único método válido para se alcançar o verdadeiro conhecimento. Para Mill, a indução é a ferramenta adequada tanto para as operações de descoberta (contexto de descoberta) quanto para a prova da veracidade das proposições (contexto de justificação)⁴⁶, ou seja, toda a inferência, e também toda a prova de todas as verdades, consiste em induções e interpretações de induções. Stuart Mill baseia sua teoria da indução no pressuposto da regularidade da natureza, segundo o qual aquilo que aconteceu uma vez voltará a acontecer de novo se as circunstâncias em que se encontrarem forem idênticas. A proposição que estabelece que o curso da natureza é uniforme constitui o princípio fundamental do axioma da indução, e, por isso, não poderia ter sido desprezada por aquele que se pode considerar como o maior filósofo do indutivismo.

Para diversos filósofos e cientistas, no entanto, os avanços da ciência vivenciados durante os séculos XVIII e XIX eram muito mais eloqüentes em demonstrar a legitimidade do conhecimento científico do que qualquer tipo de teoria filosófica. O poder preditivo da teoria newtoniana provou-se enorme, culminando com a descoberta do planeta Netuno por Leverrier na exata posição prevista anos antes pelas leis de Newton. Ademais, a química, a biologia e a geologia tornaram-se capazes de produzir explicações e mesmo

45 LOSEE, 1976, p. 108.

46 LOSEE, 1976, p. 148.

previsões acuradas sobre uma ampla série de fenômenos. Tais sucessos pareciam tornar as justificativas filosóficas para ciência um tanto quanto desnecessárias e especulativas, e a postura ceticista face ao conhecimento científico-indutivo não só arcaica como também cega e ingênua.

Acontece que, no início do século XX, uma série de novas descobertas e teorias abala a segurança no conhecimento científico erigido segundo os padrões epistemológicos ditados pela filosofia moderna. Os avanços da teoria da relatividade de Einstein e as descobertas da mecânica quântica, por exemplo, ao lançar por terra as bases teóricas da dinâmica newtoniana revigoraram o ceticismo de Hume quanto à possibilidade de um conhecimento obtido por meio de processos indutivo-causais. Posturas indutivistas, tais como a de John Stuart Mill foram, portanto, fragilizadas com esses recentes desdobramentos. De fato, embora Mill e seus seguidores tivessem vigorosamente defendido que o raciocínio indutivo poderia ser conclusivo se bem empregado, a mecânica newtoniana, aparentemente o melhor e mais promissor exemplo de teoria científica fundada no indutivismo, provou-se não só incompleta como falsa⁴⁷.

No princípio do século XX, diversos autores influenciados pela matriz lógica da filosofia de Bertrand Russell e Gottlob Frege desenvolveram teorias epistemológicas que buscavam salvar o empirismo e o método indutivo. Filósofos como, por exemplo, Carnap, Schlick e Ayer, membros do chamado Círculo de Viena, defendiam que uma proposição somente possuiria significado epistemológico se pudesse ser verificada em condições ideais de investigação, ou seja, se fosse possível ser comprovada a ocorrência ou a não-ocorrência de cada um dos fatos envolvidos em seu enunciado. O positivismo lógico, nome pelo qual ficou conhecido esse movimento, restringiu o conhecimento, portanto, àquilo que, por meio de um processo de verificação, pudesse ser empiricamente comprovado. Daí a

47 COUVALIS, 1999, p. 4.

rigorosa eliminação da metafísica, e, portanto, da ética e da religião, do domínio do pensamento racional e o restabelecimento do método científico, agora unificado por meio de uma redução lógica da ciência aos termos da experiência imediata. Essa redução da lógica às percepções empíricas teria como pressuposto uma lógica indutiva de base probabilística, que só admite ser verdadeira uma proposição do tipo “o F é G” (o rei da França (F) é calvo (G)) se “existir *pelo menos um* F, e se F é G”. Para os positivistas, o probabilismo reduziria a crença nas potencialidades da indução sem a anular por completo, os casos confirmados apenas tornariam prováveis os enunciados, mas a probabilidade aumentaria quanto maior for o número de casos confirmados.^{48 e 49}

Apesar do descrito esforço, o positivismo lógico não conseguiu produzir uma linguagem capaz de eliminar a metafísica do discurso científico e tampouco respondeu ao dilema de Hume sobre como fundamentar empiricamente o conhecimento causal⁵⁰. Era evidente que o método indutivo há muito tempo já não se sustentava, o que os filósofos do Círculo de Viena conseguiram foi apenas prorrogar artificialmente o seu tempo de vida, numa tentativa de não deixar esmorecer um programa epistemológico tão sedutor quanto o da ciência moderna, com seus padrões de certeza, objetividade e regularidade.

O abandono definitivo do método indutivo como fundamento para a ciência, único empreendimento reconhecidamente racional para os padrões da modernidade, somente surgiu quando Karl Popper lançou à comunidade científica uma teoria de ciência que, apesar de não indutivista, era ainda tributária das noções de objetividade e racionalidade.

O primeiro passo de Popper em direção contrária ao indutivismo foi dado quando afirmou que as teorias são o resultado de uma tendência humana em impor ordem ao

48 Sobre o tema vide cap. 11 e 12 de LOSEE, 1977, p. 164 e ss.

49 Reichenbach, um dos representantes do positivismo lógico, explica da seguinte maneira a lógica indutiva de base probabilística: “*We have described the principle of induction as the means whereby science decides upon truth. To be more exact, we should say that it decides upon probability. For it is not given to science to reach either truth or falsity...but scientific statements can only attain continuous degrees of probability whose unattainable upper and lower limits are truth and falsity*”. Apud: Popper, 1998[b], p. 428.

50 COUVALIS, 1999, p. 4.

mundo, e, portanto, são sempre criações da mente. Desta forma, teorias não poderiam surgir simplesmente de uma observação metódica e descompromissada das regularidades da natureza, bem porque essas observações estão inafastavelmente impregnadas por pré-conceitos teóricos (*theory-ladenness*). Tal entendimento permitiu a Popper diferenciar o ato de se conceber ou inventar uma teoria do ato de justificá-la ou validá-la. Enquanto o primeiro seria tão somente relevante às indagações psicológicas e biográficas sobre os cientistas, o segundo seria o único e verdadeiro objeto de exame para a filosofia da ciência⁵¹.

O método indutivo-experimental procurava garantir que as bases sobre as quais o conhecimento se assentava (as *formas* de Bacon, por exemplo) eram verdadeiras, daí a preocupação em formular métodos confiáveis para a análise dos fenômenos fáticos, de forma a assegurar que as teorias científicas deles derivadas fossem racionalmente legítimas. Popper negou, entretanto, que o critério de racionalidade do conhecimento dependesse da certeza e veracidade de seus fundamentos; segundo ele, exatamente porque o empreendimento científico não *descobre* teorias, mas sim as *formula*, não há como subordinar o seu caráter racional à compatibilidade entre suas proposições e os acontecimentos fáticos. Com isso, a epistemologia popperiana consegue propor o inusitado caminho de se justificar a racionalidade e objetividade da ciência sem a utilização de um método indutivo, que tem como uma de suas preocupações centrais exatamente a tarefa de especificar as condições de descobrimento de uma teoria.

Se para os indutivistas a racionalidade da teoria que diz que *os corpos se atraem na razão direta de suas massas e indireta do quadrado de suas distâncias* estava no fato de que diversos experimentos demonstraram que a natureza efetivamente age segundo essa lei; para Popper, diferentemente, tal racionalidade estaria no fato de que a

51 POPPER, 1998[b], p. 429. Nesse sentido, explicita o autor: “*My view of the matter, for what is worth, is that there is no such thing as a logical method of having new ideais, or a logical reconstruction of this process. My view may be expressed by saying that every discovery contains 'an irrational element', or 'a creative intuition'.*”

experimentação pode provar que há ocasiões em que os corpos não se atraem naquela proporção, mas sim, por exemplo, na proporção de três ou dez vezes a razão de suas massas. É, portanto, a possibilidade de falsificação de uma teoria por meio da atividade empírica que dá à ciência seu caráter racional. Se por um lado o método indutivo é rechaçado, a antiga ênfase na experimentação é mantida, só que agora não mais com o objetivo de se confirmar ou construir teses, mas sim de falsificá-las.

A nova metodologia científica personificada em Karl Popper toma, portanto, como princípio de demarcação entre uma proposição científica e outra não-científica, o caráter falsificável da primeira, enquanto que proposições do segundo tipo, por sua natureza, não estariam submetidas a testes de refutação. Científico é apenas aquilo que, em confronto com os fatos, poderia ser provado como falso⁵².

Popper dava assim um golpe certo no positivismo lógico ao substituir “indução” por “conjectura” e “verificação” por “refutação”. Mas apesar de se colocar em contraposição aos positivistas lógicos⁵³, ele ainda se atém ao ideal de racionalidade, mergulhado numa cultura moderna de apego ao naturalismo e à verdade. De fato, Popper, da mesma forma que os filósofos do Círculo de Viena, ainda nutre a convicção de que o conhecimento científico é o mais seguro e fidedigno que podemos pretender. Sendo que só ele é capaz de progredir ao longo do tempo, substituindo teorias especiais ou falaciosas por outras mais amplas e seguras, cujo potencial preditivo é maior que o das primeiras, bem como seu

52 A investigação de Popper sobre o conceito de ciência partiu do questionamento sobre a diferença existente entre o marxismo e a psicologia de um lado e as teorias newtoniana e da relatividade de outro. Concluiu ele que enquanto os primeiros tinham uma abrangência tão grande que não se poderia pensar numa única situação à qual não se aplicassem, os segundos, se opostos a um determinado panorama, seriam inafastavelmente refutados. Nas palavras de Popper: “*I could not think of any human behaviour which could not be interpreted in terms of either theory [de Marx, Freud ou Adler]. It was precisely this fact – that they always fitted, that they were always confirmed – which in the eyes of their admirers constituted the strongest argument in favor of these theories. It began to dawn on me that this apparent strength was in fact their weakness. With Einstein's theory the situation was strikingly different.*” POPPER, 1998[a], p. 6.

53 Em sua autobiografia, Popper alega ter sido ele quem “matou o positivismo lógico”. POPPER, 1990, p. 87 a 90.

relacionamento com a verdade é mais evidente⁵⁴. Além do mais, Popper procurou de forma incessante demarcar de maneira clara os limites entre a ciência e a pseudociência, assumindo uma postura inegavelmente normativa ao ditar o que vem a ser uma boa prática científica, estipulando assim os requisitos para que uma teoria receba o referido status.⁵⁵

Por essa perspectiva, portanto, não se pode negar que a teoria de Popper ainda abraçava os principais atributos da epistemologia moderna desenvolvida por Bacon e Descartes, tendo sido o abandono do método indutivo-experimental e sua substituição por uma lógica dedutiva falsificacionista insuficiente para desligar-lhe da concepção modernista de ciência. Com Thomas Kuhn, entretanto, um efetivo rompimento com a modernidade se esboça no campo da epistemologia, isso porque sua ênfase não está mais em prescrever regras de racionalidade à prática científica, mas sim em descrever como é que a ciência opera.

Kuhn apresenta uma série de argumentos contra a utilidade e validade das regras metodológicas desenvolvidas por seus antecessores. Segundo ele, mesmo as mais avançadas teorias epistemológicas, como as de Popper, por exemplo, não conseguiram capturar qualquer traço importante que caracterizasse o desenvolvimento científico, sendo que sua efetiva utilização como norma de identificação do que seria uma hipótese genuinamente científica poderia, isso sim, levar à estagnação da ciência⁵⁶. Kuhn compromete-se deste modo a simplesmente elaborar uma descrição de como a argumentação científica se desenvolve e como algumas revoluções científicas ocorreram, sem apontar regras de validade ao conhecimento alcançado.

Para Kuhn, o desenvolvimento científico pode ser analisado em termos de

54 Elias Khalil observa que a teoria popperiana assemelha-se à de Darwin na medida em que as diversas proposições científicas lutariam por seu espaço em um competitivo mercado de idéias, sendo que apenas as que não foram refutadas – melhor adaptadas – sobreviveriam. KHALIL, 1995, p. 73.

55 Vide tais critérios em POPPER, 1998[a], p. 7.

56 Nesse sentido, explicam CURD & COVER, 1998, p. 68: “*One of Kuhn's main criticisms of Popper is that sincere attempts to refute theories are quite rare in science. Such attempts are usually confined to the periods of extraordinary science that immediately precede scientific revolutions. Thus, according to Kuhn, Popper's falsifiability account of science fails to describe normal science. If falsifiability were the criterion marking off science from pseudoscience, then genuine science as it is done most of the time, being normal and not extraordinary, would be improperly classified as pseudoscientific*”.

uma evolução de paradigmas. É necessário pontuar que tal conceito não se confunde com o de teoria, ele tem uma amplitude maior e mais vaga, englobando premissas metafísicas que indicam de que maneira interpretar os fatos da experiência, distinguir quais são os problemas mais relevantes ou identificar o que pode ser considerado solução a uma determinada questão. Em suma, o paradigma kuhniano funciona como uma espécie de moldura ao empreendimento científico, conformando o estilo de argumentação adotado pela comunidade de pesquisadores.

O desenvolvimento da ciência passa, portanto, de uma fase pré-paradigmática – em que existe uma profunda desavença a respeito não só das teorias, mas também quanto a como reunir e interpretar o desordenado conjunto de fatos observados –, a uma fase paradigmática – onde passa a existir um consenso generalizado sobre a validade de uma determinada teoria, cujo exemplo deve então ser imitado daí em diante. Enquanto um paradigma domina, suas premissas centrais são largamente aceitas e os procedimentos usados para coletar dados e resolver problemas são unificados. À essa regularidade no campo da pesquisa Kuhn denominou *ciência normal*. Durante tal fase, um maior número de questões são resolvidas, acumula-se um enorme conjunto de observações ordenadas e diversas inovações tecnológicas aparecem. Mas eis que, com o tempo, surgem problemas aos quais o paradigma dominante não consegue responder, problemas que a comunidade científica considera relevante para a validade e perduração do próprio paradigma⁵⁷. São as chamadas *anomalias*, que se multiplicam e empurram a ciência para um período de crise, cuja resolução só se dá com a substituição do paradigma dominante por um outro paradigma, ou seja, com uma *revolução científica*.

Ao longo do período da *ciência normal*, portanto, consegue-se um

57 Prigogine aponta o conceito do tempo como um desses problemas centrais que fizeram ruir um paradigma; no caso, o paradigma newtoniano. Segundo o autor, “o problema do tempo constitui o ponto acerca do qual se põe melhor em evidência a dimensão negadora da ciência newtoniana. O tempo, associado ao devenir biológico ou à evolução das sociedades não é o mesmo que o que descreve o tempo dos planetas, ou do pêndulo ideal; isto é uma quase evidência. Ora, a ciência newtoniana encontra-se impossibilitada de integrar essa idéia fundamental.” Na sua visão, apenas um novo paradigma, instaurado com a teoria da relatividade, foi capaz de preencher tal lacuna. PRIGOGINE, 1997, p. 25.

crescimento cumulativo de conhecimento tal qual descrito por Popper, que é apenas interrompido pelas crises intermediárias. Kuhn argumenta, todavia, que sua imagem de ciência não deve ser interpretada como uma simples adaptação da teoria popperiana para também comportar os períodos conturbados do desenvolvimento científico. Em primeiro lugar porque durante uma revolução científica os principais adeptos do paradigma antigo e do novo não são capazes de chegar a um consenso racional sobre a superioridade do último em relação ao primeiro; tal conflito só se resolve de forma não racional, com a morte ou aposentadoria dos pesquisadores submetidos ao paradigma antigo⁵⁸. Em segundo lugar, o modelo kuhniano afasta-se da antiga imagem de desenvolvimento científico pois as teorias formuladas sob o novo paradigma são tão diferentes das antigas teorias que não podem ser consideradas como simples generalizações ou aperfeiçoamento delas; o que então permite concluir não só que as teorias desenvolvidas no bojo de diferentes paradigmas são conceitualmente incomensuráveis, mas também que não se pode legitimamente falar em um progresso do conhecimento científico⁵⁹.

Isso não quer dizer, todavia, que Kuhn defendia algo como um relativismo cognitivo forte⁶⁰, ou seja, que as teorias científicas dependem exclusivamente de critérios que são internos ao paradigma. Para ele, existem alguns valores invariáveis ao longo das sucessões de paradigmas que permitem escolher entre diferentes teorias, como, por exemplo, o desejo de se resolver problemas por meio de hipóteses teóricas simples e consistentes⁶¹. Por

58 COUVALIS, 1999, p. 93.

59 A própria definição de Kuhn do que é uma revolução científica explicita tais características: “*Scientific revolutions are here taken to be those non-cumulative developmental episodes in which an older paradigm is replaced in whole or in part by an incompatible new one. [...] Like the choice between competing political institutions, that between competing paradigms proves to be a choice between incompatible modes of community life.*” KUHNS, 1998[b], p. 86/88.

60 Existe um numeroso conjunto de doutrinas filosóficas que podem ser consideradas relativistas, sua tese central, cuja intensidade apenas varia de doutrina à doutrina, é a da impossibilidade de se conhecer a realidade do mundo, contrariando, portanto, a doutrina realista do conhecimento. Para uma explicação mais profunda a respeito dos diferentes relativismos, *conf.* NIINILUOTO, 2004, p. 9 a 13.

61 Sobre o tema pontuou Kuhn: “*These five characteristics – accuracy, consistency, scope, simplicity, and fruitfulness – are all standard criteria for evaluating the adequacy of a theory. If they had not been, I would have not devoted far more space to them in my book, for I agree entirely with the traditional view that they*

esse ponto de vista, uma teoria científica será eleita em detrimento de outra não porque está mais perto da verdade dos fatos, mas porque se adequa a determinados valores como os de simplicidade ou de que uma teoria deve sempre resolver o maior número de problemas possíveis⁶². Não existe na teoria kuhniana, portanto, um crescimento cumulativo do conhecimento sobre o mundo, tal qual defendia a teoria popperiana, mas apenas teorias mais simples e aptas a resolver problemas.

Buscando uma posição intermediária entre a metodologia agressiva de Popper, que estabelecia rígidos padrões ao que poderia ser considerado conhecimento científico, e a metodologia defensiva de Kuhn, que se limitava a descrever o conhecimento científico sem ditar-lhe constrangimentos, Lakatos desenvolve sua própria teoria epistemológica. Para Lakatos, a epistemologia não deveria partir de teorias científicas isoladas (tal qual fez Popper), mas sim de um conjunto mais ou menos interconectado de teorias, ao qual denominou “*programas de pesquisa científica*” (SRP – *scientific research programs*). Quando algum desses SRPs enfrenta um contexto de falsificação, ao invés de ser sumariamente descartado como conhecimento científico, ele sofre algumas adaptações em suas hipóteses auxiliares (*protective belt*), mantendo, no entanto, suas proposições centrais (*hard core*) intactas. Esses ajustes podem ter uma carga progressiva, ou seja, permitem a previsão de novos e inesperados fatos; ou degeneradora, quando apenas acomodam explicações *ad hoc* para novas observações empíricas. Segundo Lakatos, a comunidade científica tende a fazer uma escolha racional a favor de SRPs progressivos, descartando aqueles que apresentam sinais de degeneração⁶³, daí que, como um todo, a ciência apresenta um padrão cumulativo e comensurável de conhecimento.

play a vital role when scientists must choose between an established theory and an upstart competitor. Together with others of the same sort, they provide the shared basis for theory choice. [...] I am suggesting, of course, that the criteria of choice with which I began function not as rules, which determine choice, but as values, which influence it.” KUHN, 1998 [c], p. 103 e 111.

62 COUVALIS, 1999, p. 95.

63 BLAUG, 1990, p. 38.

Lakatos devolve à ciência, portanto, o caráter de progresso, reconhecendo a superioridade de programas de pesquisa mais modernos em detrimento dos mais antigos. Isso porque na sua concepção de ciência existe, diferentemente do que ocorre na teoria kuhniana, um acúmulo gradual de conhecimento. Os programas de pesquisa científica mais recentes são capazes de melhor descrever e prever a realidade e, por isso, seriam mais corretos ou verdadeiros que seus antecessores. Ou seja, Lakatos retoma os conceitos de certeza e objetividade como produtos da ciência, que, com isso, volta a ser a única forma válida de aquisição de conhecimento.

A resposta de Lakatos à teoria epistemológica de Kuhn não foi uma atitude isolada: o trabalho de Kuhn foi recebido com severas reprovações por parte da comunidade filosófica. De fato, sua descrição de como se dá a construção do conhecimento científico representou uma real ameaça aos conceitos e crenças que possibilitaram não só o surgimento da ciência moderna, mas seu domínio sobre todos os demais campos do saber⁶⁴.

É certo, no entanto, que outros filósofos, ainda que em menor número, não só abraçaram as críticas kuhnianas como extrapolaram seus argumentos. Feyerabend, por exemplo, defendeu que mesmo os valores de simplicidade ou predição, adotados por Kuhn como parâmetros para o julgamento de teorias conflitantes, são internos à visão de mundo à qual tais teorias científicas fazem parte. Assim, não há nada que justificaria a preferência da ciência como método de aquisição de conhecimento frente à religião ou à metafísica. Sua teoria epistemológica é essencialmente relativista, igualando o método científico de obtenção do conhecimento a qualquer outro meio utilizado pelo homem com a mesma finalidade.

Mas apesar de existirem, tal como exposto, posições filosóficas que claramente desconfiam do padrão de racionalidade estabelecido pela ciência e epistemologia modernas, não se pode negar que a idéia de racionalidade como representação fidedigna e

64 RORTY, 1990, p. 333.

objetiva da realidade, alcançável apenas por meio da subsunção a um rigoroso método científico, continua a fazer parte não só do arcabouço teórico da comunidade filosófica e científica como também ainda permeia a compreensão de mundo do homem comum⁶⁵. Conhecimento continua a ser sinônimo de matematização, quantificação, redução de complexidade, manipulação, ordem, estabilidade e perenidade. É claro que tal concepção encontra-se fragilizada, mas ela ainda constitui um parâmetro largamente utilizado para a determinação de teorias válidas, inclusive no Direito, conforme se discutirá em seguida.

65 Veja-se, por exemplo, como Tércio Sampaio Ferraz Júnior descreveu o que é ciência em 1986: “*O conhecimento científico procura dar às suas constatações um caráter estritamente designativo ou descritivo, genérico, mais bem comprovado e sistematizado. O conhecimento científico, em consequência, constrói-se a partir de constatações certas, cuja evidência, em determinada época, nos indica, em alto grau, que elas são verdadeiras. Por fim, o conhecimento científico constitui um sistema de previsões prováveis e seguras, bem como de reprodução e de interferência nos fenômenos que descreve.*” FERRAZ JÚNIOR, 1986, p. 10.

2 O DIREITO

2.1 Monismo metodológico

Tout phenomene, meme social, aurait certainement son equation, comme une figure ou un mouvement, si sa loi pouvait nous etre connue avec assez de precision.
(Auguste Comte)

Treat social facts as things.
(Émile Durkheim)

Impulsionada pelo desenvolvimento tecnológico e com o patrocínio da filosofia do conhecimento, a racionalidade científica conquistou na modernidade plena supremacia sobre as demais formas do saber. Como se discutiu no capítulo anterior, o modelo de racionalidade sobre o qual se pauta a ciência moderna foi construído a partir da Revolução Científica do século XVI e se desenvolveu nos séculos seguintes basicamente no domínio das ciências naturais. Contudo, desde o início do século XVIII e com ainda mais força no século XIX, tal modelo de racionalidade é estendido também ao estudo da sociedade, quando então passa a ser cabível falar-se em um modelo verdadeiramente hegemônico de racionalidade científica.⁶⁶

Se as descobertas de Newton, consistentes em leis simples que reduziam toda a complexidade da ordem cósmica a puras equações matemáticas, foram capazes de gerar um desenvolvimento tecnológico jamais antes visto na história da humanidade, bem

⁶⁶ É nesse sentido que Boaventura de Sousa Santos pontua que “[n]o início do século XIX, a ciência moderna tinha sido convertida numa instância moral suprema, para além do bem e do mal.” E, para ilustrar seu argumento lembra que “[s]egundo Saint-Simon, a crise moral que grassava na Europa desde a Reforma, e a consequente separação entre os poderes secular e religioso, só podia ser resolvida por uma nova religião. Essa religião era a ciência.” SANTOS, 2005, p.51.

como o mais sólido conhecimento da realidade para os padrões da filosofia, o que estavam esperando os estudiosos da sociedade para fazer o mesmo quanto ao seu objeto de pesquisa? Com efeito, tal como foi possível descobrir as leis da natureza, deveria ser igualmente possível descobrir as leis da sociedade.

É assim que, no século XVIII, a análise filosófica da ciência moderna, que tivera no racionalismo cartesiano e no empirismo baconiano as suas primeiras formulações, veio a condensar-se no positivismo oitocentista, caracterizado pela ampliação do escopo da racionalidade científica para alcançar também o estudo da sociedade e do ser humano.

Na medida do possível – e aqui essa locução deve ser salientada – buscou-se, então, aplicar ao estudo da sociedade todos os princípios epistemológicos e metodológicos que dominavam o estudo da natureza desde o século XVI. Esse compromisso epistemológico das ciências sociais com a metodologia das ciências da natureza é claramente simbolizado no nome “física social”, com que inicialmente se denominaram os estudos científicos da sociedade. Acreditava-se que o método utilizado pelas ciências naturais até então consistia apenas numa aplicação ou concretização de um modelo não só universalmente como também unicamente válido. Para o positivismo, portanto, por maiores que fossem as diferenças entre os fenômenos naturais e sociais, além de ser possível estudar os últimos como se fossem os primeiros, essa seria a única legítima alternativa aos estudiosos da sociedade.

As diferenças existentes entre os fenômenos naturais e sociais apenas tornariam mais árduo o cumprimento dos pressupostos da metodologia científica no segundo campo. Daí que um conhecimento rigoroso sobre os fenômenos sociais, apesar de difícil, não poderia ser impossível de se alcançar. Para os filósofos e cientistas sociais do século XIX, portanto, não existiriam diferenças qualitativas entre o estudo da sociedade e o estudo da natureza, não existiriam duas metodologias epistemológicas diferenciadas, mas sim uma apenas: aquela desenvolvida no campo das ciências naturais desde a Revolução Científica do

século XVI. O conhecimento estaria submetido a um monismo metodológico.⁶⁷

Mas o que exatamente significa submeter as ciências sociais à metodologia das ciências da natureza não foi objeto de consenso ao longo da história. Da mesma forma que a filosofia epistemológica gradativamente alterou seus pressupostos de identificação de um verdadeiro conhecimento científico, primeiro dirigindo sua atenção ao contexto de descobrimento de uma teoria para depois preocupar-se com seu contexto de justificação, também as ciências sociais enfrentaram a mesma evolução.

A primeira fase pode ser bem identificada, por exemplo, a partir da instrução de Durkheim, reproduzida na epígrafe deste capítulo, para que se trate os fatos sociais como coisas, ou seja, reduzindo-os às suas dimensões externas, observáveis e mensuráveis. Durkheim procurava estabelecer o caminho a ser perseguido pelo pesquisador para sua correta compreensão do fenômeno social e conseqüente formulação de teorias pertinentes.

Popper, por seu turno, diferentemente de Durkheim, não se concentrou nos métodos e técnicas de apreciação dos fenômenos sociais, mas voltou sua atenção ao contexto de justificação das teorias⁶⁸. Para ele, todas as ciências teóricas e generalizantes, naturais ou sociais, deveriam fazer uso dos mesmos requisitos para justificar a aceitação ou a rejeição de suas teorias e hipóteses. E, logicamente, em consonância com as demais conclusões de sua proposta epistemológica, ambas deveriam submeter-se ao critério falsificacionista de ciência.

É claro que outras diferentes perspectivas, além das de Durkheim e Popper,

67 A esse respeito, pontuou Habermas: *"The positivistic self-understanding prevalent among scientists has adopted the thesis of the unity of sciences; from the positivist perspective, the dualism of science, which was considered to be grounded in the logic of scientific inquiry, shrinks to a distinction between levels of development."* HABERMAS, 1988, p. 1.

68 Para melhor compreender a diferença entre enfatizar as condições de descobrimento ou as condições de justificação de uma teoria científica social, cabe citar a seguinte passagem de Blaug: *"No one denies that the social sciences frequently employ different techniques of investigation from those common in the natural sciences, for example, participant-observer techniques in anthropology, social survey techniques in psychology, sociology, and economics in contrast to the technique of controlled laboratory experiments in many of the physical sciences. It is worth noting, however, that techniques of investigation perhaps differ no more between the social and natural sciences taken as a whole than between the individual natural sciences taken separately. But methodological monism has nothing to do with techniques of inquiry but rather with the context of justification of theories. The methodology of a science is its rationale for accepting or rejecting its theories or hypotheses."* BLAUG, 1990, p. 46-47.

foram adotadas quanto à sujeição das ciências sociais aos métodos da ciência natural. No que tange à presente discussão, entretanto, é bastante reconhecer que o padrão estabelecido pelas ciências naturais a partir do século XVI foi adotado como modelo a ser seguido pelos demais campos do conhecimento, sobretudo no que tange ao estudo do homem e da sociedade. Não haveria razão, nesse contexto, para que o Direito ficasse imune a tal influência⁶⁹. E como se argumentará em seguida, ele de fato não ficou⁷⁰. Assim, o que se pretende em seguida não é enumerar teorias sobre o direito, mas sim demonstrar que a roupagem científica que o pensamento jurídico assumiu ao longo da modernidade.

2.2 O Direito enquanto ciência

A proposição jurídica permanece descrição objetiva – não se torna prescrição. Ela apenas afirma, tal como a lei natural, a ligação de dois fatos.
(Hans Kelsen)

Since natural science is true and is the same everywhere, why cannot law be right and the same everywhere?
(Philip Jessup)

Ao mesmo tempo em que a ciência alcança o posto de racionalidade

69 Na visão de Habermas, o Direito, por ser uma disciplina largamente hermenêutica, permaneceu incólume às influências das ciências naturais. Segundo o autor, “*the historical-hermeneutic sciences, which appropriate and analyse meaningful cultural entities handed down by tradition, continue uninterrupted along the paths they have been following since the nineteenth century. There is no serious indication that their methods can be integrated into the model of the strict empirical sciences. Every university catalogue provides evidence of this actual division between the sciences; it is unimportant only in the textbooks of the positivists. (...) Depending upon the type of science with which it is concerned, the philosophy of science takes the form either of a general methodology of the empirical sciences or of a general hermeneutics of the cultural and historical sciences. At this time the work of Popper and Gadamer can be taken as representative of state-of-the-art formulations of this specifically restricted self-reflection of the sciences. Neither analytic philosophy of science, nor philosophical hermeneutics takes any notice of the other.*” HABERMAS, Op. Cit. p. 2. Ocorre que como o próprio Habermas acentuou, a doutrina positivista não diferencia as “ciências histórico-hermenêuticas” das demais ciências sociais, e, conseqüentemente, tampouco das ciências naturais. Uma vez que a influência do positivismo sobre o Direito é incontestável, não há como se negar que o modelo de racionalidade desenvolvido no âmbito das ciências da natureza também acabou por povoar diversas doutrinas jurídicas. Daí a pertinência de se prosseguir na análise de como e em que grau tal influência se deu.

