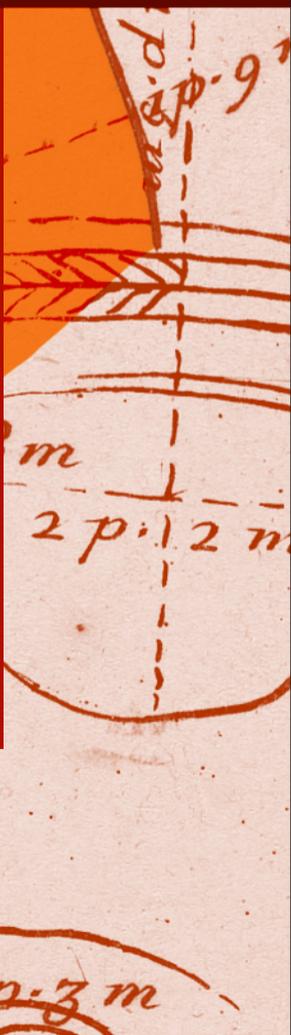


PESQUISA

PESQUISA EMPÍRICA EM DIREITO: AS REGRAS DE INFERÊNCIA

acadêmica
LIVRE

*Lee Epstein
Gary King*



LIVRE *para*

pensar

ler

copiar

partilhar

A Coleção Acadêmica Livre publica obras de livre acesso em formato digital. Nossos livros abordam o universo jurídico e temas transversais por meio das mais diversas abordagens. Podem ser copiados, compartilhados, citados e divulgados livremente para fins não comerciais. A coleção é uma iniciativa da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (DIREITO GV) e está aberta a novos parceiros interessados em dar acesso livre a seus conteúdos.

Esta obra foi avaliada e aprovada pelos membros de seu Conselho Editorial.

Conselho Editorial

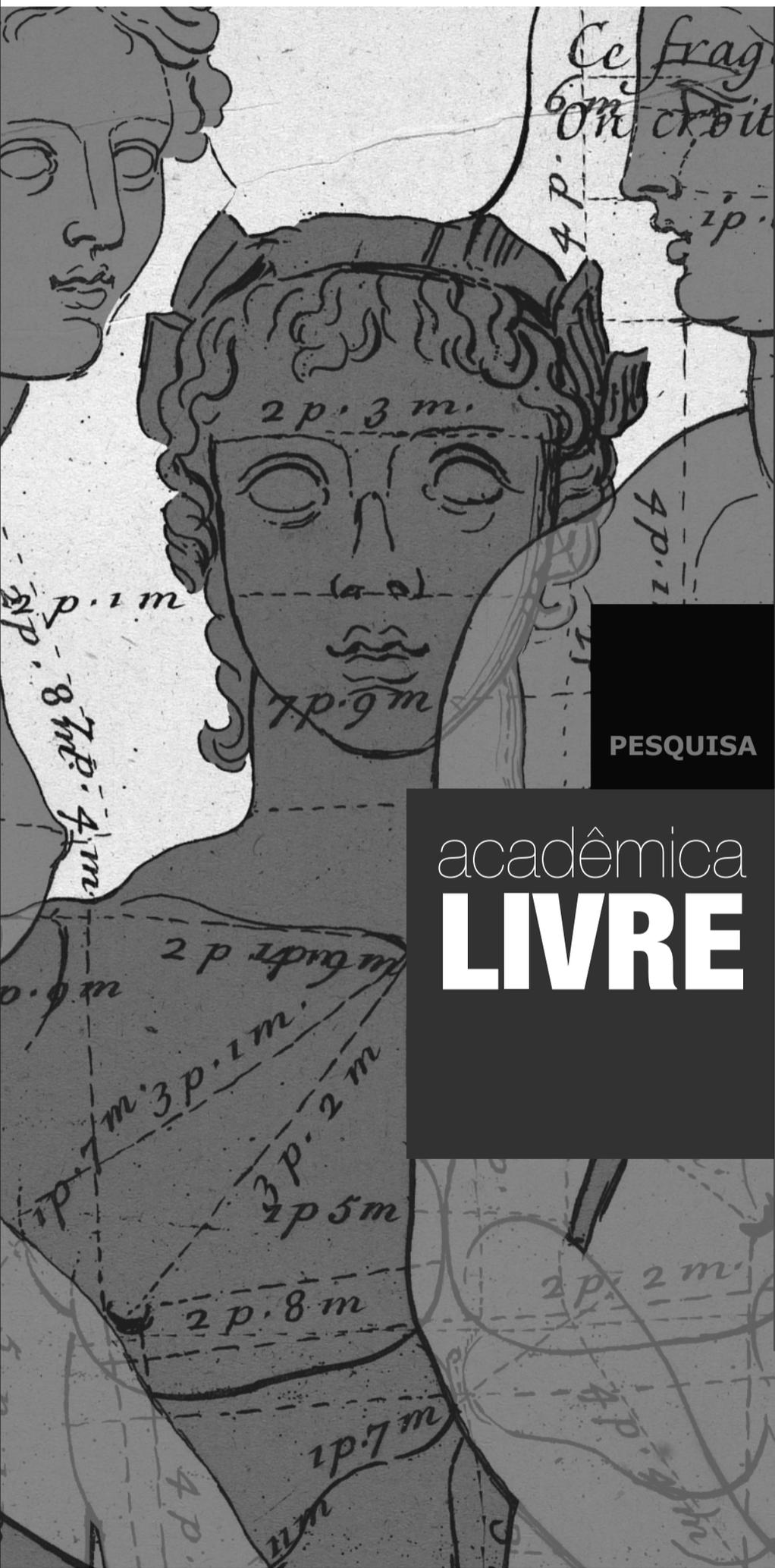
Flavia Portella Püschel (*DIREITO GV*)

Gustavo Ferreira Santos (*UFPE*)

Marcos Severino Nobre (*Unicamp*)

Marcus Faro de Castro (*UnB*)

Violeta Refkalefsky Loureiro (*UFPA*)



PESQUISA

PESQUISA EMPÍRICA EM DIREITO: AS REGRAS DE INFERÊNCIA

acadêmica
LIVRE

Lee Epstein
Gary King

TRADUÇÃO

- Fábio Morosini (coordenador)*
- Bruno Migowski*
- Isadora Postal Telli*
- Luíza Leão Soares Pereira*
- Letícia Mariano Zenevich*
- Mariana Machado da Silveira Bom*
- Nathália Damico Gastmann*
- Rafaela Nicolazzi da Silva*

Os livros da Coleção Acadêmica Livre podem ser copiados e compartilhados por meios eletrônicos; podem ser citados em outras obras, aulas, sites, apresentações, blogues, redes sociais etc, desde que mencionadas a fonte e a autoria. Podem ser reproduzidos em meio físico, no todo ou em parte, desde que para fins não comerciais.

Conceito da coleção:

José Rodrigo Rodriguez

Editor

José Rodrigo Rodriguez

Assistente editorial

Bruno Bortoli Brigatto

Capa, projeto gráfico e editoração

Ultravioleta Design

Título original:

The Rules of Inference

The University of Chicago Law Review | Volume 69 | Winter 2002 | Number 1

© 2002 by The University of Chicago

Capa:

La Statue de Venus Aphrodide e Ce fragment de l'antique..., de Gérard Audran.

Imagens cedidas pelo Getty's Open Content Program.

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Epstein, Lee

Pesquisa empírica em direito [livro eletrônico] : as regras de inferência / Lee Epstein, Gary King.

--São Paulo : Direito GV, 2013. -- (Coleção acadêmica livre) 7 Mb ; PDF

Título original: The rules of inference. - Vários tradutores.

Bibliografia.

ISBN 978-85-64678-10-1

1. Direito - Metodologia 2. Direito - Pesquisa 3. Pesquisa - Metodologia I. King, Gary.
II. Título. III. Série.

13-13662

CDU-340.115

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito : Metodologia da pesquisa científica 340.115

2. Metodologia da pesquisa : Direito 340.115

3. Pesquisa : Metodologia : Direito 340.115

DIREITO GV

Coordenadoria de Publicações

Rua Rocha, 233, 11º andar

Bela Vista – São Paulo – SP

CEP: 01330-000

Tel.: (11) 3799-2172

E-mail: **publicacoesdireitogv@fgv.br**

PESQUISA EMPÍRICA EM DIREITO: AS REGRAS DE INFERÊNCIA

sumário

PREFÁCIO	7
INTRODUÇÃO	11
I. A EXTENSÃO DOS PROBLEMAS METODOLÓGICOS NA PESQUISA EMPÍRICA	19
II. CARACTERÍSTICAS COMUNS DA PESQUISA EMPÍRICA	23
A. Os OBJETIVOS	23
B. DIRETRIZES GERAIS	46
III. ELABORAÇÃO DE UMA PESQUISA EMPÍRICA: UM PROCESSO DINÂMICO DE ACORDO COM PADRÕES ESTABELECIDOS	69
IV. A PERGUNTA DE PESQUISA	71
A. CONTRIBUIR PARA A LITERATURA ACADÊMICA	72
B. REALIZAR PESQUISAS IMPORTANTES PARA O MUNDO	76
V. TEORIAS E SUAS IMPLICAÇÕES OBSERVÁVEIS	79
A. INVOQUE TEORIAS QUE PRODUZAM IMPLICAÇÕES OBSERVÁVEIS	82
B. EXTRAIA TANTAS IMPLICAÇÕES OBSERVÁVEIS QUANTO POSSÍVEL	86
C. DELINEIE COMO AS IMPLICAÇÕES PODEM SER OBSERVADAS	90
VI. CONTROLE DE HIPÓTESES RIVAIS	95

VII. MEDIÇÃO E ESTIMATIVA	101
A. MEDIÇÃO	102
B. ESTIMATIVA	123
VIII. SELEÇÃO DE OBSERVAÇÕES	127
A. IDENTIFICAR A POPULAÇÃO-ALVO	127
B. COLETAR TANTOS DADOS QUANTO POSSÍVEL	131
C. REGISTRAR O PROCESSO PELO QUAL OS DADOS VÊM A SER OBSERVADOS	133
D. VERIFICAR O PROCESSO PELO QUAL AS OBSERVAÇÕES POTENCIAIS SÃO GERADAS	136
E. EM ESTUDOS AMPLOS, ESTABELECEER UMA AMOSTRA DE PROBABILIDADE ALEATÓRIA	138
F. EM ESTUDOS DE AMOSTRAGEM PEQUENA, EVITAR VIÉS NA SELEÇÃO SEM SELEÇÃO ALEATÓRIA	145
IX. SUGESTÕES CONCLUSIVAS: DESENVOLVENDO UMA INFRAESTRUTURA PARA SUSTENTAR A PESQUISA EMPÍRICA	147
A. OFERECER CURSOS EM PESQUISA EMPÍRICA PARA ESTUDANTES DE FACULDADES DE DIREITO	149
B. AUMENTAR OPORTUNIDADES PARA A REALIZAÇÃO DE PESQUISA EMPÍRICA DE ALTA QUALIDADE PELOS DOCENTES – E ENTÃO DISSEMINÁ-LA RAPIDAMENTE	153
C. INCENTIVAR EMPREGADORES A CONTRATAR ESTUDANTES COM PRÁTICA EMPÍRICA	163
D. MUDAR PARA UM MODELO ALTERNATIVO DE ADMINISTRAÇÃO DE PERIÓDICOS ACADÊMICOS	164
E. DESENVOLVER PADRÕES PARA O ARQUIVAMENTO DE DADOS	172
NOTAS	176
SOBRE OS AUTORES	253
SOBRE O TRADUTOR	253

PREFÁCIO

Lee Epstein, professora de ciência política e direito na *University of Southern California*, e Gary King, professor de ciência política na *Harvard University*, brindam a literatura jurídica brasileira com esta notável obra sobre pesquisa empírica¹ em direito e suas regras de inferência, isto é, usar fatos que conhecemos para aprender sobre fatos que não conhecemos.

A obra de Epstein e King é singular porque disseca as regras de inferência desenvolvidas pelas ciências exatas e sociais e as aplica ao direito de forma pioneira. O estudo dos autores instiga pesquisadores do direito de todas as partes do mundo a pensarem criticamente suas práticas de pesquisa e engajarem-se no debate, atualmente relegado ao segundo plano, acerca da utilização de metodologia de pesquisa empírica no direito. Como brilhantemente demonstram Epstein e King neste livro, desatentar para a aplicação das regras de inferência na condução de pesquisas empíricas compromete a validade e credibilidade dos resultados.

A atividade de pesquisa é o meio pelo qual o investigador produzirá novo conhecimento e a pesquisa será empírica se as conclusões forem baseadas em observação ou experimentação. A produção de pesquisa empírica em si está longe de ser um tema novo de discussão acadêmica. Áreas tradicionais das ciências, como as ciências exatas e sociais se propõem a discutir aspectos relacionados à metodologia de suas pesquisas desde que essas começaram a ser produzidas. Isso se justifica porque o conhecimento científico confiável é aquele que é replicável sem a interferência do pesquisador original, isto é, aquele que primeiro chegou a uma determinada conclusão. Outros pesquisadores apenas poderão reproduzir e confirmar certo conhecimento se os procedimentos adotados pelo pesquisador

original forem claramente identificados. Neste sentido, a metodologia utilizada para se chegar a uma determinada conclusão é tão importante quanto à conclusão em si, pois aquela permitirá a confirmação desta e validará o conhecimento produzido.

Por outro lado, a grande produção literária sobre metodologia de pesquisa das outras ciências pouco influenciaram e influenciam a forma da produção do conhecimento jurídico. Ao mesmo tempo, a produção deste tipo de literatura pelos próprios juristas é, na melhor das hipóteses, escassa. Nos Estados Unidos, os professores Lee Epstein e Gary King deram-se conta dessa importante lacuna no campo da pesquisa em direito e realizaram uma pesquisa exaustiva nos principais periódicos jurídicos daquele país para desvendar o estado da arte da pesquisa empírica em direito. Para a surpresa deles, as regras de inferência, amplamente discutidas nas ciências exatas e sociais, são frequentemente ignoradas no direito. Em razão do tipo de formação oferecida pelas faculdades de direito dos Estados Unidos, é comum a produção de artigos que substituem as regras de inferência por técnicas de persuasão de um dado argumento. Como demonstram os autores, a correta aplicação das regras de inferência leva à construção da verdade, ao passo que as técnicas de persuasão, ensinada nas faculdades de direito, levam a uma versão da verdade.

A rica pesquisa dos professores Epstein e King deu origem a um extenso artigo intitulado *The Rules of Inference* (As Regras de Inferência), publicado na renomada *Chicago Law Review*, ora traduzido em forma de livro. Neste livro, os autores começam por apontar as falhas mais comuns nos procedimentos de pesquisa adotados por juristas que se aventuram no mundo da pesquisa empírica. Em seguida, Epstein e King identificam as características básicas da pesquisa empírica aplicada ao direito, quais sejam: a existência de

uma pergunta de pesquisa, a formulação de teorias/hipóteses de pesquisa e suas implicações observáveis; identificação de teorias rivais à hipótese preferida; técnicas de medição e avaliação de dados; procedimentos de seleção da população que fará parte da investigação. Por último, os autores sugerem formas de melhorar a situação da pesquisa empírica nas faculdades de direito.

A presente obra insere-se à recente produção acadêmica de metodologia de pesquisa em direito. Assim como a maior parte deste tipo de obra, o livro fornece técnicas de pesquisa para serem aplicadas em artigos científicos, monografias jurídicas de graduação e pós-graduação *lato sensu*, dissertações de mestrado e teses de doutorado. Diferentemente dos demais livros de metodologia de pesquisa em direito, a obra de Epstein e King, além de explicitar as regras de inferência amplamente difundidas nas ciências exatas e sociais, utiliza-se de inúmeros exemplos concretos para demonstrar a sua aplicação na literatura jurídica.

As importantes lições de Epstein e King fomentaram nosso desejo de traduzir esta obra para o português e vê-la publicada no Brasil. Muito embora a pesquisa conduzida por eles tenha se limitado a apreciar a situação da pesquisa empírica produzida nos Estados Unidos, concluímos que as regras de inferência traçadas pelos autores são universais, isto é, aplicam-se a qualquer área do conhecimento em qualquer parte do mundo e em qualquer tempo. E se por um lado nós não nos aventuramos em replicar o estudo de Epstein e King na literatura jurídica nacional, temos razões suficientes para acreditar que a situação no Brasil não é de todo diferente. Aqui, assim como nos Estados Unidos, há larga produção acadêmica em direito sem a devida atenção às regras de inferência. Através da publicação desta obra, pretendemos difundir no direito brasileiro as regras de inferência que pautam a pesquisa empírica.

A tradução desta obra para o português só foi possível graças ao incansável trabalho de um grupo de acadêmicos da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e membros do Grupo de Pesquisa CNPq Direito, Globalização e Desenvolvimento. Agradecemos imensamente os esforços de Bruno Migowski, Isadora Postal Telli, Luíza Leão Soares Pereira, Letícia Mariano Zenevich, Mariana Machado da Silveira Bom, Nathália Damico Gastmann e Rafaela Nicolazzi da Silva. Alguns desses acadêmicos foram contemplados com bolsas de iniciação científica do CNPq e FAPERGS para a execução deste projeto.

Fábio Morosini

Professor da Faculdade de Direito da UFRGS

INTRODUÇÃOⁱⁱ

Assim como a pesquisa em ciências sociais e naturais comporta uma ampla ordem de problemas teóricos, metodológicos e substanciais, o mesmo ocorre com os estudos produzidos por juristas. Os periódicos jurídicos estão repletos de artigos, que variam dos normativos aos descritivos, das análises doutrinárias estritas às investigações estatísticas com amostragem de grande tamanho (grande-*n*). Alguns estudos defendem uma reforma legal; outros pretendem apenas ser agregados ao reservatório da literatura jurídica. Mesmo com toda essa variação de abordagens, com toda essa diversidade de propósitos, efeitos e mesmo público-alvo, muitos, se não a maioria, desses estudos apresentam uma característica comum: uma preocupação, mesmo que implícita, com *empirismo* – baseando conclusões em observação ou experimentação – e *inferência*¹ – usando fatos conhecidos para aprender sobre fatos que desconhecemos.

Esta pode parecer uma afirmação intrigante, mesmo estranha, para os juristas. Nessa comunidade, a palavra “empírico” passou a possuir um significado particularmente restrito – associado puramente com “técnicas e análises estatísticas” ou com dados quantitativos.² Mas a pesquisa empírica, como cientistas naturais e sociais reconhecem, é muito mais ampla do que essas associações sugerem. A palavra “empírico” denota evidência sobre o mundo baseada em observação ou experiência. Essa evidência pode ser numérica (quantitativa) ou não-numérica (qualitativa);³ nenhuma é mais “empírica” que a outra. O que faz uma pesquisa ser empírica é que seja baseada em observações do mundo – em outras palavras, *dados*, o que é apenas um termo para designar fatos sobre o mundo. Esses fatos podem ser históricos ou contemporâneos, ou baseados em legislação ou jurisprudência, ou ser o resultado de entrevistas ou pesquisas, ou os resultados de

pesquisas auxiliares arquivísticas ou de coletas de dados primários. Os dados podem ser precisos ou vagos, relativamente certos ou muito incertos, diretamente observados ou conseguidos indiretamente; podem ser antropológicos, interpretativos, sociológicos, econômicos, jurídicos, políticos, biológicos, físicos ou naturais. Desde que os fatos estejam de alguma maneira relacionados ao mundo, eles são dados, e, contanto que a pesquisa envolva dados que são observados ou desejados, ela é empírica.

Dentro dessa definição de “empírico”, afirmações de que “a quantidade de trabalhos teóricos e doutrinários (...) prepondera sobre a quantidade de trabalhos empíricos”⁴ tornam-se vazias. Como mesmo o leitor mais casual de periódicos jurídicos americanos deve saber, uma grande parte do trabalhos jurídicos traça, no mínimo, algumas afirmações sobre o mundo baseadas em observação ou experiência.⁵

De fato, em termos de pesquisa jurídica, é somente a *puramente* normativa ou teórica aquela que *não* é empírica. Mas mesmo muitos artigos cujo propósito principal é normativo frequentemente invocam argumentos empíricos para fortalecer seus pontos normativos – como oferecer as implicações empíricas positivas decorrentes da adoção de sua política preferida. O ensaio de Staudt sobre o *Internal Revenue Code* é típico.⁶ Um artigo predominantemente normativo que explora o conhecimento convencional entre pesquisadores do direito tributário de que o trabalho doméstico não deve ou não pode ser tributado, o ensaio termina com várias afirmativas inequivocamente empíricas: “Esta reforma, junto com a reforma orientada para o mercado, avançaria muito na mudança da visão da sociedade sobre os valores de atividades produtivas efetuadas tanto em casa como no mercado e, sobretudo, representaria um passo crítico na aquisição de maior segurança econômica para as mulheres.”⁷

O mesmo é verdade na maioria dos trabalhos doutrinários, incluindo muitos estudos que problematizam uma linha particular de

decisões de tribunais ou a lógica usada nelas. Assim é a investigação de Sklansky sobre o uso, na Suprema Corte dos Estados Unidos, do “novo originalismo”⁸ para decidir buscas e apreensões à luz da quarta emenda da Constituição dos Estados Unidos. O objetivo primário do autor é fornecer embasamento para a afirmação de que essa “nova” abordagem “não deve ser atraente nem para aqueles simpaticizantes de forma geral com originalismo.”⁹ Como prelúdio para traçar esse argumento normativo, no entanto, Sklansky deve demonstrar a afirmação empírica de que a Suprema Corte, de fato, adotou uma abordagem decorrente do novo originalismo. E essa demonstração pede uma inferência ou afirmação sobre o mundo real, da mesma maneira que faz Staudt, que inicialmente utiliza a premissa de que “essas políticas devem ser modificadas” para a de que “se essas políticas forem modificadas, os seguintes problemas poderiam ser melhorados”.

Aplaudimos esses estudos e, de fato, todos aqueles que expressam uma preocupação com o empírico, tanto se implícita ou explicitamente. E os autores desses estudos, os juristas, aparentemente concordam, esperando ver e desejando produzir mais desse tipo de trabalho.¹⁰ Para eles, juntamente com outros membros da comunidade jurídica, incluindo juízes e advogados,¹¹ a pesquisa que oferece afirmações ou que faz inferências baseadas em observações do mundo real – em tópicos variando da imposição da pena de morte¹² ao efeito das decisões judiciais sobre agências administrativas,¹³ às causas de fraude no sistema de falências,¹⁴ ao uso de vários mecanismos alternativos para a resolução de conflitos¹⁵ - “pode ter um papel importante no discurso público (..) e pode afetar nosso manejo do sistema político” em muitos assuntos.¹⁶ Pelo menos, os juristas estão fazendo uso extensivo de estudos existentes: citações em periódicos jurídicos de pesquisas do mundo real, mesmo sob definições

altamente restritivas acerca das definições do que constitui “pesquisa do mundo real”, quase dobraram nas últimas duas décadas.¹⁷

Ao mesmo tempo, *o estado atual do estudo empírico jurídico é profundamente defeituoso*. Baseamos essa afirmação principalmente em um exame que realizamos da literatura jurídica¹⁸ — um exame que revelou que muitos levam adiante planos de pesquisa, independentemente de quão diversos seus objetivos possam ser, com pouco conhecimento, e muito menos observância, das regras de inferência que guiam a pesquisa empírica nas ciências sociais e naturais. A atenção contínua e autoconsciente à metodologia da análise empírica, tão presente nos periódicos de campos acadêmicos tradicionais (sem as quais os acadêmicos dessas disciplinas não estariam nem aptos a publicar seus trabalhos em periódicos respeitáveis nem a esperar que fossem lidos por qualquer um com um interesse em como o mundo funciona) — isto é, os artigos dedicados à metodologia nessas disciplinas — é virtualmente inexistente nos periódicos jurídicos americanos.¹⁹ Como resultado, os leitores aprendem informações consideravelmente menos precisas sobre o mundo empírico do que as conclusões, estridentemente anunciadas, mas demasiadamente confiantes, sugerem.

Isso é altamente problemático, dado que o estudo jurídico — talvez em um nível maior e de modo mais imediato do que a maioria dos outros campos — tem o potencial para influenciar políticas públicas, na medida que é reproduzido por juízes, legisladores e burocratas.²⁰ Assim sucede especialmente quando a influência vem na forma de estudos estimando as consequências prováveis de determinadas mudanças nas políticas públicas, avaliando o impacto de programas públicos existentes, ou afetando o mundo real de maneira oportuna.²¹ Mas mesmo se os conteúdos das seções de conclusão em artigos de periódicos jurídicos — geralmente prescrições ou implicações políticas da pesquisa — fossem em grande medida ignorados ou fossem orientados

principalmente para outros acadêmicos, nossas preocupações sobre o estado atual da literatura jurídica permaneceriam. Afinal, a despeito do objetivo, efeito ou público-alvo da pesquisa, os acadêmicos têm obrigação de produzir um trabalho que seja confiável. O estudo empírico que não segue as regras de inferência tem pouca probabilidade de atender a tal obrigação. Infelizmente, muito da literatura jurídica se encaixa nessa categoria. Muito da literatura jurídica ignora as regras de inferência e aplica, em seu lugar, as “regras” de persuasão e advocacia. Essas “regras” têm um lugar importante nos estudos jurídicos, mas não quando o objetivo é aprender algo sobre o mundo empírico.

Uma das fontes do problema quase certamente está no treinamento que os professores de direito recebem,²² e na perspectiva geral do mundo acadêmico que daí resulta. Enquanto um Ph.D. é ensinado a submeter sua hipótese preferida a todos os testes e fontes de dados concebíveis, procurando todas as evidências possíveis contra sua teoria, um advogado é ensinado a compilar todas as evidências *em prol* de sua hipótese e desviar a atenção de qualquer coisa que possa ser vista como informação contraditória. Um advogado que trata seu cliente como uma hipótese teria retirada sua licença; um Ph.D. que advoga uma hipótese como um cliente, seria ignorado.²³ Mas quando advogados – como professores de direito – vão de um tribunal para os corredores da faculdade (onde a verdade, e não somente uma determinada versão dela, importa), é altamente problemático para eles defender teorias e hipóteses como se eles fossem clientes necessitando a melhor representação possível, desprezando competidores ou ignorando-os completamente.²⁴ Isto porque, na pesquisa empírica, desafiar uma teoria com os melhores argumentos opostos possíveis é o que mais fortifica uma teoria.²⁵

Mas basta sobre isso. Nosso objetivo aqui não é agredir os professores de direito ou os estudos que eles produzem;²⁶ mas fazer uma contribuição no intuito de mitigar os problemas existentes na literatura.

Tentamos realizar isso adaptando as regras de inferência existentes nas ciências sociais e naturais para as necessidades especiais, teorias e dados do estudo jurídico, e explicando-as com ilustrações extensivas de pesquisas existentes.²⁷ Assim procedendo, esperamos alcançar várias circunscrições dentro da comunidade. Os professores de direito, dada a sua propensão para traçar inferências sobre o mundo real, claramente têm um interesse forte em aprender como realizar pesquisas empíricas de maneira adequada. Mas é igualmente claro que muitos deles não transformaram seu interesse em práticas produtivas de pesquisa. Acreditamos que as regras e diretrizes que estabelecemos podem começar a ajudar todos a fazê-lo e, a longo prazo, melhorar a qualidade da literatura jurídica,²⁸ de maneira a possibilitar que os professores de direito contribuam para o empreendimento de uma pesquisa verossímil, válida, comum e, finalmente, de muito maior valor.

Ao mesmo tempo, queremos incentivar uma atenção mais consciente para a metodologia em estudos jurídicos, a qual é praticamente inexistente em periódicos jurídicos, mesmo em artigos que realizam pesquisa empírica original. O direito é suficientemente importante para ter um subcampo devotado a problemas metodológicos, como acontece em quase todas as disciplinas que conduzem pesquisas empíricas. Pesquisadores lidando com as ciências sociais, naturais e físicas podem ajudar, mas um campo todo não pode depender de outros, com objetivos e perspectivas diferentes, para solucionar todos os problemas que professores de direito podem enfrentar. Infelizmente, a lista completa de todos os artigos de periódicos jurídicos devotados ao melhoramento, compreensão, explicação ou adaptação das regras de inferência é a seguinte: nenhum. Portanto, além de simplesmente ler este livro, esperamos que outros se imponham o desafio de tentar explicar, adaptar e estender as regras de inferência nos estudos jurídicos, e escrevam outros artigos sobre a metodologia de análises empíricas neste campo.

Também esperamos que as regras que oferecemos provem-se úteis para os membros da comunidade jurídica que não necessariamente realizam pesquisas, mas que certamente as consomem (por exemplo, advogados e juízes).²⁹ Porque as usam, é fundamental que eles sejam capazes de distinguir entre um trabalho que é “fraco” e aquele que não é.³⁰ Especialmente é o caso de juízes que, de acordo com *Daubert v Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*,³¹ não podem mais basear-se exclusivamente no consenso da comunidade científica para avaliar a qualidade de pesquisas apresentadas por peritos em seus tribunais. Agora são eles também demandados a julgar *eles mesmos* a pesquisa, a avaliar sua credibilidade, aferir seus métodos e avaliar sua esquematização.³² E embora haja sinais de que eles estejam *tentando* executar essas tarefas cruciais – uma pesquisa de 1991 do *Federal Judicial Center* revelou que apenas 25% dos juízes afirmaram ter excluído evidências falhas de peritos de seus julgamentos mais recentes; em 1998, esse número aumentou para 41%.³³ Não conhecemos nenhum artigo jurídico que os ajude a assim proceder; isto é, a diferenciar o bom do ruim e a avaliar o nível de certeza de acordo com diferentes práticas de pesquisa.³⁴ Este livro fornece um primeiro esforço no sentido de melhorar a habilidade deles de fazer essa distinção e executar a exigida avaliação.³⁵

Para alcançar tais fins variados, procedemos em três passos. Primeiro, porque reconhecemos que nossas regras só ajudarão pesquisadores empíricos que não estão cientes delas ou então que deixam de segui-las, começamos no Capítulo I com um breve relato da nossa pesquisa sobre problemas metodológicos nos periódicos jurídicos americanos. Depois, nos Capítulos II-VIII, dedicamos considerável atenção ao esclarecimento das regras de inferência e sua aplicação na investigação jurídica. Assim fazemos por acreditar que os juristas que realizam pesquisas empíricas precisam compreender,

analisar, usar e, onde necessário, aprender a estender as diretrizes que oferecemos. Essas regras não devem ser meramente emolduradas e penduradas em uma parede ou apregoadas em notas de rodapé. Elas devem ser lidas, ensinadas, internalizadas, e colocadas em uso quando e onde a literatura jurídica for escrita. O Capítulo II considera os objetivos da pesquisa empírica: reunir e resumir dados e traçar inferências descritivas e causais. Depois de delinear o processo de projetar a pesquisa no Capítulo III, nós enunciaremos regras que governam os componentes desse processo: Perguntas de Pesquisa (Capítulo IV), Teorias e Suas Implicações Observáveis (Capítulo V), Hipóteses Rivals (Capítulo VI), Medição e Estimativa (Capítulo VII), e Seleção de Observações (Capítulo VIII). Embora não exista um percurso certo para inferências válidas, ou mesmo possa em tese existir um, aderir a essas regras deve aumentar muito a validade e o valor da literatura jurídica empírica.

Concluimos com sugestões sobre como a comunidade jurídica pode reorganizar a conduta de investigação e ensino, de modo que se possa sustentar melhor a criação de pesquisas de primeira linha sem o comprometimento de seus outros objetivos, como o treinamento de advogados. As oportunidades aqui são extremamente promissoras e muito instigantes, talvez ainda mais que em muitas das áreas mais avançadas de pesquisa acadêmica. Expandimos esse ponto com maior detalhamento no Capítulo IX, e também oferecemos um conjunto de recomendações no que tange à criação de infra-estrutura séria para a pesquisa jurídica. Elas incluem o estímulo do desenvolvimento de um conjunto de habilidades necessárias para se conduzir investigações do “mundo real”, movendo-se para um modelo alternativo de gestão de periódicos, elaborando padrões para o arquivamento de dados, e várias outras recomendações para o futuro do conhecimento na academia jurídica.

I.

A EXTENSÃO DOS PROBLEMAS METODOLÓGICOS NA PESQUISA EMPÍRICA

Se todos os pesquisadores que realizam pesquisa empírica na área jurídica seguissem as regras de inferência, então, seria desnecessária a atenção autoconsciente a elas. Da mesma forma, ao decidir se deveríamos escrever este livro, realizamos nossa própria pesquisa sobre as práticas atuais nos periódicos jurídicos dos Estados Unidos. Nossa proposta era identificar onde os problemas estavam. Nossa resposta? Em todos os lugares. Descobrimos que graves problemas de inferência e de metodologia constam em abundância em todos os lugares onde achamos pesquisa empírica em periódicos jurídicos e artigos escritos por membros da comunidade jurídica.

Agora, apresentaremos como realizamos nossa pesquisa, mas os leitores devem estar cientes que nosso objetivo é a melhoria da pesquisa jurídica, e não a condenação de alguns autores pelos erros cometidos por todos. Um esporte sangrento pode ser divertido de se observar, mas não tem serventia à nossa proposta e dificilmente pareceria justo. No decorrer deste livro, criticamos inúmeros estudos particulares, mas o fazemos apenas quando necessário à explanação de um ponto de vista. Usualmente, isso significa apresentar uma regra de inferência e como sua violação pode ser corrigida. De fato, para nossa proposta, o melhor artigo não é aquele que viola toda e qualquer regra de inferência. Isso produziria confusão, requisitando longas qualificações, e, em uma perspectiva explicativa, teria pouca utilidade. Assim, o melhor exemplar é aquele perfeito em quase todos os quesitos, exceto um – precisamente aquele que ilustra a regra de inferência que estamos explicando. Dessa forma, podemos demonstrar claramente as vantagens de seguir uma determinada regra de

inferência. Assim, os leitores devem entender que a maioria dos trabalhos que discutimos explicitamente no decorrer deste livro estão muito acima da média, ainda que falhem na área que estamos explicando, independentemente de terem sido escritos por professores titulares, professores principiantes, por aqueles que apareceram em publicações da mais conceituada faculdade de direito dos Estados Unidos ou então em excertos específicos produzidos por instituições de quarta categoria. Neste Capítulo, nós apresentamos um resumo de nossa pesquisa, mas sem referências explícitas.³⁶ Encontrar exemplos para um trabalho de metodologia como este é difícil: para cada regra que apresentamos, os periódicos jurídicos possuem muitos artigos que as seguem fielmente. Muitos daqueles que violam a regra, contudo, também violam uma complexa combinação de outras regras, de forma que não servem para uma perspectiva pedagógica.