70 Tal visão é compartilhada por Boaventura de Sousa Santos, que argumenta que, com o advento da modernidade, “[t]anto a micro-ética – um princípio de responsabilidade moral reportada exclusivamente ao indivíduo – como o formalismo jurídico – uma vasta constelação intelectual jurídica que se estende das *pandectas germânicas ao movimento de codificação (cujo marco principal é o Código Napoleônico de 1804) e à teoria pura do direito de Kelsen (1967) – são valorizadas de acordo com sua adequação às necessidades da gestão científica da sociedade.*” SANTOS, 2005, p. 51.

hegemônica e força produtiva fundamental da modernidade, o direito é paulatinamente absorvido pelo Estado, passando por um processo de crescente sistematização. Como se irá argumentar, tais fatos não devem ser interpretados de forma isolada. O caminho percorrido pelo direito foi trilhado pela evolução da ciência, sendo que os modelos de racionalidade adotados pelo primeiro tomaram da segunda suas características fundamentais.⁷¹

A mais proeminente evidência do paralelismo existente entre direito e ciência moderna transparece no ideal de segurança jurídica que deriva do pressuposto de certeza do direito; pressuposto este sobretudo presente a partir da construção das mais relevantes doutrinas jurídicas do século XVI. Como se irá argumentar, o significado de certeza no contexto do direito é apenas à primeira vista distinto daquilo que significa certeza no âmbito da ciência moderna. Para o direito, a idéia de certeza pode ser entendida a partir da suposição de que existe somente uma única solução correta para cada caso sobre o qual se tenha que decidir juridicamente; enquanto que para a ciência moderna, certeza confunde-se com a idéia de verdade, consistente na descrição acurada do que ocorre no mundo dos fenômenos naturais. No entanto, se se debruça sobre os pressupostos que possibilitam a certeza no direito e a verdade na ciência é possível concluir que ambos estão ancorados nas mesmas hipóteses de regularidade e ausência de complexidade dos seus objetos de pesquisa.

Não foi sempre assim. O direito nem sempre se pautou pelo ideal de segurança jurídica e tampouco procurou estabelecer-se como uma realidade regular e livre de complexidades. Da mesma forma que o conhecimento da natureza passou por uma reconhecida revolução para estabelecer os pilares do que hoje se entende como ciência

71 De acordo com Boaventura de Souza Santos, o paralelo existente entre ciência e direito na modernidade foi acentuado pela transformação deste num substituto temporário àquela. O direito seria um tipo de remédio provisório enquanto a ciência não atingia o progresso necessário para curar as mazelas da sociedade e instaurar uma era de progresso e bem-estar sem precedentes na história da humanidade. Para exercer tal função, no entanto, o direito teve que se amoldar ao raciocínio científico. Nas palavras do autor: “*O direito moderno passou a constituir um racionalizador de segunda ordem da vida social, um substituto da cientifização da sociedade, que só poderia ser fruto da própria ciência moderna. Para desempenhar essa função o direito moderno teve que se submeter à racionalidade cognitivo-instrumental da ciência moderna e tornar-se, ele próprio, científico.*” SANTOS, 2005, p. 119-120

moderna, conforme se descreveu no capítulo anterior, também foi preciso que o direito passasse por sucessivas transformações para conformar-se aos mencionados padrões. Muito embora não se fale em uma “revolução” do direito, é possível identificar, assim como no estudo da natureza, a ocorrência mais ou menos concomitante de um conjunto de fenômenos que demarca essa reestruturação.

Para começar, simplesmente não existiu entre os romanos uma preocupação concreta em dar ao fenômeno jurídico um caráter regular e sistematizado. Suas teorizações sobre o direito estavam muito mais ligadas à práxis jurídica do que a qualquer pretensão de ordem, clareza e previsão. O modo romano de teorizar o direito não deixou, no entanto, de ser entendido na época como uma forma peculiar de “ciência”. A palavra ciência aparece entre aspas, contudo, porque não era empregada no sentido da ciência moderna, mas sim com um significado mais amplo de *saber*, saber prático, ao qual, porém, não faltava certo senso de rigor em sua construção.⁷²

Efetivamente, se se pudesse enquadrar a jurisprudência romana em algum tipo de teoria do conhecimento, certamente não seria a ciência moderna que ofereceria o melhor parâmetro. Não porque o direito romano se sustentava num exercício simples de dedução e indução silogística, mas sobretudo por causa de sua dependência no que tange à autoridade dos seus jurisconsultos. A experiência jurídica dos romanos estava intimamente ligada à idéia de *auctoritas*: suas premissas eram válidas e certas porque construídas por aqueles que tinham autoridade e prudência para tanto. Mas como já pontuado anteriormente, se existe um alicerce para o conhecimento que a ciência moderna claramente abomina, é o alicerce da autoridade⁷³.

72 É com esse sentido que se deve interpretar a definição de Ulpiano segundo a qual *jurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia* (a jurisprudência é o conhecimento das coisas divinas e humanas, ciência do justo e do injusto).

73 Lembre-se que Galileu desafiou a autoridade da Igreja quanto à sua concepção cosmológica, assim como Bacon propôs que o verdadeiro conhecimento deveria estar livre dos pré-conceitos derivados de uma veneração à autoridade dos ídolos do teatro.

Desta maneira, como propõe o professor Tércio Sampaio, “se insistirmos em classificar o pensamento jurisprudencial dos romanos nos quadros de uma teoria da ciência, o melhor a fazer é referir-se à tradição aristotélica e ao seu critério de racionalidade”⁷⁴. De fato, além de se utilizar de um raciocínio lógico-silogístico, o direito romano, assim como na epistemologia aristotélica, não se preocupou em estabelecer um critério de validade para suas premissas. As premissas jurídicas romanas sustentavam-se unicamente pela autoridade de seu relator. Muito embora partissem de observações bastante fugidias do homem, da sociedade ou da natureza, as conclusões alcançadas pelos prudentes ancoravam, sem maiores questionamentos, todas as soluções do direito romano. Diferentemente do que propõe a ciência moderna, portanto, a utilização de um método rígido e pré-estabelecido de investigação não fazia parte das ferramentas de trabalho dos juriconsultos em Roma.

O direito feudal também é uma prova patente de que regularidade e ausência de complexidade nem sempre foram características ou sequer propósitos do pensamento jurídico. Boaventura de Sousa Santos ressalta, por exemplo, que até o século XVI d.C. apenas se pode falar em um sistema jurídico se a palavra “sistema” estiver sendo empregada de maneira inadequada ou, no mínimo, a grosso modo. De fato, principalmente depois da queda do Império Romano e com a instauração do feudalismo na Europa, a sociedade fragmenta-se e diversifica-se em todos os seus aspectos, seja ele político, cultural, econômico ou também jurídico. No que tange ao direito, em particular, o feudalismo comportava a convivência de diferentes redutos de normatização, ou seja, a sociedade feudal estava concomitantemente submetida a diversos “sistemas”: ao direito canônico, ao direito senhorial, ao direito real, ao direito urbano e também à *lex mercatoria*. A ausência de regras claras a respeito de como e quando cada um desses “ordenamentos” era aplicável, somada ao fato de que dentro de cada um desses “direitos” o casuísmo imperava, outra conclusão não se tira a não ser que o direito

74 FERRAZ JÚNIOR, *Op. Cit.*, p. 20.

feudal definitivamente não se pautava pelos cânones de regularidade e simplicidade.

É verdade que a recepção do direito romano em finais do século XI na Universidade de Bolonha representa um primeiro passo em direção à unificação do direito na Europa. O acolhimento do *Corpus Iuris Civilis*, compilado no século VI d.C. sob a autoridade de Justiniano, foi o resultado de uma convergência única de interesses. Em contraposição à multiplicidade e arbitrariedade do direito feudal, acreditava-se que o direito romano viria a instaurar um saber jurídico autônomo e racional, propício aos interesses econômicos, culturais e políticos da época. Muitos séculos se passaram, no entanto, até que esse desejo de autonomia e racionalidade se transmutasse em um ideal de sistematicidade e objetividade.

Partindo dos textos de Justiniano, e fazendo tábula rasa de sua vocação casuística originária, passaram os juristas da época, popularizados mais tarde sob a alcunha de glosadores, a dar ao direito um tratamento claramente metódico. Desenvolveram, nesse sentido, uma técnica especial de abordagem de textos pré-fabricados e aceitos por sua autoridade, como era, no caso, o *Corpus Iuris Civilis*. Essa técnica caracterizava-se pela glosa gramatical e filológica, pela exegese, pela explicação minuciosa do sentido do texto, e pela concordância ou distinção de cada passagem. A tarefa primordial do jurista era, no caso, reconstruir o que estava escrito com o objetivo de afastar qualquer incongruência que, apenas à primeira vista, poderia existir.

O *Corpus Iuris* foi absorvido pelos glosadores como um texto sagrado, uma simbiose perfeita entre autoridade e razão. Daí decorria sua postura interpretativa exegética, que demandava o esforço do jurista em buscar a logicidade do texto e a assim fixar o seu sentido de verdade. O direito romano é recepcionado na Idade Média, portanto, como verdadeira *ratio scripta*, isto é, como um conjunto de regras que exprime a essência da razão jurídica, e que, como tal, contém a resposta para todas as possíveis controvérsias. Diante disso, é possível concluir, juntamente com Boaventura de Sousa Santos, que “*ainda no século*

XVI, o modelo de “empreendimento racional” era para os eruditos não a ciência, mas o direito”⁷⁵.

Ainda que a recepção do direito romano em Bolonha e sua extensa difusão pela Europa Ocidental representem um sério intuito de se racionalizar as soluções jurídicas medievais, cabe lembrar que tal empreendimento não contribuiu de forma efetiva seja com a sistematização do direito ou mesmo com a eliminação do casuísmo das suas decisões. De fato, o direito romano fixou-se na Idade Média como o *ius commune*, em contraposição ao *ius proprium*. Ou seja, ele se torna o direito comum de todos os povos, mas não afasta o direito próprio das diversas instituições sociais, como o direito feudal, o direito das corporações, o direito dos *civitas*, etc.⁷⁶ Desta maneira, nesse contexto de pluralidade de direitos, a tentativa de se padronizar um “ordenamento” isolado, como o direito romano, não seria suficiente para instaurar qualquer grau de certeza jurídica ou de sistematização. E para acrescentar, por mais que a tarefa dos glosadores buscasse imprimir uma lógica ao *Corpus Iuris*, seu propósito era muito mais voltado à coordenação e distinção das passagens do seu texto do que propriamente a uma simplificação do seu conteúdo, mantendo então a impossibilidade de se determinar qual a norma aplicável, o que contribuía para perpetuar o casuísmo das decisões. Mesmo assim, o pensamento jurídico à maneira dos glosadores dominou a prática do direito quase sem oposição até o século XVI, quando começou a sofrer severas críticas sobretudo quanto à sua falta de sistematicidade e objetividade.

O Direito Natural Racionalista

Acontece que pressões político-ideológicas bem como mudanças significativas no panorama econômico do século XVI reclamaram por transformações profundas no arcabouço jurídico feudal. Tornou-se clara a necessidade de um direito

75 SANTOS, 2005, p. 123.

76 BOBBIO, 1999, p. 31.

universalmente válido, que pudesse pôr fim às guerras religiosas, que contribuísse em garantir uma ordem social segura e que possibilitasse a previsão sobre qual a solução jurídica do caso concreto, eliminando os riscos envolvidos com a falta de sistematicidade e objetividade do direito medieval.

Para além das mencionadas pressões externas, contudo, também os juristas da época passam a censurar a base autoritária e o resultado assistemático com que se recepcionou e desenvolveu o direito romano. Influenciados pela rebeldia de Galileu, conhecido por desafiar a autoridade da Igreja Católica, e pela congruência do pensamento cartesiano, que insistia ter encontrado na razão o fundamento de toda realidade, estenderam ao direito o processo de racionalização e o mecanismo lógico-matemático de apreensão das premissas e hipóteses do conhecimento⁷⁷.

Ou seja, o paradigma epistemológico conhecido como *racionalismo*, instaurado por René Descartes na filosofia, atinge em cheio o direito. Nesse paradigma, a razão torna-se o fio condutor de uma progressiva metodização do pensamento, e a segurança jurídica, o ponto de chegada ou o produto desse processo. A aliança entre método e razão aparece para substituir o fundamento de autoridade do direito romano e para instaurar uma abordagem genuinamente sistemática do direito. Acreditava-se que assim como a aplicação do método cartesiano garantia a certeza das conclusões sobre o mundo físico, sua aplicação ao direito proporcionaria a certeza das soluções dos casos concretos. Essa absorção dos ideais de sistematização e de racionalização, conforme nota mais uma vez Boaventura de Sousa Santos, “já é uma primeira manifestação explícita das cumplicidades entre ciência moderna e direito moderno”⁷⁸.

Os primeiros formuladores do racionalismo no direito criticavam a confusão

77 Nesse mesmo sentido, vide: BILLIER, 2005, p.135.

78 Conforme o autor: “Esta preocupação com o *methodus*, os *schematas* e a *ratio* conjuga-se no século XVI com o entusiasmo pela nova ciência de Galileu e de Descartes, numa combinação que é já uma primeira manifestação das cumplicidades entre ciência moderna e direito moderno.” SANTOS, 2005, p. 126.

legislativa e a falta de rigor filológico e lógico do método de interpretação dos juristas medievais.⁷⁹ Para afastarem-se dessa desordem e adequar seu objeto de estudo a uma abordagem científica, os juristas da Idade Moderna tiveram, portanto, que reconstruir o direito. Com uma nova axiomática conceitual, construída segundo um modelo matemático, o racionalismo começou tal tarefa rompendo com o modelo autoritário medieval: o fundamento do direito não deveria mais ser buscado no “prestígio do doutor”, o Direito Romano, no caso, mas sim na capacidade do método empregado⁸⁰. É precisamente no âmbito da doutrina de direito natural onde melhor se pode apreciar essa reconstrução, que ocasionou a importante mudança de curso do estudo jurídico rumo a um modelo de ciência moderna.

Como já mencionado, para o juristas do século XVI, o direito deveria legitimar-se perante a razão espelhando-se na exatidão da matemática, o que implicava a concatenação lógica de suas proposições. O desenvolvimento dessa nova estrutura conceitual, fundada num método geométrico e baseada no encadeamento lógico dos preceitos jurídicos, pressupunha a construção de um sistema simplificado que permitisse, primeiro, expor sucintamente o conteúdo do direito e, depois, abrisse possibilidades ilimitadas de resolução de qualquer caso concreto.

No jusnaturalismo, a possibilidade do direito estar fundado num número resumido de proposições derivava da convicção de que existiam apenas algumas poucas leis naturais e universalmente válidas. Essa convicção decorria do postulado racionalista que via no homem não um cidadão da Cidade de Deus ou do mundo histórico e local, mas sim um ser

79 Antes mesmo do racionalismo se instaurar, no entanto, a atividade dos juristas medievais já era criticada. Veja-se, por exemplo, a famosa passagem do romance de François Rabelais: “*Pantagruel decía algunas veces que los libros de leyes le parecían un precioso vestido de oro, triunfante e maravilloso, todo bordado de mierda. Porque, decía él, no hay en el mundo libros tan bellos, tan adornados, tan elegantes como los textos de las Pandectas. Pero el bordado, es decir, la glosa de Accurse es tan sucia, tan infame e infecta, que sólo es porquería y villanía*”. Para uma visão mais aprofundada da crítica de Rabelais ao direito medieval, vide ZIOLKOWSKI, 2003, p. 134 - 144.

80 É inevitável comparar aqui a postura racionalista dos juristas modernos com as conclusões de Bacon sobre o método aristotélico, discutidas no capítulo anterior. Também Bacon advogou o abandono da autoridade em favor do método. Esse ponto será retomado com mais profundidade em seguida.

natural, um elemento de um mundo concebível segundo leis simples e homogêneas⁸¹. Por outro lado, a convicção de que esse sucinto número de leis naturais poderia ser capaz de dar uma solução jurídica a todos os casos concretos que se apresentassem resultava da combinação entre uma estrutura sistemática do direito e a manipulação cuidadosa dos métodos de interpretação. Em suma, o método racionalista procurava simplificar consideravelmente o número de preceitos legais e organizá-los sob a forma de um sistema de modo a resolver qualquer caso hipotético que se pudesse pensar.

Diante do quadro apresentado, seria no mínimo ingênuo dizer que a aproximação entre ciência e direito moderno é apenas superficial. De fato, ambos compartilham seus pressupostos mais básicos. Tanto para o cientista quanto para o jurista moderno, o mundo é formado por leis simples e perenes, independentes do seu observador, sendo que nem um nem outro representa mais do que uma consciência conhecedora que contempla o mundo entregue e sem mistérios. As leis naturais do direito, assim como as leis fundamentais da física, são poucas e verdadeiras para qualquer lugar e em qualquer tempo, elas são universais e gerais. E da mesma forma que o demônio de Laplace podia compreender desde o mais simples até o mais complexo sistema físico, vez que amparado pela simplicidade de suas leis, também o jurista era capaz de reconhecer a unidade e congruência do sistema jurídico, por mais complexo que ele pudesse parecer.

É na idéia de sistema, portanto, que o direito intercepta a concepção moderna de ciência. Conforme explorado no capítulo anterior, pelo menos no que diz respeito aos séculos XVII e XVIII, o ideal clássico de cientificidade estava intimamente ligado ao pensamento sistemático, no sentido de que os poucos conceitos que formam o pensamento estão mecanicamente (dependem uns dos outros) e organicamente (fazem parte de um todo diferente de sua simples soma) ordenados (possuem uma intenção fundamental e geral). Mas

81 FERRAZ JÚNIOR, 1986, p. 24.

além dessa concepção de mecanismo, organismo e ordenação, a idéia de sistema comportava ainda em sua base o importante pressuposto da “continuidade do real”, que era capaz de assegurar, em última análise, o caráter não arbitrário e não convencional do próprio conhecimento científico. Não é à toa que o conceito de sistema é, conforme o testemunho de Wieacker, a maior contribuição do jusnaturalismo moderno ao direito privado europeu, cuja estrutura dominou e domina até hoje os códigos e os compêndios jurídicos⁸².

No século XVI aparecem os primeiros sinais de descontentamento com a solução jurídica desordenada dada pelos glosadores e comentadores, mas é só no século XVII que esse descontentamento é canalizado em uma nova concepção de direito⁸³. As obras jurídicas que surgem e ganham relevância durante esse período advogam a existência de um direito revelado pela natureza racional do homem; e que portanto, por não ser fruto de um ato de vontade, carrega o atributo de verdade moral independente do espaço ou tempo em que qualquer proposição jurídica do tipo é lançada. Ou seja, as proposições derivadas da própria natureza humana estariam presentes em todo conjunto de normas jurídicas, independente do lugar e da época, proporcionando coerência e verdade ao direito. Assim, apesar de serem poucas em número, as normas de direito natural formariam o núcleo rígido do direito, e estariam organizadas de tal maneira que para além de corresponderem a um simples agregado de verdades, formariam um complexo sistemático, na medida em que constituem a base ou o nexo de verdade (“*nexus veritatum*”), que conduz à correção e à perfeição formal de dedução das demais normas.

As teorias de direito natural, também conhecidas pela pecha de racionalismo jurídico, não só permitiram considerar a possibilidade de se descobrir por meio da razão os princípios básicos de uma legislação perfeita – as normas de direito natural –, mas também

82 WIEACKER, 1957, p. 275.

83 De acordo com FERRAZ JÚNIOR, 1984, p. 23: “A ligação entre ciência e pensamento sistemático pode ser datada do século XVII. É nessa época, inclusive, que o termo sistema se torna escolar e se generaliza, tomando a configuração básica que ainda hoje lhe atribuímos. Com Christian Wolff que, com sua terminologia, dominou a ciência da época, o termo torna-se preciso e se vulgariza.”

supunham que o intérprete podia chegar a concretizar hermeneuticamente essa legislação mediante procedimentos lógico-formais – respeitando a idéia de que o direito é organizado sob a forma de um sistema. É pela idéia de sistema que os teóricos naturalistas alcançam a pretensão de reduzir qualquer obstáculo lógico que pudesse impedir uma conexão verdadeira entre as normas gerais e as soluções do caso concreto. Ao olhar para o direito como um corpo sistemático, cujo sangue é constituído por leis perenes e universais, acreditavam que o sentido objetivo da lei poderia imediatamente informar a solução correta para cada caso. O que quer dizer que a solução adotada já estava de antemão prevista pelo ordenamento jurídico.

Não são esses os mesmos postulados da física clássica? Para descrever o mundo, a física clássica lançou mão de uma concepção sistemática, fechada e, acima de tudo, determinista. Newton identificou as leis fundamentais, eternas e infalíveis, capazes de determinar com precisão a situação de qualquer corpo no tempo e no espaço. Da mesma forma fizeram os jusnaturalistas do século XVII com relação ao direito. Em sua descrição, o direito aparece como um conjunto sistemático, informado por poucas leis gerais encontradas na natureza racional do homem, e capaz de dizer a norma correta para todo caso que se lhe apresente.

O direito natural racionalista parte da idéia da fundação de um novo sistema jurídico, segundo as leis da natureza, através do exercício da razão e da observação. Uma de suas versões mais elaboradas aparece primeiro na obra do holandês Hugo Grócio, que assim como Galileu fez no âmbito da ciência, desafiou o papel do divino no direito.⁸⁴ Sua teoria propõe uma nova racionalidade universal ao Direito, cujo desenvolvimento requer uma nova metodologia na qual a razão e a experiência, tal qual na ciência moderna, ocupam posição de

84 Nesse sentido, basta comparar as seguintes observações de Grócio: “A preservação da ordem social, que sumariamente resumimos e que se harmoniza com a inteligência humana, é a fonte do direito na verdadeira acepção do termo. O que temos vindo a dizer seria sempre válido, mesmo que admitíssemos aquilo que só com a maior perversidade pode admitir-se: que Deus não existe”; e Galileu: “Se o intelecto humano conhece poucas proposições, julgo que o conhecimento que delas tem iguala, em certeza objetiva, o conhecimento divino, porque chega a compreender-lhes a a necessidade, e esse é o mais alto grau de certeza.”

destaque.

A teoria jurídico-política de Grócio tem como marco e fundamento a insegurança de um mundo caótico e permeado por conflitos, convulsionado por problemas sociais, guerras religiosas e também entre os Estados.⁸⁵ Grócio busca reconhecer através da razão e da observação um fundamento imutável no direito, que pudesse constituir uma forma jurídica de validade universal. Com esse objetivo, ele instaura a vertente sistemática do racionalismo, buscando um primeiro princípio seguro que conseguisse ser apresentado como um princípio incontestável a partir do qual se derivaria os preceitos básicos de todo o restante do direito.

Para tanto, Grócio parte do argumento cético de Carnéades, para quem não existe tal coisa como a justiça ou um direito imutável⁸⁶, e procura refutá-lo por meio de uma construção racional da história do homem, bem como de uma diferenciação entre o homem e os demais animais. É assim que o autor encontra uma propriedade peculiar ao homem, que é seu instinto social ou seu *appetitus societatis*, que o incita a viver em sociedade com outros homens; não em uma sociedade qualquer, entretanto, mas sim em uma sociedade tranqüila e ordenada intelectualmente.

Esse instinto social, que impulsiona o homem a perpetuar a vida em sociedade, corresponde, então, ao tal princípio incontestável, que, estando de acordo com a natureza do intelecto humano, é a base do direito natural. Dele Grócio então deriva outros direitos igualmente racionalmente necessários e imutáveis: a regra de se abster daquilo que pertence a outras pessoas, o cumprimento das promessas (*pacta sunt servanda*), a reparação

85 CALVO GARCÍA, 1994, p. 46.

86 Nas palavras de Grócio: “E para que não tenhamos ue lidar com uma multidão de oponentes, vamos designar-lhes um advogado para falar por eles. E quem seria mais apropriado para esse ofício do que Carnéades? Ele incumbiu-se de argumentar contra a justiça; e em especial o tipo de justiça de que tratamos aqui; ao fazê-lo, não encontrou nenhum argumento mais forte do que o seguinte: - que os homens, quando a utilidade incitou, estabeleceram direitos, diferentes à medida que seus costumes diferiam; e, até na mesma sociedade, mudavam com freqüência com a passagem dos tempos; mas Direito Natural não há nenhum, porque todas as criaturas, tanto homens como animais, são impelidos pela natureza a procurar sua própria gratificação; e desse modo, ou não existe tal coisa como a justiça, ou, se existe, é o cúmulo da tolice, visto que causa dano a si mesma ao visar o bem de outros.” GRÓCIO, In: MORRIS (Org.), 2002, p. 76.

de um dano cometido por culpa e o reconhecimento de certas coisas como merecedoras de punição.

Com tal elenco de direitos, Grócio acredita ter refutado a objeção de Carnéades exposta acima. Segundo ele, o leitor faria injustiça se julgasse que havia escrito levando em consideração qualquer controvérsia específica de seu tempo, ou mesmo aquelas que são prováveis de existir. Assim como os matemáticos consideram seus números abstraindo-os da substância, diz Grócio, ele, ao tratar dos direitos, abstraiu de sua mente todo fato particular.⁸⁷ Grócio se empenhou, portanto, em construir uma teoria geral do direito com pretensões similares àquelas da ciência moderna, centralizando seus esforços na identificação de um direito natural e perpétuo ao invés de preocupar-se com um direito casual, constituído no dia-a-dia.

Apesar de Grócio ter exercido uma enorme influência no pensamento jurídico de seu tempo, foi definitivamente Hobbes o autor que rompeu definitivamente com o modelo aristotélico de legitimação e explicação do Estado, para vislumbrar um novo paradigma da filosofia jurídico-política⁸⁸. Caía com Hobbes, portanto, o terceiro pilar clássico-aristotélico de compreensão do mundo. De fato, Newton derrubou a concepção aristotélica de explicação do mundo físico, Bacon combateu a idéia aristotélica no campo da epistemologia, e Hobbes, por fim, sepultou o paradigma aristotélico de Estado.

O que de novo existe na teoria de Hobbes, é a identificação de uma razão de ser do Estado como simplesmente uma conseqüência inevitável da natureza violenta do ser humano. Diferentemente de Aristóteles, para quem o Estado tem, além da função de possibilitar a convivência humana, também a obrigação de promover uma “boa vida”, Hobbes dá ao Estado uma função reduzida ao primeiro escopo. Esse determinismo político de Hobbes, que enxerga no Estado um mal necessário à vida em sociedade, está, de uma forma

87 GRÓCIO, *Op. Cit.*, p. 79.

88 BOBBIO, In: CALVO GARCÍA, *Op. Cit.*, p. 44.

ou outra, ligado às pretensões de verdade da ciência moderna. De fato, a concepção política de Hobbes, conforme identifica Boaventura de Souza Santos, está embuída de uma epistemologia reducionista, que vê na origem de todos os fenômenos uma única causa – a natureza violenta do homem. Como consequência, a política separa-se da ética, já que ela não é mais um *locus* de promoção da virtude, a moral passa a ser uma função do interesse pessoal, e o bem e o mal são reduzidos a objetos relativamente aos quais há, respectivamente, apetência ou aversão. Com isso, Hobbes, mais do que qualquer outro, almeja o propósito de atingir a certeza e a incontrovérsia no âmbito da política. A obra de Hobbes pode ser enquadrada como parte de um vasto projeto de racionalização da vida social, sendo que sua racionalidade busca, acima de tudo, equiparar o conhecimento da política à racionalidade cognitiva da ciência, da geometria e da matemática.⁸⁹

A importância de Hobbes em desequilibrar o paradigma Aristotélico, entretanto, não se fez sentir com o mesmo peso na prática jurídica. Nesse aspecto, juristas como Grócio e Pufendorf adquiriram maior relevância. Pufendorf, por exemplo, toma emprestado de Grócio sua teoria sobre a metodologia jurídica e desenvolve um sistema que perdura até hoje nos grandes Códigos europeus e latino-americanos, que inegavelmente se apóiam, sem quase qualquer exceção, na sistematização da ciência do direito pelo direito natural, patente na concepção das chamadas “partes gerais”. Pufendorf, portanto, desenhou as linhas básicas da *civil law* que conhecemos hoje ao desenvolver uma sistemática jurídica mediante a conjugação da dedução racional e da observação empírica⁹⁰.

É de se notar que durante o século XVII existe uma significativa contaminação entre direito e ciência em nível pessoal. Muitos dos autores responsáveis por instaurar a “nova ciência”, também contribuíram para o desenvolvimento de uma “nova

89 SANTOS, *Op. Cit.*, p. 129 a 139.

90 A aproximação entre o trabalho de Pufendorf e a física clássica foi notada por Wiacker na seguinte passagem: “Pufendorf ha producido el primer sistema auténtico de teoría general del derecho [...] un sistema que se corresponde con el casi contemporáneo sistema ontológico de Spinoza y con el físico de Newton.” WIEACKER, *Op. Cit.*, p.271.

teoria jurídica”. Diz-se que Bacon, por exemplo, além de enveredar-se na prática jurídica, foi autor de diversas obras legais, sempre ressaltando que da mesma forma que a química ou a astronomia, também o direito era uma ciência, suscetível à aplicação do novo método por si desenvolvido.⁹¹

Acontece que o desenvolvimento naturalista do direito no século XVII não se aproximou tanto do método baconiano de ciência, pautado numa rotina de experimentação, quanto do racionalismo cartesiano. De fato, o método jurídico desenvolvido pelos jusnaturalistas tem como parâmetro o pensamento dedutivo-silogístico derivado da matemática e não o indutivismo característico de uma ciência de laboratório.

Leibniz, apesar de não ser tão celebrado como filósofo do direito quanto o é enquanto matemático, bem representa esse envolvimento entre a “nova ciência” e o “novo direito”. Sem muito afastar-se do pensamento de jusnaturalistas clássicos como Grócio e Pufendorf, sua teoria jurídica, que instaura um verdadeiro “paradigma geométrico”, bem demonstra o ponto de encontro entre ciência e direito no século XVII⁹².

Tanto em seu tratado romanista *Nova Methodus Discendae Docendaeque Jurisprudentiae*, quanto em suas cartas, Leibniz argumenta que o direito deve ser entendido como uma ciência de cunho dedutivo, nos moldes da geometria clássica, sendo que o método jurídico deve seguir a forma dedutiva-demonstrativa, utilizada nas provas geométricas. Não se deve confundir, entretanto, o método geométrico de Leibniz, com o método geométrico dos autores escolásticos. Enquanto estes viam na matemática apenas um super-princípio

91 Vide HOEFLICH, 1986, p. 99: “More importantly from the legal historian's perspective, it was also during this period that there was a major cross-fertilization between science and law on a personal level. Many of those individuals helping to create the 'new science' were also active in formulating the 'new jurisprudence'. For instance, Francis Bacon not only was instrumental in the new scientific instauratio in England, but also was a trained jurist, a practicing common lawyer and a prolific legal author. For Bacon, law, like astronomy or chemistry, was a science, and thus was susceptible to the application of reason and the new scientific method.”

92 HOEFLICH, Op. Cit., p. 99: “With regard to the development and popularization of the geometric paradigm in law, it is relatively clear that one jurist must be given principal responsibility. (...) Gottfried Wilhelm Leibniz must be given fullest credit for popularization and specific explication of the geometric paradigm in law.”

ordenador e de síntese, Leibniz, seguindo Galileu, Newton e os demais cientistas da natureza do século XVII, via na matemática uma forma de explicação do real e um elemento intrínseco do ser. É essa concepção metafísica da matemática que a torna científica no sentido moderno. A matemática é a porção certa e universal da realidade e não apenas um instrumento de cognição, sendo assim tão passível de prova quanto os fenômenos físicos. Sobre esse ponto, pontuou Berkowitz: *“mathematical truths, can be tested against experience: 2+2=4 can be illustrated with counters, just as Pythagorean theorem can be worked out on paper. Although math is not grounded in experience, it possesses a sure method and can be honed according to exact measures.”*⁹³

Na concepção de Leibniz, portanto, o direito poderia ser comprovado pela observação atenta dos diversos sistemas. O direito se revelaria naquilo que há de perene e universal em todos os ordenamentos, sendo que o restante do sistema poderia e deveria ser desenvolvido pelo método dedutivo-matemático, sem a necessidade de se recorrer a extensas experimentações. Com isso, o jurista seria capaz de sempre entregar a solução correta, existente de antemão no ordenamento.⁹⁴

Do que foi dito até aqui, pode-se perceber que o empreendimento jusnaturalista é marcado por dois importantes fatores: a matematização dos jogos de conhecimento, bem como a exaltação da idéia de sistema. É certo que a experimentação ficou relegada a segundo plano, como algo talvez possível, mas amplamente desnecessário. No entanto, a cumplicidade entre ciência moderna e direito moderno ainda transparece nos ideais de verdade, de solução correta, de poucos princípios fundamentais e de segurança.

93 BERKOWITZ, 2005, p. 25.

94 Vide BERKOWITZ, Op. Cit., p. 54 a 66. Especialmente a seguinte transcrição de Leibniz: *“laws are like the stones with which we build an edifice and must be cut so that they can fit together among themselves without difficulty. So that no place remains empty and concerning the coordination of the leges, so that they do not fight one another and therefore so that no legal matter is left in doubt. I cannot doubt that such a system of leges which until now does not exist, nevertheless could be brought to perfect fulfillment. But the common man thinks opposite, because he believes that there are infinite legal matters and that to grasp them all is beyond human force. I concede that it would be so if our goal were to calculate all cases; but he who knows universal concepts can divide into classes the abundance of innumerable things, so that nothing can escape from him”*. p. 56

A ciência do direito nos quadros do jusnaturalismo, assim como a nova física do século XVI, rompeu com o encanto antes preponderante da autoridade. No caso da ciência clássica, Newton e Bacon simbolizam a máxima rejeição aos parâmetros científicos estabelecidos por Aristóteles, enquanto que no direito, o jusnaturalismo impõe-se como a única alternativa viável ao caótico procedimento dogmático medieval fundado na autoridade dos textos romanos. Tanto os primeiros quanto o segundo buscaram substituir o refúgio da autoridade pela certeza do método. Certamente no caso das ciências naturais o método implementado sustentou-se muito mais em um indutivismo-empírico do que o método desenvolvido pelos jusnaturalistas do século XVII, cujo enfoque preponderante recaiu sobre um método sistemático construído conforme o rigor lógico da dedução, esta sustentada por padrões éticos contidos em princípios reconhecidos pela razão. Como já se pontuou, no entanto, aqui e na seção anterior, a carência de experimentação não é motivo bastante para se sustentar que o direito, diferentemente de outras áreas do conhecimento, não apresentou qualquer aproximação aos postulados paradigmáticos fixados pela física clássica.

Além de contestar a autoridade do direito romano, a metodologia jurídica racionalista também pôs em manifesto o fato de que, como resultado do processo de modernização e racionalização do mundo jurídico, a lei acaba encerrando em si mesma a unidade de poder e razão que na tradição teológica e medieval era reconhecida apenas a Deus. O longo caminho no sentido da secularização acabou deificando a lei, ou, talvez com mais precisão, divinizou a figura de um legislador ideal por trás do texto da lei. Tal postura pode ser também observada quanto ao objeto de estudo dos cientistas clássicos, para quem a própria natureza encerrava o modelo de razão e perfeição independente de uma figura mitológica ou divina que a regesse.

Para além do texto jurídico, assim como para além da superfície imediatamente observável do mundo físico, estão presentes os ideais de plenitude, harmonia,

generalidade e intemporalidade. Em ambos os casos, esses ideais representam um núcleo de racionalidade incontestável que, se bem procurados, seguindo o rigor de um método seguro, podem ser encontrados de forma absolutamente indiscutível em meio às contradições e ambigüidades que apenas existem no limiar das aparências do texto ou do mundo sensível.

A ideologia racionalista que impregna a teoria jurídica a partir do século XVI condiciona o ideal de certeza do paradigma dogmático da ciência do direito, duplo do ideal de certeza do paradigma newtoniano, ao método dedutivo. Por essa razão, procura-se incessantemente reduzir contradições e expurgar a pluralidade do texto jurídico de forma a garantir o ideal de certeza e objetividade. Nesse contexto, a idéia de sistema permite uma confiança na plenitude e na coerência do direito, decorrente do caráter de derivação verdadeira e fundamentada entre seus conteúdos. O sistema jurídico, da mesma forma que a natureza, é um conjunto simples e previsível, cuja totalidade é passível de conhecimento, manipulação e previsão por parte do observador.

A evolução do método jurídico no nascer da Modernidade representa, portanto, uma inflexão decisiva que se apóia em transformações epistemológicas importantes também presentes na mutação científica que ocorreu quase concomitantemente. E tanto no direito quanto na ciência, a idéia de uma racionalidade simples, perene, necessária e transcendente ao homem aparece como cerne das teorias desenvolvidas a partir de então. No caso da física clássica essa racionalidade encontra seu substrato na própria natureza, enquanto que no direito, a racionalidade é cristalizada no postulado do legislador racional. A coerência sistemática do direito e a presunção de sua plenitude são dois dos atributos do ordenamento jurídico derivados desse postulado. Armado com tais pressupostos, o jurista pode negar a possibilidade de que existam lacunas ou antinomias jurídicas, bem como pode garantir a possibilidade de previsão das decisões jurídicas. O postulado de racionalidade do legislador, ao fim e ao cabo, legitima as decisões jurídicas posto que elas são meras aplicações de

preceitos abstratos e gerais, dados de antemão, aos casos concretos. Esta é a essência do método jurídico moderno, um método lógico-dedutivo cujos postulados de racionalidade encontram um paralelo inegável na ciência clássica do século XVI.

O Positivismo Jurídico do Século XIX

Muito embora o paralelismo entre ciência e direito já tenha ficado evidente a partir da expansão do racionalismo naturalista nos séculos XVII e XVIII, é somente no século XIX que o “paradigma científico”⁹⁵ contamina de vez os campos jurídico e político. O ícone emblemático desta contaminação pode ser identificado na consolidação das teorias positivistas do direito, que, até hoje, constituem a concepção tradicional do método jurídico ensinado na academia, praticado nos tribunais, e aceito como definição do direito por grande parte não só da comunidade jurídica, como também do homem comum⁹⁶. O positivismo jurídico coroou as concepções do método lógico-dedutivo e do formalismo desenvolvidas pela doutrina racionalista que o precedeu, e é nesse sentido que Manuel Calvo García pontua que o positivismo pode ser simplesmente compreendido como “*um salto sobre sua própria sombra*”⁹⁷.

O termo positivismo tem como raiz a teoria sociológica de Augusto Comte, já discutida no início do capítulo. Segundo a teoria comtiana, é preciso reconhecer a impossibilidade de se atingir as causas imanentes e criadoras dos fenômenos, sejam naturais

95 A expressão é utilizada por Boaventura de Souza Santos para denotar a hegemonia dos parâmetros epistemológicos da física clássica explorados no capítulo anterior. SANTOS, *Op. Cit.*, p. 139.

96 Vide, por exemplo, a descrição feita por Ferraz Júnior a respeito dos juristas de direito privado: “*Como latente herança dos métodos dedutivos do jusnaturalismo, permeados pelo positivismo formalista do século XIX, podemos lembrar, inicialmente, algumas teorias jurídicas, sobretudo do Direito Privado, cujo empenho sistemático está presente em muito dos manuais. O jurista aparece aí como o teórico do Direito que procura uma ordenação dos fenômenos a partir de conceitos gerais obtidos, segundo uns, por processos de abstração lógica, e, segundo outros, pelo reconhecimento tácito de institutos historicamente moldados e tradicionalmente mantidos. Aqui se insere a preocupação com a constituição de séries conceituais como direito subjetivo, direito real limitado, direito de utilização das coisas alheias, hipoteca, etc. (...) A ciência jurídica constrói-se, assim, como um processo de subsunção, dominado por uma dualidade lógica, em que todo fenômeno jurídico é reduzido a duas possibilidades: ou é isto ou é aquilo, ou se encaixa ou não se encaixa, constituindo enormes redes paralelas de exceções.*” FERRAZ JÚNIOR, *Op. Cit.*, p. 36.

97 CALVO GARCÍA, *Op.Cit.*, p. 62.

ou sociais, aceitando os fatos e suas relações recíprocas como o único objeto possível de investigação científica. Comte afirma que numa ordem qualquer de fenômenos, a ação humana é sempre bastante limitada, pode ser até que a intensidade dos fenômenos venha a ser perturbada, mas nunca a sua natureza. Há, portanto, um estreitamento na margem de mutabilidade da natureza humana, o que então dá condições de possibilidade ao seu estudo sob um prisma científico⁹⁸. Todas essas teses de Comte foram base comum para o positivismo do século XIX.

Nas origens do positivismo encontra-se a figura de Savigny como certamente a mais relevante para o desenvolvimento da ciência jurídica do século XIX⁹⁹. Seu pensamento se caracteriza por um claro caráter anti-jusnaturalista na medida em que vê no direito uma nítida vinculação ao passado concreto e à identidade peculiar dos povos, contrariando, portanto, as aspirações de um direito imutável e universal, emblema do racionalismo do século XVI. Savigny enxergava no direito um caráter eminentemente anti-racionalista, que se opunha à filosofia iluminista por meio de uma dessacralização do direito natural, substituindo o abstrato e o universal pelo particular e pelo concreto. O direito não é mais visto como mero produto racional, mas antes um produto histórico e espontâneo peculiar a cada povo. Daí a escola teórica de Savigny ficar conhecida como a escola histórica do direito.

O direito para Savigny tem suas bases no costume, devendo, pois, exprimir o

98 O determinismo é uma das características principais da natureza para a ciência moderna. Na concepção de Boaventura de Souza Santos, entretanto, o determinismo não é uma característica imanente dos fenômenos sociais, mas sim um objetivo a ser alcançado por meio do emprego de técnicas positivistas de estudo e regulação: “O positivismo é a consciência filosófica do conhecimento-regulação. É uma filosofia da ordem sobre o caos tanto na natureza como na sociedade. A ordem é a regularidade, lógica e empiricamente estabelecida através de um conhecimento sistemático. O conhecimento sistemático e a regulação sistemática são as duas faces da ordem. O conhecimento sistemático é o conhecimento das regularidades observadas. A regulação sistemática é o controle efetivo sobre a produção e reprodução das regularidades observadas. Formam, em conjunto, a ordem positivista eficaz, uma ordem baseada na certeza, na previsibilidade e no controle. A ordem positivista tem, portanto, duas faces: é simultaneamente uma regularidade observada e uma forma regularizada de produzir a regularidade, o que explica que exista na natureza e na sociedade. Graças à ordem positivista, a natureza pode tornar-se previsível e certa, de forma a poder ser controlada, enquanto a sociedade será controlada para que possa tornar-se previsível e certa.” SOUZA SANTOS, Op. Cit., p.141.

99 BOBBIO, Op. Cit., p.51.

sentimento e o espírito do povo (*Volksgeist*). Como conseqüência, conclui-se que não existe um direito único, igual para todos os tempos e todos os lugares, já que o direito não é, nem pode ser, um produto direto da razão, tal qual antes sustentavam os jusnaturalistas, mas sim um produto da história. A história, por sua vez, é tão variada quanto os homens que a encenam, sendo que sua mola fundamental não é o cálculo ou a avaliação racional, como antes propagavam os iluministas, mas sim a não-razão, o elemento passional e emotivo do homem¹⁰⁰.

É nesse contexto que o século XIX representa, sob uma certa perspectiva, a destruição do sistema legado pelo jusnaturalismo, que baseava toda sua força em uma crença ilimitada na razão humana. Com Savigny o sistema perde, em parte (ou pelo menos na aparência como se irá argumentar), o caráter absoluto de racionalidade que envolvia, com sentido de totalidade perfeita, o jurídico. O direito ganha, ao contrário, uma qualidade contingente, histórica, que se torna pressuposto fundamental de sua estrutura.

Mas se por um lado o direito não pode mais ser visto como um complexo universal e imutável, por outro, ele tampouco pode ser criado arbitrariamente pelo legislador. Para a escola histórica, o conteúdo do direito para o povo é contingente, posto que estabelecido pelo curso da história, mas o conteúdo do direito para o legislador é rígido e determinado, devendo equivaler ao sentimento de justiça cristalizado na *volksgeist*. O direito, portanto, é percebido como algo externo, como algo que não é produzido pela atividade interpretativa levada a cabo pelo jurista.¹⁰¹ E aqui já se percebe um primeiro sinal de que, na verdade, a escola histórica não sepultou de vez o racionalismo jurídico, e também não se afastou tanto do

100 O autor Norberto Bobbio cita um panfleto anti-revolucionário escrito por De Maistre para ilustrar a idéia historicista de que a categoria “homem”, com certos caracteres fundamentais sempre iguais e imutáveis simplesmente não existe. O panfleto, que censura a queda do Ancien Régime e a adoção da Constituição Francesa de 1795, assim diz: “A Constituição de 1795 é feita pelo homem. Ora, não existem homens no mundo. Tenho visto, na minha vida, franceses, italianos, russos etc.; e sei também, graças a Montesquieu, que podem existir persas; mas, quanto ao homem, declaro jamais tê-lo encontrado na minha vida; e se existe, por certo é com meu desconhecimento”. BOBBIO, *Op. Cit.*, p. 48.

101 CALVO GARCÍA, *Op. Cit.*, p. 75.

paradigma científico clássico quanto se pode à primeira vista imaginar: ainda existe um parâmetro externo ao homem, a história, que determina seu conhecimento sobre o que é ou não é o direito.

Ainda que o direito seja um reflexo do processo histórico de uma determinada sociedade e não uma verdade permanentemente acessível pela razão, é ainda o jurista, portanto, assim como no racionalismo, quem tem que ser capaz de reconhecer nesse complexo de regras a norma a ser aplicada num caso específico. Nos seus primeiros trabalhos, quando ainda não via o sentido do direito na convicção comum do povo (*volksgeist*), mas sim na lei, Savigny sustentava que tanto o elemento histórico quanto o sistemático teriam seu peso na interpretação de cada norma¹⁰². A elaboração histórica deveria tomar o sistema no seu todo e pensá-lo como algo progressivo, enquanto que à elaboração sistemática competia olhar o conjunto de regras na sua articulação. Quando Savigny passou então a sustentar a como fonte originária do direito não mais a lei, mas a convicção jurídica do povo, a forma de interpretação deixou de ser aquela de uma dedução lógica como pregava inicialmente, mas a de uma intuição e sentimento imediatos.

Ocorre que essa ênfase depositada na intuição e no sentimento da convicção comum do povo sobre os institutos jurídicos é substituída por um sistema de construção conceitual das regras de direito. A intuição vira mero instrumento de captação das regras, ao passo que o pensamento conceitual lógico-abstrato revela-se como único meio de sua explicitação. A transposição entre intuição e conceito é feita, na prática¹⁰³, por meio de um

102 LARENZ, 1989, p. 37.

103 Como reconhece Karl Larenz, no âmbito teórico Savigny não solucionou o problema da transposição necessária entre intuição e regra. Nas palavras do autor: “*Não esclareceu Savigny, no entanto, como seria possível reconduzir de novo a regra jurídica particular surgida por abstração à unidade de sentido do instituto jurídico correspondente, e tirar desta unidade quaisquer determinações, quando tal unidade só se oferece de modo intuitivo, não sendo acessível ao pensamento conceitual. Essa falta de clareza certamente contribuiu para que as sugestões metodológicas de Savigny não tenham merecido a mesma atenção de que gozou o autor. O que veio a influir mais tarde, entretanto, foi, além da perspectiva histórica do direito, a idéia de sistema como sistema científico construído a partir dos conceitos jurídicos – idéia que serviu de ponto de arranque para a Jurisprudência dos Conceitos*”. LARENZ, *Op. Cit.*, p. 43.

recurso à tradição¹⁰⁴, especialmente identificável a partir dos conceitos do direito romano.

Savigny acreditava ver por trás do acúmulo dos preceitos de direito romano e do costume um fundo que os unificava. Haveria assim um direito abstrato e talvez até mesmo racional, que paradoxalmente vive num ambiente romântico, a consciência do povo. É que para além da variedade e da multiplicidade das normas que o compõem, o ordenamento jurídico é um todo sistemático formado pelo conjunto das instituições jurídicas formadas pela tradição. Ou seja, o todo algo que vive na consciência do povo, mas que se pode descobrir no sistema. Com isso, a contingência histórica acabou por se desfigurar, já com o próprio Savigny, numa estilização sistemática da tradição, com a seleção abstrata das fontes históricas, sobretudo romanas, desembocando então nos Pandectistas e na Jurisprudência dos conceitos¹⁰⁵.

Embora Savigny defendesse a existência de um direito espontâneo, baseado na consciência comum do povo, é interessante notar que quanto à influência exercida pelo autor no pensamento jurídico subsequente, o fator sistemático e cientificista de sua teoria termina por prevalecer sobre o fator historicista¹⁰⁶, permitindo com isso o desenvolvimento do formalismo jurídico na Alemanha através da Jurisprudência dos Conceitos, representada por Puchta – antigo discípulo de Savigny – e pelos Pandectistas, representados pela primeira fase de Ihering.

Foram os Pandectistas que transformaram o direito romano numa estrutura formal e hierarquizada de regras jurídicas, que obedecia a um rígido sistema lógico. Enquanto para os Glosadores o direito romano representava uma combinação complexa de autoridade,

104 A relevância da tradição para a escola histórica do direito é salientada por Bobbio, para quem o historicismo é especialmente amparado pela idéia de que o direito é formado através de um desenvolvimento lento e secular, captado pelas instituições e costumes, daí derivando um elogio e amor pelo passado. BOBBIO, *Op. Cit.*, p. 50.

105 FERRAZ JÚNIOR, *Op. Cit.*, p. 28 a 30.

106 Segundo Bobbio, o caráter historicista da escola histórica de Savigny é retomado por certas correntes jusfilosóficas, que, no fim do século XX, assumiram uma posição crítica frente ao juspositivismo, como a escola sociológica e a realista que se desenvolveram principalmente no mundo anglo-saxão. BOBBIO, *Op. Cit.*, p. 54.

racionalidade e ética, para os Pandectistas o direito romano foi reduzido a um formalismo técnico-racional, supostamente neutro em relação a ética e apenas preocupado com a perfeição técnica, a coerência lógica, a abrangência e a previsibilidade de suas normas. Com os Pandectistas a recepção do direito romano toma, portanto, um significado completamente novo, aproximando-se do caráter metódico e racional das ciências modernas, sendo que, foi com tal doutrina, nas palavras de Ihering, “que a ciência jurídica se transformou em matemática”¹⁰⁷. Os Pandectistas instauraram, portanto, uma notável cientifização do direito privado moderno. Se com os jusnaturalistas se podia vislumbrar um paralelismo entre as concepções de direito e natureza, especialmente no que tange ao caráter perene, imutável e objetivo de cada um desses conceitos, com os Pandectistas a aproximação entre ciência e direito recai sobre o método, sobre a tecnicidade, a lógica e o anseio por previsão a serem alcançados pela técnica¹⁰⁸.

A Jurisprudência dos Conceitos de Puchta, por sua vez, desenvolveu a concepção de direito como um sistema organizado segundo uma pirâmide de conceitos. Ele enfatizou o caráter lógico-dedutivo do sistema jurídico, consistente em um desdobramento de conceitos e normas abstratas, da generalidade para a singularidade, em termos de um conjunto fechado e acabado. Para o autor, o nexo existente entre proposições jurídicas, e não entre institutos jurídicos como em Savigny, corresponde a um nexo abstrato e lógico entre

107 SOUZA SANTOS, *Op. Cit.*, p. 124.

108 Boaventura de Souza Santos procura explicar essa tendência moderna de cientifização do direito como uma necessidade de se substituir, temporariamente, enquanto não há desenvolvimento tecnológico suficiente, as promessas de progresso e paz incentivadas pelas ciências naturais, por uma regulação científica de segunda ordem. Assim argumenta: “*Tal como foi imaginada pelo paradigma da modernidade, a regulação social seria, idealmente, e a longo prazo, uma mera emanção das descobertas científicas sobre a ordem e a transformação social. Contudo, até que tal fosse possível haveria que recorrer ao poder coercitivo do direito e à sua capacidade de integração normativa para garantir, nomeadamente, que a gestão gradualmente mais científica da sociedade fosse prosseguindo tão liberta quanto possível dos conflitos sociais e da rebelião.*” SANTOS, *Op. Cit.*, p. 164. E: “*À medida que o direito foi politizado, enquanto direito estatal, foi também cientificado, contribuindo assim, pela sua reconstrução científica, para despolitizar o próprio Estado: a dominação política passou a legitimar-se enquanto dominação técnico-jurídica. Quer isso dizer que, embora a modernidade considerasse o direito um princípio secundário (e talvez provisório) de pacificação social relativamente à ciência, uma vez submetido ao Estado capitalista o direito acabou por se transformar num artefato científico de primeira ordem*”. SOUZA SANTOS, *Op. Cit.*, p. 143.

conceitos. Por causa desse caráter de logicidade seria possível conhecer proposições jurídicas ainda nem mesmo pensadas. Puchta abandonou pois a relação antes acentuada por Savigny entre regras jurídicas e o instituto jurídico subjacente, em favor da construção conceitual abstrata. Colocou, no lugar de todos os outros métodos interpretativos, como o teleológico ou o histórico, o processo lógico-dedutivo da Jurisprudência dos Conceitos, preparando terreno para o formalismo jurídico que virá a prevalecer até os dias de hoje¹⁰⁹.

Ao final, como já se disse, a pesquisa histórica do direito foi distorcida, sendo que os seguidores de Savigny direcionaram seus esforços em localizar no Direito Romano aquilo que conformaria com um sistema dogmático construído segundo uma estrutura lógico-formal. Com isso, a escola histórica de Savigny acabou por abrir as portas para um fenômeno por si vigorosamente combatido¹¹⁰ e que iria marcar todo o desenvolvimento do direito a partir de então: o movimento das grandes codificações.

A idéia de codificação foi certamente a principal contribuição do século XIX à concepção científica do direito. Mas muito embora a referência inevitável do processo de codificação seja a entrada em vigor do Código Civil de Napoleão em 1804, o processo codificador é em boa medida um produto da racionalidade jusnaturalista desenvolvida já no decorrer do século XVIII. Inclusive do ponto de vista de sua elaboração, a codificação prussiana, por exemplo, se estende desde de 1737 até 1794. A própria codificação francesa é uma aspiração revolucionária, ou seja, remonta aos idos de 1789. A Constituição de 1791 já estabelecia a exigência de um código único para toda a França, e as comissões codificadoras que se sucederam durante a década revolucionária do final do século trabalharam arduamente na elaboração do Código. Definitivamente, portanto, ainda que o ponto culminante e o símbolo desta amplo movimento seja o Código de Napoleão, a codificação é um processo

109 LARENZ, *Op. Cit.*, p. 50. Segundo o autor, nem mesmo as severas críticas avançadas por Ihering em sua segunda fase foram capazes de abalar o formalismo jurídico instaurado pela Jurisprudência dos Conceitos.

110 A respeito, vide em Bobbio a polêmica entre Thibaut e Savigny sobre a codificação do direito na Alemanha. BOBBIO, *Op. Cit.*, p. 53 a 62.

histórico complexo, que crava suas raízes em períodos anteriores e cujas explicações últimas devem ser lá buscadas.

A exigência de se fixar as regras jurídicas em um corpo de normas sistematicamente organizadas e expressamente elaboradas nasceu de uma concepção francamente iluminista. A idéia de codificação é fruto de uma cultura de direito natural que apostava na convicção de que um legislador universal, isto é, que dita regras para todos os tempos e lugares, conseguiria estabelecer de uma vez por todas um corpo simples e unitário de leis que então representaria todo o direito. Bobbio argumenta que esse direito simples e unitário seria alcançado por meio de uma “*ciência da legislação*” que, interrogando a natureza do homem, e não a sua história, estabeleceria quais seriam as leis universais e imutáveis que deveriam regular a conduta humana¹¹¹.

Mas se o primeiro projeto do Código Napoleônico redigido por Cambacérès tinha como princípios a reaproximação à natureza, a unidade e a simplicidade jusnaturalistas¹¹², o resultado final abandonou completamente tais fundamentos. Ao invés de fazer tábula rasa do passado, retornar às condições do homem na natureza e constituir um novo ponto de partida para o direito, o Código Civil Francês de 1804 respeitou a tradição jurídica pretérita e desta maneira se colocou como ponto de chegada, na medida em que representava uma síntese do passado, além de ser também um ponto de partida, vez que representava uma organização lógica, racional e sistêmica dos preceitos jurídicos¹¹³.

Acontece que os primeiros intérpretes do Código de Napoleão o assumiram como verdadeiro instaurador de uma nova tradição jurídica. Adotaram como princípio de interpretação o preceito da onipotência do legislador, cujo desdobramento é a idéia de completude do ordenamento jurídico e, portanto, de restrição da criatividade do juiz para

111 BOBBIO, *Op. Cit.*, p. 65.

112 *Idem*, p. 69.

113 *Ibidem*, p. 73.

decidir os casos que lhe são postos. É diante desse contexto que emerge a chamada Escola da Exegese, cuja característica principal era avançar o entendimento de que o Código Civil de 1804 havia sepultado todo o direito precedente, estabelecendo novas normas para todos os possíveis casos futuros. A Escola da Exegese era um movimento dogmático que assumiu pretensões de regeneração científica e depuração da ciência do direito civil para livrá-la de tudo aquilo que não se podia depreender diretamente do texto. Procuraram seus seguidores encerrar a vontade do legislador no texto da lei, evitando a todo custo que sua vontade fosse substituída pela vontade do intérprete. A vontade do legislador se faz, portanto, autônoma e se despersonaliza¹¹⁴. No entanto, o texto ainda não possui um valor em si mesmo, o que só vem a acontecer mais tarde, com o positivismo jurídico do século XX. A lei escrita é tida apenas como uma tradução fiel da vontade do legislador.

Por trás da doutrina sustentada pela Escola da Exegese, que influenciou grande parte do continente europeu no século XIX, só se poderia esperar a presença de um legislador ideal e fantástico, cuja capacidade de previsão é ao mesmo tempo universal e anacrônica. Só assim se poderia justificar a atitude do intérprete em acreditar que a resposta para todos os casos jurídicos possíveis já estaria prevista na lei, que é, por sua vez, o mero resultado da vontade do legislador. De fato, ante às exigências de uma interpretação literal, bem como dos ideais de exatidão, coerência, plenitude, generalidade e intemporalidade era preciso ancorar o ordenamento em uma instância “supra-textual”, personificada na figura de um legislador imaginário, místico e onisciente. A tarefa do jurista era, portanto, encontrar na lei essa sistematização e perfeição que o tal legislador imprimiu, não em sua superfície, mas sim em seu significado profundo, o qual era concebido como a única instância verdadeiramente racional do direito. Em posse de tais significados, o jurista seria então capaz

114 CALVO GARCÍA, *Op. Cit.*, p. 86-88.

de mecanicamente aplicar o direito perfeito ao caso¹¹⁵.

Mais uma vez os pontos de contato entre teoria do direito e ciência moderna se fazem presentes. A idéia de que existe um direito lógico e racional para além do texto ainda é tão visível no positivismo do século XIX quanto era antes nas teorias do direito natural racionalista do século XVII. Contudo, se naquele contexto a racionalidade do direito parecia tão evidente a ponto de encorajar atitudes como a de Grócio, Pufendorf, Hobbes, Locke, entre outros, em sair pessoalmente à procura dos direitos naturais bem como em sistematizar o complexo de normas jurídicas, no caso do positivismo a responsabilidade por seguir tal empreitada foi relegada a um legislador imaginário. O mesmo ocorreu na física. Conforme se descreveu no capítulo anterior, as teorias termodinâmica e eletromagnética observaram a impossibilidade real de reversibilidade dos fenômenos naturais, mas em prol de uma coerência com os princípios da dinâmica clássica, criaram recursos metodológicos que garantiam a subordinação, ao menos teórica, dos fenômenos térmicos, elétricos e magnéticos ao mencionado princípio da reversibilidade dos estados.

Além do mais, da mesma forma que a ciência moderna, o positivismo jurídico sustentava-se sobre um ideal de certeza. É certo que de maneira idêntica ao racionalismo naturalista, uma solução correta para cada caso já estava prevista de antemão pelo ordenamento jurídico; no entanto, no caso do positivismo, o fenômeno da codificação transparece como uma garantia maior de certeza. A generalidade derivada da racionalidade formal da lei escrita converte o direito codificado em algo necessário, universal e previsível frente ao provável caos de soluções particulares e concretas dadas pelos juízes e tribunais, que, mesmo se se disserem amparados por um ideal de direito natural, perene e imutável, não garantem o indivíduo contra qualquer contradição ou azar¹¹⁶.

115 Idem, p. 91.

116 Bobbio lembra, por exemplo, que uma das causas que determinaram o advento da Escola da Exegese foi o princípio da certeza do direito cultivado pelos juristas da época. Segundo tal princípio, os homens somente podem ter no direito um critério seguro de conduta se conhecerem antecipadamente, com exatidão,

Com o fenômeno da codificação, então, o contraditório e desigual direito positivo da Europa moderna começou a transformar-se num direito claro e sistematicamente ordenado. A codificação tornou possível as condições lógicas e ideológicas que asseguravam definitivamente o desenvolvimento de um direito racional-formalista idealizado já pelos teóricos de direito natural. O positivismo jurídico do século XIX, perdidas de vista as exigências secularizadoras do século anterior, se concentrou no desenvolvimento dos pressupostos desse modelo jurídico.

O positivismo jurídico e seu principal produto do século XIX, as codificações, constituem, portanto, fenômenos até certo ponto paradóxicos. Se colocam como uma recusa ao velho direito natural racionalista, mas, ao mesmo tempo, não fazem senão cristalizá-lo no formato de uma regra legal enunciada em um código elaborado a imagem e semelhança da sistemática racionalista. A busca de um sistema completo, encerrado num corpo de leis escritas, facilita a realização de um postulado formalista que requer a submissão do intérprete à letra da lei. Definitivamente, o novo direito codificado continua guiado pelos ideais de plenitude e segurança jurídica do direito natural e o formato dos códigos continua perseguindo o estabelecimento de proposições claras e gerais, tal qual o racionalismo lecionava.

As expectativas racionalistas, que pareciam por um tempo ter sido derrotadas pela ascensão da escola histórica de Savigny, deixam, em um momento seguinte, de ser meras projeções, desenvolvimentos em potência ou meros discursos ideológicos, para conquistarem um papel definitivo na ordem jurídica. Os principais atributos do novo direito codificado são no fundo aqueles anteriormente delineados pelo racionalismo. A exigência de um direito sem

as conseqüências de seu comportamento. E complementa: “*Ora, a certeza só é garantida quando existe um corpo estável de leis, e aqueles que devem resolver as controvérsias se fundam nas normas nele contidas e não em outros critérios. Caso contrário, a decisão se torna arbitrária e o cidadão não pode mais prever com segurança as conseqüências das próprias ações (...). A exigência de segurança jurídica faz com que o jurista deva renunciar a toda contribuição criativa na interpretação da lei, limitando-se somente a tornar explícito, através de um procedimento lógico (silogismo), aquilo que já está implicitamente estabelecido em lei.*” BOBBIO, *Op. Cit.*, p. 80.

lacunas deixa de ser uma mera aspiração, vinculada a uma demanda ideológica por segurança e certeza, para condensar-se na idéia da supremacia da lei. Da mesma forma que a termodinâmica e a eletromagnética ressuscitaram os princípios da dinâmica clássica, que por um tempo pareciam sucumbir diante da realidade do mundo sensível; também o positivismo representa o resgate e aperfeiçoamento do direito natural racionalista.

A verdade, no entanto, é que o fortalecimento dos ideais formalistas e lógicos implementado pelo positivismo jurídico, apesar de ter sido abraçado por grande parte da comunidade jurídica, não permaneceu completamente incólume a críticas. Ihering, por exemplo, depois de ter levado até as últimas conseqüências as possibilidades metodológicas da Jurisprudência dos Conceitos iniciada por Puchta, converte-se em um dos mais perspicazes críticos do método lógico-dedutivo e do formalismo jurídico juntamente com Kirchmann¹¹⁷. De maneira geral, os mencionados autores criticam o formalismo do método da Jurisprudência dos Conceitos por seu afastamento do valor prático das instituições jurídicas. O método conceitual, que aproximava-se de uma apreciação matemática do direito, havia conduzido a ciência jurídica ao cúmulo da abstração lógica, provocando um descompasso ainda maior com a realidade e os interesses em jogo.