Nós então começamos enfrentando a questão de uma forma ampla, lendo todos os 231 artigos publicados em *todos* os periódicos de direito dos Estados Unidos entre 1990 e 2000 que contivessem a palavra “empírica” em seus títulos.³⁷ Nós fizemos um inventário destes artigos porque, em virtude de seus títulos, eles, no mínimo, alegam estar realizando a pesquisa baseada em observações do mundo real. A “pesquisa empírica” aparentemente tornou-se um termo técnico na literatura jurídica, e muitos daqueles que usaram o termo em seus títulos parecem ter intencionalmente identificado seus trabalhos com esse movimento. Nós temos complementado esta estratégia de pesquisa com outra mais focada visando revelar e avaliar alguns dos melhores artigos dentro da pesquisa empírica jurídica. Esta pesquisa, ainda em andamento, inclui todos os artigos empíricos dos seis melhores periódicos jurídicos (Chicago, Columbia, Harvard, NYU, Stanford e Yale) publicados entre 1995 e 2000.³⁸ A pesquisa também inclui os cinquenta artigos mais citados (de acordo com a

Legal Scholarship Network) que foram escritos por juristas e foram divulgados em periódicos jurídicos.³⁹ Nós adicionamos a esta lista formal uma abordagem mais informal; especificamente, lemos uma gama de periódicos jurídicos, seguindo as citações e lendo a partir destas. Quando os juristas souberam que nós estávamos trabalhando neste projeto, muitos foram corteses em nos mandarem seus trabalhos empíricos ou em nos indicarem outros, os quais também lemos. Finalmente, nós examinamos os estudos em quatro periódicos jurídicos de revisão paritária (o *Journal of Law & Economics*; o *Journal of Law, Economics & Organizations*; o *Journal of Legal Studies* e *Law & Society Review*.) ainda que a autoria da maioria destes artigos seja oriunda das áreas de ciências sociais e administração – e não de membros da comunidade jurídica, os quais constituem o principal público-alvo deste livro.⁴⁰

Nós, obviamente, não avaliamos nada próximo da totalidade da pesquisa empírica no direito, mas pesquisamos extensivamente em algo aproximado de uma amostra representativa de toda a pesquisa empírica nos periódicos jurídicos. Nós também focamos profundamente, de diversas maneiras, em áreas onde a qualidade deve ser alta, tanto que, para esta amostra, qualquer conclusão traçada por nós deveria estar inclinada a não encontrar problemas metodológicos.

Contudo, nossos resultados são desanimadores. Enquanto certamente é verdade que alguns artigos nos periódicos jurídicos são melhores que outros, e que alguns deles cumpram com a regra de inferência melhor que outros, todo e cada artigo que lemos até então viola pelo menos uma das regras que nós discutimos no decorrer deste livro.⁴¹ Como todos eles têm o potencial para serem aproveitados em contenciosos, em procedimentos administrativos ou em audiências, nós podemos apenas imaginar as sérias consequências para as políticas públicas (sem mencionar para o desenvolvimento

do conhecimento) que já devem ter resultado deles – ou que disso ainda possam resultar.⁴²

Ao escrever este trabalho, nós não queremos sugerir que a pesquisa empírica presente nos periódicos jurídicos é, sempre ou frequentemente, pior que os artigos nos periódicos de outras disciplinas do conhecimento. Tais comparações são irrelevantes. O nosso único ponto é que a nossa pesquisa indica que muitos juristas que realizam pesquisas empíricas – o que, numa definição padrão de “empírico”, significa praticamente todos os juristas – iriam se beneficiar de uma maior familiaridade com as regras de inferência. Outros campos parecem se beneficiar por dedicar constante atenção a seus problemas metodológicos em artigos explícita e exclusivamente dedicados a método. Não descobrimos nenhuma razão pela qual a academia jurídica não deva fazer o mesmo.

Esta conclusão e o resultado da nossa pesquisa, de uma forma geral, provavelmente não serão uma surpresa para vários professores de direito cuja própria avaliação da literatura jurídica tem sido mais negativa e extrema do que a nossa. De fato, parece haver uma antiga tradição na academia jurídica de denegrir artigos publicados em seus periódicos.⁴³ Ao longo dos anos, eles têm se referido ao conteúdo destes periódicos como “sucata”,⁴⁴ “esterco”,⁴⁵ “(não) legível por humanos”,⁴⁶ “confuso”,⁴⁷ “ciência-lixo”,⁴⁸ “indigerível”,⁴⁹ “entediante, muito longo”,⁵⁰ repleto de “assunções sem bases empíricas”,⁵¹ dependente de “anedotas”,⁵² “opaco”,⁵³ e um “escândalo escancarado”.⁵⁴

Felizmente, ao menos para a pesquisa futura, remediar o problema do trabalho empírico nas periódicos jurídicos não exigirá medidas tão drásticas ou dramáticas quanto este rol de reclamações sugere – apenas uma maior atenção e adesão às regras da inferência, que nós começaremos a expor no próximo Capítulo.

II.

**CARACTERÍSTICAS COMUNS
DA PESQUISA EMPÍRICA**

Praticamente todas as pesquisas empíricas de qualidade compartilham duas características. A primeira é que o pesquisador normalmente tem um ou mais objetivos específicos em mente – como coletar dados ou fazer inferências. A segunda é que, independente de qual for o objetivo específico, o pesquisador seguirá algumas regras gerais para alcançá-lo – ou ao menos alcançá-lo com algum grau de confiança. A seguir, consideramos estas características em certo grau de detalhamento. Nós iniciamos com uma discussão sobre os objetivos da pesquisa empírica e avançamos para as diretrizes a que todos os pesquisadores que buscam alcançar um ou mais desses objetivos devem aderir.

A. OS OBJETIVOS

Independentemente do tipo de dado empregado, toda a pesquisa empírica procura atingir um dentre três fins, ou mais tipicamente alguma combinação deles: *coletar dados* para o uso do pesquisador ou de outros; *resumir dados* para que sejam facilmente compreendidos; e *fazer inferências descritivas ou causais*, o que envolve usar os dados que observamos para aprender sobre os dados que queremos levantar.

1. Coletando dados

O mundo jurídico produz uma enorme quantidade de informações todos os dias. Centenas de ações judiciais são pleiteadas ou decididas, resultados de decisões são prolatados, dezenas de normas são implementadas (ou não), algumas são revisadas pelos legisladores

e por outros órgãos formuladores de políticas. E os membros da comunidade jurídica – talvez mais que os outros – têm sido fundamentais para garantir que os registros destes eventos existam por um longo período de tempo. Para exemplificar, há registros dos acórdãos da Suprema Corte dos Estados Unidos desde 1790, mas, em comparação, registros dos resultados das eleições presidenciais não existiam antes de 1984.⁵⁵

Ainda assim, apenas preservar registros, mesmo que importante, não é normalmente um objetivo isolado associado à escola empírica; tal objetivo é, na verdade, traduzir ou coletar informações de forma que pesquisadores possam fazer uso delas. Considere a pesquisa feita por Liebman e seus colegas que procura avaliar, através de um exame de acórdãos das Cortes de Apelação federais e estaduais, a extensão de erros nas condenações capitais.⁵⁶ Felizmente para a equipe de Liebman, os acórdãos publicados nestes casos estão disponíveis em inúmeras fontes (por exemplo, o *Federal Reporters* e o *South Eastern Reporter*). No entanto, estes acórdãos são apenas isto – decisões judiciais julgadas em casos capitais sem nenhuma tentativa de sistematizar características relevantes. Esta é a importante tarefa de que a equipe Liebman encarregou-se: eles utilizam as informações das publicações federais e estaduais para criar um banco de dados.⁵⁷ Então, por exemplo, enquanto eles incluem o nome do indivíduo cujo julgamento está sob revisão (como faz, por exemplo, o *Federal Reporter*), eles também retratam detalhes sobre a vítima e o fundamento da sentença (se revisada),⁵⁸ dentre outros atributos sistematicamente coletados.

No caso da equipe de Liebman, coleta de dados foi um, mas não o objetivo final da pesquisa. Ele e seus colegas estavam também interessados em resumir dados de uma forma semelhante a que descrevemos na próxima seção. Considerando que a maioria dos

pesquisadores não coleta dados apenas por coletar, mas possui outros objetivos em mente (resumir ou fazer inferências), a equipe de Liebman não é atípica. Entretanto, há exceções, principalmente a chamada base de dados “multiusuário” ou “de uso público”. A ideia por trás de tais bancos de dados é direta o suficiente: ao invés de coletar dados para responder a uma determinada pergunta de pesquisa - por exemplo, em quantos casos capitais há erros? – coletar grandes bancos de dados tão ricos em conteúdo que múltiplos usuários, mesmo aqueles com projetos distintos, podem utilizá-los.

Além de abrir o acesso a vários pesquisadores, grandes bancos de dados de uso comum possuem o que se entende por vantagem *combinatória*. Para verificar isto, considere um método útil de análise de dados – *tabulação cruzada*, ou uma tabela que resuma informações sobre uma variada gama de interesses. Por exemplo, a tabulação cruzada de ações judiciais da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre uma amostra de petições de revisãoⁱⁱⁱ (providas ou não) pelo envolvimento do governo americano nestas petições (como peticionário ou não), como mostra a tabela número 1, produz quatro valores de “células” (“*cell*” *values*): o número de petições a que a Suprema Corte deu provimento quando o governo federal era o peticionário (26) e o número de petições a que negou provimento (0), a quantidade provida quando o governo não era o peticionário (85) e o número dos que foram desprovidos (1078). Isto é somado à informação sobre cada dado separadamente (por exemplo, a fração de petições em que o governo foi peticionário (26/1189) e de petições providas (111/1189)).

TABELA 1:

TABULAÇÃO CRUZADA DAS AÇÕES JUDICIAIS DA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS SOBRE AS PETIÇÕES DE REVISÃO PELO ENVOLVIMENTO DO GOVERNO AMERICANO NOS RECURSOS⁵⁹

		A Suprema Corte concedeu a revisão?		
		SIM	NÃO	TOTAL
O governo é o peticionário?	SIM	26	0	26
	NÃO	85	1078	1163
	TOTAL	111	1078	1189

O relevante é que dois fatores, o agir da Suprema Corte e o envolvimento do governo americano, cada um com duas categorias, produzem informações em $2 \times 2 = 4$ células. Agora considere uma situação em que duas equipes de pesquisadores querem estudar os fatores que conduzem a Suprema Corte a conceder a revisão. Um dos estudos está interessado principalmente em avaliar o efeito do papel do governo federal como peticionário. O outro estudo está interessado em examinar o impacto de conflitos nas Cortes de Apelação dos Estados Unidos sobre a resposta à questão que levou à petição de revisão.⁶⁰ Supondo, para simplificar, que cada um destes fatores possui duas categorias (se o governo foi o peticionário ou não; se conflitos entre as cortes existiram ou não). Supondo ainda que as equipes não estejam trabalhando conjuntamente, e recolheram suas amostras independentes de petições de revisão e coletaram dados acerca do fator de seu interesse específico (envolvimento do governo federal para a Equipe 1 e conflitos entre cortes para a Equipe 2) e quatro outros fatores não justapostos (cada um com

duas categorias) que eles também suspeitam que afetam as decisões da Suprema Corte em conceder revisões.⁶¹ O resultado é que a tabulação cruzada para cada estudo produz $2^5 = 32$ células. Note, contudo, que já que os pesquisadores recolheram suas amostras de petições de revisão de forma independente, tabulações cruzadas de fatores de uma amostra com os fatores de outra não seriam possíveis. Agora considere o que aconteceria se as duas equipes se juntassem e coletassem os mesmos dez fatores no mesmo conjunto de petições em um grande conjunto de dados. A vantagem combinatória advém: se os dez fatores fossem coletados juntos nas mesmas petições, os dez fatores de duas categorias cada gerariam $2^{10} = 1024$ células diferentes, ou $[2^{10}/(2 \times 2^5)] = 16$ vezes mais informações do que cada banco de dados produziu separadamente.⁶²

Ciente dessas vantagens, o cientista social Harold J. Spaeth, há aproximadamente duas décadas, pediu à *National Science Foundation* (NSF) que financiasse um banco de dados multiusuário sobre a Suprema Corte, o qual contivesse a contagem dos atributos das decisões da Corte publicadas desde 1953, variando desde a data da sustentação oral, identificação das partes do litígio até como os ministros votaram.⁶³ Com o apoio do NSF e orientação de um comitê de supervisores, Spaeth procedeu à tarefa de coletar e codificar os dados e, finalmente, montar o banco de dados. No final dos anos 1980, ele tornou público esse banco de dados e os documentos necessários para utilizá-lo. Desde então, ele atualiza os dados anualmente. Ele também coletou dados anteriores, de maneira a cobrir a época da Corte de Vinson (período de 1946-1952).

Como esperado, Spaeth fez grande uso de sua base de dados para responder suas perguntas de pesquisa específicas,⁶⁴ mas uma multidão de outros pesquisadores usaram-na para estudar questões próprias.⁶⁵ Se a equipe de Liebman tornasse sua base de dados

pública, mesmo sendo originalmente projetada para a sua pesquisa, os pesquisadores provavelmente aproveitariam o trabalho elaborado pela equipe de Liebman da mesma maneira como fizeram com o trabalho de Spaeth. Visto desta forma, Spaeth, a equipe de Liebman e vários outros esforços para coleta de dados são importantes contribuições para a comunidade acadêmica. Nós devemos reconhecê-los integralmente como tal.

Há também outra semelhança entre o conjunto de dados da equipe de Liebman e Spaeth. Em ambos os casos, os criadores obtiveram seus dados de fontes públicas ou prontamente disponíveis: no caso da equipe de Liebman, dos informes federais e estaduais (*state e federal reporters*); e no caso de Spaeth, dos informes dos Estados Unidos (*U.S. Reports*). Isto é muito comum, mas não é a única maneira como pesquisadores – especialmente cientistas sociais - abordam a coleta de dados. De fato, muitos estudos sobre, por exemplo, o comportamento de voto baseiam-se mais em dados gerados pelo investigador do que em dados que o investigador obtém de outras fontes. Estes dados podem ser provenientes de questionários, entrevistas ou experimentos.

Inobstante a fonte, avaliar as iniciativas da coleta de dados depende muito do propósito que o pesquisador tem em mente. Como sugerimos anteriormente, os pesquisadores costumam não considerar o acúmulo de dados como um fim em si mesmo. Todavia, independentemente do objetivo, algumas regras básicas aplicam-se. Primeiro, o processo através do qual os dados venham a ser observados deve ser integralmente registrado. Isto é o equivalente científico de insistir no tribunal que o “conjunto de provas” seja totalmente documentado e ininterrupto. Segundo, quanto mais dados, melhor. Em quase toda utilização empírica concebível, uma maior quantidade de dados não prejudica os objetivos do pesquisador. Elaboraremos e explicaremos

a importância de ambas as regras nos Capítulos II e VII.

2. Resumindo os dados

Em seu estudo sobre falência de consumidores, Norberg levanta duas questões empíricas: como os credores obtêm sucesso, e que fatores são responsáveis por seu sucesso ou fracasso?⁶⁶ Para abordá-las, Norberg começou resumindo os dados que coletou de cada um dos setenta e um casos do Capítulo 13 ajuizados na Corte Americana de Falências do Distrito Sul de Mississippi entre 1992 e 1998. A tabela 2, abaixo, que detalha a arrecadação dos credores em cada caso pelo tipo de causa, é um exemplo do seu trabalho.

TABELA 2:

ARRECADAÇÃO DOS CREDORES POR CASO CONFORME RELATADO POR NORBERG⁶⁷

NATUREZA DA CAUSA	INTERVALO	MÉDIA	MEDIANA	DESVIO PADRÃO
Com garantia	\$0-\$66.183	\$9.313	\$3.914	\$13.766
Prioritárias	\$0-\$4.965	\$193	\$0	\$713
Gerais	\$0-\$7.645	\$861	\$146	\$1.544
Total	\$0-\$67.130	\$10.367	\$4.076	\$14.379

Considerando que uma de suas perguntas de pesquisa (como os credores obtêm sucesso?) requeria uma resposta descritiva – um resumo direto dos dados relevantes – o trabalho de Norberg foi um ponto de partida razoável. Entretanto, mesmo quando os pesquisadores propõem questões às quais não conseguem responder apenas com a informação descritiva, um passo importante na análise, seja

das evidências quantitativas ou das qualitativas, é fornecer tais resumos. Isto porque as alternativas – no exemplo de Norberg, uma lista de 213 quantias em dólares (setenta e um casos multiplicados por três categorias) - estão além da compreensão direta da maioria dos seres humanos. Nós sequer conseguimos armazenar todos esta quantidade de números em nossa mente de uma só vez, muito menos interpretá-los simultaneamente. Da mesma forma, quase todos os estudos utilizam resumos de dados em vez de apresentá-los em sua forma bruta original – incluindo os mais extensos bancos de dados numéricos na pesquisa quantitativa ou as mais longas e detalhadas descrições verbais de qualquer fenômeno real na pesquisa qualitativa - a fim de entender ou comunicar o significado dos dados.

Resumos possuem diversos formatos. Em dados numéricos, normalmente resumimos vários números em poucos, e de fato essa atividade representa grande parte do campo acadêmico da estatística. As estatísticas simples tipicamente invocadas por juristas incluem a média, a mediana, a moda, intervalo e o desvio padrão.⁶⁸ Os três primeiros são medidas da *tendência central*, isto é, elas nos informam o “centro” da distribuição das quantias em dólar das causas com garantia (ou qualquer fator de interesse). A média é simples, de forma que os \$9.313 na Tabela 2 são a quantia média de dinheiro que os credores com garantias arrecadaram. A mediana é o caso situado no ponto central da distribuição dos casos, de forma que metade dos credores com garantias arrecadaram mais que \$3.914, e metade arrecadou menos. A moda (a qual Norberg não apresenta em sua tabela) é simplesmente o valor com maior frequência de ocorrência, de forma que, se Norberg tivesse apenas três casos em sua categoria de causas prioritárias, com arrecadações de \$0, \$4.965 e \$0, \$0, seria a moda. As outras duas estatísticas, intervalo e desvio padrão, são medidas de dispersão ou de variabilidade, isto é, elas

nos informam o grau no qual os dados estão distantes dos valores típicos. O intervalo é simplesmente o valor mínimo e o valor máximo para cada tipo de causa, de forma que, o valor mínimo arrecadado pelos credores com causas com garantias foi de \$0, e o máximo, de \$66.183. O desvio padrão é a estatística que apresenta a distância entre os valores e a média.⁶⁹

Cada resumo numérico traz ao leitor uma noção de toda a distribuição dos setenta e um casos para cada tipo de causa, mas omite outras características da distribuição. Um exemplo simples é notar que a mediana inclui informações sobre a tendência central, mas omite informações sobre a variação. Em outras palavras, a média da quantidade de dinheiro arrecadado pelos credores com causas com garantias não nos indica nada acerca do grau segundo o qual os credores desviaram daquela mediana. Estavam eles fortemente agrupados próximos ao valor de \$3.914 ou não? Além disso, ainda que a tabela forneça medidas da tendência central e variação, outras características, como simetria (o grau no qual a distribuição é simétrica em torno da média) ou as quantias em dólares de cada caso, são necessariamente perdidas. Isto é fácil de perceber, pois toda a lista dos 213 números não pode ser reproduzida a partir da Tabela 2, ou, da mesma forma, muitas listas diferentes contendo 213 números são consistentes com os resumos numéricos que ela mostra.