Segundo Ihering, a causalidade pode até ser a lei que rege a criação inanimada, mas o princípio regente dos fenômenos animados é outro, a finalidade. Desta forma, para se entender o direito, o homem deve voltar seus olhos à idéia de finalidade prática. Por esse ponto de vista, a teoria jurídica não deveria estruturar-se logicamente ou mesmo fazer da verdade, que seria o objetivo do conhecimento, também o objetivo ou a medida da ação jurídica¹¹⁸. De acordo com Ihering, a medida do direito não poderia ser a

117 As críticas dos autores ao positivismo jurídico encontram-se, especialmente, em: KIRCHMANN, Julius Hermann von. *La Jurisprudencia no es Ciencia*. Tradução de Antonio Truyol y Serra. Madrid : Instituto de Estudios Políticos, 1949; e IHERING, Rudolf von. *Bromas y Veras en la Ciencia Jurídica*: Tradução de Tomás Banzhaf. Madrid: Civitas, 1987.

118 Diz Ihering: "*La verdad es el objetivo del conocimiento, pero no de la acción. La verdad es siempre una , y toda desviación de ella es un error, el contraste de la verdad y el del error es absoluto. Para la*

verdade absoluta, mas sim aquela verdade apenas relativa ao seu fim.

Depois das críticas de Kirchmann e Jhering, as insuficiências da concepção metodológica tradicional foram denunciadas por uma porção de outros autores, influenciando sobremaneira a ciência jurídica continental. Desde de finais do século XIX e também durante as primeiras décadas do século XX, se assiste a um autêntico bombardeio contra os tradicionais fundamentos do método jurídico lógico-dedutivo. Entre essas correntes, cabe destacar a Escola da Livre Pesquisa do Direito ou do Direito Livre, representado por autores como François Geny, Eugen Ehrlich e Hermann Kantarowickz; e o movimento da jurisprudência dos interesses de Phillip Heck e do próprio Ihering. Ambas possuem uma vertente claramente anti-formalista, que também alcança os países anglo-saxões, especialmente os Estados Unidos com o realismo jurídico¹¹⁹.

O certo é que, em suas reações contra os excessos da razão no campo do direito, tais escolas deslocaram o foco de investigação jurídica daquilo que se dizia evidente e passível de comprovação objetiva para a zona da vontade e da motivação não explicada. Nesse sentido, portanto, as novas doutrinas eram manifestamente subjetivas. O processo psicológico tomou o lugar da realidade externa como o tema eminente de investigação do direito. Não se olha mais o direito como algo externo ao homem, como um conjunto hermético de regras imutáveis e coerentes que está apenas esperando para ser descoberto pela razão humana.

As doutrinas anti-formalistas também recusaram a concepção positivista de

acción, o, lo que es lo mismo, para la voluntad no hay ninguna medida absoluta, de manera que sólo sería verdadero un contenido de la voluntad, todo lo demás sería falso, sino que la medida es relativa, el contenido de la voluntad puede ser en esta situación, en esta etapa distinto que en aquella otra, y en ambas será igualmente justa, es decir conveniente.” In: CALVO GARCÍA, *Op. Cit.*, p. 103.

119 Deve-se observar que os autores classificados como realistas jurídicos não podem ser agrupados em sob o termo “escola”. De acordo com Karl Llewellyn é mais adequado pensar no realismo norte-americano como um movimento jurídico, cujas obras apresentam as seguintes similitudes: reconhecimento de que os juízes também criam direito, visão de que a lei deve ter um fim social e não ser meramente um fim em si mesma, constatação de que a sociedade evolui mais rápido do que o direito, o que faz necessária uma constante reavaliação do último, descrença quanto ao fato de que as leis sejam realmente o fator determinante de decisão judicial, crítica quanto a tentativa de se agrupar casos para formar um sistema inteligível, vez que todo caso deve ser compreendido em seu contexto. LLEWELYN, 1931, p. 1233-1238.

sistema não só enquanto estrutura formal fechada e acabada, mas também enquanto instrumento metódico do pensamento jurídico. Argumentavam que o direito deveria ser entendido como uma realidade complexa, onde convivem uma pluralidade de dimensões, com estruturas necessariamente abertas. Ademais, defendiam que o simples transporte de esquemas lógicos, como a dedução, a redução, a indução e a classificação das ciência da natureza para o campo do direito, falseava as nuances do pensamento jurídico, constituindo grave prejuízo para a sua metodologia.¹²⁰

Nesse sentido, os movimentos de crítica compartilham um mesmo pano de fundo, bem como argumentos comuns. Em primeiro lugar, reivindicam a necessidade de olhar a realidade concreta do direito. A atenção teórica deve voltar-se ao direito vivo e em ação, e não ao sistema inerte; desta forma, a decisão judicial deixa de ser um mero fator lógico, quase automático, para ter relevância própria: o teórico do direito deve se importar com o que de fato fazem os juízes quando decidem casos jurídicos. Em segundo lugar, como consequência desse deslocamento teórico, acaba-se recusando radicalmente o método lógico-dedutivo que havia predominado na ciência jurídica do século XIX. E, em terceiro lugar, caem por terra os fundamentos da concepção tradicional descrita até aqui: o dogma da plenitude do ordenamento, a presunção de existência de uma vontade racional por trás do texto da lei, a intervenção meramente técnica do intérprete ao aplicar a lei, etc. Todas essas premissas são abandonadas como meras ficções ou postulados ideológicos de teorias desligadas da realidade prática do direito.¹²¹

O direito já não poderia ser confundido com um conjunto de processos lógico-dedutivos ou meramente conceituais, ou seja, formalistas. No entanto, por mais que esses movimentos anti-formalistas e jusliberalistas tenham tido uma grande importância como detonadores ou catalizadores da reação contra as insuficiências do método jurídico

120 FERRAZ JÚNIOR, *Op. Cit.*, p. 35.

121 CALVO GARCÍA, *Op. Cit.*, p. 107-111.

tradicional, sua influência no âmbito de novas teorias jurídicas foi bastante escassa. Além disso, eram muitas vezes interpretadas como meras anedotas anarquistas a perturbar um grupo de sérias teorias científicas sobre o direito.

Deve-se lembrar, contudo, que as tais correntes jusliberalistas e anti-formalistas que irromperam ao final do século XIX e início do século XX representam um influxo teórico importante para o futuro das teorias jurídicas. São elas que resgatam ou percebem a influência da vontade e do subjetivismo na criação e aplicação do direito. Contribuem, assim, para uma transição entre uma concepção estática e dogmática-conceitual do sistema jurídico a outra em que a unidade e legitimidade dos atos de produção e aplicação normativa deve se colocar a partir de um princípio dinâmico.

O Positivismo Jurídico do Século XX

A limitada influência das correntes citadas anteriormente para o desenvolvimento de novas doutrinas jurídicas no século XX pode ser em certa medida atribuída a seu descompromisso com o princípio da legalidade e com o ideal de segurança jurídica semeados no campo do direito pelo menos desde o século XVI. Na verdade, o que o aparecimento dessas teorias anti-formalistas fez foi incentivar a academia jurídica da época a perseguir com mais vigor os antigos princípios de sistematicidade e certeza no direito.¹²²

Agora, no entanto, tais objetivos esbarram em uma dificuldade adicional na medida em que o recurso a concepções objetivas de criação e aplicação do direito, por meio de um apelo à existência de um direito natural imutável ou à suposição de um legislador racional imaginário e onisciente, ficou cada vez mais insustentável. O novo desafio doutrinário era alcançar uma concepção de direito que ao mesmo tempo respeitasse a influência da vontade e do subjetivismo na criação e aplicação jurídicas, bem como garantisse a sistematicidade e a certeza do produto dessas atividades.

122 BILLIER, *Op. Cit.*, p. 194.

Hans Kelsen é um desses autores que desde seus primeiros esforços críticos buscou exatamente reconstruir os fundamentos metodológicos da ciência do direito salvando, na medida do possível, os postulados que alimentavam os ideais de racionalidade, dedutivismo e certeza no direito. Contra o que podia parecer uma aproximação meramente superficial, o positivismo jurídico de Kelsen aparece como uma tentativa séria de recuperar novas margens de segurança jurídica por meio de pressupostos não ideológicos, afastando-se, assim, tanto do racionalismo jusnaturalista, quanto de seu predecessor positivista do século XIX. Sua teoria do ordenamento jurídico como um sistema normativo e dinâmico pretende alcançar uma descrição fiel do direito segundo proposições científicas rigorosas sem, no entanto, apoiar-se na ilusão de que a criação do direito pela legislatura era um fenômeno objetivo e racional e que a posterior aplicação do direito pelos tribunais e pela administração reduzia-se a uma atividade meramente mecânica¹²³.

Kelsen persegue uma autêntica aproximação científica ao conhecimento do direito. A teoria pura do direito, desde suas origens, pretende ser uma teoria do direito positivo real e não quer ser mais do que isso¹²⁴. Não se coloca o problema do direito justo e tampouco se preocupa com o conhecimento sócio-psicológico das causas da vontade que cria as normas. Neste sentido, é uma teoria formalista que opera com conceitos jurídicos que extrai seja da essência ou do conteúdo do direito já posto, ou seja, a teoria pura do direito, enquanto teoria do direito positivo, cria seus instrumentos conceituais a partir de um direito existente.

Quanto à interpenetração entre direito e justiça, Kelsen observa que não cabe a uma teoria do direito que se pretende científica preocupar-se com tal fato. Uma teoria pura do direito não pode aspirar a qualificar o que é justo ou injusto para só então discernir o que é

123 CALVO GARCÍA, *Op. Cit.*, p. 116.

124 Afirma Kelsen logo na primeira página de seu Teoria Pura do Direito que sua intenção é apenas responder à pergunta sobre o que é direito, sem lhe importar a questão de saber como deve ser o direito ou como ele deve ser feito, que são preocupações não da ciência, mas da política jurídica. KELSEN, 1979, p. 17.

ou não direito. O direito, pelo ponto de vista científico, existe independentemente de carregar em si o valor justiça. Não é que a submissão do direito a uma ordem justa seja indesejável, mas sim que a ciência jurídica é indiferente a tal qualidade¹²⁵.

Por outro lado, para a teoria pura do direito as normas jurídicas são de fato substratos de sentido que foram pensados ou desejados pelo legislador, mas que uma vez convertidos em direito positivo concentram seu interesse teórico tão somente enquanto substratos de sentido e não mais enquanto fatos da consciência ou da vontade do homem¹²⁶. Ou seja, o jurista científico só deve se preocupar em conectar o conteúdo mental das normas que são reconhecidas como direito, sem que se pergunte sobre a real vontade do legislador; não porque ela deva ser vista como inexistente ou desimportante, mas sim como já fixada na norma. A idéia fundamental é de que a ciência jurídica deve renunciar à tentativa de descrever processos que, ainda que existentes, não possam ser objetivamente descritos ou cuja descrição pertença ao domínio de outra ciência, tais como a sociologia ou a psicologia¹²⁷.

No final das contas, portanto, a codificação não mais representa um ponto de

125 Nas palavras do autor: “*Libertar o conceito de Direito da idéia de justiça é difícil porque ambos são constantemente confundidos no pensamento político não científico, assim como na linguagem comum, e porque essa confusão corresponde à tendência ideológica de dar aparência de justiça ao Direito positivo. Se Direito e justiça são identificados, se apenas uma ordem justa é chamada de Direito, uma ordem social que é apresentada como Direito é – ao mesmo tempo – apresentada como justa, e isso significa justificá-la moralmente. A tendência de identificar Direito e justiça é a tendência de justificar uma dada ordem social. É uma tendência política, não científica. (...) De qualquer modo, uma teoria pura do Direito, ao se declarar incompetente para responder se uma dada lei é justa ou injusta ou no que consiste o elemento essencial da justiça, não se opõe de modo algum a essa exigência. Uma teoria pura do Direito – uma ciência – apenas não pode responder essas perguntas porque elas não podem, de modo algum, ser respondidas cientificamente.*” KELSEN, 1990, p. 13.

126 A dificuldade encontrada pelos positivistas legais do século XIX ao fundamentarem a validade das leis na vontade do legislados é muito bem explicitada por Jean Billier: “*a doutrina kelseniana consegue esvaziar uma das dificuldades maiores que encontramos na concepção imperativista do direito, principalmente aquela de John Austin. Lembremos aqui que, para ele, a validade do direito positivo, a validade das leis do soberano, era tributária da obediência incondicional do indivíduo ao legislador soberano provido de um poder ilimitado. A consequência dessa concepção, não realçada pelo próprio Austin (mas por filósofos modernos como Joseph Raz ou Neil MacCormick) era bem desagradável: a substituição do legislador supremo por um outro devia ser seguida por uma mudança da própria ordem jurídica, porque não se obedecia às leis, mas à pessoa do legislador.*” BILLIER, *Op. Cit.*, p. 201.

127 Explica Kelsen: “*Já que o estatuto passa a existir quando se completa o procedimento legislativo, sua 'existência' não pode constituir na vontade real dos indivíduos pertencentes ao órgão legislativo. Um jurista que deseja demonstrar a existência de uma lei não tenta, de modo algum, provar a existência de fenômenos psicológicos. A 'existência' de uma norma jurídica não é um fenômeno psicológico. (...) Desse modo, o estatuto obrigatório não pode ser a vontade na mente dos indivíduos que o fazem, mesmo que o ato de vontade real seja necessário para a elaboração do estatuto.*” KELSEN, 1990, p. 38.

chegada; seja no sentido de que ela encerra concepções tradicionais do passado, ou mesmo numa concepção mais racionalista, de que o código é o resultado de um sistema jurídico construído racionalmente por filósofos que buscaram na natureza um direito intrínseco e imutável, ou sequer sob o ponto de vista de um legislador positivista imaginário e onisciente. Pelo contrário, o código é apenas um ponto de partida, uma objetivação histórica que se assume como dada e que, portanto, é suscetível de converter-se em objeto científico. É assim que a codificação acaba, mais de um século depois, por fazer com que a ciência jurídica se converta definitivamente em ciência do direito positivo. É apenas a partir deste fenômeno que a ciência jurídica deixa de vez de ser uma ciência criadora para ser uma ciência reelaboradora, que faz do texto da lei seu objeto científico específico.

A certeza do direito não pode ser mais cientificamente buscada, por conseqüência, no conteúdo das normas. Os pressupostos de um direito justo ou de um legislador racional, que funcionavam nas teorias anteriores como garantias dessa certeza, são descartados pela teoria pura do direito. De fato, Kelsen procura afastar sua teoria dos pressupostos ideológicos que ele desprezava na concepção tradicional da ciência jurídica, em especial da noção de que existe um direito racional, universal e correto por trás da norma legal. Mas em contrapartida, ao invés de sucumbir a uma visão meramente relativista, tenta recuperar a noção de segurança jurídica lançando mão de uma nova postura em relação ao direito. Como já se mencionou, a saída encontrada por Kelsen foi no sentido de apoiar-se em uma concepção estática do sistema, reestruturando a unidade e a legitimação do direito a partir de uma perspectiva dinâmica¹²⁸. Em outras palavras, isso quer dizer que segurança e certeza devem a partir de então ser alicerçadas no procedimento, e não no resultado do jogo jurídico.

Em um sistema normativo de caráter estático as normas eram válidas em

virtude de sua dignidade intrínseca. Ou seja, para que legitimamente fizessem parte do ordenamento jurídico, as normas deveriam constituir uma derivação intelectual, cognitiva, do conteúdo de uma norma fundamental. Opostamente ao que ocorre nos sistemas estáticos, entretanto, nos sistemas dinâmicos o conteúdo das normas não pode ser obtido por meio de uma operação intelectual, partindo de uma norma básica mais geral para uma norma específica. As normas de um sistema dinâmico são criadas por meio de um ato de vontade daqueles indivíduos autorizados por uma norma de mais alto valor. Deve-se pontuar, porém, que essa norma de mais alto valor emite apenas uma autorização formal, e não uma autorização material, de conteúdo. Assim, distingue-se no fenômeno jurídico o que é forma e o que é conteúdo, separando-se os conceitos jurídicos formais, que se encontram em qualquer ordenamento jurídico, dos conceitos relativos ao conteúdo do direito, que dependem do contexto histórico e psicológico de produção das normas.

Em um sistema dinâmico, portanto, ainda que continue sendo necessário o pressuposto de uma norma geral prévia, essa norma pressuposta não precisa determinar integralmente o conteúdo das normas ou decisões que dela se desenvolvem para conseguir legitimá-las. Segundo o princípio dinâmico, a norma de grau superior se limita a estabelecer um marco de produção normativa que ao mesmo tempo determina e legitima os atos normativos que daí se originam¹²⁹. Ao final, para a teoria pura, não há como justificar a validade de um preceito jurídico levando em conta o fato de seu conteúdo ter sido inferido mediante um procedimento lógico-dedutivo de uma norma básica pressuposta, mas sim pelo fato de tal preceito ter sido produzido conforme uma maneira, um procedimento, determinado por essa norma básica.

Aqui é possível estabelecer um significativo ponto de contato entre a

129 Esse marco de produção normativa é a chamada norma hipotética fundamental que, na teoria kelseniana, é uma norma pressuposta (e não posta) responsável por constituir o fundamento último de validade do ordenamento jurídico. Para o escopo deste trabalho é suficiente dizer que a norma hipotética fundamental é desprovida de conteúdo material, sendo apenas um apoio lógico racional ao resto do ordenamento. KELSEN, 1979, p. 309 e ss.

inovação teórica articulada por Kelsen no campo do direito e a solução epistemológica trabalhada por Popper no campo da ciência¹³⁰. Em ambos os casos a certeza e a objetividade dos sistemas não é mais identificada com o conteúdo de suas proposições. No caso da ciência, como exposto no capítulo anterior, Popper havia negado que o critério de racionalidade do conhecimento dependesse da veracidade de seus fundamentos, segundo ele, exatamente porque o empreendimento científico não descobre teorias, mas sim as formula, não há como subordinar o seu caráter racional à compatibilidade entre suas proposições e os acontecimentos fáticos. No que se refere ao direito, por sua vez, Kelsen descartou a possibilidade de que o critério de certeza dependesse da compatibilidade do conteúdo de uma norma a um direito natural superior ou à vontade de um legislador racional e onisciente. Isso porque a idéia de direito natural é altamente relativa¹³¹ e, ainda que não o fosse, seria tão metafísica e alheia aos critérios de ciência quanto a proposta positivista de um legislador racional¹³².

Para ilustrar a descrença de Kelsen quanto à possibilidade de uma veracidade material no campo do direito, basta lembrar que no que se refere à justificação hermenêutica dos atos que interpretam a lei, Kelsen deslocou a atenção teórica do conteúdo da decisão ao próprio ato de decidir. No fundo, o que o autor denunciava mais uma vez era a incapacidade da jurisprudência tradicional e dos métodos interpretativos em uso para garantir

130 Frise-se que, assim como nos casos anteriores, o que se pretende não é comprovar que o direito é, ou mesmo buscou ser, uma autêntica disciplina do seletivo grupo das chamadas “ciências da natureza”, mas sim que, ainda que não explicitamente ou mesmo intencionalmente, compartilha com elas dos seus aspectos mais gerais, que são contudo também os mais básicos. De fato, deve-se levar em consideração que o terceiro capítulo da Teoria Pura do Direito é em parte dedicado a delimitar as diferenças existentes entre uma ciência normativa, como a ciência do direito, e uma ciência causal, como as ciências da natureza.

131 Kelsen observou que “*todo o direito positivo que corresponde ao direito natural de uma das teorias que, por isso, é tido como justo, contradiz o direito natural de outra teoria e é, conseqüentemente, condenado como injusto*”. KELSEN, 1990, p. 308.

132 Segundo Kelsen, ainda que fosse possível encontrar uma norma rígida e certa na natureza, a natureza não tem vontade e, portanto, não pode estabelecer que os homens ajam de acordo com tal norma. Somente se a natureza fosse entendida como uma vontade de Deus é que se poderia retirar da natureza um fundamento de validade ao direito. No entanto, o recurso ao divino “*é uma suposição metafísica que não pode ser aceita pela ciência em geral e pela ciência do direito em especial, pois o conhecimento científico não pode ter por objeto qualquer processo afirmado para além de toda a experiência possível*”. Idem, p. 309.

satisfatoriamente a necessária segurança jurídica das decisões. Por mais perfeito que fosse, qualquer método de justificação racionalista não conduzia a uma única decisão correta, mas a várias decisões possíveis, com o mesmo valor dentro do sistema¹³³.

Pode parecer paradójico que se comece por devolver a pluralidade ao texto quando na realidade o que se busca é uma certeza mais radical. Como se viu, até finais do século XIX, as iniciativas mais influentes no campo da metodologia hermenêutica se caracterizavam por não reconhecer a pluralidade semântica do texto. Tais iniciativas buscavam reduzir as margens de subjetividade que impediam alcançar o resultado correto para cada caso. A metodologia tradicional sustentava que a lei aplicada ao caso concreto sempre encerraria apenas um único resultado correto, e que a correção jurídico dessa decisão teria, portanto, seu fundamento em uma norma de direito natural ou na vontade do legislador. Ademais, se presumia que a solução para todo e qualquer caso era passível de ser alcançada por todos aqueles que assumissem o empenho de determinar cognitivamente o sentido das normas postas, segundo os cânones hermenêuticos autorizados, ou seja, buscando nas normas mais gerais o sentido das normas mais específicas. Esse esforço, que Kelsen provou ser estéril, era feito na esperança de se garantir uma segurança jurídica que a teoria tradicional do direito se esforçava consciente ou inconscientemente por manter.

Na concepção kelseniana, a idéia de segurança jurídica só podia ser plenamente alcançada no âmbito formalista-procedimental. Por isso, uma correlação entre os conteúdos das normas deixou de ser um parâmetro pertinente para se estabelecer a objetividade de uma determinada interpretação. Para Kelsen, a objetividade passa a depender unicamente do fato de o ato que concretiza o significado da lei se adequar ou não à norma performativa que o autoriza. Isso quer dizer que nem sempre se pode prever o conteúdo de uma decisão judicial ou administrativa, mas, por outro lado, pode-se sempre ter certeza

133 CALVO GARCÍA, *Op. Cit.*, p. 124.

quanto ao procedimento que resultará em tal decisão.¹³⁴

Com uma guinada teórica, no entanto, Kelsen retoma a possibilidade de se ter segurança jurídica quanto ao conteúdo das decisões judiciais e administrativas. Segundo ele, os tribunais podem exercer duas funções distintas: aplicar determinada norma a um caso individual, apenas vinculante para o caso *sub judice*, ou pode aplicar uma norma de forma a criar um precedente, situação em que estará efetivamente criando direito¹³⁵. No primeiro caso, a previsão do conteúdo da decisão é perfeitamente factível por meio de um recurso à ciência jurídica normativa; mas, no segundo caso, a solução é tão imprevisível para a ciência do direito quanto o é uma decisão tomada pelo órgão legislador^{136 e 137}. Sendo assim, Kelsen sustenta a superioridade de um sistema jurídico-político que concentre a legitimidade de produção normativa em um órgão central, de preferência o poder legislativo, deixando aos demais órgãos estatais (ao judiciário e ao executivo) a simples incumbência de aplicar a lei. Apenas desta forma se poderia atingir um amplo grau de segurança jurídica que, na visão de Kelsen, forma, juntamente com a democracia¹³⁸, os dois pilares de um *Estado de Direito*. Segundo ele, Estado de Direito é uma “*ordem jurídica relativamente centralizada segundo a qual a jurisdição e a administração estão vinculadas às leis – isto é, às normas gerais que*

134 CALVO GARCÍA, *Op. Cit.*, p. 135.

135 KELSEN, 1979, p. 343.

136 Comparando os dois casos, Kelsen afirma: “*o Direito que veio a existir por meio de um ato livre de criação também é Direito, apesar de ser evidentemente um Direito imprevisível. (...) Apenas caso se restrinja a visão de Direito à atividade ordinária dos tribunais, ou seja, à sua função aplicadora de Direito, é que se pode ser levado à definição da ciência do Direito como uma 'ciência de previsão'.*” KELSEN, 1990, p. 170.

137 Em contraposição às correntes realistas ou sociológicas do direito, Kelsen defendeu que as peculiaridades do caso concreto eram irrelevantes para a determinação de sua solução se a norma legislativa cabível já estiver prevista no ordenamento. Diz: “*Todas as peculiaridades do caso concreto – o caráter do juiz, a sua disposição, a sua filosofia de vida, e a sua condição física – são, é verdade, fatos essenciais para a compreensão real dos encadeamentos causais. Mas eles não tem importância alguma para a estimativa das possibilidades quanto à decisão futura do juiz. A única questão relevante é saber se o juiz aplicará o Direito – tal como descrito pela jurisprudência normativa, ou seja, como um sistema de normas válidas – num caso concreto. Se, por um motivo ou por outro o juiz deixar de aplicá-lo, isso não é mais relevante para a jurisprudência do que é para a física o fato de o calor não ter expandido o mercúrio de termômetro por este ter se quebrado.*” KELSEN, 1990, p. 175.

138 A razão da democracia constituir um dos pilares do Estado de Direito kelseniano, que não cabe ser exposta aqui, pode ser investigada em: KELSEN, Hans. *A Democracia*. Tradução de Vera Barkow e outros. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

são estabelecidas por um parlamento eleito pelo povo”^{139 e 140}.

Em sintonia com os desenvolvimentos epistemológicos da Viena¹⁴¹ da época, portanto, Kelsen desloca o pilar do sistema jurídico dos conteúdos normativos ao próprio ato de produção ou aplicação das normas. O conteúdo é preterido em favor do método, assim como na ciência também o conteúdo de veracidade das hipóteses é desabonado para se privilegiar o processo de falsificação. Esse abalo paradigmático, no entanto, não foi suficiente no direito, da mesma forma que não o foi na ciência, para sepultar os caracteres fundamentais da concepção jurídica moderna desenvolvida a partir do século XVI. Conclui Kelsen, por exemplo, que a pressuposição da norma fundamental é uma função do conhecimento, capaz de restaurar uma restrita objetividade do sistema jurídico na medida em que garante a certeza pelo menos do aspecto formal do direito ao estabelecer uma rigidez do método de produção normativa. Mas, indo mais longe, advogou até mesmo a possibilidade de previsão do conteúdo das decisões jurídicas, desde que o sistema fosse volitivamente construído de forma tal que o âmbito de produção normativa não se confundisse com o âmbito de aplicação das normas. A teoria de Kelsen representa, portanto, apenas uma nova fundamentação artificial e formalista da certeza do Direito. Ainda que não toque as profundezas do direito natural ou da vontade do legislador, nem por isso se distancia dos parâmetros de uma fundamentação racional, ou mesmo lógico-dedutiva. De fato, a fundamentação dinâmica que realiza Kelsen não supera os fundamentos da concepção moderna de direito. Ele pode até ter desvendado algumas falsas seguranças, porém, ao mesmo tempo criou novas ideologias de certeza e segurança.

139 KELSEN, 1979, p. 417.

140 Boaventura de Souza Santos também acentua a estatização do direito como um fenômeno típico da modernidade. Sobre o assunto vide: SOUZA SANTOS, *Op. Cit.*, p. 139 a 164.

141 Como Manuel Calvo García salientou, Viena, cidade em que Kelsen concebeu a grande maioria de sua obra, era o cenário propício para que uma transição teórica no direito finalmente irrompesse. Popper, por exemplo, também desenvolveu boa parte de sua teoria epistemológica naquela mesma cidade, seu mais importante livro, “A Lógica da Descoberta Científica” foi publicado pela primeira vez em 1934 em Viena, mesma data e local em que foi publicada a “Teoria Pura do Direito”. CALVO GARCÍA, *Op. Cit.*, p. 125.

No pós-guerra, entretanto, as diversas críticas a respeito do positivismo jurídico kelseniano haviam se generalizado. Em parte por causa de suas insuficiências e suas limitações teóricas, mas também em grande monta devido a uma propensão, talvez injusta e infundada, de se identificar as teses positivistas com o nazismo germânico¹⁴². Neste panorama, surgem diversas teorias alternativas ao positivismo jurídico, tais como as teorias da argumentação racional, a nova hermenêutica jurídica, ou a revisão realista nos Estados Unidos, bem como, ainda, certas posições jusnaturalistas são renovadas. No entanto, a força com que ressurge o positivismo jurídico logo após a publicação do livro *O Conceito de Direito* de Hart ou de outras obras positivistas como as de Norberto Bobbio¹⁴³, demonstra claramente a autoridade dessa teoria jurídica na época.

Hart advoga uma posição ainda mais cética do que a de Kelsen sobre a possibilidade de se alcançar a certeza do direito mediante procedimentos lógicos e cognitivos. Sustenta ele que em todo o sistema sempre haverá certos casos não previstos ou não regulados legalmente, ou seja, casos para os quais nenhum tipo de decisão é ditada pelo direito estabelecido ou cuja norma aplicável é tão obscura ou aberta que é como se não houvesse qualquer regra prevista no ordenamento. A tese desenvolvida por Hart, portanto, reconhece a inevitabilidade de uma certa discricionariedade jurídica que decorre não só de inevitáveis lacunas legais, mas também de uma textura aberta da linguagem¹⁴⁴.

142 Veja-se, por exemplo: HADELMANN, Frank. Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A debate on Nazi Law. *Ratio Juris*, v. 18, n. 2, 2005, p. 162-178; ou, STOLLEIS, Michael. *A History of Public Law in Germany 1914–1945*. Traduzido por Thomas Dunlop. Oxford: Oxford University Press, 2004.

143 Bobbio é o jurista de língua latina de maior expressão no campo do positivismo jurídico pós-guerra. Apesar disso, uma análise de sua teoria particular não será aprofundada neste trabalho, que procura apenas acentuar as relações existentes entre direito e ciência moderna e não fazer uma descrição pormenorizada das doutrinas positivistas. Como já se deve ter percebido até então, no entanto, as observações de Bobbio a respeito da evolução das demais doutrinas jurídicas positivistas e suas predecessoras estão sendo utilizadas em larga escala. O pensamento positivista de Bobbio está exposto com maiores detalhes em sua obra *Teoria Geral do Direito*, São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007 (este livro reúne suas obras *Teoria da norma jurídica* e *Teoria do ordenamento jurídico*), e no já citado livro *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*.

144 As bases do conceito de textura aberta de Hart, que muitos apontam como teoria construtivista da linguagem do segundo Wittgenstein, e suas conseqüências epistemológicas pode ser melhor explorada em: BIX, Brian. H.L.A. Hart and the “Open Texture” of Language. *Law and Philosophy*, v. 10, n. 1, 1991, p. 51-72.

As características de abstração e generalidade da linguagem afetam a regulação legal provocando dificuldades e imprecisões que, como reconheceu Hart, são impossíveis de se resolver metodologicamente, ainda que possam ser reduzidas mediante certos métodos de interpretação. A textura aberta do direito, derivada tanto de problemas técnicos ou legislativos como também lingüísticos implica numa certa margem de apreciação que se manifesta sobretudo no que se costuma denominar “casos limites, marginais ou difíceis”, ou seja, naqueles casos que fogem do contexto comum e caem na “zona de penumbra” das regras. Se Kelsen defendia uma centralização do poder criador de normas no legislativo como forma de possibilitar a segurança jurídica das decisões judiciais ou administrativas, Hart dá um passo adiante e reconhece ser inócuo tal subterfúgio. A textura aberta da linguagem sempre levará a zonas de penumbra no direito dando aos juízes ou administradores um poder de escolha e criação sem que a ciência jurídica efetivamente preveja meios para reduzir sua margem de discricionariedade e proteger a racionalidade de suas decisões¹⁴⁵. Com Hart, portanto, é finalmente sepultada a solução ao problema da racionalidade e certeza das decisões jurídicas antes resolvida por meio de uma relação lógica supostamente existente entre tais decisões e suas premissas.