A perda das informações não é, em si, um problema. A única dificuldade aparece quando os pesquisadores descartam informações úteis. No entanto, como as informações inúteis para um objetivo podem ser úteis para outro, não podemos saber, somente a partir dos números relatados, se o autor fez um bom trabalho de resumo.

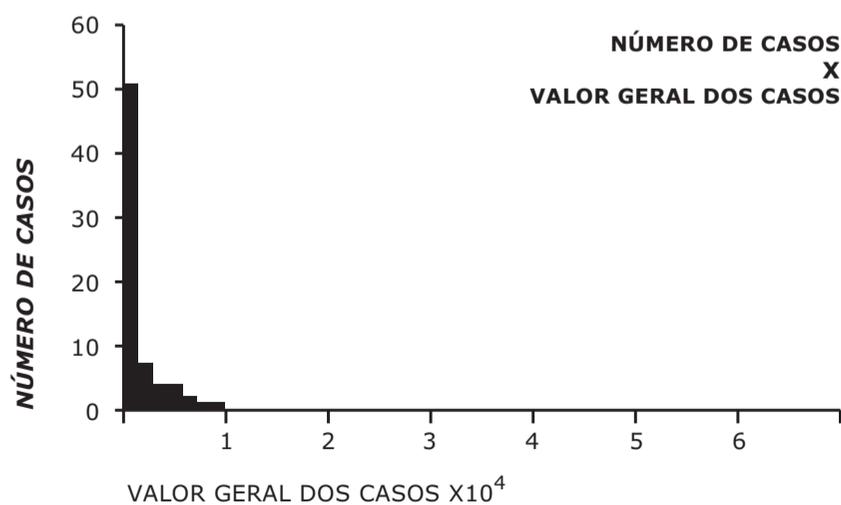
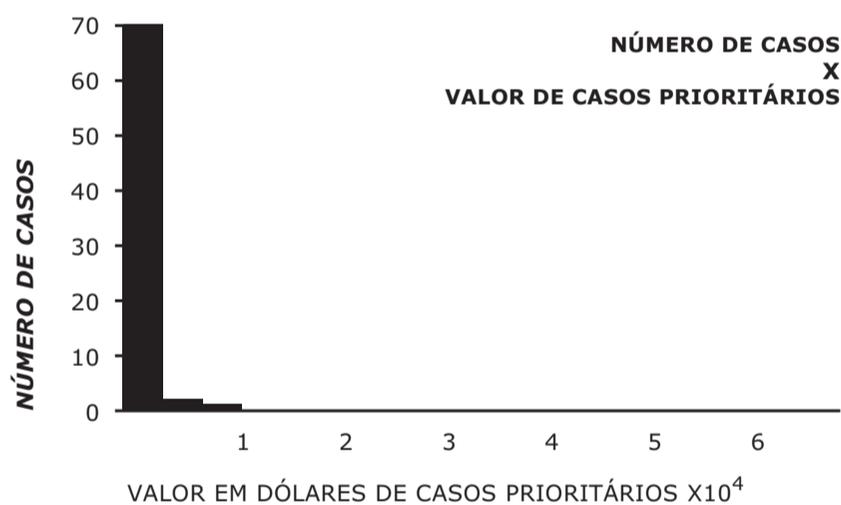
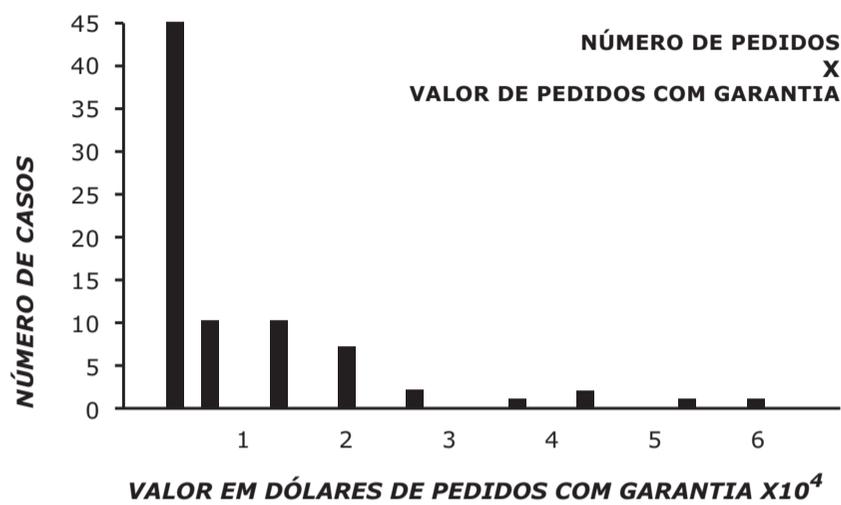
Em alguns casos, gráficos ou outras representações de dados podem transmitir as informações corretas sem muitas perdas. Isto não é comum, mas, quando possível, deve ser aproveitado, como é

possível fazer nos dados de Norberg.⁷⁰ Ao invés de apresentar os dados em uma forma tabular, como ele o fez, podemos representá-los em três *histogramas* separados: para arrecadações para as causas com garantia, prioritárias e para causas gerais. Histogramas são representações visuais de toda a distribuição – neste caso, do número de dólares que os credores arrecadaram em cada caso em cada categoria.

A Figura 1 traz exemplos, com o eixo horizontal de cada histograma representando o valor em dólares e o eixo vertical, o número de casos em cada categoria. A única informação perdida com esta apresentação é a variação da quantia em dólar que pode existir em cada barra, a qual agrupa os casos (a largura da barra é uma escolha feita pelo investigador). Entretanto, percebe o ganho: características dos dados que a tabela de Norberg (em outras palavras, sua escolha de estatísticas resumidas) oculta revelam-se bastante consequentes. Por exemplo, podemos observar agora (mais claramente do que podíamos calcular pela Tabela 2) que a quantidade modal de dólares recebidos por credores para todos os três tipos de causas é zero. Este fato revela, dentre outras coisas, que as médias e as medianas (as estatísticas que Norberg fornece) não são resumos particularmente bons dessa característica dos dados, considerando que eles omitiram o pico no zero. Provavelmente, os processos que geraram estes dados são desarticulados: em reivindicações de credores, parece provável que um conjunto de fatores explique se os credores irão arrecadar *algum* dinheiro, e que um conjunto de fatores parcialmente diferente explique *quanto* os credores arrecadarão (supondo que alguma quantidade de dinheiro será paga). Uma questão interessante é se o resultado se mantém sob análises mais sistemáticas, mas ela só surgiu após extrairmos informações úteis sobre a distribuição utilizando um método que resume os dados sem perder características relevantes.

FIGURA 1:

HISTOGRAMAS DOS DADOS DE NORBERG



Qualquer que seja a forma como os acadêmicos escolham apresentar seus resumos, ou independente daquilo que eles decidam incluir nestes, uma advertência deve ser feita: eles não devem reificar seus números. Isso porque resumos de números isolados não precisam representar exatamente nem um caso.⁷¹ Então, por exemplo, se nós observarmos nove dos doze jurados votando por condenar o réu, não resumiríamos esta informação dizendo que o jurado médio foi três quartos a favor da condenação.⁷²

Mesmo que isto pareça óbvio, é surpreendente o quão frequentemente os juristas reificam os números – especialmente quando tentam apresentar “perfis” ou “médias”, ao invés de resumir componentes. Considere como Eisenberg, Garvey e Wells apresentam seus dados em um estudo sobre se os jurados de casos capitais assumem responsabilidade pelas sentenças que impõem:

[R]espostas a diferentes perguntas de entrevistas sugerem um cenário relativamente consistente da responsabilidade do jurado pela sentença. O jurado “médio” entende e aceita o papel fundamental que ele tem na determinação da sentença do réu; não vê a lei como algo que o force a chegar a uma sentença específica; não vê uma decisão de pena de morte como algo que as cortes provavelmente reverterão; e considera sua participação em júris de casos capitais emocionalmente desgastante. Por outro lado, ele não considera muito provável que qualquer sentença de pena de morte que ele imponha venha, de fato, a ser executada.⁷³

De fato, os autores não fornecem qualquer evidência de que seu perfil do jurado médio descreve com precisão a maioria dos jurados, alguns jurados ou qualquer jurado. Nessa pesquisa, como

na maioria delas, o “jurado médio” (o que é distinto da resposta média dos jurados para uma pergunta de questionário) é uma criação do pesquisador.

Observada tal advertência, pode-se dizer que, quando devidamente coletadas, apresentadas e compreendidas, as estatísticas resumidas são formas úteis e geralmente necessárias de descrever grandes conjuntos de dados. Da mesma forma, os resumos geralmente possuem um papel importante na pesquisa empírica qualitativa. Aqui, a descrição pode assumir a forma de um resumo verbal, por exemplo, quando o pesquisador tenta resumir um precedente (o qual pode incluir um, dois, três ou muitos mais casos) que seja relevante às suas preocupações. Assim se dá a investigação realizada por Gelacak, Nagel e Johnson,⁷⁴ a qual foca principalmente em como os juízes das cortes distritais dos Estados Unidos utilizam as provisões sobre divergências contidas no *Sentencing Reform Act* de 1984. Reconhecendo que estes juízes podem ser influenciados pela jurisprudência das cortes de apelação norte-americanas, os autores também investigam a “jurisprudência” sobre divergências junto às cortes de apelação norte-americanas.⁷⁵ O trecho a seguir é como eles descrevem a abordagem do Nono Circuito:

O Nono Circuito foi (...) notável em seus padrões para revisão de divergências, uma vez que esta corte impôs requisitos procedimentais bastante rigorosos para as decisões de divergir das cortes distritais. O Nono Circuito exigiu que as cortes distritais expusessem, em seus registros, as razões para divergir, e que explicassem a extensão de tal divergência. O Nono Circuito aplicou estritamente tais requisitos, invalidando numerosas divergências, especialmente aquelas sentenças em que o réu era condenado a mais do que recomendam as

diretrizes federais, em razão do não fornecimento de uma explicação adequada.⁷⁶

Nestas três sentenças, Gelacak e seus coautores tentam resumir a doutrina estabelecida em cinco casos abrangendo o período de três anos. A breve descrição deles necessariamente omite detalhes consideráveis destes casos, alguns dos quais os autores descrevem em notas de rodapé.⁷⁷ O que, apesar disto, a torna útil é que as características nela retidas são aquelas que os autores desejam passar aos leitores, se, de fato, a citação reflete com precisão os casos que ela foi escrita para descrever.

3. Traçando inferências descritivas

Descrever observações através de resumos, como discutimos acima, é um momento crítico para a maioria dos projetos de pesquisa. Porém, geralmente não é o principal objetivo. O objetivo, em vez disso, é a *inferência* – o processo de utilizar os fatos que conhecemos para aprender sobre os fatos que desconhecemos. Há dois tipos de inferências: descritiva e causal.

Enquanto os pesquisadores costumam utilizar resumos de dados para fazer inferências descritivas, inferências descritivas são diferentes de resumos de dados. Não as fazemos resumindo fatos; nós as fazemos utilizando os fatos que conhecemos para aprender sobre fatos que não conhecemos. Para visualizar esta distinção, considere a investigação de Milhaupt e West sobre por que o crime organizado “emerge, e qual a função... que ele tem na economia”.⁷⁸ Os pesquisadores se focam no Japão para abordar tais questões. Eles acumulam e resumem dados desse país dos anos 1972 até 1997, mas também esperam utilizar a “experiência japonesa” para desenvolver “*insights* sobre os crimes organizados em ambientes tão

diversos como a Rússia e a Sicília.”⁷⁹ Eles estão, dessa forma, buscando traçar duas inferências descritivas: (1) eles querem usar resumos de dados específicos que coletaram no Japão a fim de aprender sobre o crime organizado no Japão de maneira geral e (2) eles querem usar o que eles aprenderam sobre o Japão para aprender sobre o resto do mundo.

Lederman engajou-se em um empreendimento análogo. Na tentativa de responder a uma pergunta *genérica* de pesquisa – “Quais casos vão a julgamento?”- ela elaborou uma amostra aleatória de quatrocentos casos ajuizados em uma *corte específica* (a Corte Tributária) durante um período *isolado* de tempo (1990 até 1995).⁸⁰ Qualquer resumo desses quatrocentos casos, ou mesmo todos esses quatrocentos casos, é, em si, de pouco interesse. O propósito, para Lederman, era ajudá-la a aprender sobre dados que não ela possuía – todos os da Corte Tributária que não vão e vão a julgamento e, por fim, todos os casos arquivados em todas as cortes.

Ainda que os projetos de Milhaupt/West e Lederman sejam substancialmente distintos, eles compartilham uma característica comum – em ambos, os pesquisadores estão tentando traçar uma inferência descritiva. Através da coleta de observações em um país (Japão) ou em uma corte (Corte Tributária) em um ponto específico do tempo, eles tentam aprender algo – traçar uma inferência descritiva – sobre aquele país ou corte específicos de uma maneira geral (e não simplesmente durante o lapso temporal que estudam). Ao mesmo tempo, estão procurando generalizar sobre o mundo baseados em testes em uma pequena parte dele. Isto é, eles querem aprender algo sobre os outros países, outras cortes ou outros períodos de tempo, os quais eles não estão observando. Os fatos que eles não observam ou conhecem são por vezes chamados características de uma *população* (por exemplo, todos os países de interesse, incluindo o Japão),

os valores sobre os quais estão buscando aprender através da mensuração de uma *amostra* (por exemplo, o Japão nos anos de 1972 até 1997).

É importante que Milhaupt/West e Lederman compreendam essa distinção, já que o primeiro passo crítico para traçar uma inferência descritiva é identificar o alvo da inferência – o fato que gostaríamos de conhecer, como o crime organizado em todos os países ou os acordos em todos os casos. Quando os pesquisadores não tomam tal passo, ficam sujeitos aos males de uma “caixa de Pandora” em potencial, muitos dos quais detalhamos no Capítulo VIII. Uma preocupação imediata aqui é que a falha em seguir este princípio pode levar àquilo que deveria ser uma crítica desnecessária da pesquisa. Tal foi o destino do estudo de Bradley e Rosenzweig sobre o Código de Falências (*Bankruptcy Code*).⁸¹ Para defender seus argumentos iniciais de que o Congresso deveria revogar o Capítulo 11, os pesquisadores examinaram o comportamento de uma amostra de companhias de capital aberto que pediram falência. Isto conduziu Warren, em uma apreciação condenatória da pesquisa, a suscitar a questão óbvia: considerando que companhias de capital aberto constituem menos de 1% de todos os casos do Capítulo 11, e considerando que pesquisas anteriores indicam que “a experiência das grandes companhias de capital aberto em processo de falência é drasticamente diferente daquela de companhias menores e privadas”, seria legítimo que Bradley e Rosenzweig advogassem extensas mudanças na legislação com base em sua amostra?⁸² Para Warren, a resposta é definitivamente negativa. Os pesquisadores não podem “alegar que todos os seus dados se aplicam com a mesma força para todas as empresas invocando o Capítulo 11.”⁸³

Se, na verdade, o objeto da inferência de Bradley e Rosenzweig fossem todas as companhias que requerem falência, então a opinião

de Warren é plausível. Se, na verdade, a intenção dos pesquisadores era fazer reivindicações apenas em relação às companhias de capital aberto, então Warren estava exagerando – mas não por sua culpa.⁸⁴ Cabe aos pesquisadores, e não aos leitores, especificar o objeto de sua inferência. Caso este objeto seja esquivo ou obscuro para os investigadores, o que eles devem fazer é imaginar como procederiam com um orçamento ilimitado e sem limites sobre a quantidade de tempo e esforço que poderiam despende. Se, nessa situação hipotética, eles descobrirem que são incapazes de esclarecer com grande precisão a quantidade a ser estimada, eles devem repensar o projeto em seus estágios anteriores, se não do zero. De fato, sem um objeto identificado e não-ambíguo, um projeto de pesquisa não poderá ser razoavelmente avaliado e, portanto, não poderá ser bem-sucedido.

A maioria dos estudos que consideramos até agora contam com evidências numéricas, mas os pesquisadores que utilizam informações qualitativas procuram traçar inferências descritivas tão frequentemente quanto. Considere as análises doutrinárias de áreas específicas do direito. Em várias destas, os pesquisadores tentam fazer inferências sobre o “estado do direito”, focando em “alguns poucos casos de exemplo” ou casos “chave”.⁸⁵ Porém, em quase todos, os pesquisadores não deixam suas tentativas de inferências descritivas explícitas; com frequência deixando, ao invés disso, que as sempre presentes “*string citations*”⁸⁶ – repletas de “poucos casos-exemplo” – realizem a tarefa. Tal foi o exame de Black sobre a doutrina dominante na regulação estatal dos partidos políticos, o qual: “estes casos demonstram que a intervenção antecipada da Corte sobre a regulação estatal dos partidos políticos não beneficiou claramente os partidos maiores em detrimento dos partidos menores.”⁸⁷ “Estes casos”, descobrimos nas notas de rodapé, são nove,⁸⁸

uma pequena fração de todas decisões semelhantes.⁸⁹ Outros autores evitam as *string citations* em favor de análises profundas de casos “chave” ou “exemplo”. A fim de demonstrar que a Suprema Corte dos Estados Unidos de fato adotou a abordagem do novo originalismo quanto à quarta emenda da Constituição dos Estados Unidos, a qual ele pretende criticar,⁹⁰ Sklansky examinou onze⁹¹ dos cinquenta e quatro (um número que nós calculamos⁹²) casos de busca e apreensão decididos pela Suprema Corte durante o período em análise. Se esses onze ou os cinco casos de Black são “exemplificativos” ou “chave”, o que “exemplificativo” ou “chave” significaria neste contexto, ou se esses casos representariam adequada ou razoavelmente quaisquer casos senão aqueles selecionados pelo autor, nós não sabemos.

O que nós sabemos é que a inferência descritiva não é nem remotamente a tarefa quase trivial que esses autores implicitamente (via *string citation* ou análise profunda) fazem-na parecer. Poderia ser que Black falasse-nos algo importante sobre a regulação estatal a partir do seu foco em cinco casos-chave (ou casos-exemplo), ou que Slansky tenha capturado, a partir dos seus onze, uma vontade por parte da Corte de invocar o “novo originalismo” para decidir os casos sobre a quarta emenda. Mas também pode ser que nós sejamos induzidos em equívoco pela pesquisa. Hillman⁹³ sugere o mesmo com relação ao trabalho de Farber e Matheson, sobre se a confiança permanece relevante em casos de preclusão em razão de promessa (*promissory estoppel*).⁹⁴ Enquanto Farber e Matheson relatam a decadência da confiança em casos “chave”⁹⁵ – rompendo, dessa forma, com o conhecimento convencional e, a longo prazo, criando um “novo consenso”⁹⁶ - Hillman, conduzindo uma investigação quantitativa e qualitativa de todos os casos de preclusão em razão de promessa decididos nos Estados Unidos entre 1994 e 1996

(em vez de apenas “casos chave”), encontra precisamente a conclusão oposta:

Analistas reportaram a desimportância da confiança como um elemento substancial da preclusão em razão de promessa e a invariável concessão de indenização de danos baseados na frustração de expectativa nos casos bem-sucedidos. A realidade, ao menos em meados dos anos 90, era muito diferente. Demonstrar confiança era crucial para se obter a indenização, e esta não estava baseada exclusivamente nos danos gerados pela quebra da expectativa razoável.⁹⁷

Se a análise de Hillman é válida, a inferência de Farber e Matheson é visivelmente falha. O mesmo pode eventualmente ser dito do estudo de Sklansky. Enquanto não efetuamos uma análise ao estilo de Hillman, consideramos a possibilidade de que os onze casos selecionados por Sklansky para o estudo profundo podem não ser exemplares, ou talvez nem casos-chave, mas sim aqueles que eram mais visíveis para ele. Especificamente, comparamos os onze casos do artigo de Sklansky com a população de cinquenta e quatro casos considerando um simples indicador de “visibilidade”: o fato de o caso ter sido manchete no jornal *New York Times* no dia seguinte à decisão da Corte.⁹⁸ Os resultados de nossa investigação são reveladores: dos onze casos que Sklansky analisou, nove (ou 82%) eram assunto de um artigo do *New York Times*, mas na população, 52% receberam cobertura.

Isso significa que as conclusões de Sklansky sobre a adoção pela Corte do novo originalismo são errôneas? Não. Ainda que ele tenha selecionado os onze casos porque eles eram especialmente visíveis para ele, é possível que ele tenha conseguido alcançar uma inferên-

cia descritiva válida, se a visibilidade não guarda relação com as variáveis em seu estudo. Mas *possível* é diferente de *decisivo*, principalmente porque Sklansky não apresenta argumentos ou evidências sobre isso. E aí está o problema. Não temos como determinar se seus onze casos trazem ou não embasamento à inferência que ele traçou.

Como poderiam Sklansky, Farber e Matheson e outros ter tornado suas inferências descritivas mais precisas e menos incertas? A resposta é simples: eles precisam revelar muito mais sobre o processo pelo qual eles geraram e observaram seus dados – todo o processo, do momento em que o mundo gerou o fenômeno de interesse até o momento em que os dados estavam em sua posse e foram considerados definitivos. Se, por exemplo, pudermos ter certeza de que os cinco casos que Black observou são semelhantes àqueles para os quais ele estava inferindo, então as inferências podem ser de alta qualidade.⁹⁹ Infelizmente, no estudo de Black (e no de Sklansky), os casos foram selecionados por uma decisão privada e não revelada do investigador, de modo que os leitores não têm meios de medir a qualidade das inferências.

Uma exceção lógica que pode ser identificada neste instante é a de que a qualidade das inferências pode ser julgada pela reputação dos investigadores: devemos acreditar em Sklansky porque ele é um professor renomado em uma reconhecida faculdade de direito (UCLA), mas talvez não em Black, um “mero” estudante da *Cornell University*. Esse tipo de apelo à autoridade, contudo, é totalmente irrelevante para a validade das inferências. Mesmo se fosse verdade que autores renomados se enganam menos frequentemente do que autores desconhecidos (uma hipótese com pouco embasamento em evidências!), eles ainda assim estariam errados algumas vezes. Somente a evidência – o processo pelo qual os dados foram

observados, e não a fama, trabalho, status ou renda do investigador – é conteúdo da inferência científica feita com seriedade.

4. Traçando inferências causais

Os exemplos acima são apenas alguns dos muitos que poderíamos ter selecionado para ilustrar as inferências descritivas, pois traçá-las é geralmente uma parte crítica dos programas de pesquisa. O mesmo pode ser dito das inferências causais, como em estudos nos quais o acadêmico, advogado ou juiz quer saber se um fator ou conjuntos de fatores leva a (ou causa) algum resultado. A decisão da Suprema Corte no caso *Miranda vs. Arizona*¹⁰⁰ causou um declínio na quantidade de confissões?¹⁰¹ As leis (e outros tipos de penalidades) destinadas a reduzir a quantidade de motoristas embriagados causam um declínio na taxa de fatalidades no trânsito relacionadas ao uso do álcool?¹⁰² O caso *Chevron U.S.A Inc vs. Natural Resources Defense Council, Inc.*¹⁰³ levou as cortes federais de apelação a dar mais importância à elaboração de leis pelas agências administrativas?¹⁰⁴ Regras variadas estimulam as partes a entrarem em acordo?¹⁰⁵

Todas estas perguntas questionam se um “evento” específico – a presença ou ausência daquilo que chamamos de *variável causal principal* (nos exemplos acima, decisões da Suprema Corte, leis de trânsito e acordos entre as partes) – causaram um “resultado” específico, ou *variável dependente* (nos exemplos acima, taxas de confissões, fatalidades no trânsito, deferência a acordos). Os possíveis eventos e resultados podem ser caracterizados como variáveis que assumem diferentes valores, isto é, elas variam: ou *Miranda* existe ou não; as confissões podem aumentar, diminuir ou permanecer igual.

Para responder tais perguntas comuns à pesquisa jurídica, muitos pesquisadores observam o que ocorre antes e após uma mudança

na variável causal. Esta é a direção normalmente tomada em estudos do efeito de *Miranda*, bem como do de *Chevron*. Em uma análise doutrinária de julgamentos e casos de cortes de apelação envolvendo regulações fiscais, por exemplo, Aprill conclui:

Chevron não causou a revolução no equilíbrio de poderes entre as agências administrativas e as cortes que alguns comentaristas temiam. Ele não retirou dos juízes o papel-chave na revisão das regulações das agências administrativas. Em vez disso (...) *Chevron* pode ter reduzido a deferência às ações administrativas, por estimular os próprios tribunais a decretar o significado de uma lei.¹⁰⁶

Por outro lado, Shuck e Alliot, baseando-se em evidências quantitativas, relatam que o percentual de decisões de agências administrativas que as cortes de apelação ratificaram em 1984 (isto é, antes de *Chevron*) foi 70,9%; após *Chevron*, este percentual aumentou para 81,3%.¹⁰⁷

Isso significa necessariamente que *Chevron* causou um aumento (ou, no caso de Aprill, um declínio) na deferência judicial às agências administrativas? É claro que não. É possível que o aumento (ou diminuição) ocorresse (ou, talvez fosse ainda maior) sem a existência de *Chevron*. Apenas revivendo a história e mantendo tudo idêntico a não ser *Chevron* (em outras palavras, em uma versão da nossa história recriada a Suprema Corte indeferiria *Chevron* e, na outra, não), seríamos capazes de definir o efeito causal total. Se, na versão da história sem *Chevron*, não observássemos nenhum declínio na deferência, mas na versão com *Chevron* observássemos deferência, então poderíamos concluir que *Chevron* tem um efeito causal.¹⁰⁸

Como não podemos reviver a história dessa forma, temos que depender da inferência causal. A inferência causal também está relacionada ao uso de fatos conhecidos para aprender sobre fatos desconhecidos. Na verdade, *uma inferência causal é a diferença entre duas inferências descritivas* – o valor médio que a variável dependente (por exemplo, o percentual de casos decididos entre 1984 e 2000 em que juízes permitem que prevaleçam as regulações das agências) assume quando um “tratamento” é aplicado (por exemplo, *Chevron* é introduzido), e o valor médio que a variável dependente assume quando um “controle” é aplicado (por exemplo, *Chevron* não é introduzido). O *efeito causal* – o objetivo do processo da inferência causal – é essa diferença, o quanto o percentual de deferência por parte do judiciário aumenta ou diminui quando nos transportamos de um mundo sem *Chevron* para um mundo idêntico em todos os aspectos exceto a presença de *Chevron*.

Saber os valores da variável dependente quando a principal variável causal indica tratamento e quando ela indica controle requer duas inferências, pois nenhuma das quantidades pode ser diretamente observável geralmente. Mas há uma complicação adicional: pesquisadores apenas podem estimar diretamente o valor real do grau de deferência por parte do judiciário quando ou o tratamento ou o controle são aplicados, mas não ambos, já que ou *Chevron* foi introduzido no mundo real ou não o foi. Isso é conhecido como o *problema fundamental da inferência causal*.¹⁰⁹ Ele é de fato um problema fundamental, pois não importa quão perfeito seja o projeto de pesquisa, ou a quantidade de dados coletados, ou quanto tempo, esforço e recursos sejam investidos, nunca será possível fazer inferências causais com certeza. No máximo, uma das inferências descritivas será baseada em informação “factual”, e no mínimo uma demandará inferência “contrafactual”. (É claro que

inferências contrafactuais são interessantes em si, como, por exemplo, quando nos perguntamos como o mundo teria sido, ou seria, se determinadas políticas fossem promulgadas).

O problema fundamental da inferência causal, combinado com todas as dificuldades de se realizar mesmo as inferências descritivas, levou alguns acadêmicos a sugerir que nunca se deveria conceber uma pesquisa em termos de perguntas, hipóteses e afirmações causais; que deveríamos somente utilizar a linguagem das correlações e das associações, como em “*Chevron parece estar associado a um aumento na deferência judicial*”, e não “*Chevron causou um aumento na deferência judicial*”. Às vezes, isso é tudo o que pode ser feito, mas não concordamos que o objetivo deva ser mudado. Simplesmente porque a incerteza não pode ser eliminada não significa que não possamos ou não devamos traçar inferências causais quando a pesquisa necessita delas. Pesquisadores, advogados, as cortes e legisladores precisam fazer inferências causais, de modo que abandonar ou redefinir os objetivos não é uma opção. Além disso, gerar temas de pesquisa úteis e politicamente relevantes é uma das coisas que os pesquisadores em direito melhor fazem. Recomendamos, assim, que os pesquisadores não mudem o objeto de suas inferências porque a inferência causal é difícil. Em vez disso, eles devem tornar suas questões o mais precisas possível, seguir os melhores conselhos que a ciência tem a oferecer sobre a redução de incertezas e vieses, e comunicar o nível apropriado de incerteza que os leitores devem ter ao interpretar seus resultados – muito do que resumimos neste livro. **110**

B. DIRETRIZES GERAIS

Nas partes III a VIII, explicamos as regras específicas que regem os diferentes componentes do processo de pesquisa. A seguir, apresentamos diretrizes às quais toda pesquisa empírica deveria aderir,

independentemente de ser o seu objetivo acumular ou resumir dados, fazer inferências descritivas ou causais, ou alguma combinação desses. De fato, essas diretrizes se aplicam a tantas áreas e estágios de um projeto de pesquisa que, juntas, elas quase traçam uma atitude geral ou abordagem para refletir sobre o conhecimento empírico. Sobre isso, destacamos que, nas ciências sociais, membros do corpo docente frequentemente contam aos seus alunos de PhD um conto já repetido nos círculos jurídicos:

Quando você publica seu artigo, em algum lugar haverá um estudante segurando um bloco de papel com linhas amarelas com seu nome rabiscado sobre ele. Espere que tudo o que você faz vá ser escrutinado detalhadamente, que será testada qualquer explicação rival que você não explorou, e que será dissecada cada possível maneira pela qual você possa ser provado errado. Antecipe-se. Alcance cada uma dessas áreas antes do estudante. Quando você realizar pesquisa empírica, siga as regras da inferência.

As diretrizes que seguem proporcionam um ponto de partida crucial para acatar tal conselho.

1. A pesquisa deve ser replicável

O bom trabalho empírico adere ao *padrão da replicação*: outro pesquisador deve conseguir entender, avaliar, basear-se em, e reproduzir a pesquisa sem que o autor lhe forneça qualquer informação adicional. Esta regra não requer que alguém de fato replique os resultados de um artigo ou livro; ela requer apenas que os pesquisadores forneçam informações – no artigo, livro ou em outra forma disponível ou acessível ao público – suficientes para a replicação dos resultados

em princípio.¹¹¹ Infelizmente, o estado atual da pesquisa jurídica quase sempre falha neste mais básico dos testes.

Considere dois exemplos. No primeiro, *Explaining the Pattern of Secured Credit*, o autor, Ronald Mann, explica os procedimentos que utilizou para acumular os seus dados:

Construí um conjunto de entrevistas projetadas para refletir o mais precisamente possível o mercado de empréstimos como um todo. Classifiquei aqueles que contraem empréstimos conforme diferenças de tamanho da empresa, de seu acesso a dívidas cotadas em mercado estabelecido, e da linha de negócios da empresa. Dessa forma, entrevistei os responsáveis em grandes e pequenas empresas, que vão desde duas empresas de capital aberto do *ranking* da revista *Fortune* das 100 maiores empresas dos Estados Unidos, até diversas pequenas empresas de capital fechado (incluindo uma que nunca obteve lucro). Também entrevistei várias pessoas que buscam empréstimos apenas no mercado de crédito privado, um sujeito em processo de emitir seu primeiro débito público, e muitos que são ativos nos mercados de crédito público. Por fim, entrevistei indivíduos que operam em diferentes linhas de negócio, incluindo bens imóveis, fármacos, ferramentas industriais, manufatura e serviços e técnica em informática. No lado dos credores, entrevistei representantes de cada uma das maiores categorias de instituições credoras na nossa economia – companhias de seguro, bancos e companhias de ativos financeiros – bem como diversos credores não-institucionais que emprestam significativas quantias de dinheiros aos seus clientes.¹¹²

Da mesma forma, em seu estudo *Jury Responsibility in Capital Sentencing: An Empirical Study*, a equipe de Eisenberg descreve como coletou os dados para responder a sua principal pergunta de pesquisa (Os jurados em casos capitais assumem responsabilidade pelas sentenças que impõem?):

Jurados de quarenta e três casos de homicídio na Carolina do Sul foram aleatoriamente selecionados, com o objetivo de quatro entrevistas de jurados para cada caso. A amostra inclui vinte e três casos que resultaram em pena de morte e vinte casos que resultaram em sentença de prisão perpétua. Os casos em estudo consistem em todos os casos capitais da Carolina do Sul ocorridos após a promulgação da Lei de Melhorias Gerais da Justiça Criminal da Carolina do Sul em 1986, até o final das entrevistas no verão de 1993. (...) Um total de 153 entrevistas presenciais foram feitas por entrevistadores treinados para trabalhar com o instrumento de entrevista de cinquenta e uma páginas. (...) Jurados foram entrevistados após sua participação, não antes. **113**

Apesar dos esforços louváveis dos autores para explicar seus procedimentos de pesquisa, nenhum desses estudos é replicável: outro pesquisador não conseguiria reproduzi-los sem conversar com os autores. Isto é óbvio no caso do ensaio de Mann. Como ele não fornece uma definição de “indivíduos responsáveis”, não temos como determinar que identificaríamos o mesmo tipo de “indivíduos responsáveis” que ele identificou. Poderíamos inferir uma definição a partir de sua lista de pessoas, mas como seis dos vinte e três pediram anonimato, isso seria arriscado. Além disso, enquanto Mann nos fornece as categorias de empresas entre as quais ele escolheu sua

“amostra”, ele não nos diz como selecionou empresas específicas dentre as dessas categorias. Completamente consistentes com sua descrição são as estratégias de escolha aleatória das empresas (e, portanto, provavelmente não relacionada a nenhuma outra variável), a baseada em onde Mann vive (e, portanto, conveniente para ele, porém provavelmente enviesada de maneiras indeterminadas), baseada nas estratégias de concessão e pedido de empréstimo das companhias (e, portanto, enviesada a favor de inferências sobre essas estratégias), ou na base de quão amigáveis foram as empresas para o pesquisador (e, portanto, possivelmente enviesada em favor de empresas com melhores departamentos de relações públicas). A escolha entre tais estratégias poderia produzir quase qualquer resultado empírico e, portanto, sem a delimitação explícita dos critérios de seleção utilizados por Mann, os leitores não podem saber como ele realizou seu estudo e, desse modo, não podem ver a relação entre seus dados e a meta de suas inferências. O resultado desta falta de replicabilidade, portanto, é um conjunto de conclusões que têm pouco embasamento empírico conhecido: elas podem se aplicar às companhias que ele escolheu, mas os leitores não podem avaliar se elas se aplicam à população de companhias que sejam de interesse.