Mas o que então autoriza classificar Hart como um autêntico juspositivista e não como seu crítico? Se já se reconheceu que o positivismo nunca renunciou de forma absoluta ao ideal de segurança jurídica, e, mais ainda, que esse ideal compõe um dos seus núcleos rígidos, como conciliá-lo com a idéia de discricionariedade resultante da textura aberta da linguagem? No contexto kelseniano, segurança jurídica e discricionariedade de conteúdo são compatibilizadas por meio de um argumento técnico: o direito restringe-se ao direito positivo, ao direito já posto pelo órgão autorizado pelo norma fundamental a criar direito; se a criação de direito é restrita a um órgão legislativo, o trabalho dos tribunais e da

145 CALVO GARCÍA, *Op. Cit.*, p. 147.

administração passa a ser altamente previsível. Com Hart, no entanto, assume-se a limitação hermenêutica da proposta de Kelsen e por isso o problema da certeza teve que perseguir uma nova solução.

Para entender como Hart conciliou discricionariedade e segurança em sua teoria, é primeiro preciso visualizar, ainda que em linhas gerais, sua descrição dos problemas relacionados à aplicação do direito. Diante da textura aberta do direito, Hart reconhece que nas zonas de penumbra os juízes tem à sua frente uma certa margem de decisões possíveis. Com essas condições, as partes podem esperar dos tribunais decisões interpretativas distintas, mas em qualquer dos casos bem fundamentadas uma vez que os juízes devem buscar ao máximo respeitar o parâmetro de discricionariedade que a linguagem das normas delimita. Apesar dessa margem de discricionariedade judicial, a decisão alcançada será válida na medida em que o procedimento especificado pelas regras de reconhecimento¹⁴⁶ tenha sido seguido, excluindo assim as demais possíveis decisões, já que a solução alcançada para o caso não poderá mais ser contestada ou discutida validamente dentro do sistema jurídico.

Uma observação meticulosa de tal descrição demonstra que Hart de fato não se inclina, como se poderia imaginar, ao ceticismo jurídico que reconhece como direito tudo aquilo que o tribunal diz. Ao submeter a validade da decisão alcançada à sua adequação a regras de reconhecimento, Hart estabelece critérios ou pautas de controle da decisão jurídica, ainda que tais parâmetros sejam fluidos. Com isso, permite ele que a segurança de uma decisão possa ser justificada *ex post facto*, recorrendo-se à averiguação da existência de uma justificativa que compatibilize a decisão tomada às regras de reconhecimento. Existente tal justificativa, então a decisão, apesar de discricionária, é válida e, portanto, segura, posto que imune a qualquer alteração.

146 As regras de reconhecimento, ou regras secundárias, são aquelas que permitem estabelecer quais são as normas do sistema jurídico. Deve-se pontuar, no entanto, que essas regras não são para Hart um pressuposto lógico-transcendental como a norma hipotético-fundamental de Kelsen, mas sim um conjunto complexo e empírico de normas criada na prática jurídica. Para Hart a existência de regras de reconhecimento é uma questão de fato, e não um mero conceito metafísico como em Kelsen.. HART, 1994.

Mas se a idéia de textura aberta do direito afastou a doutrina de Hart da teoria de Kelsen, a delimitação do campo de segurança jurídica dada no parágrafo anterior pode parecer ter aproximado Hart das teorias racionalistas do jusnaturalismo, uma vez que ela parece limitar o direito a soluções materialmente compatíveis com regras previamente estipuladas pela prática jurídica¹⁴⁷. Tal conclusão, no entanto, não passaria de um sério equívoco. Além de o conteúdo da decisão em Hart não estar completamente determinado *ex ante* – afinal de contas, o juiz tem uma margem de discricionariedade reconhecida –, seja por um direito positivo, quanto mais por um direito natural, tampouco é imposto um método específico para que o juiz chegue a uma decisão válida e correta, tal como os jusnaturalistas impunham o método lógico-dedutivo.

É certo que tais razões já afastam Hart do jusnaturalismo, mas a alcunha positivista só pode ser justificada se a idéia de certeza superar o relativismo de sua teoria. Tentou-se demonstrar acima que a teoria de Hart tenta no fundo resguardar uma segurança do direito, mas o argumento é tão sutil que talvez fique mais fácil de ser visualizado por meio de uma comparação com a exposição popperiana sobre o conceito de ciência.

Como em Kelsen, Hart também não fundamenta a segurança jurídica em um conteúdo de verdade existente numa realidade exterior ao direito posto, e assim se aproxima de Popper que também não fundamentava a objetividade da ciência numa realidade exterior à hipótese científica. As compatibilidades entre Hart e Popper vão, no entanto, um pouco mais além. Hart não procurou a certeza do direito no momento de fixação da regra a ser aplicada ao caso, pelo contrário, ele reconheceu que o juiz escolherá essa norma de forma discricionária e subjetiva; o caráter jurídico da decisão é somente verificado depois que ela já foi estabelecida, e depende apenas do fato de ser possível conectá-la às regras de procedimento estipuladas

147 É certo que aqui já se vislumbra um ponto de desacordo, já que as normas básicas do direito natural do século XVI decorrem da razão e não da prática. Porém, como se demonstrará, a distinção é ainda mais profunda.

pela prática jurídica. Popper também reconheceu que o contexto de descoberta de uma teoria científica é sempre marcado por um elemento irracional ou por uma intuição criativa¹⁴⁸, e por isso, assentou o caráter de cientificidade de tais teorias no fato de depois de enunciada serem passíveis de falsificação¹⁴⁹.

O reconhecimento de uma margem de discricionariedade na aplicação do direito abre frestas importantes à controvérsia política, mas convém recordar que essas dimensões do direito são, do ponto de vista do positivismo, extrajudiciais. O jurídico está na existência de uma norma geral que opera como um marco de reconhecimento das decisões jurídicas. Todo o demais fica fora do âmbito jurídico e, conseqüentemente, pertence à esfera de subjetividade do intérprete, à sua consideração pessoal sobre qual direção sua decisão deve tomar. Em qualquer caso, portanto, o método ou as razões de decidir seriam algo não só alheio, como também irrelevante ao ponto de vista jurídico. Como se percebe, as bases utilizadas pelo juiz são bastante irracionais, o que, contudo, não retira a racionalidade e objetividade do direito para Hart.

No final das contas o positivismo jurídico do século XX, ao propor um novo modelo de fundamentação da objetividade hermenêutica – baseado em um recurso auto-referencial às regras do sistema – também busca soluções jurídicas seguras, ou seja, não abriu mão da idéia de segurança e certeza que os positivistas do século XIX e os jusnaturalistas aclamavam. Muito embora o novo positivismo se negue a garantir o prognóstico ou prever as decisões judiciais, procura assegurar o caráter definitivo e incontestável da decisão. A certeza é concebida como aceitação fática do resultado, baseada em mecanismos formais e lógico

148 Vide nota 44 acima.

149 Outras teorias positivistas contemporâneas, como a de Neil MacCormick (*Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, 1978), são explícitas ao priorizar o contexto de justificação do direito em detrimento do contexto de sua descoberta, como argumenta Bruce Anderson: “*Legal theorists who study legal reasoning in this context accept that there is, and should be, a rigid distinction between the process of discovery (how a judge actually reaches a tentative decision) and the process of justification (how a judge publicly justifies a decision). (...) These theorists assert that the proper subject matter of their investigations is legal justification, not discovery. Some theorists even claim that the process of discovery cannot, and even should not, be analysed by legal scholars*”. ANDERSON, 1995, p. 330. A diferença é que no caso de Hart se fala em uma possibilidade de justificação, enquanto aqui a justificação é real.

transcendentais, no caso de Kelsen, ou de fundamentação sociológica, no caso de Hart. É essa simbiose de forma e consenso que gera um grau de segurança quando se alcança uma decisão definitiva no âmbito do sistema jurídico, aí faz pouco sentido querer distinguir entre definitividade, infalibilidade e objetividade.

Buscou-se comprovar, até aqui, que o ideal de segurança jurídica e o mito da certeza do direito sempre estiveram presentes no desenvolvimento da ciência jurídica moderna. As mencionadas ambições transpareceram principalmente na suposição de que só poderia existir uma única solução correta para cada caso sobre o qual se tivesse que decidir juridicamente. No entanto, os vai-e-vêm das doutrinas jurídicas nos últimos anos revelaram, no mínimo, que a certeza do direito é uma hipótese teórica de difícil demonstração e o ideal de segurança jurídica parece ser mais uma pretensão ideológica do que uma verdadeira possibilidade epistemológica ou hermenêutica do direito.

Conforme se demonstrou no capítulo anterior, a tentativa de se assegurar uma certeza e objetividade na ciência não tem conseguido se sustentar ultimamente. E o mesmo, sem dúvida, pode-se dizer quanto ao direito. O positivismo jurídico do século XX recorreu ao formalismo como forma de garantir uma neutralidade, separando o direito das relações sociais que o determinam e sobre as quais ele incide. Tal pretensão, todavia, foi também fadada ao fracasso¹⁵⁰, uma vez que o âmbito das relações jurídicas provou-se constantemente como um campo não autônomo, sendo que uma pretensa racionalidade formal não é capaz de alcançar os critérios econômicos, morais e sociais das decisões judiciais e administrativas.

Novas teorias jurídicas afirmam, nesse contexto, que a busca por certeza e objetividade no direito não passa de um mito mais alimentado por razões ideológicas do que,

150 Nas palavras de Manuel Calvo García: “[L]os aspectos más criticables del positivismo jurídico nacen de algunas claudicaciones ante ese extraño poder de seducción que la voluntad de certeza ejerce entre los juristas. En realidad, el positivismo jurídico no renuncia al principio de seguridad jurídica, y esto fue uno de sus más grandes equívocos.” CALVO GARCÍA, *Op. Cit.*, p. 160.

efetivamente, por uma necessidade funcional na prática de sua aplicação. Esse é o caso, por exemplo, da teoria emancipatória de Boaventura de Souza Santos¹⁵¹, do neonietzscheísmo de Michel Foucault¹⁵², do desconstrucionismo de Derrida¹⁵³, da teoria jurídica feminista¹⁵⁴, ou dos partidários do movimento de Estudos Críticos do Direito (Critical Legal Studies)¹⁵⁵. Por tais doutrinas, uma aproximação entre ciência e direito não só foi uma busca frustrada no passado, na medida em que o direito não foi capaz de enquadrar-se de forma rigorosa à racionalidade das ciências da natureza, como deve ser uma tarefa absolutamente evitada no futuro¹⁵⁶.

151 Vide SANTOS, *Op. Cit.*; bem como SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela Mão de Alice: o Social e o Político na Pós-modernidade*. 2ª ed. São Paulo: Editora Cortez, 1996.

152 Vide FOUCAULT, Michel. *As Palavras e as Coisas: uma arqueologia das ciências humanas*. São Paulo: Martins Fontes, 1985; ou, FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Lígia Ponde Vassallo. 11ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1994.

153 Para uma compreensão bastante completa sobre o tema, vide os *Issues 5 e 6* do Volume 11 da *Cardozo Law Review*, onde são reproduzidos todos os trabalhos apresentados no colóquio “*Deconstruction and the Possibility of Justice*” realizado na Cardozo Law School, em outubro de 1989, especialmente o primeiro artigo, escrito pelo próprio Derrida: DERRIDA, Jacques. *Force of Law: the “Mystical Foundation of Authority”*. In: *Cardozo Law Review*, Vol. 11, 1990, p. 920-1047.

154 Vide SCALES, Ann. *Legal Feminism: Activism, Lawyering, and Legal Theory*. New York: New York University Press, 2006.

155 Vide UNGER, Mangabeira Roberto. *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge: Harvard University, 1986.

156 Uma visão crítica do afastamento entre direito e ciência, ou mais propriamente entre direito e verdade, engendrado por movimentos críticos nascidos nas universidades americanas é apresentada em FARBER, Daniel & SHERRY, Suzanna. *Beyond all Reason: The Radical Assault on Truth in American Law*. Oxford University Press, 1997.

3 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

3.1. A Economia enquanto ciência

Numerosos economistas tem descrito suas opiniões como positivistas – eles mesmos se dão o descrédito que nas últimas décadas este enfoque na filosofia da ciência adquiriu.
(Alexander Rosenberg)

Os dois primeiros capítulos esforçaram-se por descrever como os ideais de certeza, objetividade e verdade foram canalizados no conceito de ciência, incorporados à concepção de direito e recentemente atacados em ambos os contextos. No caso do direito, mencionou-se diversas novas escolas que tem buscado fugir dessa aproximação, rumo a uma perspectiva original de apreensão do fenômeno jurídico. O movimento da Análise Econômica do Direito também aparece como uma alternativa ao positivismo e a sua interpretação formalista da normatividade legal; entretanto, seria precipitado afirmar que também ele, tal qual as outras novas doutrinas, advoga um afastamento entre ciência, pelo menos no sentido que a modernidade a concebeu, e direito. Entender como a Análise Econômica do Direito se posiciona diante de tal empasse depende, primeiro, de saber como a economia respondeu às influências da ciência moderna e suas pretensões de certeza, objetividade e verdade.

Diferentemente do direito, o nascimento da economia como uma disciplina autônoma dá-se em meio a um ambiente já colonizado pelos padrões epistemológicos da física clássica newtoniana. De fato, uma grande maioria de autores¹⁵⁷ não exita em adotar o

157 Essa é, por exemplo, a visão de Boaventura de Souza Santos (SANTOS, *Op. Cit.*, p. 50), Mark Blaug (BLAUG, *Op.Cit.*, p. 56), Paul Samuelson (SAMUELSON, 1962, P. 7) e diversos outros historiadores do pensamento econômico citados por Jürg Niehans que, no entanto, adota particularmente como marco de nascimento da economia o ano de 1720 (NIEHANS, 1990, p. 10).

ano de 1776, quando Adam Smith publica sua obra *Uma Investigação sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações*, mais conhecida simplesmente como *A Riqueza das Nações*, como marco de eclosão da economia. E conforme se relatou no primeiro capítulo, ao final do século XVIII Newton já era largamente reconhecido como “um novo Moisés”¹⁵⁸ e os avanços conquistados pela física clássica eram motivo de inveja para outras disciplinas. O simples fato da economia ter nascido em meio a esse contexto, portanto, pode ser visto como um indício da proximidade que ela buscará desenvolver em direção aos padrões da ciência moderna¹⁵⁹.

Antes da obra de Adam Smith, o estudo das relações entre os homens no mercado foi empreendido por um grupo de pesquisadores que não compartilhava dos mesmos princípios ou das mesmas ferramentas de análise. Esse grupo, dos mercantilistas – conforme batizou o próprio Adam Smith –, tinha em comum apenas uma inclinação a certas propostas de política econômica, especialmente a de que a riqueza de uma nação se alcançava por meio de um excessivo acúmulo de moeda. Para tanto, advogavam uma regulação do comércio internacional que levasse ao entesouramento, e não ao desembolso de ouro e prata, o que, conseqüentemente, instaurava uma política econômica altamente protecionista. Em contraposição aos mercantilistas, surgiram em meados do século XVIII os chamados fisiocratas, encabeçados por François Quesnay. Sua teoria pregava que a riqueza de um país não se media simplesmente pelo acúmulo de moeda¹⁶⁰, mas sim pelo produto líquido ou o

158 Vide nota nº 10 acima.

159 Schumpeter tentou sustentar que o contexto filosófico não era capaz de influenciar as teorias econômicas, mas, como expõe Blaug, sua descrição da história da economia parece o traír nesse ponto: “(...) Schumpeter insisted upon the strictly autonomous nature of scientific economics. Although the political preferences and philosophical value judgements of economists impinge upon the development of economics, he declared, they leave it fundamentally unaffected: ‘economic analysis has not been shaped at any time by the philosophical opinions that economists happen to have’. This piece of dogmatic positivism, put forward in the introduction to his erudite *History of Economic Analysis*, is not in fact sustained in the body of the text, half of which is given over to narrative history, political theory and philosophical climates of opinion, presumably because of their relevance to economic theory.” BLAUG, 2003, p. 5.

160 A derrubada da teoria mercantilista foi influenciada pelas observações de Locke, para quem a moeda serve apenas como meio de troca e, portanto, não tem valor intrínseco, bem como pelas conclusões de Hume, que notou o efeito do acúmulo de moeda no preço das mercadorias: “at first, no alteration is perceived; by degrees the price rises, first of one commodity, then of another; till the whole at last reaches a just proportion with the new quantity of specie which is in the Kingdom”. BLAUG, 2003, p. 21.

surplus gerado por suas atividades internas, sendo que apenas a agricultura e não a manufatura era capaz de levar a tal resultado¹⁶¹. Diante de tais conclusões, os fisiocratas advogavam uma atitude do governo ainda mais protecionista no que concerne à agricultura.

A investigação travada pelos mercantilistas e fisiocratas, como já se disse, não alçou ao patamar de uma efetiva disciplina. Em primeiro lugar, nenhum dos dois grupos foi capaz de circunscrever seu efetivo objeto de estudo, mirando suas análises em amplos e desconexos campos de observação. Em segundo lugar, não foram desenvolvidas técnicas, métodos, conceitos ou princípios próprios para auxiliar a formulação de teorias. Aliás, e em terceiro lugar, nem mesmo se pode dizer que os mercantilistas e fisiocratas chegaram a formular teorias, já que seu esforço cognitivo não tinha por pressuposto a teorização do conhecimento dos fenômenos observados, mas sim a fixação de políticas públicas que gerassem o máximo de riqueza para seus respectivos países¹⁶².

Adam Smith, contudo, faz questão de deixar claro seu objeto de pesquisa. Na introdução de *A Riqueza das Nações* diz que seu propósito é investigar os motivos que, no longo-prazo, governam o crescimento da riqueza de um país, ou seja, seu desenvolvimento econômico¹⁶³. Mas o que efetivamente o diferencia de seus predecessores é sua postura de abstração frente aos problemas que enfrenta. Adam Smith desenvolve diversos princípios para explicar o funcionamento do mercado, não se contentando com uma mera descrição do que acontece na concretude do dia-a-dia. Dentre seus mais famosos e importantes princípios estão o da divisão do trabalho, o dos preços determinados pelos custos de produção, o do auto-interesse e, especialmente, o da mão-invisível do mercado. É munido com tais conceitos que Adam Smith conseguiu esboçar uma verdadeira teoria sobre como os agentes de mercado,

161 Segundo Quesnay a manufatura gera receita suficiente para pagar salários e repor o capital utilizado no processo de produção, mas só a agricultura gera um excedente sobre os custos incorridos referente ao preço pago pelo rendimento da terra a seus proprietários. Por essa razão, a agricultura é lucrativa enquanto que as demais atividades econômicas são meramente estéreis. NIEHANS, 1990, p. 38-39.

162 BUTLER, 2007, p. 25-30.

163 BLAUG, 2003, p. 34.

sem qualquer tipo de administração centralizada, comportam-se coordenadamente, guiados por um sistema de preços¹⁶⁴. É certo que a obra de Adam Smith também contém reflexões sobre como o Estado deveria interferir na conduta dos agentes de mercado (ao qual ele dava um limitado papel), mas na medida em que adota como base uma observação teórica sobre o funcionamento do mercado distancia-se do trabalho dos mercantilistas e fisiocratas.

Muitos identificam em Adam Smith o propósito, intencional ou não, de fazer com a economia o que Newton fez com a física, ou seja, reduzi-la a um único princípio explicativo¹⁶⁵. Sua admiração pelo método newtoniano foi expressamente identificada em suas publicações póstumas¹⁶⁶. E interessantemente, esse propósito também pode ser visto, por exemplo, no entusiasmo com que ele recebeu as obras de Grócio, cujo esforço, dizia, foi o primeiro e único capaz de alcançar uma verdadeira coerente sistematização dos princípios que formam a base do direito das nações. Adam Smith muitas vezes manifestou o intuito de encontrar, assim como Grócio, o princípio fundador do direito¹⁶⁷, tal como fez com sua teoria

164

165 Vide, por exemplo, a seguinte passagem de Deborah Redman: “*Smith clearly planned to do for the social sciences what Newton had done for the natural sciences. Not only did Adam Smith isolate economics as a discipline in its own right, he created the first link with the philosophy of science. That link can easily be criticized as scientism, that is, the imitation of the physical sciences. One cannot overlook the fact that Newton’s was a spectacular success: spin-offs had the advantage of association. Perhaps not surprisingly, Smith’s economic was well received by many scientists and laymen alike, especially in the Anglo-Saxon world.*” REDMAN, 1991, p. 92.

166 Veja-se, por exemplo, seu trabalho em filosofia da ciência denominado *The Principles which Lead and Direct Philosophical Enquiries – Illustrated by the History of Astronomy*, que foi escrito por volta de 1750, mas publicado somente em 1799. A seguinte passagem, além do mais, foi colhida das anotações que estudantes fizeram das aulas ministradas por Adam Smith em 1762-63, que notas foram descobertas em 1958 e publicadas pela primeira vez em 1963, com o título de *Lectures on Rhetoric and Belles Lettres*: “*podemos estabelecer no início certos princípios conhecidos ou provados a partir dos quais explicamos os vários fenômenos, conectando-os todos juntos pela mesma cadeia. Esse último [método], que podemos chamar de método newtoniano, é sem dúvida o mais filosófico e em cada ciência, quer se trate da moral ou da filosofia natural etc., é imensamente mais engenhoso e, por esse motivo, mais atraente que o outro. Dá-nos satisfação ver os fenômenos que considerávamos os mais inexplicáveis, deduzidos todos de algum princípio (normalmente um princípio bem conhecido) e unidos todos em uma cadeia; uma satisfação muito superior à que sentimos em relação ao método desconexo, onde tudo é explicado por si só sem qualquer referência aos demais.*” In: CERQUEIRA, 2006, p. 676.

167 A ligação entre o jusnaturalista Hugo Grócio e Adam Smith é ressaltada na pequena biografia do último que serve como prefácio à edição de 1852 do seu livro *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Assim é descrita a admiração de Adam Smith por Hugo Grócio: “*At the conclusion of the Theory of Moral Sentiments, after treating of the importance of a system of Natural Jurisprudence, and remarking that Grotius was the first, and perhaps the only writer, who had given any thing like a system of those principles which ought to run through, and be the foundation of the law of nations, Mr. Smith promised, in another discourse, to give an account of the general principles of law and government, and of*

moral (onde encontrou o princípio da simpatia) ou com sua teoria econômica (onde encontrou o princípio do auto-interesse)¹⁶⁸.

Apesar de se poder encontrar elementos que conectam a teoria econômica de Adam Smith ao método newtoniano, não existe qualquer menção explícita aos princípios metodológicos por ele efetivamente utilizados em seus trabalhos naquela área. De acordo com Blaug, isso não quer dizer que lhe faltavam princípios do tipo, mas sim que provavelmente o consideravam tão óbvios que dispensavam defesa. O que parece certo, acrescenta, é que Adam Smith adotou, pelo menos em algumas partes da *Riqueza das Nações*, a visão de que lhe cabia explicar com o máximo de simplicidade e elegância possíveis, os diferentes estágios históricos de produção econômica que interagem com princípios eternos da natureza humana; revelando uma certa subordinação ao método da Escola Histórica Escocesa¹⁶⁹. Ao final, seja porque seus efetivos métodos de investigação econômica não tenham sido explicitados, ou porque seus ensaios póstumos sobre a superioridade do método científico newtoniano tenham passado despercebidos por seus contemporâneos, o fato é que Adam Smith pouco contribuiu explicitamente para a formação de um método de investigação da economia. Sua teoria econômica e não sua teoria metodológica em si que foi responsável por estabelecer as bases da metodologia econômica clássica.

David Ricardo e Thomas Malthus, assim como Adam Smith, tampouco se preocuparam em estabelecer seus padrões metodológicos de pesquisa ao mesmo tempo em que formulavam suas teorias econômicas. Assim, o único recurso que resta é procurar entender a metodologia incrustada nas entrelinhas de suas teorias.

the different revolutions they have undergone in the different ages and periods of society, not only in what concerns justice, but in what concerns police, revenue, and arms, and whatever else is the object of law". In: SMITH, 1852, p. vi.

168 A aparente contradição entre o princípio fundador encontrado por Smith na *Teoria dos Sentimentos Morais* e o princípio fundador da *Riqueza das Nações* ficou ressaltado por diversos pesquisadores, principalmente os ligados à tradição historicista schumpeteriana, e ficou conhecido como o "*Das Adam Smith problem*". Uma análise mais profunda sobre o tema não é pertinente a esta dissertação, mas pode ser encontrada em: CERQUEIRA, Hugo. Sobre a Filosofia Moral de Adam Smith, 2006. In: <http://www.anpec.org.br/encontro2006/artigos/A06A039.pdf>

169 BLAUG, 1990, p. 56.

A teoria econômica elaborada por Ricardo, por exemplo, é marcada metodologicamente por dois fatores: em primeiro lugar, o contexto histórico, institucional e fático das relações de mercado perde a importância que possuía em Adam Smith, sendo relegado apenas a mero pano-de-fundo, e, em segundo lugar, reduz-se toda a complexidade do mercado a um modelo baseado em apenas uma *commoditie* – o milho. Partindo do exposto, é possível perceber como a metodologia ricardiana foi largamente baseada em modelos lógico-dedutivos de abstração¹⁷⁰. Aliás, o caráter altamente abstrato das formulações de Ricardo combinado à sua tendência em querer aplicá-las diretamente à realidade ficou conhecido pela comunidade econômica como o “vício ricardiano”¹⁷¹. Vício este que pode ter sido o motivo de, contrariamente ao que pregava em seus discursos diante do Parlamento, suas teorias econômicas não terem se provado nem de perto tão infalíveis quanto à teoria da gravitação. Assim, aproximação da teoria econômica de David Ricardo ao conceito de ciência moderna se dá tanto no que tange a seu apelo por um modelo abstrato dedutivo, no que se aproxima de Descartes, quanto no que tange à idéia de certeza e inafastabilidade dos resultados alcançados, no que se aproxima de Newton.

Em Malthus, no entanto, é possível enxergar uma vertente um pouco mais indutivista. A teoria malthusiana tinha como base a idéia de que a capacidade reprodutora do homem, se não restringida por aspectos morais¹⁷², é bem maior do que sua capacidade física de aumentar a oferta de alimentos, e a defesa de tal proposição era feita parcialmente por meio

170 BLAUG, 1990, p. 58.

171 O apelo de Ricardo a categorias abstratas, derivadas de uma simplificação do real, é exemplificada no artigo de Denis O'Brien, em que ele comenta as características gerais do método ricardiano: “*Ricardo jumped to the conclusion that because in the one-product case an increase in labour input in wage payments implies both an increase in labour's share in value and in physical product, the same must be true in the multi-product case as well*”. O'BRIEN, 1981, p. 356.

172 Blaug argumenta que Malthus, ao incorporar tal condição à sua teoria, tornou-a, na verdade, uma “tautologia fantasiada de teoria” (BLAUG, 2033, p. 70). Isso porque qualquer crítico que procurasse demonstrar que os meios de subsistência estavam crescendo a taxas maiores que a população era rapidamente contestado com o argumento de que isso se devia puramente ao fato de que a capacidade reprodutora do homem estava sendo restringida por aspectos morais. Na concepção de Blaug, que será melhor discutida adiante, por não ser passível de falsificação, a teoria malthusiana não pode ser legitimamente chamada de teoria.

de fatos e parcialmente com recurso à lógica, mas em nenhum dos casos adotando uma postura rigorosa. Por exemplo, para comprovar que a taxa de crescimento populacional era superior ao crescimento da agricultura, Malthus argumentava que dados obtidos a respeito do crescimento da população americana permitiam inferir que a cada 25 anos a população mundial dobraria de tamanho, ao passo que nenhum dado era capaz de demonstrar que o mesmo ocorreria com a oferta de alimentos. Ademais, recorrendo à lógica, Malthus também argumentava que um rápido acréscimo na oferta de alimentos era impossível porque a oferta de terra arável é naturalmente limitada. Apesar de injetar um grau de experimentação e indutivismo em sua metodologia, portanto, Malthus não se distanciou tanto do abstracionismo e do dedutivismo de Ricardo.

John Stuart Mill é quem publica, em 1836, o primeiro importante trabalho sobre metodologia econômica. Vivendo em meio a uma turbulenta época para a economia, quando discípulos de David Ricardo procuravam fixar o significado da disciplina a partir da teoria de seu mestre, Mill concentra seus esforços em desligar o pensamento econômico do nome de um autor específico. Para isso, começa diferenciando entre o que deve ser entendido como ciência – um conjunto de proposições verdadeiras – e o que deve ser entendido como arte – um conjunto de proposições normativas; concluindo que a economia, nesse contexto, é uma “ciência mental”, ou seja, uma empreitada em direção ao conhecimento teórico-abstrato das motivações e das condutas humanas no que tange à produção de riqueza¹⁷³.

Mill desenvolve, portanto, uma definição claramente metodológica do que é

173 Para entender exatamente o que Mill quer dizer com *ciência mental* a seguinte comparação feita por ele em seu ensaio *On the Definition and Method of Political Economy* pode ser de grande valia: “*Suppose, for example that the question were, whether absolute kings were likely to employ the powers of government for the welfare or for the oppression of their subjects. The practicals would endeavour to determine this question by a direct induction from the conduct of particular despotic monarchs, as testified by history. The theorists would refer the question to be decided by the test not solely of our experience of kings but of our experience of men. They would contend that an observation of the tendencies which human nature manifested in the variety of situations in which human beings have been placed, and especially observation of what passes in our minds, warrants us in inferring that a human being in the situation of a despotic king will make a bad use of power; and this conclusion would lose nothing of its certainty even if absolute kings had never existed, or if history furnished us with no information of the manner on which they had conducted themselves.*” MILL, In: HAUSMAN 1994, p. 55.

a economia, passo que entende como essencial para garantir que as proposições formuladas venham a ser verdadeiras e, portanto, sejam consideradas uma ciência, e não uma arte. Segundo Mill, a verdade na economia não é alcançada simplesmente por meio de um método indutivo, tal qual o método estabelecido por Bacon, mas sim por um misto de indução e especulação abstrata. Isso quer dizer que o economista não raciocina por meio de fatos apenas, mas sim por meio de premissas suportadas por fatos. A idéia de um raciocínio por meio de premissas é derivada da geometria, que pressupõe, por exemplo, uma definição arbitrária do que é uma linha – comprimento sem espessura. Na economia também se pressupõe uma definição arbitrária do que é o homem – um ser que age de forma tal a obter o máximo de riqueza com o mínimo de trabalho^{174 e 175}. Mas se na geometria a definição de “linha” é criada pela vontade, na economia a definição de “homem” decorre da abstração de um fato observado instrospectivamente.

Assim como no direito natural racionalista, portanto, a economia em Mill é vista como uma ciência – um campo de estudos que atinge proposições verdadeiras – na medida em que é capaz de argumentar abstratamente partindo de uma premissa alcançada por meio de uma introspecção ou uma observação intelectual da conduta de outros homens. Diferentemente das ciências naturais, adverte Mill, as ciências sociais, campo no qual a economia se inclui, não são capazes de realizar experimentos controlados em seus âmbitos de pesquisa, restando-lhe, portanto, a utilização daquele método misto de indução e abstração

174 *Idem*, p. 56.

175 De acordo com Blaug, é com o ensaio metodológico de Mill que o *homo economicus* nasce (BLAUG, 1990, p. 60). De fato, Mill afirma: “[Political Economy] *does not treat of the whole of man's nature as modified by the social state, nor of the whole conduct of man in society. It is concerned with him solely as a being who desires to possess wealth, and who is capable of judging of the comparative efficacy of means for obtaining that end. (...) It makes entire abstraction of every other human passion or motive; except those which may be regarded as perpetually antagonizing principles to the desire of wealth, namely, aversion to labour, and desire of the present enjoyment of costly indulgences. (...) It is true that this definition of man is not formally prefixed to any work on Political Economy, as the definition of line is prefixed to “euclid's Elements; and in proportion as by being so prefixed it would be less in danger of being forgotten, we may see ground for regret that this is not done.”* MILL, In: HAUSMAN, 1994, p. 51-57.

como meio para se atingir verdade e certeza¹⁷⁶. Isso não quer dizer, entretanto, que a experimentação não tem papel algum na economia. De fato, ela não pode ser utilizada como meio para se descobrir os pressupostos econômicos, mas, por outro lado, ela tem para Mill a importante incumbência de possibilitar a *verificação* da verdade de tais pressupostos¹⁷⁷.