A falta de replicabilidade é menos aparente no estudo da equipe de Eisenberg, mas não menos problemática. Para enxergar por que, pense em quais informações um investigador precisaria saber, mas que os autores não fornecem, para replicar o trabalho deles. Uma lista parcial inclui:

- (1) O que os autores querem dizer com “amostra selecionada aleatoriamente”? Como eles obtiveram os números aleatórios? Foi uma amostra aleatória simples com igual probabilidade de seleção, uma amostra estratificada ou outra coisa?¹¹⁴

- (2) Como eles abordaram os jurados? Eles disseram a eles que estavam fazendo um estudo sobre a responsabilidade dos jurados? Quantas vezes foi cada jurado contatado, e em que ponto os autores desistiram? Foram os jurados contatados pessoalmente ou por telefone? Alguém do mesmo gênero e raça contatou cada um dos jurados?
- (3) O que significa “um objetivo de entrevistar quatro jurados por caso”? Se eles não conseguiram quatro, como os autores procederam? Se mais de quatro se voluntariaram, foram todos entrevistados? Os jurados que foram por fim contatados foram aqueles que se sentiram responsáveis por sua decisão e à vontade para falar sobre isso? Qual foi a taxa de recusa?

De maneira mais geral, como os autores foram de uma população de 516 jurados (quarenta e três casos com doze jurados cada) para uma amostra de 153? De que forma os 153 diferem-se dos 363 restantes? Se a equipe de Eisenberg tivesse total liberdade na escolha de sua amostra, isso poderia ter produzido vieses de quase todos os tipos e, como resultado, chegado a praticamente qualquer conclusão. Se nós pudéssemos escolher qualquer método de amostra, provavelmente poderíamos facilmente reverter as conclusões do artigo. É evidente que o mundo real não é sempre tão malicioso, mas, às vezes, o é. E o ônus da prova na pesquisa empírica está sempre com o pesquisador.¹¹⁵

O estudo da equipe de Eisenberg se baseia em evidências quantitativas. Entretanto, a regra de que a pesquisa empírica deve ser replicável se aplica com a mesma intensidade em estudos baseados em evidências não numéricas. Em vários, talvez na maioria dos casos, juristas que conduzem esses tipos de investigações raramente

fornece sequer uma pista de como eles coletaram as evidências. O ensaio de Sklansky sobre o novo originalismo¹¹⁶ e o de Black sobre a regulamentação estatal dos partidos políticos¹¹⁷ são exemplos, mas há outros estudos doutrinários que são igualmente negligentes em fornecer ao leitor diretrizes suficientes para replicar a análise. Nós raramente aprendemos:

- (1) Como os autores apuraram a jurisprudência relevante¹¹⁸ e qual foi precisamente a população da qual extraíram sua amostra;
- (2) Como os autores selecionaram seus casos e quantos eles leram;
- (3) Como os autores distinguem casos “chave” ou “alguns casos-exemplo” daqueles que não são centrais ou típicos.

Podemos levantar questões semelhantes sobre a análise das intenções do “legislativo” ou dos “constituintes” que continuam presentes nos periódicos jurídicos. Considere o trabalho de 1999 de Engel, *The McCulloch Theory of the Fourteenth Amendment*, o qual argumenta:

[No caso *City of Boerne vs. Flores*,¹¹⁹ a Suprema Corte] equivocou-se ao considerar a esfera judicial como o intérprete último da décima quarta emenda da Constituição dos Estados Unidos. Mesmo que a Suprema Corte possua a última palavra, a interpretação judicial obscurece a convicção do constituinte de que seria o Congresso, e não as cortes, que seriam os primeiros leitores, e os principais executores, da décima quarta emenda.¹²⁰

Para fazer tal afirmação, Engel conta (em grande parte) com evidências históricas selecionadas do registro de debates de congressistas

sobre Emendas Constitucionais da Guerra Civil. Mesmo não havendo nada de errado com esta estratégia, ela é – ao menos na forma como Engel a implanta – completamente irreplicável. Ele, como muitos que conduzem este tipo de análise, nunca indica aos leitores como pesquisou os materiais do Congresso, quantos debates leu e se o material citado representa acontecimentos “chave”, algumas passagens “exemplificadoras” ou uma amostra sistemática de um tipo específico (em outras palavras, selecionadas com regras conhecidas e aplicadas uniformemente).¹²¹

Por que esta documentação é um passo tão requerido ao realizar pesquisa empírica, independente de se o trabalho tem natureza quantitativa ou qualitativa? Há duas respostas para esta pergunta, sendo a primeira centrada na habilidade de terceiros de avaliar a pesquisa e suas conclusões. Em um sentido amplo, o objetivo do padrão de replicação é garantir que um trabalho publicado seja auto-suficiente, de maneira que os leitores possam absorver o que ele tem a oferecer, sem que se façam necessárias quaisquer conexão, informações adicionais ou crenças sobre o status ou a reputação do autor. O padrão de replicação mantém o inquérito empírico acima do nível dos ataques *ad hominem* à aceitação incondicional dos argumentos de autoridades.

Para entender como a não obediência da regra impacta a nossa habilidade de avaliar o trabalho em seu próprio mérito, retornemos o estudo da equipe de Eisenberg sobre a responsabilidade dos jurados.¹²² Baseados em suas entrevistas com uma “amostra aleatória” de indivíduos que serviram como jurados em casos capitais, os investigadores chegam à seguinte conclusão:

Descobrimos que a maioria dos jurados aceita a
responsabilidade funcional pela decisão de condenação

capital, embora uma minoria significativa não o aceite. A maioria dos jurados entende e conhece o papel fundamental que possui ao sentenciar o réu à vida ou à morte. No entanto, crenças que não podem ser facilmente mudadas limitam o grau segundo o qual os jurados se percebem como causadores da sentença do réu. Os jurados vêem os réus como essencialmente responsáveis por causarem a sequência de acontecimentos que levam à decisão de condenação e não acreditam que a maioria das sentenças de pena de morte serão executadas.¹²³

Como acabamos de destacar, os procedimentos que a equipe de Eisenberg invoca para fazer tais afirmações sobre o mundo real não são transparentes. Lembre-se, por exemplo, da primeira frase da descrição de seus procedimentos “jurados de quarenta e três casos de homicídio na Carolina do Sul foram aleatoriamente selecionados, com o objetivo de quatro entrevistas de jurados para cada caso”.¹²⁴ Nós suscitamos a questão, entre outras, de como a equipe de Eisenberg abordou os jurados.¹²⁵

Suponhamos que a equipe de Eisenberg, em resposta às nossas preocupações, tenha reescrito a descrição de seus procedimentos, com as três primeiras frases agora sendo:

Jurados de quarenta e três casos de homicídio na Carolina do Sul foram aleatoriamente selecionados com o objetivo de quatro entrevistas de jurados por caso. Nós iniciamos por contatar, em ordem alfabética, os jurados de todos os casos capitais da Carolina do Sul. Nós dissemos a eles que estávamos realizando um estudo sobre se os jurados se responsabilizam por suas decisões. Também dissemos a eles que queríamos entrevistá-los, com a intenção de completar um questionário de cinquenta e

uma páginas. Se não recebêssemos resposta, tentaríamos novamente mais três vezes. Se um jurado se recusasse ou não respondesse, seguiríamos ao próximo na lista. Coletamos trinta e quatro fragmentos de informação do registro público sobre os jurados que não completaram nosso questionário e efetuamos uma análise, que reproduzimos abaixo, indicando que aqueles jurados que entrevistamos eram similares em todos os aspectos mensuráveis àqueles que não entrevistamos.

Com este “novo” conhecimento sobre como os pesquisadores contataram e selecionaram os jurados, nós iríamos avaliar e interpretar seus resultados de uma forma diferente? Provavelmente sim. Poderíamos concluir que ao menos algumas de suas descobertas originais eram inteiramente previsíveis ou, ainda mais relacionado ao ponto, poderíamos questionar se os resultados nos trazem qualquer coisa significativa sobre o mundo real, dados os óbvios vieses de sua “amostra”. O fato é que mesmo a melhor pesquisa empírica pode ser inadvertidamente afetada por centenas de fatores desorientadores. Identificar aqueles sobre os quais temos conhecimento é o mínimo que podemos fazer para reduzir nosso viés.

O mesmo, claro, poderia ser dito do estudo de Engel sobre as intenções dos constituintes da décima quarta emenda.¹²⁶ Suponha que o autor descrevesse seu procedimento da seguinte forma:

Após ler a decisão da Suprema Corte em *Boerne*, eu estava aflito. Pareceu-me que os juízes, assim como tantos outros estudiosos do direito constitucional, equivocaram-se ao considerar a esfera judicial como o intérprete último da décima quarta emenda. Para provar este argumento, fui a debates no Congresso sobre as emendas constitucionais da guerra civil.

Analisei somente comentários e rascunhos que indicassem que eu estava certo em me sentir aflito.

Evidentemente, tal afirmação é cômica. Nenhum acadêmico jamais escreveria tais palavras. Mas os acadêmicos procedem assim sem revelá-lo? Para responder a esta pergunta, os leitores precisam saber exatamente o que foi feito na prática, de modo a poder decidir o que merece nossa atenção, o que vale pesquisa futura e o que faz sentido para embasar políticas públicas. Nada no artigo de Engel fornece aos leitores os procedimentos que ele utilizou para escolher dentre a vasta quantidade de evidências históricas disponíveis, de forma que é impossível saber se nossa descrição hipotética do seu *modus operandi* não é precisamente como ele procedeu. (E se ele o tivesse feito, nós certamente interpretaríamos suas descobertas sob outra ótica). Tal como foi, os leitores não têm qualquer ideia de como interpretar os resultados dele, a não ser por um ilegítimo apelo a sua autoridade e reputação. Isto é precisamente aquilo que o padrão de replicação foi criado para evitar.

Isto nos leva à segunda razão pela qual insistimos que os acadêmicos tornem públicos os seus procedimentos: tais procedimentos podem, e, na maioria das vezes, vão, influenciar os resultados relatados na pesquisa. Qualquer procedimento que a equipe de Einsenberg tenha utilizado para escolher sua amostra levou-os a selecionar alguns jurados e excluir outros. Como eles basearam seus resultados em respostas de jurados a perguntas de entrevista, um outro procedimento de seleção – que teria excluído algum dos jurados que eles entrevistaram e incluídos alguns não entrevistados – poderia levar a resultados completamente diferentes. O mesmo é verdade para a investigação de Engel e para qualquer estudo que busque fazer alegações ou inferências sobre o mundo real.

2. A pesquisa é um empreendimento social

Um dos pontos implícitos da nossa discussão sobre o padrão de replicação é que o autor da pesquisa é totalmente irrelevante ou, na terminologia de certas escolas de pensamento humanistas, “morto”. Seus atributos, reputação ou status não são importantes; frases que começam com “eu acho” ou “eu acredito” são irrelevantes. O importante é a sua contribuição à literatura acadêmica, à tarefa comum ou empreendimento social de aprender sobre o mundo.

O fato de tal diretriz agora aplicar-se a todos aqueles realizando pesquisas empíricas representa uma mudança monumental na mentalidade. Há muito tempo, acadêmicos trabalhavam muito mais frequentemente isolados, e, durante tal período, alguns produziram descobertas brilhantes sobre as quais ninguém jamais soube. Outros cometeram erros que permaneceram incorretos por décadas, efetivamente desperdiçando toda carreira deles. Progresso ou um acúmulo de conhecimento era raro. A razão pela qual os acadêmicos agora se agrupam em universidades não é necessariamente porque gostam um dos outros; é porque o resultado de seus trabalhos torna-se muito melhor em consequência disto. Atualmente, o avanço do conhecimento depende de uma comunidade ativa de acadêmicos trabalhando juntos cooperativa e competitivamente.

Nesse sentido, acadêmicos da maioria dos departamentos de universidades e faculdades concorrem – ainda que não necessariamente aqueles de faculdades de direito. Enquanto juristas parecem pensar o ensino como um empreendimento social,¹²⁷ eles aparentemente não sentem o mesmo sobre a sua produção acadêmica. Ou, ao menos, rumores de seu desinteresse são abundantes. Como mencionamos acima, a maioria, se não toda, produção acadêmica jurídica viola a regra da replicação, sem a qual a maior parte das vantagens de uma comunidade intelectual não tem fundamento. Os juristas

podem ser meticulosos em relação à documentação das fontes textuais de informação através das onipresentes notas de rodapé,¹²⁸ mas eles não são particularmente atentos à necessidade de documentar seus procedimentos quanto aos dados, nem, como apressamo-nos a anotar, estabeleceram procedimentos para garantir a necessária atenção ou repositórios (públicos ou privados) para seus dados. Tais lapsos são acentuadamente contrastantes com muitas disciplinas cognatas. Na ciência política, por exemplo, o periódico de maior destaque, a *American Political Science Review*, especifica:

[A]utores devem descrever seus procedimentos empíricos com detalhamento suficiente para permitir aos revisores entender e avaliar o que foi feito e, caso o artigo seja aceito para publicação, para permitir que outros acadêmicos conduzam análises similares sobre outros conjuntos de dados. Por exemplo, para pesquisas de *survey*, ao menos os procedimentos de amostragem, as taxas de resposta e os textos das questões devem ser apresentados; autores são incentivados a calcular as taxas de respostas de acordo com uma das fórmulas padrão encontradas em *The American Association for Public Opinion Research, Standard Definitions: Final Dispositions of Case Codes and Outcome Rates for RDD Telephone Surveys and In-Person Household Surveys*. Para os experimentos, estes devem fornecer descrições completas dos protocolos experimentais, dos métodos para recrutamento e seleção de pessoas, informações sobre quaisquer pagamentos e procedimentos de relatório, e outros detalhes relevantes. É desejável que os artigos sejam autônomos e que os autores não direcionem os leitores a outras publicações para descrições destes procedimentos básicos de pesquisa.¹²⁹

O *Political Analysis*, um importante periódico sobre métodos empíricos, possui um conjunto de requisitos para replicação ainda mais rígido:

Autores de artigos quantitativos para a *Political Analysis* devem indicar, na primeira nota de rodapé, em qual arquivo público os leitores podem encontrar os dados, programas, recodificações ou outras informações necessárias a fim de replicar os resultados numéricos de seus artigos. Os autores talvez considerem o “*Publication-Related Archive*” da *Inter-university Consortium for Political and Social Research* (ICPSR) um lugar conveniente para depositar seus dados. Esse conjunto de dados para replicação, junto com qualquer outro tipo de material auxiliar que se queira submeter (como apêndices, análises adicionais, tutoriais interativos na web, etc.), também serão publicados no *site* da *Political Analysis*. Autores que preferirem um período de embargo antes do lançamento público devem consultar o editor. Autores cujos trabalhos baseiam-se em dados qualitativos são incentivados a escrever uma nota de rodapé comparável que facilite a replicação, quando possível. Como sempre, os autores são aconselhados a retirar de seus conjuntos de dados informações que devem permanecer confidenciais, tais como os nomes dos entrevistados em suas pesquisas.¹³⁰

Ademais, muitos cientistas sociais ou projetam seus próprios arquivos para conjuntos de dados por eles criados ou depositam seus dados e documentação em arquivos públicos.¹³¹ Eles trabalham a fim de garantir observância das políticas dos periódicos, como aquelas da *American Political Science Review* e da *Political Analysis*,¹³² bem como das condições que a *National Science Foundation* impõe

para toda concessão de auxílio financeiro: “Todos os conjuntos de dados elaborados com o auxílio deste programa de fomento deverão ser arquivados em uma biblioteca de dados aprovada pelo Gestor do Programa competente, até um ano após a data do término da ajuda financeira”.¹³³ Muitos outros periódicos e agências de fomento, por todas as ciências naturais e sociais, possuem políticas similares, mas poucas existem no campo jurídico.

Outro sinal de indiferença em relação a tal diretriz é a falta de colaboração na academia jurídica. Ainda que se possa reconhecer que a pesquisa empírica é um empreendimento social mesmo sem que se colabore em projetos de pesquisa específicos, muitos ramos da comunidade acadêmica conhecem o valor e as vantagens das realizações conjuntas. Por exemplo, das cinquenta e duas ajudas financeiras concedidas pela *Political Science Program of the National Science Foundation* em 2000, 60% ($n = 31$) foram dados a projetos com colaboração.¹³⁴ Uma análise de três dos principais periódicos da disciplina, a *American Political Science Review*, o *American Journal of Political Science* e o *Journal of Politics*, conclui que “a percentagem de artigos com múltiplos autores, em conjunto, aumentou sete vezes desde os anos 1950, e quase metade dos artigos atualmente são de múltipla autoria.”¹³⁵ Um estudo mais amplo feito pela *National Science Foundation* considera que, entre os campos das ciências e engenharias (no inglês, S&E), “[a] proporção de artigos científicos e técnicos dos Estados Unidos com autores institucionais múltiplos continuou a aumentar. Em 1997, 57% de todos os artigos S&E tiveram múltipla autoria, comparados aos 49% da década anterior.¹³⁶ Em contraste, apenas 5% dos 162 artigos publicados em seis dos principais periódicos americanos (Chicago, Columbia, Harvard, NYU, Stanford e Yale) em 2000 foram produtos de um esforço conjunto.¹³⁷

Um terceiro sinal é a recusa da comunidade acadêmica jurídica em submeter artigos enviados para as mais prestigiadas publicações a qualquer forma de revisão paritária anônima, preferindo deixar a tarefa de revisão a estudantes de direito. A maioria dos acadêmicos de fora das faculdades de direito, ao ouvir tal fato, ficam atônitos com tal decisão organizacional.¹³⁸ Pois eles sabem que, enquanto é fácil enganar-se (ou aos estudantes de direito, como for o caso) a acreditar que se produziu um importante resultado de pesquisa, é bem mais difícil “enganar”, mesmo que sem intenção, uma comunidade de especialistas que passaram a vida trabalhando em problemas semelhantes. Eis por que os periódicos de maior prestígio em praticamente todos os outros campos acadêmicos, são revisadas por pares e, frequentemente, revisados em duplo anonimato – em outras palavras, tanto os autores quanto os revisores desconhecem a identidade um do outro. Este último fator reduz a possibilidade de que o status ou a reputação do autor se torne parte do processo de avaliação de seu trabalho, o que é exatamente aquilo que os acadêmicos têm acusado editores estudantes de considerar por demais em suas seleções de artigos.¹³⁹

Nós poderíamos identificar outros sinais, mas é a ideia geral que não se pode perder: a falta de reconhecimento de que a pesquisa é um empreendimento social é um problema para as faculdades de direito. Como isso gera um grande desperdício de esforços dos juristas, nós dedicamos a conclusão deste livro a oferecer sugestões de como as faculdades de direito e seus corpos docentes podem começar a se alinhar com o restante da academia e beneficiar-se da construção de uma comunidade acadêmica. Como explicamos, normas únicas e coletivas na comunidade jurídica podem tornar possível alcançar rapidamente, ou até mesmo superar, os padrões de pesquisa existentes no restante da academia.