Deve-se ressaltar que o procedimento de verificação nesse caso não tem por finalidade desautorizar uma determinada teoria econômica por completo. A eventual discrepância entre uma hipótese formulada e os fatos reais não faz a teoria original ser vista como errônea, mas apenas como insuficiente. Por consequência, diante de uma verificação falha, a teoria econômica não precisa ser descartada, no máximo, ela precisará de uma reformulação. Diz-se “no máximo” porque nem mesmo uma reformulação será necessária se a encontrada discrepância tiver como motivo a ocorrência de uma causa perturbadora¹⁷⁸.

Causas perturbadoras na economia, tal qual o atrito na mecânica clássica, como observa Mill¹⁷⁹, são fatores que desviam o resultado real do resultado pensado teoricamente, são circunstâncias que impossibilitam que a perfeição da hipótese abstrata se realize no mundo concreto, e assim funcionam como hábeis escudos de proteção da teoria econômica contra a sordidez de uma realidade que insiste em não se submeter a ela. As teorias econômicas quando transportadas ao mundo real, portanto, não passam de meras leis de tendência (*tendency laws*), não são capazes de prever um determinado resultado, podendo apenas apontar uma tendência a esse resultado, que pode vir ou não a suceder.

John Elliot Cairnes publica seu livro *Character and Logical Method of Political Economy* em 1875, mas apesar da distância temporal com relação ao ensaio publicado por Mill, o que ocorreu em 1836, poucas são as diferenças entre suas teorias metodológicas. Cairnes, como Mill, nega a possibilidade de que as teorias econômicas

176 *Idem*, p. 58.

177 *Idem*, p. 61. Sendo que nesse ponto já não é mais possível comparar a metodologia de Mill às teorias de direito natural.

178 BLAUG, 1990, p. 65.

179 MILL, *Op. Cit.*, p. 60-61.

possam algum dia ser refutadas em função de uma discrepância com os fatos ocorridos¹⁸⁰.

Para ele, as teorias econômicas só podem ser refutadas demonstrando-se que os princípios e condições pressupostas não existem, ou que o resultado previsto por essas teorias não decorre necessariamente de suas premissas. Ou seja, deve-se provar que as premissas são irreais ou que existe uma inconsistência lógica entre elas e o resultado hipoteticamente alcançado. Cabe ressaltar que Cairnes recusa o fato de que sua metodologia econômica aproxima-se de um método hipotético-dedutivo. Segundo ele, a possibilidade de verificação posterior das hipóteses teóricas acrescenta um caráter indutivo ao método econômico que o aproxima dos parâmetros de cientificidade¹⁸¹.

A metodologia econômica desenvolvida no século XIX, influenciada especialmente por John Stuart Mill e por John Eliot Cairnes, portanto, apresentava uma peculiaridade em relação às demais ciências na medida em que, para a economia, a importância dos processos indutivos e de experimentação não derivava de suas funções instrumentais para o descobrimento da verdade¹⁸², mas sim, e apenas, enquanto meios para comprová-la. Por causa dessa postura, Blaug dá aos economistas do século dezenove o apelido quase pejorativo de “verificacionistas”, esclarecendo que:

Over and over again, in Senior, in Mill, in Cairnes, and even in Jevons, we have found the notion that “verification” is not a testing of economic theories to see whether they are true or false, but only a method of establishing the boundaries of application of theories deemed to be obviously true: one

180 Blaug explica que se uma teoria econômica falhasse em prever um determinado fato com exatidão, Mill apenas exigia que se buscassem causas adicionais suficientes para reduzir a distância existente entre os fatos ocorridos e os resultados teóricos fixados pela teoria, uma vez que, mesmo insuficiente, uma teoria é correta na medida em que a natureza de suas premissas também o sejam. BLAUG, 1990, p. 75.

181 Blaug transcreve a opinião de Cairnes sobre o papel da verificação em sua teoria: “*verification can never in economic inquiry be otherwise than very imperfectly performed; but this notwithstanding, if carefully conducted it is often capable of furnishing sufficient corroboration to the process of deductive reasoning to justify a high degree of confidence in the conclusions thus obtained*”. *Idem*, p. 79.

182 Alguns teóricos, no entanto, como afirma Blaug sobre John Neville Keynes, insistiam em ver a introspecção como uma técnica empírica de pesquisa, completamente diferente de uma mera intuição ou de uma idéia inata. Blaug contesta tal postura dizendo: “*it is true of course that Keynes never asked the question: how is it that introspection, which by definition is not an interpersonally testable source of knowledge, can ever constitute a truly empirical starting point for economic reasoning?*” BLAUG, 1990, p. 84.

verifies in order to discover whether “disturbing causes” can account for the discrepancies between stubborn facts and theoretically valid reasons; if they do, the theory has been wrongly applied, but the theory is still true. The question of whether there is any way of showing a theory to be false is never even contemplated.¹⁸³

Como se discutiu no primeiro capítulo, a visão metodológica mais comum no século XIX era de que uma investigação científica tinha início com uma observação livre e imparcial de um conjunto repetido de fenômenos, que então permitia a inferência de leis universais; e que essas leis, depois de formuladas com um grau maior de generalidade, desembocavam na construção de toda uma teoria capaz de prever novos acontecimentos. Essa concepção de ciência, que até hoje é aceita pelo homem comum, correspondia ao chamado método indutivo-experimental baconiano e determinava que as leis e teorias construídas em seu arcabouço fossem sempre confrontadas com novas observações fáticas a fim de comprovarem sua veracidade e, por conseguinte, seu rigor científico.

O problema é que a metodologia econômica da época até aqui descrita, baseada na idéia de verificação, não se encaixava no conceito científico exposto. Em primeiro lugar, porque construía suas premissas a partir de deduções mentais e não empíricas, deixando à experiência apenas a função de corroborar as premissas construídas; e, em segundo lugar, porque não se importava com o potencial de previsão de suas teorias¹⁸⁴. Acontece que para a metodologia da ciência do século XIX, a fronteira entre proposições científicas e não-científicas era exatamente demarcada pela utilização do método indutivo-experimental na confecção de premissas teóricas, sendo que o potencial de previsão, apesar de não constituir um elemento tão crucial quanto a experiência, também tinha um forte apelo. Desta forma, a economia, para os padrões da filosofia epistemológica do século XIX, não poderia ser rigidamente identificada como verdadeira ciência; seus principais autores, porém, não

183 BLAUG, 1990, p. 81.

184 Blaug diferenciou o verificacionismo do potencial preditivo de uma teoria recorrendo a Mill: “*Mill was a verificationist, not a predictionist: the test of a theory in social science is not ex ante predictive accuracy but ex post explanatory power.*” BLAUG, 1990, p. 75.

recuavam em classificá-la como tal. Da mesma forma que no direito, portanto, a perspectiva externa quanto à cientificidade da economia distoava quase que por completo da perspectiva interna, adotada pelos próprios juristas e economistas¹⁸⁵.

A partir da virada do século XIX, no entanto, como se descreveu no primeiro capítulo, uma desconfiança sobre a possibilidade de se construir premissas a partir do método indutivo passou a contaminar a metodologia científica como um todo. É certo que desde Hume já se advertia para o fato de que nenhuma proposição universal poderia ser logicamente derivada ou ser conclusivamente adotada em função de observações particulares, não importando quantas tenham sido essas observações. Mas o problema da indução só veio a ser considerado como um verdadeiro obstáculo para o método indutivo-experimental quase no século XX.

Isso não quer dizer que a metodologia econômica clássica, representada por Mill e Cairnes, imediatamente ganhou o respeito da comunidade científica, sendo a economia enfim reconhecida como verdadeira ciência também para os padrões de cientificidade externos. Na verdade, junto com a substituição dos padrões científicos instaurada por Popper no campo da filosofia da ciência, a economia passou por uma reestruturação metodológica abandonando a perspectiva clássica e adequando-se ao novo padrão popperiano.

Com Karl Popper, como se viu, o método indutivo-experimental é eficazmente questionado, dando lugar a uma nova metodologia e a um novo conceito de ciência. A antiga ênfase na experimentação é mantida, só que agora não mais com o objetivo de se confirmar ou construir teses, mas sim de falsificá-las. A idéia de indução é amplamente rechaçada, sendo que Popper nega validade ao método indutivo até mesmo como mero meio para a descoberta e fixação de teorias. Nesse ponto, a metodologia econômica parecia ter

185 A importância que a diferença de perspectiva, externa e interna, tem na determinação da validade dos conceitos de uma disciplina foi muito bem captada por John Maynard Keynes, citado por Samuelson: “*For there are, in the present times, two opinions: not, as in former ages the true and the false; but the outside and the inside.*” SAMUELSON, 1962, p. 1.

triunfado. Mas a nova epistemologia toma como princípio de demarcação entre uma proposição científica e outra não-científica, o caráter falsificável da primeira, enquanto que proposições do segundo tipo, por sua natureza, não estariam submetidas a testes de falsificação. Científico é apenas aquilo que, em confronto com fatos, poderia ser provado como falso, ou seja, nada poderia ser mais contraditório aos padrões clássicos da metodologia econômica, que explicitamente enunciava a impossibilidade de se refutar uma teoria em função de sua discrepância com os fatos ocorridos.

A economia, contudo, absorveu os preceitos popperianos bastante cedo. Já em 1938, apenas quatro anos depois da primeira publicação do clássico de Popper *The Logic of Scientific Discovery*, Terence Hutchison publica o livro *The Significance and Basic Postulates of Economic Theory* advogando a importância de a teoria econômica adotar em sua prática o critério metodológico do falsificacionismo. Segundo Hutchison, se a Economia pretendesse verdadeiramente receber o rótulo de ciência, deveria confinar todas as suas premissas e teses a observações empiricamente testáveis.

Por causa dessa decisão extremista, de negar validade a qualquer proposição impossível de ser diretamente submetida a testes empíricos independentes, Fritz Machlup apelidou a teoria de Hutchison de ultra-empiricista¹⁸⁶, alertando que tal pleito era demasiadamente penoso para a economia. De fato, já na época de Mill e Cairnes os

186 Em resposta ao artigo de Machlup (1955, p.1-21), Hutchison (1956, p. 476-483) escreve um comentário onde procura esclarecer que, na verdade, Machlup o interpretou mal, uma vez que ele nunca teria de fato exigido que as premissas econômicas fossem diretamente testadas. Para tanto, Hutchison transcreve uma passagem de seu livro em que afirma que as proposições econômicas não precisam ser diretamente testáveis, mas devem pelo menos ser enunciadas de forma tal que permita algum tipo de verificação direta: *“If the propositions of a science (...) are to have any empirical content (...), then these propositions must conceivably be capable of empirical testing or be reducible to such propositions by logical or mathematical deduction. They need not, that is, actually be tested or even be practically capable of testing under present or future technical conditions (...). But it must be possible to indicate intersubjectively what is the case if they are true or false; their truth or falsity, that is, must make some conceivable empirically noticeable difference, or some such difference must be directly deducible therefrom.”* Machlup (1956, p. 483-493), no entanto, responde a tal comentário afirmando que sua definição de verificação direta tem pouca relação com o requisito de possibilidade atual ou hipotética de comprovação, mas sim com a idéia de que premissas não precisam ser independentemente testadas, sendo suficiente que as formulações finais o sejam; por isso, continua definindo Hutchison como um ultra-empiricista.

economistas confrontavam a impossibilidade de se induzir de observações empíricas as premissas que fundamentavam suas teorias. Isso porque, como já mencionado anteriormente, a economia constrói seus fundamentos sobre conclusões acerca da conduta e psicologia humanas.

Portanto, ao liberar a teoria econômica da imposição de derivar suas premissas de observações fáticas, mas continuar reivindicando a necessidade de submetê-las a testes empíricos falsificacionistas, os ultra-empiricistas, dos quais Hutchison fazia parte, praticamente impediam que a economia fosse vista como verdadeira ciência. Afinal, tal corrente metodológica estava sendo mais exigente com a teoria econômica do que a própria filosofia do conhecimento se mostrava com relação às ciências naturais¹⁸⁷.

Ainda que não efetivamente desempenhasse uma adequação completa da metodologia econômica ao modelo científico popperiano, a proposta de Hutchison representou uma guinada significativa no pensamento metodológico da época. Mas se essa mudança metodológica só veio a ocorrer na década de 1930, a transição no campo das teorias econômicas já vinha se anunciando desde o século anterior, mais especificamente por volta de 1870.

Foi em princípios de 1870 que Jevons, Menger e Walras enunciaram o princípio da utilidade marginal decrescente como novo conceito basilar da economia¹⁸⁸. Na

187 Para demonstrar esse ponto de vista, Machlup afirma: *“That there is no way of subjecting fundamental assumptions to independent verification should be no cause of disturbance. It does not disturb the workers in the discipline which most social scientists so greatly respect and envy for its opportunities of verification: physical science. The whole system of physical mechanics rests on such fundamental assumptions: Newton's three laws of motion are postulates or procedural rules for which no experimental verification is possible or required; and, as Einstein put it, “No one of the assumptions can be isolated for separate testing.” For, he went on to say, “physical concepts are free creations of the human mind, and are not, however it may seem, uniquely determined by the external world.”*” MACHLUP, 1955, p.9.

188 Walras, Menger e Jevons enunciaram o mesmo princípio econômico da utilidade marginal em épocas similares, mas em países completamente distintos e sem qualquer indício de que um tivesse tido contato com a teoria do outro anteriormente à formulação da sua própria. Diversos historiadores da economia não exitam em enxergar aí um típico caso de descoberta múltipla (*multiple discoveries*), talvez o mais importante deles. Debruçando-se sobre o que leva uma teoria a ser simultaneamente descoberta por diferentes economistas, Jürg Niehans concluiu que circunstâncias políticas, econômicas ou ideológicas pouco contribuem para o fenômeno, o qual é melhor explicado em função do “estado da arte” do pensamento econômico. O ponto central do argumento parece ser o de que uma ciência madura se caracteriza por um contínuo e cumulativo

economia clássica, representada especialmente por Smith, Ricardo e Mill, o problema econômico consistia, em linhas gerais, em identificar como oferta inelástica de terra e flutuações na quantidade de trabalho interagiam de forma a determinar a produção e o preço dos bens. Com o aparecimento do conceito de utilidade marginal, no entanto, o problema econômico se deslocou: passou-se a assumir uma quantidade fixa, determinada exogenamente, dos meios de produção – terra e trabalho –, e a perquirir como a característica de substituíbilidade marginal dos bens produzidos garante uma alocação racional dos recursos escassos.

Essa mudança de perspectiva não foi, no entanto, um processo rápido. Blaug observa, por exemplo, que a maioria dos trabalhos sobre metodologia econômica publicados entre 1870 e 1890 nem mesmo mencionavam o conceito de utilidade marginal, sendo que apenas depois da virada do século que o tema veio a efetivamente merecer a devida atenção¹⁸⁹. Por esse motivo, tem ele razão em dizer que a “*revolução marginalista como paradigma do pensamento econômico é um invenção do século XX*”¹⁹⁰.

De fato, os preceitos desenvolvidos a partir da revolução marginalista formam, no século XX, o núcleo rígido do pensamento econômico neoclássico, que irá figurar como o *mainstream* do pensamento econômico a partir de então. São emblemáticas, por exemplo, as influências de matematização da argumentação econômica derivada do conceito

progresso, cujo próximo avanço é absolutamente inevitável e, por isso, é descoberto por diversos pesquisadores independentemente. Explica Niehans: “*The history of economics is often described as a sequence of titanic battles in which creative personalities lay 'new foundations' for their science and rivaling 'schools' compete for dominance. A review of multiple theories rather suggests that the nature of each new discovery is strongly conditioned by the given state of knowledge and, secondarily, by environmental circumstances. Even the greatest economists, taken individually, seem to have little permanent influence on the direction in which the stream of research is flowing. (...) Great economists accelerate the progress of science, but they have little permanent influence on its direction.*” NIEHANS, 1995, p. 18-19.

189 BLAUG, 2003, p. 289.

190 *Idem*, p. 290. Tradução livre de parte da seguinte passagem: “*Not for nothing do we speak of a 'marginal revolution' and not a 'marginal utility revolution'; but marginalism as a paradigm of economic reasoning is a twentieth-century invention; there is much marginalism in Ricardo as in Jevons or Walras but it is applied to different things.*”

de marginalidade¹⁹¹, de generalidade e simplicidade da teorização¹⁹², de abstração em relação aos contextos histórico e institucional¹⁹³, de identificação de um ponto de equilíbrio ao qual a economia se direciona¹⁹⁴, de priorização da conduta individual, cristalizada no conceito de utilidade, como fator explicativo para os diversos fenômenos econômicos¹⁹⁵, dentre várias outras influências do tipo.

A lista apresentada demonstra como a revolução marginalista e a teoria econômica neoclássica possuem vários pontos de contato com os preceitos da ciência moderna. Philip Mirowski faz um extenso trabalho apontando exatamente essa interface. Em seu livro *More Heat than Light: Economics as Social Physics, Physics as Nature's Economic* ele argumenta que a revolução marginalista na economia pode ser identificada à revolução energética na física, já que existe uma significativa convergência entre o princípio da utilidade marginal e da conservação de energia no que tange aos seus escopos e fundamentos metodológicos. Mirowski destaca como essa relação entre a física clássica e a economia foi

191 A influência da revolução marginalista e seus propagadores, especialmente Marshal, para a matematização da economia é discutida em artigo de Margaret Schabas, em que ela afirma: “*Precursors notwithstanding, Jevons was the first in Britain to expound at length the psychological dimensions of the principle of diminishing marginal utility, and thereby to provide a richer foundation for the analysis of demand and prices. But for all his talk of the novelty of the utility calculus, he never denied the importance of costs in a long-run account of exchange value. More significantly, he was the first to argue systematically that the true science of economics called for mathematics, and he persisted in promoting this cause throughout his career. In short, the new direction set by Jevons was methodological.*” SHABAS, 1989, p. 61-62. Também a seguinte passagem de Walras em seu clássico livro *The Elements of Pure Economics* bem caracteriza a relevância da matematização para a nova fase da economia: “*Why persist in using the everyday language to explain things in the most cumbersome and incorrect way, as Ricardo has often done and as John Stuart Mill does repeatedly (...) When these same things can be stated far more succinctly, precisely and clearly in the language of mathematics.*” In: BLAUG, 2003, p. 559.

192 Blaug afirma que a teoria neoclássica atigiu uma maior generalidade e economia de argumentação teórica ao conseguir explicar, diferentemente das teorias clássicas de Smith, Ricardo e Mill, a precificação dos bens finais e dos bens de produção a partir de um mesmo princípio, qual seja, o de utilidade marginal. BLAUG, 2003, p. 282.

193 Afirma Blaug a respeito: “*Jevons, Menger e Walras each in his own way emphasised the methodological advantages of abstracting from historical and institutional considerations in the interest of obtaining perfectly general results from the minimum number of assumptions.*” *Idem*, p. 292.

194 Foi Walras quem buscou demonstrar como o mercado tende a um equilíbrio geral, ou seja, a um estado em que há igualdade entre oferta agregada e demanda agregada nos mercados de bens e de fatores de produção. Apenas na década de 1930, entretanto, principalmente com Hicks e Samuelson que tal princípio foi incorporado à análise econômica de uma maneira geral. BLAUG, 2003, p. 549-558.

195 Jevons, por exemplo, fundamentou sua teoria de utilidade marginal decrescente em princípios psicológicos. Era olhando para o comportamento individual determinado por fatores como vontade, preferência, inclinação, etc., que Jevons explicava a alocação de fatores de produção e o preço dos bens no mercado. BLAUG, 2003, p. 293 a 295 e p. 311 a 315. Essa perspectiva metodológica será a base da teoria de Pareto, que é, por sua vez, um dos principais pontos de apoio da Análise Econômica do Direito.

explorada pelos autores neoclássicos, tornando-se um poderoso argumento retórico em favor de suas teorias, que por essa razão emergiram como principal escola econômica do século XX e acabaram também por colonizar outras ciências sociais, inclusive o direito, como se argumentará em seguida¹⁹⁶.

A aproximação entre economia e ciência moderna no século XX não ficou restrita, no entanto, à revolução marginalista e à economia neoclássica. Hutchison já havia demonstrado sinais de que também a metodologia econômica iria encaminhar no sentido da filosofia da ciência, especialmente à de Popper. Mas é somente com o artigo *The Methodology of Positive Economics* de Milton Friedman, publicado pela primeira vez em 1953, que a metodologia econômica encontra enfim uma saída para propriamente se enquadrar ao conceito popperiano de ciência.

Friedman argumenta que uma teoria econômica deve ser julgada tão somente pelo poder preditivo de suas hipóteses. E por essa perspectiva a realidade fática tem o importante mas limitado papel de separar as teorias que devem ser temporariamente aceitas daquelas que devem ser rejeitadas, tendo como base a concordância entre o que foi previsto e o que a experiência demonstrou. Da mesma maneira que Popper, mas sem mencioná-lo explicitamente, Friedman nega a possibilidade de que os fatos venham a comprovar a verdade de uma teoria ou mesmo que tenham qualquer influência direta em sua confecção; para ele, a experiência apenas falsifica uma hipótese, e essa é a sua única contribuição à ciência¹⁹⁷.

As premissas teóricas, que por muito tempo foram a pedra no sapato da

196 Mirowski resume sua tese da seguinte maneira, mostrando as similitudes entre os padrões da física energética e da economia neoclássica: “*It is the thesis of this paper that the hard core of neoclassical economic theory is the adoption of mi-nineteenth century physics as a rigid paradigm, a hard core it has preserved and nourished throughout the twentieth century, even after physics has moved onwards to new metaphors and techniques. This thesis explains a number of issues which have eluded other attempts at locating the hard core of neoclassical theory. First, it explains why neoclassical theory and mathematical formalism have been indissolubly wedded since the 1870s, even though a cogent defence of the necessity of the link has been notable by its absence. Second, it explains the success of neoclassicism in pre-empting other research programmes in economics by means of the forceful claim that it is scientific, even though standards of scientific discourse in large culture have changed periodically.*” MIROWSKY, 1984, p. 372.

197 FRIEDMAN, In:HAUSMAN, 1994, p. 214.

metodologia econômica, seja porque não derivavam de um método indutivo-experimental (Mill) ou porque não podiam ser submetidas a testes empíricos independentes (Hutchison), deixaram de ser um problema para a economia. De fato, Friedman defende que a conformidade das premissas à realidade é largamente irrelevante para a validade de uma teoria econômica, pois seu valor é apenas instrumental à produção de previsões acuradas. Aliás, na sua visão, se o atributo de realidade quer dizer o grau de detalhamento em que a premissa descreve suas representações, então quanto mais irrealistas as premissas de uma teoria, mais significativa ela será, já que é a capacidade de abstração e simplificação da realidade que permite ao homem compreendê-la e assim prever seu curso¹⁹⁸. Por outro lado, Friedman também rejeita a idéia de que as premissas devem, mesmo não sendo detalhistas, enunciar um comportamento humano que seja introspectivamente compreensível¹⁹⁹. Segundo ele, não é necessário que um empresário efetivamente determine seus preços de acordo com seu custo marginal, mas apenas que se comporte “como se” (*as if*) assim o fizesse.

O requisito de veracidade e realismo empírico das premissas teóricas deixa, portanto, de ser um ponto central para a economia. A partir de então, as teorias econômicas passam a ser avaliadas somente quanto a seu poder de previsão face aos fenômenos que pretende explicar. Ou seja, a veracidade das premissas é abandonada em favor da acuidade das suas previsões, que por si só legitima mesmo os pressupostos mais irrealistas. Na seguinte passagem, Friedman sintetiza essa que vem a ser a visão metodológica mais recorrente na economia a partir da segunda metade do século XX:

198 A esse respeito, afirma Friedman: “*Truly important and significant hypotheses will be found to have “assumptions” that are wildly inaccurate descriptive representations of reality, and, in general, the more significant the theory, the more unrealistic the assumptions (in this sense). The reason is simple. A hypothesis is important if it “explains” much by little, that is, if it abstracts the common and crucial elements from the mass of complex and detailed circumstances surrounding the phenomena to be explained and permits valid predictions on the basis of them alone.*” In: HAUSMAN, 1994, p. 218.

199 Esse é o único ponto, diz Machlup, em que ele discorda do “excelente artigo de Friedman”. Segundo ele: “*the fundamental assumptions of economic theory are not subject to a requirement of independent empirical verification, but instead to a requirement of understandability in the sense in which man can understand the actions of fellowmen.*” MACHLUP, 1955, p. 17.

[A] theory cannot be tested by comparing its ‘assumptions’ directly with ‘reality’. Indeed, there is no meaningful way in which this can be done. Complete ‘realism’ is clearly unattainable, and the question whether a theory is realistic ‘enough’ can be settled only by seeing whether it yields predictions that are good enough for the purpose in hand or that are better than predictions from alternative theories.²⁰⁰

De fato, Blaug comenta que não há como se falar hoje em um amplo consenso a respeito da metodologia a ser adotada pelos economistas. No entanto, ressalta ser possível sim distinguir uma tendência majoritária do pensamento econômico, que seria, em termos gerais, simpatizante ao falsificacionismo de Popper combinado com os preceitos metodológicos sustentados por Milton Friedman²⁰¹ e ²⁰².

E se o falsificacionismo impera como corrente metodológica, a economia neoclássica certamente prepondera enquanto teoria substantiva. Uma das razões pelas quais se pode explicar o prestígio da segunda, como se viu, tem a ver com sua proximidade à revolução marginalista e, portanto, a alguns dos cânones da física clássica. Mas também pelo ponto de vista metodológico, a preferência dos economistas pela teoria neoclássica faz sentido. Tire-se, como exemplo, o próprio Friedman, que aplicando seus postulados metodológicos às principais teorias econômicas desenvolvidas até então, concluiu que grande parte das hipóteses teóricas que fazem parte do programa de pesquisa neoclássico tem sido frequentemente testada e, surpreendentemente, vem resistido às várias tentativas de refutação. E, para ilustrar seu argumento, elenca como sobreviventes aos testes falsificacionistas o pressuposto de que os indivíduos e empresas agem com vistas à maximização de seus lucros,

200 FRIEDMAN, In: HAUSMAN, 1994, p. 237.

201 Disse Blaug: “*I claim that modern economists do in fact subscribe to the methodology of falsificationism: despite some differences of opinion, particularly about the testing of fundamental assumptions, mainstream economics refuse to take any economic theory seriously if it does not venture to make definite predictions about economic events, and they ultimately judge economic theories in terms of their success in making accurate predictions*”. Mais adiante: “*Friedman and Machlup do seem to have persuaded most of their colleagues that direct verification of the postulates or assumptions of economic theory is both unnecessary and misleading; economic theories should be judged in the final analysis by their implications for the phenomena that they are designed to explain*”. BLAUG, 1990, p. xiii e p. 127.

202 “*Popper himself gave twenty examples of the use of falsificationism in the history of science ‘chosen at random’ and elsewhere I have furnished numerous examples from economics. None of this implies that all economists are falsificationists but it does imply that many are and that even practice what they preach. As for those who do not, the argument so far recommends that they should try harder*”. BLAUG, 1994, p. 111.

ou o de que um mercado perfeitamente competitivo aloca os diversos bens de maneira mais eficiente²⁰³.

Machlup, diferentemente de Friedman, mostrou-se bastante cético quanto à possibilidade de se submeter teorias econômicas a verdadeiros testes empíricos, duvidando, assim, da potencialidade de falsificação de uma hipótese teórica em função de sua discrepância com a experiência²⁰⁴. Diante de tal conclusão, asseverou que o falsificacionismo não poderia ser o único critério determinante para se julgar a cientificidade de uma teoria, outros parâmetros, tais como a idéia de simplicidade, elegância teórica e generalidade também deveriam influenciar a análise de uma doutrina econômica²⁰⁵. A visão de Machlup, contudo, não o afastou de Friedman no que concerne à celebração do programa neoclássico como exemplo de economia científica. Isso porque a lista de características herdadas da revolução marginalista, enumerada anteriormente, demonstra a compatibilidade entre a teoria neoclássica e os parâmetros de simplicidade, elegância e generalidade estabelecidos por Machlup.

Blaug, todavia, condena veementemente essa solução dada ao problema da dificuldade de se falsificar teorias econômicas. Segundo ele, ao invés de priorizar artifícios de estilo, como fez Machlup, dever-se-ia exigir um maior rigor na confecção de teorias econômicas, de forma que se facilitasse a falsificação de suas previsões²⁰⁶. Mas ainda que descarte a idéia de que a teoria econômica neoclássica segue com rigor a esse comando, aplicando o critério falsificacionista para determinar qual das teorias econômicas melhor se acomoda ao conceito popperiano de ciência, Blaug conclui que, sem dúvida, a microeconomia

203 FRIEDMAN, In: HAUSMAN, 1994, p. 229-236.

204 Machlup aponta três diferentes justificativas pelas quais não se é possível proceder a testes empíricos no âmbito da economia. Em primeiro lugar, diz, por se tratar de uma ciência humana, não se pode realizar experimentos controlados; em segundo lugar, pode ser que boas premissas sejam rechaçadas por mau experimentos ou, que fracas teorias venham a ser confirmadas por sorte; e, em terceiro lugar, as teorias econômicas são em geral probabilísticas e, portanto, condicionais, o que impede a falsificação. MACHLUP, 1955, p. 18 e 19.

205 Friedman também reconheceu tais critérios como quesitos secundários para se escolher a melhor teoria econômica dentre as que ainda não foram falsificadas. In: HAUSMAN, 1994, p. 215

206 BLAUG, 1990, p. 115.

neoclássica, dentre todas aquelas que competem no chamado “mercado de idéias”, é que está em melhor posição²⁰⁷.

Como todo bom popperiano, Friedman, Machlup e Blaug não se contentam com a simples conclusão de que a teoria neoclássica é a que melhor se adapta ao falsificacionsimo. Todos dão um passo além para advogar que apenas o programa neoclássico merece ser desenvolvido e melhor estudado pela comunidade econômica²⁰⁸. Isso porque compartilham da visão de que a grande tarefa da metodologia econômica é demarcar o que é científico daquilo que não pode ser considerado como tal²⁰⁹. Nesse sentido, a investigação metodológica claramente se submete à categoria das disciplinas prescritivas, ou seja, que não apenas descreve o que é ciência, mas sim indica os requisitos necessários para que o conhecimento seja assim classificado.

No capítulo anterior, examinou-se como a metodologia jurídica buscou aproximar o direito de um empreendimento científico nos moldes desenvolvidos pelas ciências da natureza, especialmente pela física clássica. É certo que, se comparados à metodologia econômica aqui esboçada, os pontos de conexão entre metodologia jurídica e metodologia científica são muito mais fluidos e subliminares. Não se pode negar, contudo, que grande parte dos filósofos do direito, especialmente a partir do século XVII, reivindicou um caráter científico, já no sentido da ciência moderna, ao fenômeno jurídico. Pode até ser

207 Comenta Blaug: *“I have argued throughout this book that the central aim of economics is to predict and not merely to understand and I have implied that of all the contending economic doctrines of the past, it is only orthodox, timeless equilibrium theory – in short, the neoclassical SRP – that has shown itself to be willing to be judged in terms of its predictions.”* BLAUG, 1990, p. 262.