3. Todo o conhecimento e toda a inferência na pesquisa é incerto.

Ao final de seu artigo sobre os custos e efeitos da regra de exclusão (*exclusionary rule*),¹⁴⁰ Perrin e seus colegas afirmam, inequivocamente, “[N]osso estudo confirma ... [que] a regra de exclusão não previne efetivamente o comportamento impróprio dos agentes policiais. De fato, na área dos subterfúgios policiais, ela estimulou más condutas.”¹⁴¹ O artigo de Fisher sobre o crescimento de acordos entre acusação e defesa o conduz à seguinte afirmação:

Sustentado apenas pelo desejo dos promotores de administrar sua esmagadora carga de trabalho e de obter uma condenação sem grandes esforços, os acordos entre defesa e acusação não se estenderam além do poder de condenação dos promotores... Em meados do século dezenove, os acordos entre defesa e acusação alcançaram uma posição destacada, a forma *on-file* de acordo entre defesa e acusação, foram expostos aos promotores pela casualidade procedimental de os juízes não poderem prolatar uma sentença até que a promotoria assim procedesse. Neste ponto, o progresso de tais acordos pode ter estagnado, pois o poder de condenação dos promotores não se estendia muito além.

Então, no último quarto do século dezenove, os juízes se viram confrontados por um grande volume de novas e mais complexas demandas judiciais, trazido pelos devastadores maquinários industriais. A eles não restou opção senão aceitar a nova ordem nos tribunais criminais. Eles adotaram os acordos entre defesa e acusação e direcionaram seu poder de sentença para este fim. Sustentado agora pelos dois mais poderosos patronos de tribunais, os acordos entre defesa e acusação tornaram-se

rapidamente a força dominante nos processos criminais. Colocaram de lado a sentença indeterminada e apoiaram instituições que auxiliavam sua causa, como liberdade condicional e a defensoria pública. Por fim, o acordo entre defesa e acusação tornou-se tão impregnado aos meandros do poder que hoje, mesmo que seus patronos dividam seus despojos de diferentes formas, ele não pode mais crescer. Pois o acordo entre defesa e acusação venceu.¹⁴²

Da mesma forma, Shaffer, em sua análise do alcance da Cláusula dos Privilégios ou Imunidades da décima quarta emenda, argumenta que as evidências conclusivamente apontam para o seguinte: “A Cláusula não oferece uma justificativa para consagrar quaisquer direitos substantivos que não aqueles claramente e incontestavelmente emplacados no espírito constitucional coletivo dos Estados Unidos”.¹⁴³

Mesmo se todos os autores dessas citações seguissem todas as demais sugestões que oferecemos em relação à pesquisa empírica (o que eles não fazem),¹⁴⁴ traçar conclusões com o grau de certeza demonstrado em seus artigos seria ainda assim injustificável. Pois uma premissa básica de toda a pesquisa empírica – e de fato de qualquer teoria séria de inferência – é a de que todas as conclusões possuem um grau de incerteza. Afinal, os fatos que conhecemos relacionam-se aos fatos que não conhecemos, mas gostaríamos de conhecer, somente por suposições que jamais poderemos verificar completamente.

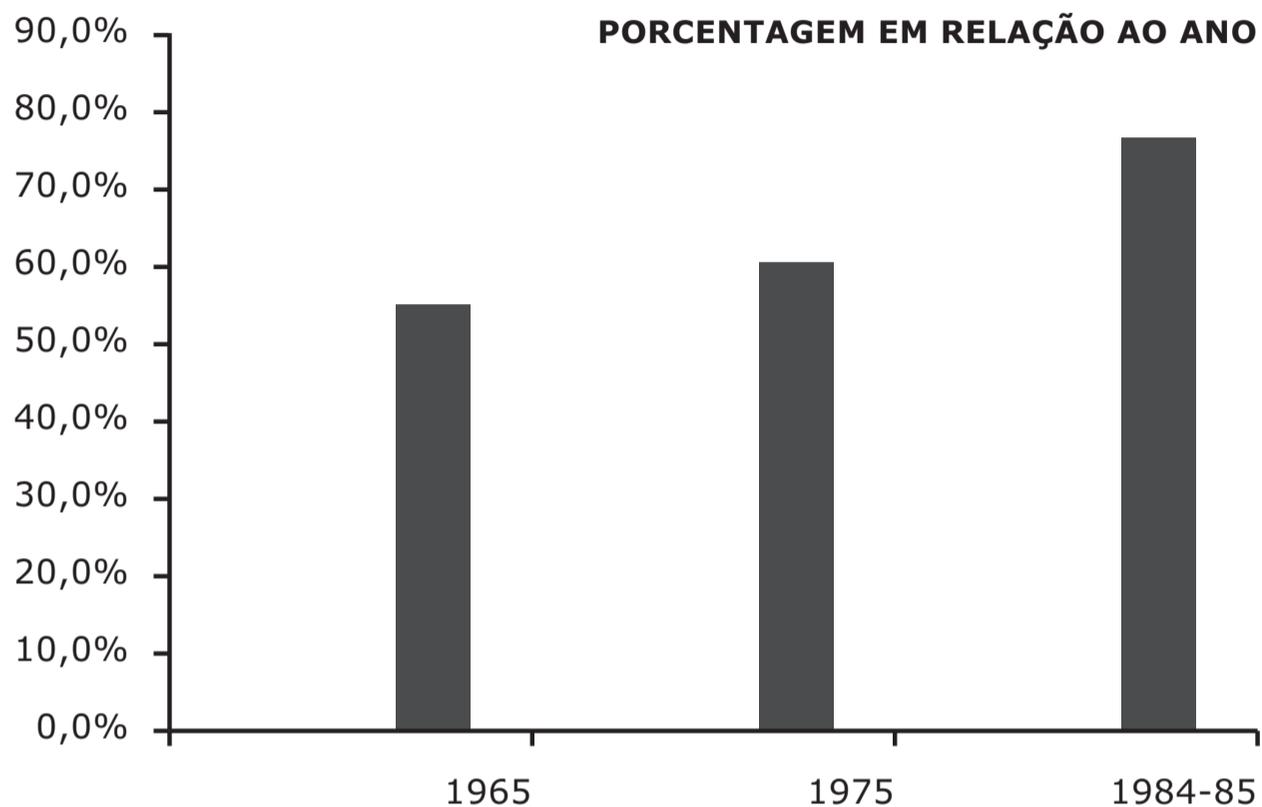
O objetivo não é qualificar todas as afirmativas – por exemplo, trocando “tenho certeza” por “tenho alguma certeza” – mas sim *estimar o grau de incerteza*¹⁴⁵ inerente a cada conclusão e relatar esta estimativa junto a cada conclusão. Muitos procedimentos estatísticos

trazem consigo medidas formais de incerteza. Se a pesquisa tem natureza qualitativa, ou se não é evidente como estimar a incerteza, contudo, uma medida útil é encontrar o elo mais fraco na cadeia de argumentação – a parte do argumento que se apóia na evidência empírica mais fraca ou que é mais susceptível de ser atacada. Em outras palavras, *identificar o elemento de evidência “mais fraco” compilado pelo pesquisador e que, se modificado, permitiria ao leitor ou ao pesquisador deduzir que a conclusão alcançada no estudo está errada*. O grau de apoio que pode ser reunido para este elemento de evidência é uma medida da incerteza das conclusões.

Para perceber isso, considere o estudo de Schuck e Elliott que busca avaliar a seguinte porção do conhecimento convencional: os tribunais eram “deferentes” às agências administrativas em 1960, mas tornaram-se menos deferentes na época do *hard look* dos anos 1970, e então voltaram para uma postura moderadamente deferente nos anos 1980.¹⁴⁶ Para avaliar este conhecimento convencional, os investigadores consideraram os resultados de casos das cortes de apelação em 1965, 1975 e 1984-85. A Figura 2 apresenta suas descobertas acerca dos percentuais de casos que as cortes ratificaram (isto é, o percentual em que houve deferência para a agência). Os dados, como Schuck e Elliott relatam, parecem “contradizer o conhecimento convencional”, que prediria uma menor taxa de ratificações em 1975 do que em 1965 ou 1984-85.¹⁴⁷ Mas quão certos poderiam eles ou nós estarmos sobre esta conclusão?

FIGURA 2:

PORCENTAGEM DE RATIFICAÇÕES REPORTADAS EM SCHUCK E ELLIOT¹⁴⁸



Para responder a essa questão, começamos por afirmar que, ainda que este seja um estudo quantitativo, muitos fatores qualitativos produzem seus números.¹⁴⁹ Em especial, os autores efetuaram uma grande quantidade de codificação de decisões, as quais possuíam diferentes níveis de justificativa. Pensemos apenas sobre um dos resultados dessas decisões, uma pequena evidência, por exemplo os dados de 1965, e perguntemo-nos o que poderíamos concluir se o valor fosse 75% e não 55,1%. (Escolhemos 75%, pois dados públicos do Setor Administrativo das Cortes dos Estados Unidos, como os próprios Schuck e Elliott afirmam, estão de acordo com seus dados em 1975 e 1984-85, mas diferenciam-se exatamente por este valor no ano de 1965).¹⁵⁰ Se o número fosse de fato 75%,

poderíamos pensar que o conhecimento convencional estava certo e que Schuck e Elliot estavam errados. No mínimo, questionaríamos se os pesquisadores devem ou não alcançar conclusões definitivas, ou mesmo conclusões quase-definitivas, pois as incertezas que cercam os resultados acabam por depender totalmente da validade de seu esquema de codificação e do número resultante. Esta não é uma medida formal de incerteza, mas nós, leitores, podemos examinar as justificativas dos autores e decidir por nós mesmos.

Podemos aplicar a mesma lógica ao estudo de Schultx e Petter-son sobre como os tribunais responderam à defesa da “falta de interesse” nos casos de discriminação de sexo e gênero do Título VII.¹⁵¹ A Tabela 3 apresenta a resposta que eles relatam.

TABELA 3:

TAXA DE SUCESSO DOS AUTORES EM CASOS ABORDANDO A FALTA DE DEFESA INTERESSADA, POR RAÇA E GÊNERO AO LONGO DO TEMPO, COMO RELATADO EM SCHULTZ AND PETTERSON¹⁵²

PERÍODO	RAÇA		GÊNERO	
	TAXA DE SUCESSO (%)	NÚMERO DE CASOS	TAXA DE SUCESSO (%)	NÚMERO DE CASOS
1967-77	86,0	43	54,5	11
1978-89	40,0	20	58,1	43
TOTAL	71,4	63	57,4	54

Estes dados, eles concluem, revelam uma “tendência notável”, a de que “pleitos de discriminação racial tornaram-se substancialmente menos prováveis de prevalecer quando há argumento de falta

de interesse desde o final dos anos 1970”.¹⁵³ Da mesma forma, eles dedicam uma grande parcela do artigo a explicar esta “tendência”.

Mas isso é realmente tão notável? Talvez não, pois podemos alterar radicalmente as conclusões alcançadas por Schultz e Petterson (1) se assumirmos que todas as doze perdas ocorridas no período de 1978 a 1989 de fato ocorreram entre 1978 e 1980 e (2) se transportarmos essas perdas para novas categorias de dados (1967 ou 1980). A Tabela 4, portanto, é possível (ainda que projetada com extremas, mas plausíveis, suposições) dadas as informações providas no artigo. Infelizmente, como os dados não estão atualmente disponíveis publicamente ou através dos autores,¹⁵⁴ não temos como saber ao certo. O que sabemos é que, ao que parece, como mostra a Tabela 4, os pleitos raciais tornaram-se, com o tempo, mais prováveis de vencer, não menos. Então, a validade das conclusões de Schultz e Petterson, e o grau de certeza que os leitores devem ter em seus resultados, depende diretamente em nossa confiança de que um conjunto ou apresentação alternativa de seus dados não mudaria também seus resultados.

TABELA 4:

TAXA DE SUCESSO DOS AUTORES EM CASOS ABORDANDO A FALTA DE DEFESA INTERESSADA POR RAÇA E GÊNERO AO LONGO DO TEMPO: UM REAGRUPAMENTO HIPOTÉTICO DOS DADOS DE SCHULTZ E PETERSON, CONSISTENTE COM A TABELA 3

PERÍODO	RAÇA		GÊNERO	
	TAXA DE SUCESSO (%)	NÚMERO DE CASOS	TAXA DE SUCESSO (%)	NÚMERO DE CASOS
1967-80	67,2	55	54,5	11
1981-89	100,0	8	58,1	43
TOTAL	71,4	63	57,4	54

Os estudos que consideramos até o momento baseiam-se principalmente em dados numéricos, mas as mesmas lições gerais se aplicam àqueles de natureza mais qualitativa. Lembre-se do artigo de Schaffer – alcançando a conclusão “certa” de que os constituintes não tinham a intenção de que a Cláusula dos Privilégios ou Imunidades servisse como um dispositivo “para tecer novos padrões no texto de nossa Constituição”¹⁵⁵ – e considere uma das evidências que o autor invoca para apoiar sua afirmação: os comentários feitos por membros do comitê conjunto de congressistas que escreveram a cláusula. Agora suponha que o presidente do comitê, John Bingham, ao invés de discursar (como Schaffer resume) “elaborando sua postura de que em geral a Emenda e, em particular, a Cláusula garantiriam expressamente direitos tacitamente já se entende existirem, mas que estejam sujeitos à violação por estados isolados”, tivesse afirmado o seguinte: “a Emenda como um todo e, em especial, a Cláusula deveriam expressamente garantir os direitos que tacitamente já se entende existirem, mas que estejam sujeitos à violação por estados isolados,¹⁵⁶ *bem como aqueles direitos substantivos novos ou que estejam em evolução*”. Certamente esta mudança teria feito com que Schaffer ficasse um pouco mais circunspecto. E mesmo para nós, os consumidores, a extensão na qual Bingham pode plausivelmente ter feito sua outra afirmativa é uma forma de averiguar o grau de incerteza das conclusões do autor.

III.

**ELABORAÇÃO DE UMA PESQUISA
EMPÍRICA: UM PROCESSO DINÂMICO DE
ACORDO COM PADRÕES ESTABELECIDOS**

Independentemente de o pesquisador basear-se em evidências numéricas ou não-numéricas, existem regras que podem aperfeiçoar cada componente da elaboração da pesquisa – Perguntas de Pesquisa, Teorias e suas Implicações Reais, Hipóteses Rivalis, Medidas e Estimativas, Seleção de Observações – que serão articuladas nas partes seguintes. Antes de fazê-lo, dois comentários gerais se fazem necessários. Primeiro, os pesquisadores não devem considerar seus projetos apenas como processos mecânicos singulares dos quais eles não podem se desviar. Muito pelo contrário, eles devem possuir uma mente flexível para superar maneiras antigas de se ver o mundo para formularem novas perguntas, para revisarem seus projetos quando necessário e para coletarem mais (ou diferentes) informações do que haviam planejado. Pode ser que, depois de reunir as evidências que o projeto requer, o pesquisador encontre discrepância entre as evidências, os principais questionamentos da pesquisa e a teoria. Em vez de apagar meses ou até anos de trabalho, o investigador certamente deveria retornar à mesa de trabalho e elaborar procedimentos mais apropriados, ou mesmo reformular a pergunta original da pesquisa. De fato, frequentemente, quando os pesquisadores descobrem que as informações tornaram-se inconsistentes com a hipótese, eles imediatamente vêem uma nova hipótese que aparentemente explica os resultados empíricos outrora anômalos.¹⁵⁷

Reconhecer esse novo modo de olhar os fatos é o que se quer dizer com “ser flexível”. Isso não significa que os pesquisadores devem fazer um ajuste *ad hoc* ou *post hoc* das teorias para se adaptarem a

idiosincrasias. Nós não podemos nos enganar pensando que os ajustes feitos para harmonizar teoria com dados constituem uma confirmação da teoria. Eles não a confirmam. A confirmação requer vulnerabilidade; contínuos ajustes *post hoc* a uma teoria garantem que ela nunca está sujeita ao erro. *Enquanto utilizar “insights” das informações pesquisadas é uma boa maneira para desenvolver teorias, os pesquisadores deveriam consultar um novo conjunto de dados, ou consequências imprevistas e diferentes da teoria, passíveis de serem testadas, dentro do mesmo conjunto de dados, antes de concluírem que estes dados confirmam suas teorias.*

É por isso que vemos a realização da pesquisa empírica como um processo dinâmico de investigação que ocorre dentro de uma estrutura estável de regras. Todavia, e isso nos leva ao segundo ponto, os pesquisadores deveriam trabalhar para melhorar seus projetos antes de realmente realizarem um estudo completo. Considerando que até mesmo os melhores projetos ocasionalmente caem por terra depois que o pesquisador coleta as primeiras informações, recomenda-se que os juristas trabalhem sequencialmente: reúnam aqueles primeiros dados e considerem se eles são compatíveis com a pergunta da pesquisa e com as hipóteses. Se não forem, talvez eles queiram repensar suas expectativas, mas, mais provavelmente, eles verão que o tipo de evidência que eles pretenderam coletar não é tão adequado para responder à pergunta da pesquisa quanto eles esperavam.

IV.