208 *“[R]adical economists do at least have the excuse of explicitly announcing their preference on methodological grounds for social and political relevance over empirical reliability as the acid test of ‘good’ theory. (...) Similarly, latter-day Austrians claim to derive their economic insights from a priori reasoning unaided by experience and hence repudiate empirical testing as a method for establishing the validity of their conclusions. Likewise, institutionalists purport to model economic behavior in terms of definite patterns and are satisfied to ‘understand’ the workings of an economy even if this implies little power to predict the actual course of economic events. (...) In short, radicals, modern Austrians, institutionalists, and Marxists all have good excuses for not paying much heed to the methodological imperatives of falsificationism”.* BLAUG, 1990, p. 259.

209 DAVIS, 2003, p. 573. Diz o autor: *“The high point for prescriptivist economic methodology was Popper’s falsification criterion, which was perhaps even more focused on demarcating good and bad science than the verification criterion had been, since it (at least in its simplest form) make entire theories answer to a single disconfirming test”.*

que as teorias de direito que emergiram a partir de então apenas superficialmente se adequassem ao conceito de ciência tal qual estipulado pela física clássica e pela filosofia epistemológica que lhe fez par, porém, a recorrente reivindicação de um *status* científico é suficiente para demonstrar a importância que os cânones da ciência representavam para o direito.

Nas últimas décadas, no entanto, como se discutiu no capítulo anterior, a conexão entre direito e ciência vem sendo amplamente contestada, seja pelos adeptos do *Critical Legal Studies*, pela teoria feminista do direito, por Boaventura de Souza Santos, ou outras escolas jurídicas, filosóficas ou sociológicas. Diante da descrição da intensa influência que a metodologia científica imprimiu sobre a metodologia econômica, no entanto, há que se desconfiar que o movimento da Análise Econômica do Direito aponta para uma direção distinta. É bastante possível que a economia tenha aparecido para o direito como uma bem-vinda alternativa capaz de resguardar os pressupostos de cientificidade, certeza e segurança do que parecia um inevitável naufrágio.

3.2 A Análise Econômica do Direito enquanto ciência

The most ambitious and probably the most influential effort in recent years to elaborate an overarching concept of justice that will both explain judicial decision making and place it on an objective basis is that of scholars working in the interdisciplinary field of “law and economics”, as economic analysis of law is usually called.
(Richard Posner)

Para se demonstrar que, de fato, a Análise Econômica do Direito representa uma aproximação e não um distanciamento do padrão científico, será necessário vislumbrar qual tipo de economia abraçaram os seus teóricos. O problema, é que identificar qual a teoria econômica que melhor reflete o núcleo central da *Law and Economics* não é uma tarefa automática. A maioria dos pesquisadores que se debruçam atualmente sobre o tema prefere

não entrar nesse debate, contentando-se em apresentar a Análise Econômica do Direito como uma escola eclética, que comportaria diversas tradições. Os professores Mercurio e Medema, por exemplo, listam como subdivisões teóricas da *Law and Economics*, a Escola de Chicago, a teoria da *Public Choice*, a Escola Institucionalista e Neo-institucionalista, a Escola de New Haven, o Moderno Republicanismo e, até mesmo, a Escola do Critical Legal Studies²¹⁰. Diante dessa pluralidade de perspectivas parece incontestável a seguinte observação de Duxbury:

Today, law and economics is a subject over which controversy and confusion reign. Defining the subject is like trying to eat spaghetti with a spoon. Law and economics can be positive, normative, neo-classical, institutional, Austrian – quite simply, the subject is weighed down by a multitude of competing methodologies and perspectives which are not easily distinguishable.²¹¹

No entanto, muito embora apresentem esse amplo número de subdivisões para a Escola da Análise Econômica do Direito, a maior parte dos autores não hesita em identificar a Universidade de Chicago como a legítima precursora do movimento e a economia microeconômica neoclássica, conjuntamente com sua vertente welfarista, como a teoria econômica que verdadeiramente permeia suas conclusões.

De fato, se a metodologia econômica define o que pode ser considerado como ciência e o que não pode, se o critério de separação que ela utiliza é o falsificacionismo, e se a microeconomia neoclássica é a única teoria econômica que se submete a tal preceito, não é de se espantar que a Análise Econômica do Direito tenha firmado suas bases exatamente em seus pressupostos e teorias.

A Universidade de Chicago como berço da Análise Econômica do Direito

Quase contradizendo sua tese inicial, de que a Análise Econômica do Direito

²¹⁰ MERCURIO & MEDEMA, 1999. Na mesma linha: ULEN, 1988; ROSE-ACKERMAN, 1988; BACKHAUS, 2005; e, DE GEEST, 2000.

²¹¹ DUXBURY, 2001, p. 314.

possui variadas vertentes, os autores Mercurio e Medema fazem a seguinte observação: “*Chicago law and economics is, by and large, the economic analysis of law*”.²¹² Não se pode culpá-los por isso, entretanto, já que é realmente impossível desconsiderar o fato de que é na Universidade de Chicago que o movimento da Análise Econômica do Direito não só começa a se desenvolver, mas também ganha a força necessária para se firmar como um verdadeiro novo ramo de pesquisa.

Herbert Hovenkamp buscou creditar o nascimento do *Law & Economics* a outros contextos que não a Universidade de Chicago, mais especificamente aos avanços da economia institucionalista americana ou do realismo jurídico. No entanto, ele mesmo reconhece que o movimento da Análise Econômica do Direito que ganhou notoriedade nas últimas décadas em nada se assemelha a tais origens. Nesse sentido, assinala, por exemplo, que tanto o institucionalismo econômico quanto o realismo jurídico procuraram, no início do século XX, encontrar alternativas ao formalismo da economia neoclássica ou do positivismo jurídico; sendo que a moderna *Law & Economics*, ao contrário, sustenta-se exatamente sobre tais cânones²¹³. Em uma conferência realizada no Departamento de Economia da Universidade da Califórnia, os mais influentes autores que contribuíram para o desenvolvimento da Análise Econômica do Direito²¹⁴ também pontuaram que o institucionalismo certamente não representou uma verdadeira, ou pelo menos intencional influência em suas teorias²¹⁵.

212 MERCURO & MEDEMA, 1999, p. 173.

213 Nesse sentido, afirmou: “*The ideology of the first great law & economics movement, however, differed greatly from that of the second. The first great law & economics movement grew out of a reaction against emergent neoclassicism and a search for alternatives. The law & economics movement of the 1970s and 1980s, on the other hand, is influenced heavily by a revitalized neoclassicism with a strong pro-market, generally antistatist bias. Equally important, when the first great law & economics movement was in its heyday, positivistic methodology as we know it today had not yet arrived.*” HOVENKAMP, 1990 [a], p. 994.

214 Dentre eles Ronald Coase, Milton Friedman, George Stigler, Robert Bork, Richard Posner, Aaron Director, Henry Manne e Gary Becker.

215 Vide, por exemplo, o seguinte comentário de Stigler na ocasião: “*I would say the institutional school failed in America for a very simple reason. It had nothing in it except a stance of hostility to the standard theoretical tradition. There was no positive agenda or research, no set of problems or new methods they wanted to invoke. If you go to an older man like Veblen in the 1890s or 1905, or if you go to Allen Gruchy in*

Limitando-se então o objeto de análise aos acontecimentos ocorridos no âmbito da Escola de Chicago, a história do desenvolvimento da Análise Econômica do Direito é usualmente contada sob a perspectiva de uma sensível separação entre um primeiro período de pesquisas, compreendido entre 1940 e 1950, e a fase instaurada a partir de 1960, que veio hoje a refletir o núcleo central de trabalho da Escola da *Law and Economics*. Ressalta-se que a “velha” Escola centrava seus estudos em campos do direito eminentemente ligados à economia, tais como o Direito Antitruste, o Direito Comercial, o Direito da Regulação e o Direito Tributário, mas que em 1960, uma “nova” Escola rompe com essa tradição, ao utilizar a análise econômica para explicar e criticar regras legais que não tão obviamente comportavam uma dimensão econômica, como, por exemplo, as regras contratuais, as regras de responsabilidade civil, e, até mesmo, as regras de Direito Penal e Processual.²¹⁶ Essa separação entre a “velha” e a “nova” Escola, entretanto, não deve ser entendida como uma ruptura, mas sim como um desencadeamento lógico da primeira em direção à segunda, como se demonstrará.

Aaron Director é tido como o primeiro relevante personagem a fazer a ligação interdisciplinar entre Direito e Economia na Universidade de Chicago. Seu prestígio como professor do Departamento de Economia contribuiu para que suas idéias também fossem respeitadas na Faculdade de Direito, onde ele lecionava a disciplina *Economic Analysis and Public Policy*. Na década de cinquenta, Director tornou possível a implantação do primeiro programa especificamente voltado à análise econômica do direito nos Estados Unidos (com letras minúsculas porque não se pode ainda identificar tal empreendimento com a Escola da Análise Econômica do Direito que se conhece hoje), e, em 1958, Director fundou

the '40s or '50s, they are all saying, 'Look at these theorists, they are abstracting from the deep complexity of the social fabric and of the intricacies of a complex human nature', and so forth. But they are never saying, 'What shall we do next?' So I would say that the school died as completely as any school can die in the sense that it has no viable influence on even the successful schools and no current and important successors. KITCH, 2005, p. 59.

216 DUXBURY, 2001, p. 340.

o *Journal of Law and Economics*, tendo como objetivo central divulgar sua concepção de que a regulação econômica é uma função própria do mercado e não do Estado²¹⁷.

Ao final da década de cinquenta, uma nova linha de pesquisa começa a se estruturar no Departamento de Economia da Universidade de Chicago. Armen Alchian e Harold Demsetz, influenciados pela vertente não-intervencionista propagada por Aaron Director, voltaram sua atenção ao estudo de como uma configuração de mercado poderia alocar os direitos de propriedade de forma a recompensar o trabalho dos membros de um grupo dada a dificuldade de se obter informações adequadas sobre o nível de produtividade de cada um. Os autores concluem que uma primeira tendência seria recompensar cada membro segundo a produtividade média do grupo, mas ressaltam o problema desse cálculo no sentido de que ele estimularia uma redução da produtividade do grupo como um todo, já que os membros mais produtivos reduziriam sua atividade de forma a equilibrar seu esforço com o que lhe é pago. Concluem, então que o problema de alocação desses direitos de propriedade sobre o salário só poderia ser resolvido pelo mercado com a estruturação de uma empresa ou uma firma.²¹⁸

Assim é inaugurado o caminho para que, finalmente, a “nova” Escola da Análise Econômica do Direito aparecesse em Chicago. A discussão em torno dos direitos de propriedade e de organização industrial abrem espaço para as conclusões de Ronald Coase sobre o problema dos custos de transação, apresentados pela primeira vez em 1937 em seu trabalho intitulado *The Nature of the Firm*. Nele Coase argumenta que a principal razão para o estabelecimento de uma empresa é o fato de que ela proporciona meios eficientes para organizar a produção ao permitir a celebração de contratos de longa-duração, principalmente no mercado de trabalho, reduzindo assim os grandes custos provenientes de uma freqüente

217 DUXBURY, 2001, p. 343.

218 ULEN, 1988, p. 218.

negociação²¹⁹.

É lógico, no entanto, que a principal contribuição do referido trabalho para o desenvolvimento da Escola da Análise Econômica do Direito (agora sim com letras maiúsculas) não está especificamente na definição do conceito de empresa ou na delimitação das razões pelas quais essa estrutura aparece no mercado, mas sim na concepção e refinamento da idéia de custos de transação.

Não é à toa que o novo trabalho de Coase, *The Problem of Social Cost*, publicado em 1961 pelo *Journal of Law and Economics*, é unanimemente reconhecido como o mais importante artigo redigido até hoje sobre o tema da Análise Econômica do Direito. Nele, Coase, que em 1964 passa a dar aulas de Economia na Faculdade de Direito da Universidade de Chicago, demonstra que o problema central do mercado reside na existência de custos de transação e não na presença de externalidades, como antes defendia a Economia do Bem-Estar desenvolvida por Pigou. Em linhas gerais, Coase defendeu que o impasse existente entre uma fábrica poluidora e um condomínio vizinho incomodado pela poluição não deve ser analisado sob a perspectiva de que a primeira necessariamente gera externalidades negativas sobre o segundo; pois se os custos envolvidos com a mudança geográfica do condomínio forem inferiores aos custos de se reduzir a poluição, então as externalidades negativas claramente mudam de endereço. A pergunta central deixa de ser, então, a de como restringir as atividades do poluidor por meio da imposição de direitos e deveres, como fazia Pigou, para concentrar-se no problema de maximização do benefício

219 COASE, 1937. O argumento do autor pode ser apreendido a partir da seguinte observação: “*The main reason why it is profitable to establish a firm would seem to be that there is a cost of using the price mechanism. The most obvious cost of ‘organizing’ production through the price mechanism is that of discovering what the relevant prices are. This cost may be reduced but it will not be eliminated by the emergence of specialists who will sell this information. The costs of negotiating and concluding a separate contract for each exchange transaction which takes place on a market must also be taken into account. Again, in certain markets, e.g., produce exchanges, a technique is devised for minimizing these contract costs but they are not eliminated. It is true that contracts are not eliminated when there is a firm but they are greatly reduced. A factor of production (or the owner thereof) does not have to make a series of contracts with the factors with whom he is co-operating within the firm, as would be necessary, of course, if this co-operation were as a direct result of the working of the price mechanism. For this series of contracts is substituted one*”. p. 390 e 391.

geral²²⁰.

Partindo dessa observação, Coase conclui pela irrelevância do conceito de externalidades e assim cristaliza seu teorema fundamental de que na ausência de custos de transação, a atribuição dos direitos de propriedade em nada altera a alocação final dos bens entre as partes. No caso do parágrafo anterior, por exemplo, Coase demonstra que por mais que se fixasse legalmente o direito de o condomínio exigir medidas ambientalistas da fábrica, se os custos de remoção do condomínio forem inferiores aos custos de tais medidas, a fábrica irá pagar aos condôminos para que se mudem, ao invés de reduzir seus níveis de poluição.²²¹ O conceito de externalidade, portanto, não era capaz de determinar se uma intervenção governamental, ou judicial, em certo caso era desejável, e nem mesmo conseguia dizer em que direção tal ingerência deveria se dar²²².

Tais conclusões implicaram em uma completa desconfiança dos juristas face aos conceitos centrais de causalidade e de justiça trabalhados pelo Direito. Ora, se não é a fábrica poluidora, mas sim os condôminos incomodados que geram um custo maior para a sociedade, a idéia de que a justiça está em obrigar a fábrica a compensar seus vizinhos pelos danos advindos da poluição já não pode mais ser defendida com tanta segurança. Assim, abriu-se caminho, portanto, para que as diversas premissas e conceitos legais, mesmo aqueles não tipicamente ligados a questões de mercado, passassem a ser questionados pelo ponto de vista da economia²²³.

220 Logo na segunda página de seu artigo, Coase derruba a visão teórica tradicional de Pigou a respeito das externalidades. Diz ele: *“The traditional approach has tended to obscure the nature of the choice that has to be made. The question is commonly thought of as one in which A inflicts harm on B and what has to be decided is: how should we restrain A? But this is wrong. We are dealing with a problem of a reciprocal nature. To avoid the harm to B would inflict harm on A. The real question that has to be decided is: should A be allowed to harm B or should B be allowed to harm A? The problem is to avoid the more serious harm.”* COASE, 1960, p. 2.

221 COASE, 1960, p. 17 e 18.

222 COASE, 2005, p. 214.

223 DUXBURY, 2001, p. 389. O autor pontua o seguinte sobre a contribuição de Coase ao surgimento da Análise Econômica do Direito: *“In identifying a relationship between transaction costs and dispute resolution, Coase demonstrates compelling reasons for engaging in the economic analysis of common law rules. For not only does he implicitly cast doubt on the common law concept of causality, but he shows also*

Essa tarefa, de analisar economicamente uma extensa área do Direito, foi então assumida por vários estudiosos de Chicago. Gary Becker, por exemplo, é um dos renomados economistas que se propôs a utilizar a teoria neoclássica de preços para explicar questões jurídicas tais como de discriminação racial, organização familiar e prevenção de crimes²²⁴. Richard Posner, por sua vez, além de contribuir para alargar a aplicação da análise econômica neoclássica aos mais diferentes ramos jurídicos²²⁵, ocupou-se, especificamente, em disseminar a Análise Econômica entre os estudantes do Direito da Escola de Chicago. Aliás, freqüentemente se lhe credita a autoridade e extensão que o movimento do *Law and Economics* alcançou²²⁶.

Para conseguir disseminar a Análise Econômica do Direito em meio jurídico, Posner teve que abordar explicitamente o assunto inevitável sobre qual o motivo e quais as vantagens de se avançar nesse tipo de análise. Posner defendeu, então, que a principal, senão única, função do jurista deveria ser a de garantir que a alocação de direitos entre as partes se desse sempre de maneira eficiente²²⁷ e ²²⁸, e, partindo daí, concluiu que apenas o estudo

that the utility of common law rules for the purpose of remedying disputes regarding rights and entitlements – even where those disputes appear to be of a non-market type – will in effect be eradicated if transaction costs are not so high as to deter disputing parties from negotiating for themselves an efficient allocation of resources. From the perspective of the lawyer-economist, ‘The Problem of Social Cost’ illustrates par excellence how economic analysis may force lawyers to question and revise certain of the assumptions and concepts on which they have been happy to rely. The Coase theorem embodies the revolution in legal-economic thinking with which modern American lawyers have been forced to contend.”

224 MERCURO & MEDEMA, 1999, p. 55.

225 POSNER, 1992, p. xix. Na introdução do livro *Economic Analysis of Law*, publicado pela primeira vez em 1973, Posner chama atenção para o fato de que ele cobre quase todo o sistema legal, não só os já familiares exemplos nas áreas criminal e de responsabilidade civil, mas também nas questões sobre uso de drogas, violência sexual, resgates marítimos, e opções religiosas.

226 Nesse sentido, por exemplo, Ron Harris: “*It was Richard Posner who, in fact, set and shaped the boundaries of the Chicago School of Law and Economics, limiting them to the economic analysis of law and economics. (...) A discussion of the reasons for this is beyond the scope of this article. But I believe it is related to Posner's personal interest and eminent position in the field.*” HARRIS, 2003, p. 664. Também Charles Rowley, que afirmou: “*Unequivocally, Richard Posner has remained the most important scholar in law and economics since his textbook 'Economic Analysis of Law' was first published in 1973. More than any other single scholar he has been responsible for the shape that post-coasian law and economics has taken, both in normative and in its positive dimensions*”. ROWLEY, 2005, p. 21.

227 DUXBURY, 2001, p. 390. Diz o autor a respeito: “*In the first edition of his Economic Analysis of Law, Richard Posner argued that, where legal intervention is necessary because an efficient outcome cannot be obtained through negotiation between parties, the relevant entitlements ought to be assigned so as to produce the result which would have prevailed in an efficient market: that is, legal rights ought to be conferred on the highest bidders*”.

interdisciplinar de Economia e Direito capacitaria os juristas para o exercício dessa atividade.

Daí o surgimento da básica, mas importante questão sobre qual seria exatamente o sentido de eficiência. A definição desse conceito passa a ocupar o centro das discussões de juristas e economistas dedicados ao estudo da Análise Econômica do Direito, sendo que as conclusões alcançadas por ambos apontam, em sua maioria, para uma conceituação neoclássica de eficiência econômica. É exatamente por essa razão que Mercurio e Medema assinalam como traço marcante do surgimento do *Law and Economics* a substituição do conceito de justiça pelo conceito neoclássico de eficiência:

Against the idea that law can be understood only through the use of traditional legal doctrinal concepts base on justice and fairness, economics counters that such understanding can be augmented (supplanted?) by economic concepts, including the criteria of economic efficiency. As such, the Economics in Law and Economics is a body of literature comprised primarily of the concepts within neoclassical microeconomics and welfare economics.²²⁹

A microeconomia neoclássica como base da Análise Econômica do Direito

Para melhor entender o conceito de eficiência econômica absorvido pelo *Law and Economics*, entretanto, é preciso antes conhecer quais outros postulados neoclássicos também foram adotados pelo movimento. Ejan Mackaay, por exemplo, enumera como proposições básicas da Análise Econômica do Direito as premissas do individualismo metodológico e das escolhas racionais.²³⁰ Mercurio e Medema, por sua vez, desdobrando essa última idéia, concluem que os pesquisadores do *Law and Economics* tomam como fundamento de suas análises a idéia de que os indivíduos agem sempre de forma a maximizar sua satisfação respondendo racionalmente, portanto, a incentivos e desincentivos externos.²³¹

228 POSNER, 1990, p. 84. Posner explica que o conceito de eficiência é, talvez, o mais comum sentido de justiça que se pode encontrar. “*A moral system founded on economic principles is congruent with, and can give structure to, our everyday moral intuitions*”.

229 MERCURO & MEDEMA, 1999, p. 13. Mais adiante os autores defendem a influência, ainda que em muito menores proporções, de outras teorias econômicas sobre o movimento da Análise Econômica do Direito.

230 MACKAAY, 1999, p. 408.

231 MERCURO & MEDEMA, 1999, p. 57.

A primeira premissa de Mackaay, sobre o individualismo metodológico, refere-se ao postulado de que todas as análises referentes a arranjos sociais devem, em último grau, estarem edificadas sobre a apreciação da conduta dos indivíduos. Ou seja, todos os fenômenos coletivos devem ser explicados apenas como o resultado agregado de escolhas individuais. Para a Análise Econômica do Direito, portanto, os efeitos de determinada norma sobre o bem-estar coletivo podem e devem ser apreciados sob a perspectiva da soma das respostas individuais a tais normas. Sendo que a própria escolha das normas aplicáveis a cada caso reflete decisões puramente individuais, e não planos coletivos, uma vontade geral do povo ou leis da história²³².

O caráter microeconômico e neoclássico do individualismo metodológico é discutido por diversos autores. Andy Denis, por exemplo, discute especificamente as razões pelas quais tal premissa é tida como fundamental para a teoria econômica neoclássica.²³³ Blaug também ressalta o fato de que o individualismo metodológico é uma das principais características da economia neoclássica.²³⁴ E, na mesma esteira, Kjosavik afirma:

Methodological individualism is the dominant approach among neoclassical economics in recent times. (...) Individual preferences or purposes are considered as the bedrock, and the economic edifice has to be built upwards from these allegedly firm foundations.²³⁵

Quanto às escolhas racionais, diz-se que os indivíduos tomam suas decisões de forma a racionalmente maximizar a diferença entre os benefícios e os custos advindos de

232 Uma clara utilização desse postulado metodológico pela Análise Econômica do Direito pode ser verificada no trabalho de Buchanan sobre regras constitucionais, cuja introdução confirma exatamente essa idéia: “*Constitutional political economy is a research program that directs inquiry to the working properties of rules, and institutions within which individuals interact, and the processes through which these rules and institutions are chosen or come into being. The emphasis on the choice of constraints distinguishes this research program from conventional economics, while the emphasis on cooperative rather than conflictual interaction distinguishes the program from much of conventional political science. Methodological individualism and rational choice may be identified as elements in the hard core of the research program.*” BUCHANAN, 1990, p.1.

233 DENIS, 2006, p. 1-15.

234 BLAUG, 1994, p. 229. Assim diz o autor: “*I have left to the last what some regard as the most characteristic feature of neoclassical economics, namely, its insistence on methodological individualism: the attempt to derive all economic behavior from the action of individuals seeking to maximize their utility.*”

235 KJOSAVIK, 2003, 216 e 217.

suas condutas. O indivíduo sopesa, portanto, como determinada conduta sua poderá refletir em seu bem-estar, adequando então suas decisões para assim atingir o máximo de satisfação possível.

Voltando-se puramente às questões de mercado, a idéia de que os indivíduos são maximizadores racionais implica que os agentes respondem a estímulos de preço de forma que, em geral, reduzam o consumo de determinado produto à medida que seus preços sobem. Já no contexto da Análise Econômica do Direito, faz-se um paralelo entre preços e normas jurídicas no sentido de que essas, assim como aqueles, atuam como estímulos à atividade dos indivíduos^{236 e 237}. Gary Becker, em seus estudos, buscou demonstrar exatamente essa relação entre normas e condutas, aplicando, para tanto, as conclusões da Economia sobre preços e escolhas racionais.²³⁸ Mercurio e Medema explicam a utilização da premissa de escolhas racionais pela Análise Econômica do Direito da seguinte maneira:

The adjustment – through public/legal policy – of the level of illegal activity, be it tortious acts, breach of contract, or criminal behavior, thus becomes a matter of adjusting the prices reflected in the legal rules. To reduce the amount of such activities, one simply raises their prices through the imposition of higher fines or greater jail time by the amount sufficient to induce the desired degree of behavioral change.²³⁹

O postulado de racionalidade das escolhas individuais, assim como o do individualismo metodológico, é considerado um traço básico do pensamento econômico neoclássico. De acordo com Blaug, o sentido econômico de racionalidade é uma invenção relativamente recente, concebida por volta da década de trinta, mas derivada da conhecida

236 POSNER, 1993, p. 75. Nas palavras do autor: “*The basic function of law in an economic or wealth maximizing perspective is to alter incentives*”.

237 COOTER, 1998, p. 2. “*The imperative theory of law defines a law as an obligation backed by a sanction. Economic analysis has enjoyed great success by analyzing a legal sanction as if it were a market price. Viewed as a price, the actor sees a sanction as an external constraint.*”

238 BECKER, 1991, p. 15. Conclui o autor, por exemplo: “*If the price of criminal activities goes up, due to for example a stricter criminal law, demand will go down, and similarly the demand for marriages will go down if the price rises.*”

239 MERCURO & MEDEMA, 1999, p. 58.

revolução marginalista de 1870, que foi abordada mais detalhadamente no tópico anterior²⁴⁰. Segundo ele observa, ademais, para a economia neoclássica o princípio de racionalidade maximizadora chega a ser até mesmo mais relevante do que a própria análise marginalista em si.

Explica Blaug que o princípio das escolhas racionais tem a ver, fundamentalmente, com a obtenção de um equilíbrio marginal nos valores dos bens. Isso acontece no momento em que um agente econômico, ao decidir onde e como alocar cada bem que lhe pertence, se preocupa em dividí-los de maneira tal que maximize o valor de cada um, ou seja, de forma que não se consiga remanejá-lo para uma outra atividade qualquer sem que se perca exatamente o mesmo que se almeja ganhar com essa substituição^{241 e 242}.

Voltando à discussão sobre o conceito de eficiência, é evidente que também seu significado para a Análise Econômica do Direito não poderia prescindir de contornos neoclássicos. De fato, o conceito neoclássico de eficiência surge como decorrência lógica dos postulados do individualismo metodológico e da racionalidade maximizadora; o que quer dizer que se a Análise Econômica do Direito, como já demonstrado, absorveu estes postulados, necessariamente adotou também o conceito de eficiência delineado pela teoria econômica neoclássica. Para comprovar essa decorrência lógica, basta vislumbrar a definição de Herbert Simon de que “*in its broadest sense, to be efficient simply means to take the*

240 BLAUG, 1994, p. 228.

241 Nas palavras de Blaug: “[T]he principle at issue is that of equalizing marginal values: in dividing a fixed quantity of anything among a number of competing issues, ‘efficient’ allocation implies that each unit of the dividend is apportioned in such a way that the gain of transferring it to one use will just equal the loss involved in withdrawing it from another. (...)The whole of neo-classical economics is nothing more than the spelling out of this principle in ever wider contexts, coupled with the demonstration that perfect competition does under certain conditions produce equimarginal allocations of expenditure and resources.” BLAUG, 2003, p. 280.

242 Não é à toa, portanto, que para definir o que vem a ser uma escolha racional, Mercurio e Medema utilizam um vocabulário evidentemente marginalista, pontuando que: “*The assumption of rational maximization leads to a straightforward result as to the process of decision making: Individuals will engage in additional units of an activity (be it the consumption of goods, production, the supply of labor, and so on) as long as the additional benefit derived from another unit of that activity is greater than or equal to the additional cost, that is, as long as marginal benefit is greater than or equal to marginal cost*”. MERCURIO & MEDEMA, 1999, p. 57.

shortest path, the cheapest means, toward the attainment of the desired goals”²⁴³.

O significado de eficiência mais difundido dentre a microeconomia neoclássica é certamente aquele derivado das conclusões de Pareto. Isso porque sua teoria, para discutir a relação existente entre trocas econômicas e maximização de utilidades ou de bem-estar, procurou basear-se em curvas de indiferença e análises marginais, ao invés de utilizar comparações interpessoais de satisfação, o que desde Jevons já era contestado por depender de uma mensuração quantitativa, e não puramente qualitativa, das preferências de cada indivíduo, algo impossível de se empreender empiricamente ou mesmo logicamente.²⁴⁴

Na concepção de Pareto, eficiência é estaticamente definida como sendo um ponto de equilíbrio no qual não é possível melhorar a situação de um agente sem piorar a situação de, pelo menos, um outro agente econômico. Como desdobramento dessa definição conclui-se que uma configuração eficiente implica também em um ótimo social, na medida em que, como cada bem está nas mãos daquele que mais o valoriza - vez que nenhuma troca mais se dá de maneira voluntária -, a soma das utilidades individuais nesse ponto - se pudesse ser feita - seria a maior possível.²⁴⁵

Duxbury ressalta que a utilização da eficiência de Pareto pelo *Law and Economics* apareceu quase que imediatamente após a publicação, em 1968, do artigo *The Problem of Social Cost* de Ronald Coase. Muitos pesquisadores enxergaram nas conclusões de Coase sobre problemas alocativos a idéia de que uma distribuição eficiente dos bens e direitos, na ausência de custos de transação, necessariamente leva a um ótimo de Pareto, já que nenhuma das partes poderá melhorar sua situação sem piorar a situação da outra parte.²⁴⁶

243 SCHIPPER, 1998.

244 BLAUG, 2003, p. 571. Explica o autor: “Pareto broke away decisively from traditional practice, not only by rejecting cardinal utility and additive utility functions, adopting a new term ‘ophelimity’ to emphasize the ordinality of general utility functions, but by restricting himself ruthlessly to welfare conclusions that do not depend on any interpersonal comparisons whatsoever. The restricted meaning of a Pareto optimum can be seen clearly by examining the marginal conditions of exchange in a perfectly competitive market”.

245 COOTER, 1996, p. 41.

246 DUXBURY, 2001, p. 390.

Ocorre que, principalmente para o campo do direito, o conceito de eficiência, tal qual exposto por Pareto, ao evitar apreciar e julgar mudanças no bem-estar social quando há simultaneamente ganhos e perdas individuais, em nada contribuía para a resolução prática de problemas alocativos. De fato, a impossibilidade lógica e empírica reconhecida pelo teorema paretiano de se comparar a utilidade entre indivíduos tornava impossível aos primeiros adeptos da Análise Econômica do Direito, por exemplo, sustentar a conveniência de uma decisão de distribuição de renda, avaliar qual a melhor solução judicial em termos de maximização de bem-estar, apreciar os efeitos de uma regra, etc. Nessas ocasiões, o critério paretiano de eficiência parecia ser inútil²⁴⁷. No máximo, o critério de Pareto permitia qualificar como uma decisão alocativa ótima aquela que maximizasse o bem-estar de um indivíduo sem afetar o bem-estar dos demais envolvidos. Isso ocorreria, por exemplo, caso se fosse distribuir entre duas pessoas um bem que indubitavelmente não pertencesse a nenhuma delas, qualquer uma que recebesse o bem estaria experimentando um acréscimo de bem-estar sem que a outra experimentasse uma redução de utilidade²⁴⁸. Mesmo nesse caso, portanto, o critério paretiano não se mostrava de muita ajuda.

Uma outra inconveniência do ótimo de Pareto à análise jurídica foi

247 A inutilidade do conceito de eficiência enunciado pelo postulado de Pareto e pelo Movimento da Análise Econômica do Direito para a avaliação e orientação das decisões judiciais foi um dos pontos levantados por Dworkin, que ilustrou o problema da seguinte forma: “*The familiar economist's concept of Pareto efficiency (or Pareto optimality) is a very different matter. A distribution of resources is Pareto efficient if no change in that distribution can be made that leaves no one worse off and at least one person better off. It has often been pointed out that almost any widespread distribution of resources meets that test. Even willing trades that improve the position of both parties may adversely affect some third party by, for example, changing prices. It would be absurd to say that judges should make no decision save those that move society from a Pareto inefficient to a Pareto-efficient state. That constraint is too strong, because there are few Pareto-inefficient states; but it is also too weak because, if a Pareto-inefficient situation does exist, any number of different changes would reach a Pareto-efficient situation and the constraint would not choose among these. Suppose no court has decided, for example, whether a candy manufacturer is liable to a doctor if the manufacturer's machine makes it more difficult to practice medicine in an adjacent building? The doctor does not have a recognized legal right to damages or an injunction, but neither does the manufacturer have a recognized right to run his machine without paying such damages. The doctor sues the candymaker, and the court must decide which of these two rights to recognize. Neither decision will be Pareto superior to the situation before the decision, for either decision will improve the position of one party at the expense of the other. Both decisions will reach a Pareto-efficient result, for no further change in the legal position would benefit one without hurting the other. So the requirement, that the court should decide in favor of a Pareto-superior rule, if one is available, would be useless in such a case.*” DWORKIN, 1980, p. 193.

248 PARISI, 2005, p. 42.

especialmente abordada por Guido Calabresi. Ele percebeu que tal critério autorizava qualificar como ótima qualquer realidade, por mais desigual ou nefasta que ela pudesse ser, desde que nenhuma alteração alocativa pudesse ser feita sem que o bem-estar de um indivíduo fosse diminuído em benefício do bem-estar de outro. Ou seja, o critério de Pareto favorecia o *status quo* e era incapaz de auxiliar no julgamento de dois diferentes pontos de partida²⁴⁹.

Mais preocupado com a primeira das desvantagens elencadas a respeito do ótimo de Pareto, Posner passa a advogar a utilização do critério Kaldor-Hicks, ou eficiência potencial de Pareto, como guia para as decisões judiciais. Por esse critério, o importante é que na alocação de bens os ganhadores possam compensar os perdedores, ainda que efetivamente não venham a fazê-lo. A eficiência potencial de Pareto aparece como uma instrumentalização do conceito original do ótimo de Pareto, tornando possível sua utilização para a realização de políticas públicas e também para guiar decisões jurídicas²⁵⁰.

O critério Kaldor-Hicks, da forma como interpretado por Posner e por outros adeptos da *Law & Economics*, era medido de acordo com padrões de maximização de riqueza, e não de maximização de utilidade, tal qual o critério original do ótimo de Pareto²⁵¹. A idéia de maximização de riqueza parte do pressuposto de que a utilidade marginal do dinheiro é constante e, além do mais, igual para todos os indivíduos²⁵². Assim, torna-se

249 Nas palavras de Calabresi: “*The existence of ex ante objectors itself must mean that there are some people who – rightly or wrongly – believe that they will lose something from a change. Putting it another way: if Pareto optimality means a place where no improvement can be made without ex ante creating the possibility that there will be some losers, then we are always there. And if the strict Pareto test is the appropriate definition of efficiency, then what 'is' is efficient, though it may be only one of many such arrangements.*” CALABRESI, 2005, p. 171.

250 POSNER, 1993, p. 389 e COOTER, 1996, p. 41.

251 Muito embora não seja cabível aprofundar o tema nesta dissertação, é válido ressaltar que, de acordo com Parisi, uma das maiores desvantagens da substituição do critério de utilidade pelo critério de maximização de riqueza está na dificuldade de se defender este último sob um ponto de vista moral. Conforme afirmou o autor, os adeptos do padrão de Kaldor-Hicks procuraram, inócuamente, justificar o critério de maximização de riqueza por meio de um apelo à intuição. Segundo Parisi, “[t]his intuitive foundation was first emphasized by Posner, who argued that wealth maximization can be regarded as a superior ethical principle because it is more consistent with ethical institutions, provides for a more sound theory of justice and yields more definite results than the alternative economic views on justice [Pareto]. By promoting the efficient use of resources, wealth maximization encourages traditional capacities, such as intelligence, and traditional views such as honesty”. PARISI, 2005, p. 46.

252 HOVENKAMP, 1990[b], p. 834.

possível quantificar quanto um indivíduo está perdendo e quanto o outro está ganhando em determinada circunstância, para então se avaliar se o critério de maximização de riqueza está sendo repetido. Apenas se a segunda for superior a primeira é que a solução atingida no caso será considerada eficiente e, portanto, ótima.

O salto existente entre o postulado de Pareto e o critério de Kaldor-Hicks levado a cabo pelos juristas partidários da Análise Econômica do Direito de maneira alguma significou, no entanto, um afastamento completo da teoria microeconômica, já que não se sustentou a necessidade de compensação dos perdedores. De fato, como observado por Blaug, desde que não se requisesse essa compensação real dos indivíduos preteridos, os princípios neoclássicos do individualismo metodológico, das escolhas racionais e, especialmente o da impossibilidade lógica e empírica de comparação das utilidades interpessoais continuariam sendo respeitados²⁵³.

Por fim, além dos princípios da eficiência, do individualismo metodológico e das escolhas racionais, uma outra importante convergência entre a Análise Econômica do Direito e a microeconomia neoclássica também se revela na surpreendente utilização de modelos matemáticos para expor problemas e soluções jurídicas. Percebe-se que os autores comprometidos com o movimento da *Law & Economics*, dentre eles principalmente o professor Steven Shavell da Universidade de Direito de Harvard²⁵⁴, em muitas ocasiões tendem a substituir o código exclusivamente lingüístico do direito por fórmulas matemáticas e gráficos²⁵⁵. Ou seja, buscaram expressar-se da mesma forma com que fizeram os economistas

253 Nas palavras de Blaug: “*there is a world of difference between a potential compensation and an actual compensation payment: a potential compensation claims that there is extra income available for distribution – there is such a thing as a free lunch – whereas an actual compensation has in fact selected a particular redistribution of extra income that is most preferred, at which point an interpersonal comparison of utility creeps back into the argument.*” BLAUG, 2003, p. 574.

254 De fato, observou Rowley: “*there is a discernible trend in law and economics towards the deployment of rigorous modeling techniques and in this respect Steven Shavell, Professor of Economics at Harvard University is perhaps the most distinguished contributor.*” ROWLEY, 2005, p. 23.

255 Margaret Schabas, para demonstrar como Marshall utilizava a matemática em seus trabalhos, postou em seu artigo cópias de páginas inteiras dos livros do autor, em que se vê inúmeros gráficos e fórmulas matemáticas a explicar fenômenos econômicos. Ao invés de se utilizar o mesmo recurso, hoje é possível

ligados à escola microeconômica neoclássica, que herdaram da revolução marginalista de 1870 essa apreciação pela linguagem numérica, sendo que esta, como já se argumentou, espelhou-se nos cânones da física clássica e da epistemologia popperiana de ciência.

Diante do que foi exposto até agora, fica difícil contradizer o fato de que a microeconomia neoclássica é, dentre todas as outras teorias econômicas, aquela que verdadeiramente representa o núcleo da Análise Econômica do Direito. Duxbury observa que em função das diversas críticas direcionadas ao *Law and Economics*, especialmente ao caráter amoral de seus pressupostos, muitos pesquisadores, ainda interessados no estudo interdisciplinar entre Direito e Economia, procuram em outras fontes as perspectivas econômicas para suas análises. Ocorre que todo esse esforço em desenvolver novas abordagens para a Análise Econômica do Direito, baseadas no neo-institucionalismo, na Escola Austríaca ou outras teorias econômicas, tem gerado apenas um incipiente entusiasmo entre juristas e economistas²⁵⁶ e ²⁵⁷. Portanto, Thomas Ulen não parece estar de todo equivocado quando argumenta que a pesquisa no campo da Análise Econômica do Direito parece continuar a caminhar e a amadurecer no sentido da microeconomia neoclássica, e não

simplesmente apontar como exemplo os seguintes artigos eletrônicos: SHAVEL, Steven. On the Superiority of Corrective Taxes to Quantity Regulation. In: http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/4_Amer_Law_Econ_Rev_1.pdf; ou, dentre outros, SHAVEL, Steven. Reward versus Intellectual Property Rights. In: http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/44_J_Law_Econ_525.pdf.

256 DUXBURY, 2003, p.407.

257 Dentre todas as doutrinas mencionadas, o neo-institucionalismo é a que tem ganhado maior força na Análise Econômica do Direito *vis-a-vis* à teoria neoclássica. Acontece que, diferentemente do institucionalismo americano desenvolvido no entre-guerras, o neo-institucionalismo é, assim como a teoria neoclássica, marcado por uma redução dos seus pressupostos teóricos – na medida em que mantém apenas as noções de contrato e propriedade privada, abstraindo todas as demais instituições – e também fundamentado na idéia de maximização de riqueza. Assim, a aproximação entre o neo-institucionalismo e a teoria neoclássica, também percebida por Malcolm Rutherford, não muda muito a análise deste trabalho. Observa Rutherford, um dos maiores pesquisadores da história do institucionalismo americano: “*This revival of interest in institutions has had a number of effects. Perhaps the most obvious outcome has been in the development of what has become known as 'new institutional economics', consisting in large part of transaction cost analysis of property rights, contracts and organizations. This new institutional economics has generally identified itself as an attempt to extend the range of neoclassical theory by explaining the institutional factors traditionally taken as givens, such as property rights and governance structures, and, unlike the old institutionalism, not as an attempt to replace the standard theory.*” RUTHERFORD, 2001, p. 187.

de outras teorias econômicas²⁵⁸.

É desnecessário, portanto, estender o argumento de que a escola do *Law and Economics* representa um esforço intelectual da teoria jurídica em direção aos cânones científicos modernos. Como se procurou demonstrar ao longo deste capítulo, a incorporação da microeconomia neoclássica como marco de análise de seus problemas não deixa dúvidas quanto àquele propósito. Os critérios de objetividade e certeza do direito, desacreditados pela grande maioria das escolas que se desenvolveram ao final do século XX, encontraram novamente seu lugar de destaque no momento em que o direito volta-se à economia para estabelecer sua base metodológica de pesquisa.

258 ULEN, 1988, p. 220.

CONCLUSÃO

Os princípios de verdade, certeza e objetividade foram incorporados, a partir do século XVI, pela ciência e pela filosofia da ciência. Para a primeira, tais conceitos eram usados para descrever a natureza, seu objeto de estudo; enquanto que para a segunda, verdade, certeza e objetividade serviam como parâmetros para se caracterizar um verdadeiro conhecimento. Edificada sobre tais pressupostos, a ciência, cujo carro chefe era sem dúvida a física, formulou teorias que fixavam uma concepção global, coerente e determinista do mundo, tendo Newton tornado-se o símbolo dessa “*ciência da idade de ouro*”²⁵⁹. A filosofia da ciência, por sua vez, influenciada pelo desenvolvimento da física, adotou uma postura normativa, estipulando métodos e padrões que garantiriam alcançar a verdade, a certeza e a objetividade e que, portanto, distinguiam o conhecimento de uma mera crença.

Os conceitos de verdade, certeza e objetividade também se tornaram centrais para as teorias jurídicas. De fato, desde o advento do direito natural racionalista, passando pelo positivismo jurídico do século XIX e pelo positivismo kelseniano, o direito buscou firmar-se como um ordenador social inteligível, posto que organizado como um sistema lógico de regras, e objetivo, seja porque condensador de uma moral única e racional ou porque, no outro extremo, desligado de qualquer concepção moral ou política. O direito, portanto, absorve diversos postulados metodológicos e epistemológicos da ciência com vistas a gerar segurança e estabilidade.

Acontece que, principalmente ao final do século XX, diversas críticas são

259 PRIGOGINE, 1997, p. 52.

levantadas contra essa visão lógica e neutra do direito. A impossibilidade e mesmo inadequação de se aplicar o direito sem agregar juízos de valor foi denunciada por diversos filósofos, sociólogos, antropólogos e pesquisadores do direito, que acentuaram a importância da interpretação e a impossibilidade de julgamentos estritamente objetivos.

No que tange ao desenvolvimento da economia e da metodologia econômica, seus desejos de cientificação são muito mais explícitos que no direito. De uma forma geral se reconhece que a economia foi profundamente influenciada pelos conceitos teóricos e metodológicos das ciências naturais, especialmente da física. A matematização, a idéia de equilíbrio, de determinismo e o requisito falsificacionista, são algumas das convergências apontadas por diversos autores. Nesse sentido, por exemplo, observou Blaug, ao concluir que os economistas sempre olharam para sua disciplina como uma ciência, e uma ciência no sentido clássico-moderno do termo²⁶⁰.

Deve-se notar que dentre todas as disciplinas centradas no estudo do homem e suas interações – comumente denominadas ciências humanas ou sociais –, a Economia é aquela que mais bravamente resiste às críticas feitas contra o que McCloskey rotula como *Modernismo*. Segundo a autora, *Modernismo* significa uma adoração quase cega ao cientificismo, seja ele verificacionista ou falsificacionista ou outra forma qualquer; e em geral, caracteriza-se por simplificar a sintaxe convencional, fugindo de ambigüidades, polissemias, obscuridades, primitivismos e alusões mitológicas.

Apesar de filósofos da ciência, tal como Feyerabend e Kuhn, já condenarem, há muitos anos, esse movimento *Modernista* e principalmente a atitude metodológica prescritiva que ele estipula; a maior parte dos economistas continua acreditando que a única prova válida de uma proposição econômica é a realização de testes quantitativos e objetivos, tal qual requer a metodologia popperiana. Segundo McCloskey:

260 BLAUG, 2003. p. 689.

Economists, however, are neurotic about “Science”. They think that knowing, really knowing, means following something called “scientific Method”. They think that if you don’t know it that way then you don’t know much. (...) Economics has acquired since the Second World War the trappings of the dominant sense in ordinary use: numbers, models, and above all a tough mathematization that evokes envious squeals from other social scientists.

Diante desse panorama é compreensível que o direito tenha se voltado à economia não com o objetivo principal de alargar seus horizontes depois de séculos de formalismo e reclusão, mas sim com a intenção de resgatar (ou instaurar, dependendo do ponto de vista) os conceitos de objetividade e certeza que seus críticos faziam questão de sepultar. O predomínio da microeconomia neoclássica como fundamento da escola da Análise Econômica do Direito, que fica evidente por seu nascimento na Escola de Chicago bem como por seus pressupostos teóricos, apenas reforça essa tese.

O movimento do *Law & Economics* vem, portanto, renovar um anseio por objetividade e certeza no meio jurídico. E daí a conclusão de Posner, reproduzida na epígrafe do capítulo anterior, de que o trabalho interdisciplinar feito nos campos do Direito e da Economia pode ser considerado o mais ambicioso e provavelmente o mais influente esforço no sentido de elaborar um amplo conceito de justiça capaz de explicar as decisões legislativas e judiciais a partir de uma base objetiva.

O resgate da objetividade advém da concepção científica emprestada à economia, que, por meio da Análise Econômica do Direito passa então a atingir o fenômeno jurídico. É exatamente nessa proximidade existente entre a Análise Econômica do Direito e o conceito de ciência, fortalecida pela adoção da microeconomia neoclássica, que reside o motivo principal do êxito do *Law & Economics* como doutrina jurídica. E é por essa razão que a Análise Econômica do Direito conquista, diferentemente de outras doutrinas jurídicas tipicamente americanas, uma simpatia quase mundial.

Ou seja, o movimento da Análise Econômica do Direito não representa uma

simples evolução da doutrina jurídica, que teria saído da neutralidade do positivismo jurídico, para então albergar uma ampla análise interdisciplinar entre direito e ciências sociais, e apenas posteriormente se restringir ao estudo específico das relações entre economia e direito. Na verdade, o movimento do *Law and Economics* aproxima-se muito mais de um posicionamento jusnaturalista e positivista, por almejar cientificidade e objetividade, do que de posturas eminentemente interdisciplinares que advogam uma interpretação mais aberta e socialmente comprometida das normas jurídicas.

Ou seja, é essa pretensa cientificidade que pode explicar a influência da Análise Econômica do Direito como doutrina jurídica. Os aplicadores do direito ainda buscam dar um sentido objetivo a suas decisões, e a economia apresenta-se como veículo ideal para esse propósito. Diversos autores, no entanto, vêm denunciando o fato de que o prestígio do *Law & Economics* não possui forças e fundamentos suficientes para resistir às críticas feitas ao *Modernismo*²⁶¹, o que certamente constitui um importante tema para um novo estudo.

261 Veja-se, por exemplo, o seguinte comentário de Castro: “*Por ser tributária da visão de sociedade implícita na teoria microeconômica, ínsita à Escola Neo-Clássica ou à Ciência Econômica, a chamada "Análise Econômica do Direito" é extremamente questionável, pois confunde "direito subjetivo" com "maximização de utilidade". Além disso, não tem fundamentos doutrinários para desenvolver a abordagem alternativa, acima indicada, que requer elementos apropriados ao desenvolvimento de análises capazes de focalizar inclusive aspectos fiduciários, e não apenas coercitivos, da economia, conforme será discutido abaixo.*” CASTRO, 2005.

BIBLIOGRAFIA

ABRANTES, Paulo César Coelho, *Imagens de Natureza, Imagens de Ciência*. SP: Papyrus, 1998.

ANDERSON, Bruce. The Case for Re-Investing “The Process of Discovery”. *Ratio Juris*. Vol. 8, N. 3, 1995, p. 330-348.

ARISTÓTELES. *Da geração e da corrupção seguido de Convite à filosofia*. Tradução Renata Maria Pereira Cordeiro. São Paulo: Landy Editora, 2001.

BACKHAUS, J. *The Elgar Companion to Law and Economics*. Edward Elgar, 2005.

BACON, Francis. *Novum Organum*. Versão eletrônica realizada pelos Membros do grupo de discussão Acrópolis, disponível em: http://ich.ufpel.edu.br/economia/professores/nelson/metodecon/novum_organum.pdf, acesso em 17 de julho de 2007.

BECKER, Gary S. *A Treatise on the Family*, Enlarged edition, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1991.

_____. *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago: University of Chicago Press, 1976.

BERKOWITZ, Roger. *The Gift of Science: Leibniz and the Modern Legal Tradition*. Cambridge: Harvard University Press, 2005.

BILLIER, Jean-Cassien & MARYOLI, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. Tradução de Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005.

BIX, Brian. H.L.A. Hart and the “Open Texture” of Language. *Law and Philosophy*, v. 10, n. 1, 1991, p. 51-72.

BLAUG, Mark. *The Methodology of Economics – or how economists explain*. Cambridge University Press, 1990.

_____. Why I am not a constructivist. Confessions of an unrepentant Popperian. In: BACKHOUSE, Roger E. (ed.). *New Directions in Economic Methodology*. London: Routledge, 109-36, 1994.

_____. *Economic Theory in Retrospect*. Cambridge and New York: Cambridge University Press. 5ª Edição, 1997, 2003.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Ícone, 1995.

BUCHANAN, J.M. *The Domain of Constitutional Economics, Constitutional Political Economy*, 1-18, 1990.

BUTLER, Eamonn. *Adam Smith – a Primer*. Londres: The Institute of Economic Affairs, 2007.

CALABRESI, Guido. *The pointlessness of Pareto: carrying Coase further*. In: PARISI, Francesco & ROWLEY, Charles. *The Origins of Law and Economics: Essays by the Founding Fathers*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005.

CALVO GARCÍA, Manuel. *Los Fundamentos del Método Jurídico: una Revisión Crítica*. Madri: Editora Tecnos, 1994.

CASTRO, Marcus Faro de. *Beyond Liberalism and its Critics: An Essay in Constitutional Theory*. *Dalhousie Law Journal*. Vol. 14, 1991/1992.

_____. *Direitos Sociais, Econômicos E Culturais: Uma Abordagem Pós-Neo-Clássica*. In: *Revista Jurídica da Presidência da República* Ago Set 2005, Brasília, v. 7, n. 74, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_74/artigos/Marcus_rev74.htm

CERQUEIRA, Hugo. *Sobre a Filosofia Moral de Adam Smith*, 2006. In: <http://www.anpec.org.br/encontro2006/artigos/A06A039.pdf>

COASE R.H. *The Problem of Social Cost*. *Journal of Law and Economics*. 3(1), 1. 1960.

_____. *The Nature of the Firm*. In: *Economica*, Vol. 4, No. 16, pp. 386-405. November, 1937.

_____. *The relevance of transaction costs in the economic analysis of law*. In: PARISI, Francesco & ROWLEY, Charles. *The Origins of Law and Economics: Essays by the Founding Fathers*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005.

COOTER, R. *Expressive Law and Economics*. *Journal of Legal Studies*. 1998.

COOTER, R., e ULEN, T. *Law and economics*. 2a ed. Califórnia: Addison-Wesley, 1996.

COUVALIS, George. *The Philosophy of science: Science and objectivity*. Londres: Sage, 1999.

CURD, Martin & COVER, J.A. *Philosophy of Science: the central issues*. Nova Iorque: W.W. Norton & Company, 1998.

DAVIS, J. *Economic methodology since Kuhn*. In: Samuels, W., Biddle, J. & Davis, J. (eds), *The Blackwell Companion to the History of Economic Thought*. pp. 571-587. Oxford: Blackwell, 2003.

DE GEEST, G. *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000.

DENIS, A. Some notes on methodological individualism: orthodox and heterodox views. *Stirling Centre For Economic Methodology*. October, 2006.

DESCARTES, René. *Discurso do Método*. Versão eletrônica realizada pelos Membros do grupo de discussão Acrópolis. Disponível em: http://fma.if.usp.br/~rivelles/Topicos_historia_fisica_classica/descartes.pdf, Acesso em 19 de julho de 2007.

DUXBURY, N. *Patterns of American Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, 2001.

DWORKIN, Ronald. Is Wealth a Value? *The Journal of Legal Studies*, Vol. 9, N. 2, Change in the Common Law: Legal and Economic Perspectives, 1980, p. 191-226.

ELLICKSON R.C. Bringing Culture and Human Frailty to Rational Actors: A Critique of Classical Law-and-Economics. *Chicago-Kent Law Review*. 65. 13. 1989.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1986.

FEYERABEND, Paul. *Against Method: outline of an anarchistic theory of knowledge*. Londres: Verbo, 1986.

FRIEDMAN, Milton. The methodology of positive economics. In: Hausman, D.M. (Ed.), *The philosophy of economics: an anthology*. Cambridge, Cambridge University Press. 1984

_____. The methodology of positive economics. In: HAUSMAN, Daniel. *The Philosophy of Economics*. Cambridge University Press, 1994.

GLEISER, Marcelo. *A Dança do Universo: Dos mitos de Criação ao Big-Bang*. 2ª ed. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 1997.

GRÓCIO, Hugo. Sobre os Direitos de Guerra e Paz. In: MORRIS, Clarence. *Os Grandes Filósofos do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HACKNEY, James. Law and neoclassical economics: science, politics and the reconfiguration of American tort law theory. *Law and History Review*, Vol. 15, 1997, p. 275-322.

_____. Under cover of science: American legal-economic theory and the quest for objectivity. *Duke University Press*, 2007.

HADELMANN, Frank. Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A debate on Nazi Law. *Ratio Juris*, v. 18, n. 2, 2005, p. 162-178.

HARRIS, Ron. *The Uses of History in Law and Economics*. UC Berkeley School of Law, Public Law and Legal Theory, Research Paper n. 139, 2003.

- HART, Herbert L.A. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1994.
- HAUSMAN, Daniel. *The Philosophy of Economics*. Cambridge University Press, 1994.
- HOEFLICH, M.H. *Law & Geometry: Legal Science from Leibniz to Langdell*. *The American Journal of Legal History*, Vol. 30, N. 2, 1986, p. 95-121.
- HORWITZ, Morton. *Law and Economics: Science or Politics?* *Hofstra Law Review*, Vol. 8, 905, 1980.
- HOVENKAMP, Herbert. *The First Great Law & Economics Movement*. *Stanford Law Review*, Vol. 42, No. 4, 1990 [a], p. 993-1058.
- _____. *Positivism in Law & Economics*. *California Law Review*, Vol. 78, No. 4, 1990 [b], p. 815-852.
- KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*, 2a. ed, trad. João Batista Machado, São Paulo, Ed. Martins Fontes, 1987.
- KHALIL, Elias. *Has Economics Progressed? Rectilinear, Historicist, Universalist, and Evolutionary Historiographies*. In: *History of Political Economy*, V. 27 (1), 1995.
- KITCH, Edmund. *The fire of truth: a remembrance of law and economics at Chicago, 1932-1970*. In: PARISI, Francesco & ROWLEY, Charles. *The Origins of Law and Economics: Essays by the Founding Fathers*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005.
- KJOSAVIK, D. J. *Methodological Individualism and Rational Choice in Neoclassical Economics: A review of Institutional Critique*. *Forum for Development Studies*. N° 2, 2003.
- KUHN, Thomas. *Logic of Discovery or Psychology of Research?* In: CURD, Martin & COVER, J.A. *Philosophy of Science: the central issues*. Nova Iorque: W.W. Norton & Company, 1998 [a].
- _____. *Objectivity, Value Judgement, and Theory Choice*. In: CURD, Martin & COVER, J.A. *Philosophy of Science: the central issues*. Nova Iorque: W.W. Norton & Company, 1998 [c].
- _____. *The Nature and Necessity of Scientific Revolutions*. In: CURD, Martin & COVER, J.A. *Philosophy of Science: the central issues*. Nova Iorque: W.W. Norton & Company, 1998 [b].
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- LLEWELLYN, Karl. *Some Realism about Realism – responding to Dean Pound*. *Harvard Law Review*, Volume 44, 1931, p. 1222-1264.
- LOSEE, John. *A Historical Introduction to the Philosophy of Science*. Oxford: Oxford University Press, 1977.
- MACHLUP, Fritz. *Rejoinder to a Reluctant Ultra-Empiricist*. Southern

Economic Journal, Vol. 22, No. 4, 1956, p. 483-493.

_____. The problem of Verification in Economics. Southern Economic Journal, Vol. 22, No. 1, 1955, p. 1-21.

MACKAAY, E. Schools: General. In: DE GEEST, G. Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics, Cheltenham, Edward Elgar, 2000.

MANNE, Henry. How Law and Economics was Marketed in a Hostile World: a very personal history. In: PARISI, Francesco & ROWLEY, Charles. The Origins of Law and Economics: Essays by the Founding Fathers. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005.

MCCLOSKEY, D. Knowledge and Persuasion in economics. Cambridge University Press. 1994.

MERCURO, N., e MEDEMA, S.G. Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism. Princeton University Press, 1999.

MILL, John Stuart. On the definition and method of political economy. In: HAUSMAN, Daniel. The Philosophy of Economics. Cambridge University Press, 1994.

MIROWSKI, Philip. Physics and the 'marginalist revolution'. Cambridge Journal of Economics, Vol. 8, 1984, p. 361-379.

MONOD, Jacques. O acaso e a necessidade: ensaio sobre a filosofia natural da biologia moderna. Petrópolis: Editora Vozes, 3ª ed., 1972.

NIEHANS, Jürg. A History of Economic Theories: Classic Contributions, 1720-1980. Londres: The John Hopkins University Press, 1990.

_____. Multiple discoveries in economic theory. The European Journal of the History of Economic Thought. Volume 2, Número 1, 1995.

NIINILUOTO, Ilkka. Critical Scientific Realism. Oxford: Oxford University Press, 2004.

O'BRIEN, Denis. Ricardian Economics and the Economics of David Ricardo. Oxford Economic Papers. New Series, Vol. 33, No. 3, 1981, p. 352-386.

OMNÈS, Roland. Filosofia da Ciência Contemporânea. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996.

PARISI, F. Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics. European Journal of Law and Economics, 18: 259-272, 2004.

_____. Methodological debates in law and economics. In: PARISI, Francesco & ROWLEY, Charles. The Origins of Law and Economics: Essays by the Founding Fathers. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005.

PLATÃO. Teeteto. Versão eletrônica realizada pelos Membros do grupo de

discussão Acrópolis, disponível em:
<http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/teeteto.pdf>, acesso em 10 de julho de 2007.

POPPER, Karl. Science: Conjectures and Refutations. In: CURD, Martin & COVER, J.A. Philosophy of Science: the central issues. Nova Iorque: W.W. Norton & Company, 1998[a].

_____. The Myth of the Framework: In Defence of Science and Rationality. In: http://books.google.com/books?id=Ye2tAhDX7agC&pg=PA68&lpg=PA68&dq=popper+legal+positivism&source=web&ots=awOtZrVive&sig=P6YoISpyDw1CgmXNL_lmc4vcQyI#PPP1,M1

_____. The Problem of Induction. In: CURD, Martin & COVER, J.A. Philosophy of Science: the central issues. Nova Iorque: W.W. Norton & Company, 1998[b].

_____. Unended Quest: An Intellectual Autobiography. Open Court Publishing Company, 1990.

POSNER, Richard. Economic Analysis of Law. 4th Edition, Little Brown, 1992.

_____. The Problems of Jurisprudence. Harvard University Press, 1990.

PRIGOGINE, Ylia; STENGERS, Isabelle. A nova aliança: metamorfose da ciência. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

REDMAN, Deborah. Economics and the Philosophy of Science. Oxford University Press, 1991.

RORTY, Richard. Philosophy and the Mirror of Nature. Princeton: Princeton University Press, 1990.

ROSE-ACKERMAN, S. Law and Economics: paradigm, politics, or philosophy. In: MERCURO, N. Law and Economics, Boston: Kluwer Academic Publishers, 1988.

ROSSET, Clement. Anti-natureza: elementos para uma filosofia trágica. Rio de Janeiro: Editora Espaço e Tempo, 1989.

ROWLEY, Charles. An Intellectual History of L&E. In: PARISI, Francesco & ROWLEY, Charles. The Origins of Law and Economics: Essays by the Founding Fathers. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005.

RUTHERFORD, Malcolm. Institutional Economics: Then and Now. The Journal of Economic Perspectives, Vol. 15, n. 3, 2001, p. 173-194.

_____. Institutionalism as “Scientific” Economics. Department of Economics, University of Virginia. Department Discussion Paper n. 9901. Disponível em: <http://web.uvic.ca/econ/ddp9901.pdf>

SAMUELSON, Paul. Economists and the History of Ideas. The American Economic Review, Vol. 52, No. 1, 1962, p. 1-18.

SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução a uma ciência pós-moderna. 4ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SCHIPPER, Frits. *Rethinking Efficiency*. 20th World Congress of Philosophy. Boston, 1998. Disponível em: <http://www.bu.edu/wcp/>

SCHWEBER, Howard. *The Science of Legal Science: the Model of Natural Sciences in Nineteenth-Century American Legal Education*. *Law & History Review*, V. 17 N. 3, 1999. In.: www.historycooperative.org/journals/lhr/17.3/schweber.html. Acesso em 13 de dezembro de 2007.

SHABAS, Margaret. Alfred Marshall, W. Stanley Jevons, and the Mathematization of Economics. *The University of Chicago Press: Isis*, Vol. 80, No. 1, 1989, p. 60-73.

SMITH, Adam. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Londres: T. Nelson and Sons, Paternoster Row, 1852. Disponível em: <http://books.google.com/books?id=70759KjSs0sC&printsec=titlepage>

STOLLEIS, Michael. *A History of Public Law in Germany 1914–1945*. Traduzido por Thomas Dunlop. Oxford: Oxford University Press, 2004.

TREBILCOCK, Michael. *Journeys across the divides*. In: PARISI, Francesco & ROWLEY, Charles. *The Origins of Law and Economics: Essays by the Founding Fathers*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005.

ULEN, T. *Law and Economics: settled issues and open questions*. In: MERCURO, N. *Law and Economics*, Boston: Kluwer Academic Publishers, 1988.

WIEACKER, Franz. *Historia del Derecho Privado em la Edad Moderna*. Trad. F Fernandez Jordán. Madrid: Editora Aguilar, 1957.

ZIOLKOWSKI, Theodore. *The Mirror of Justice: Literary Reflections of Legal Crises*. Princeton: Princeton University Press, 2003.