A PERGUNTA DE PESQUISA

Presumimos que a maioria dos leitores deste livro possui perguntas de pesquisa às quais gostariam de responder, perguntas que gostariam que alguém respondesse, ou uma resposta a uma pergunta que gostariam de avaliar. Por isso, não precisamos dizer muito sobre como juristas desenvolvem perguntas de pesquisa.¹⁵⁸ O que requer explicação são os dois requisitos que boas perguntas de pesquisa exigem: *elas contribuem ao conhecimento existente e possuem alguma importância para o mundo real.*¹⁵⁹ Cada requisito será objeto de uma das seções seguintes.

Muito embora seja grande a importância desses critérios, nós reconhecemos que muitas das perguntas formuladas por acadêmicos e por outras pessoas sobre fenômenos jurídicos não alcançam esses padrões. Entretanto, isso não é particularmente problemático. Investigadores podem realizar rigorosas pesquisas empíricas sobre qualquer questão, não importando o quão restrita ela possa ser, não importando se eles são os únicos interessados nela e não importando se ela praticamente não possui implicações para o mundo real. Por outro lado, os analistas poderão responder melhor às perguntas se eles puderem motivar os membros de sua comunidade – acadêmicos ou autoridades, ou ambos – a tomar parte na sua pesquisa. A explicação disso remete ao ponto levantado no Capítulo I: a pesquisa empírica é um empreendimento social. Um pesquisador individual é muito mais propenso a alcançar seus objetivos, mesmo que restritos, quando elabora suas perguntas de pesquisa de um modo que atraia o interesse dos outros. Trabalhar em tais projetos também é um bom conselho de carreira, mas uma das razões pelas quais esse conselho é frequentemente dado em primeiro lugar (e a razão pela qual ele

deveria continuar sendo dado) é para fomentar o desenvolvimento de uma comunidade de pesquisa, de modo que todos nós possamos alcançar melhor nossos objetivos.

Sucintamente, acadêmicos e outros podem escolher ignorar as duas regras que seguem. Eles podem focar em uma pergunta muito restrita que abrange o interesse de poucos ou até de ninguém mais. Caso eles optem por fazer isso, agir em conformidade com as outras regras deste livro vai ajudá-los a responder melhor às suas perguntas. Entretanto, seguir as duas regras anteriormente expostas trará o benefício de tornar a pesquisa mais confiável; e seus resultados, mais exatos.

A. CONTRIBUIR PARA A LITERATURA ACADÊMICA

Enquanto muitos acadêmicos já compreendem a importância dessas diretrizes, percebemos que, para outros, isso causa arrepios. Eles perguntarão: “Não é suficiente que nós direcionemos a pesquisa a problemas reais?” Por pelo menos quatro razões, a resposta é não. Um: a pesquisa empírica é um empreendimento social – não precisamos dizer muito mais a respeito. Porém, as outras três requerem certa elaboração.

Primeiro, encontrar um modo de participar do empreendimento social do conhecimento minimiza as chances de que leitores informados, e talvez até não-informados, questionem se o pesquisador está ciente a respeito das atualizações mais recentes na área específica sob análise. Em outras palavras, o cumprimento dessa regra aumenta a credibilidade da pesquisa. Porém, de maneira mais importante, fazer conexões com o que veio antes ajuda os acadêmicos a evitar erros, pular árduas reinvenções de ideias já existentes e encontrar implicações observáveis adicionais de suas teorias.

Considere um artigo de 1998 da *New York University Law Review* afirmando que “até aqui, a teoria da escolha pública teve

relativamente pouco a dizer sobre o comportamento dos juízes ao decidirem os casos”.¹⁶⁰ Segundo os resultados dos artigos e livros anteriores a 1998 que invocaram a teoria da escolha pública (ou alguma de suas variantes),¹⁶¹ essa declaração dá uma falsa impressão aos outros e prejudica a pesquisa contida no artigo. De certo modo, as citações deveriam ser tão irrelevantes quanto a identidade de seus autores – salvo se as citações tiverem consequências, o que elas geralmente têm. Embora os autores da *NYU Law Review* sejam bem integrados à comunidade acadêmica e frequentemente não cometam os mesmo erros em seus outros trabalhos ou até em outras partes do mesmo trabalho, nesse ponto eles estão efetivamente trabalhando isolados de uma vasta literatura que poderia ajudá-los a alcançar seus objetivos. Rosenberg nos dá um exemplo relacionado, de uma pesquisa produzida por professores de direito sobre opinião pública: “Juristas continuamente fazem afirmações sobre a habilidade do sistema judicial de afetar a opinião pública, frequentemente com uma citação aprovadora de Rostow ou Bickel. Há, entretanto, literatura empírica sobre o conhecimento público de opiniões judiciais que não apóiam essas afirmações, mas ela nunca é citada.”¹⁶²

Esse problema geral parece aplicar-se a muitas pesquisas publicadas nos periódicos jurídicos. Ou assim afirmam alguns estudiosos de outras áreas e, muitas vezes, de forma mais veemente.¹⁶³ O comentário de Baer é típico: “Eu juro, se eu tiver que ler mais um livro de um professor de direito que ignora toda uma lista de relevantes trabalhos de cientistas políticos...”¹⁶⁴ Graber, um cientista social graduado em direito, concorda: “A gente nunca saberia [pela literatura jurídica]. . . que houve uma inundação de literatura nas ciências [sociais] sobre teoria, doutrina, história e política constitucional.”¹⁶⁵ Embora, como salientado por Graber, seria difícil, senão impossível, para os cientistas sociais que escrevem sobre

Constitucionalismo Americano publicar qualquer trabalho “que exiba a mesma ignorância dos desenvolvimentos produzidos na academia jurídica que os gigantes de lá geralmente exibem sobre os desenvolvimentos entre aqueles cientistas políticos que estudam constitucionalismo”,¹⁶⁶ o contrário não se confirma. Deveria. Ainda mais porque a pesquisa isolada é difícil de se justificar nessa época de Lexis, Westlaw, e outros meios de acesso pela internet de periódicos de uma ampla gama de disciplinas,¹⁶⁷ e em um contexto em que há uma comunidade crescente de acadêmicos que são grandes conhecedores de direito.

A segunda vantagem de se engajar na literatura acadêmica relevante é que isso diminui as chances de se fazer novamente um trabalho já feito, de se “reinventar a roda”. Isso não é dizer que acadêmicos deveriam necessariamente evitar formular as mesmas questões que outros já formularam, reanalizando as mesmas informações, ou perseguindo novas formas de olhar para os mesmos problemas, ou trazendo novas informações para dar-lhes suporte. É, ao invés disso, dizer que, se eles estão tratando de questões já existentes, eles deveriam levar em conta as lições dos estudos anteriores. Falhar nesse ponto é mais que um desperdício; isso também diminui as possibilidades de que a “nova” pesquisa seja tão bem-sucedida quanto a original, porque o pesquisador está, de fato, ignorando a sabedoria coletiva adquirida desde aquele primeiro passo.

Para ver como isso pode ocorrer, considere o estudo feito por Perrin e seus colegas, no qual os pesquisadores realizaram uma pesquisa com os agentes de polícia de *Ventura County*, Califórnia, com a intenção de responder à seguinte questão: quais são os efeitos e custos de uma regra de exclusão?¹⁶⁸ Para ter certeza, os autores certificaram-se da literatura existente e claramente identificável que influenciava a sua pergunta.¹⁶⁹ Isto tudo é para o bem,

porque mesmo uma obediência perfunctória à nossa sugestão de que a investigação deve contribuir para a literatura acadêmica desvia o tipo de críticas que dirigimos ao estudo de 1998 da *NYU Law Review*.¹⁷⁰ Entretanto, isso é insuficiente. O cumprimento integral requer que os pesquisadores levem em conta as lições de estudos anteriores – tantos as suas vantagens quanto os seus defeitos – em seu esforço. E foi nesta dimensão que Perrin e seus colegas poderiam ter ido muito mais longe. Na apresentação dos resultados daquele que foi, por sua própria confissão, “claramente, o estudo mais aprofundado da regra [de exclusão]”,¹⁷¹ eles observaram que Oaks, o autor do estudo, estava relutante em fazer comparações entre as ações de supressão de evidência em Washington DC e Chicago. Oaks acreditava que “[existem] importantes diferenças nos sistemas de justiça criminal das duas cidades, diferenças tão marcantes que comparações significativas não poderiam ser feitas.”¹⁷² Mas a moral do estudo de Oaks – que “as mesmas ou diferentes características que distinguem o sistema penal em Washington, DC e Chicago (...) podem também distinguir os sistemas de *Ventura County* de todas as outras jurisdições norte-americanas”¹⁷³ – não foi percebida por Perrin e seus colegas. Ao fim de seu estudo, eles não hesitaram em avançar para além do seu caso, alegando que eles tinham confirmado “tanto a falta de valor da regra como elemento dissuasivo, quanto os seus elevados custos que a regra impõe à sociedade e ao sistema”.¹⁷⁴

Finalmente, seguir o conselho de que uma pesquisa compreenda o conhecimento existente garante que alguém estará interessado nos resultados. Afinal, se um conjunto de literatura – independente de quão escasso e subdesenvolvido possa ser – está em mãos, isso indica que a questão é importante para pelo menos algumas pessoas. Atraindo a atenção dos outros, os pesquisadores se beneficiam

e aumentam as chances de que outros investigadores examinem a sua pergunta de pesquisa, reavaliem suas evidências por um novo ângulo, ou introduzam evidência nova de um problema próximo parecido – resultando disso mais conhecimento certo sobre as preocupações da comunidade.

Isso, é claro, não significa que os acadêmicos deveriam necessariamente perguntar precisamente a mesma pergunta que outros. Isso apenas sugere que sua pesquisa deveria contribuir para, fazer conexões com, ou tentar interessar outras pessoas em uma área específica de investigação. Essa contribuição pode vir de várias formas: (1) formulando uma pergunta que a comunidade jurídica possa ver como importante, mas que nenhum outro acadêmico abordou; (2) tentando resolver uma questão que invocou respostas conflitantes; (3) levantando uma “velha” questão, mas tratando-a de uma forma única; (4) coletando novos dados sobre as mesmas implicações observáveis ou implicações completamente diferentes¹⁷⁵ ou (5) aplicando melhores métodos para reanalisar as informações existentes.¹⁷⁶

B. REALIZAR PESQUISAS IMPORTANTES PARA O MUNDO

Essa é uma regra sobre a qual não precisamos dizer muito. De todos aqueles que apresentamos aqui, esse é um dos pontos que a maioria dos juristas já entendeu, e pode até entender melhor do que alguns dos seus colegas das ciências exatas e sociais. Nossas pesquisas em artigos de periódicos jurídicos sugerem que é raro o trabalho da literatura jurídica que não faça uma pergunta que possua ao menos uma implicação *potencial* – normativa, política ou qualquer outra – para o mundo real.¹⁷⁷ De fato, as conclusões de muitos deles esforçam-se para explicar claramente a natureza de tais implicações, especialmente na forma de futuros caminhos que os tribunais, advogados e legisladores devem seguir.

Para alcançar essas recomendações, a gama de perguntas de pesquisa que juristas podem levantar é relativamente ampla. Algumas se centram no “direito nos livros”, perguntando se o tribunal chegou à decisão “corretamente” (sendo o termo “corretamente” definido como em consonância com um precedente já existente, com a intenção legislativa, com o simples significado do texto e por aí em diante). O artigo de Levinson sobre a segunda emenda da Constituição dos Estados Unidos serve como exemplo.¹⁷⁸ Ele pergunta se as decisões dos tribunais que sustentam que a emenda estabelece unicamente um direito coletivo são compatíveis com o próprio texto da emenda, considerando as circunstâncias históricas que cercam a sua adoção e a estrutura da Constituição.¹⁷⁹

Outras questões centram-se no “direito em ação”, perguntando se certa decisão ou lei teve o efeito que seus criadores ou outros previram. Tal foi a pesquisa de Hightower¹⁸⁰ sobre o impacto da decisão *J.E.B. v Alabama*.¹⁸¹ Na sua opinião dissidente no caso, o juiz Scalia observou:

[A extensão de *Batson vs. Kentucky*¹⁸² para o gênero] estabelecerá a base para extensivos litígios colaterais, os quais especialmente o réu criminal (que litiga em tempo integral e sem custos) deve vir a perseguir. Enquanto a realidade demográfica impõe limites ao número de casos em que a exclusão de membros selecionados para o Tribunal de Júri por razões raciais será um problema, cada caso contém uma queixa potencial quanto a essa exclusão por razões de gênero.¹⁸³

O que Hightower pergunta é se as preocupações de Scalia materializaram-se: *J.E.B.* gerou a emergência de numerosos litígios colaterais? Esses representam apenas dois tipos de questões que os

juristas suscitam que se alinham bem com a regra de que a pesquisa deve ser importante para várias circunscrições internas e externas. Levinson deixa isso claro no fim de seu artigo, onde ele escreve: “Por muito tempo, muitos membros da academia jurídica trataram a segunda emenda como o equivalente a um parente vergonhoso (...) Isso não continuará assim. É hora de ela entrar integralmente na consciência da academia jurídica.”¹⁸⁴ Eventos subsequentes, inclusive uma proliferação de artigos em periódicos jurídicos sobre a segunda emenda ¹⁸⁵ e a adoção de seu argumento por ao menos um tribunal¹⁸⁶ não apenas vieram ao encontro da preocupação de Levinson – eles também sublinham a importância de sua questão (se não a credibilidade e certeza de suas inferências)¹⁸⁷ para os acadêmicos, assim como para outros na comunidade jurídica.

V.

TEORIAS E SUAS IMPLICAÇÕES OBSERVÁVEIS

Uma vez que um acadêmico possua uma pergunta de pesquisa que compreenda a literatura acadêmica e que seja importante para o mundo real, é construtivo começar a *teorizar* sobre possíveis respostas que ela ou ele possam, no caso, usar para gerar *implicações observáveis* (também chamadas de expectativas ou hipóteses).

Por “teorizando”, queremos dizer desenvolver “*uma razoável e precisa especulação sobre a resposta da pergunta de pesquisa.*”¹⁸⁸

Por “implicações observáveis”, nós queremos dizer coisas que nós esperaríamos detectar no mundo real se a nossa teoria for correta.

Não há nada mágico ou místico sobre essas atividades. De fato, nós a utilizamos todos os dias. Após lecionarmos as primeiras aulas de uma disciplina, nós podemos desenvolver uma teoria simples, por exemplo, de que os alunos dela participantes são melhores que aqueles que ensinamos um ano antes. As implicações observáveis dessa “teoria” são suficientemente fáceis de resumir: podemos esperar que os alunos vão incomumente bem nos exames, possam escrever redações especialmente convincentes, ou que eles digam coisas notavelmente astutas em aula.

Teorizar academicamente não é tão diferente, embora possa ser feito de diferentes formas. Algumas teorias são, de fato, simples, pequenas ou adaptadas para encaixar-se em determinadas circunstâncias, e essas são abundantes nas revistas jurídicas. No seu estudo sobre como os juízes aplicam o teste de dois passos de *Chevron* para revisões judiciais de decisões de agências administrativas, por exemplo, Kerr oferece uma teoria “contextual”.¹⁸⁹ Essa teoria, pelo menos da maneira como ele a desenvolveu, é bastante específica: juízes continuam a utilizar fatores “tradicionais” para julgar os casos *Chevron*,

ao invés do teste de dois passos.¹⁹⁰ No mesmo sentido, os juristas frequentemente desenvolvem teorias sobre a intenção do Legislativo por trás das leis, variando do *Freedom of Information Act*,¹⁹¹ ao *National Labor Relations Act*,¹⁹² ao *Foreign Trade Zones Act*,¹⁹³ ao *Sherman Act*;¹⁹⁴ ou à intenção dos legisladores constituintes por trás das provisões constitucionais, incluindo as do *impeachment*,¹⁹⁵ da *Establishment Clause* da primeira emenda da Constituição dos Estados Unidos,¹⁹⁶ das *Search and Seizure and Warrant Clauses* da quarta emenda,¹⁹⁷ e da décima terceira emenda.¹⁹⁸

Outras teorias são mais amplas em abrangência, procurando fornecer explicações para uma ampla gama de fenômenos. Uma teoria crescentemente comum na literatura jurídica é a Teoria Política Positiva (*positive political theory* - “PPT”), a qual consiste em uma “teoria de escolha racional não-normativa de instituições políticas”.¹⁹⁹ Por meio da PPT, pesquisadores procuraram responder a uma longa lista de perguntas de pesquisa – desde por que os juízes da Suprema Corte concedem revisão a alguns casos e negam-na a outros;²⁰⁰ até se as preferências políticas das várias organizações políticas (por exemplo, o Legislativo ou o Executivo) influenciam as decisões judiciais,²⁰¹ ou até que circunstâncias levam as cortes inferiores a desviar dos precedentes estabelecidos pelas cortes superiores,²⁰² bem como por que juristas criam e mantêm (e advogados agora seguem) certas regras, normas, e convenções.²⁰³

Do outro lado do espectro, há pesquisas jurídicas despreocupadas com teorização. Alguns acadêmicos pulam essa parte toda, como faz Manz no seu estudo sobre o uso de citações do juiz Cardozo.²⁰⁴ Após levantar questões sobre as práticas do uso de citações,²⁰⁵ Manz dirige-se diretamente aos dados; somente após apresentar alguns dos resultados, ele começa a teorizar sobre possíveis explicações.²⁰⁶ Da mesma maneira, na pesquisa de Melton sobre se os

legisladores constituintes acreditam ser o *impeachment* um procedimento criminal,²⁰⁷ o autor não expõe nenhuma teoria.

Ao invés disso, ele aponta diretamente para a evidência, usando-a para fazer uma afirmação empírica sobre as crenças dos legisladores constituintes.²⁰⁸ Essa estratégia é boa, é claro, mas apenas se nós reconhecermos que “teorias” desenvolvidas dessa forma possuem o status de boa hipótese para a qual o acadêmico deve provar a evidência. Em outras palavras, se Melton desenvolve sua teoria a partir da mesma evidência que ele usou para avaliá-la; a teoria não estaria vulnerável a ser provada errada. Hipóteses em conformidade com evidências na literatura desempenham um papel essencial para o conhecimento, mas nós não devemos confundi-las com teorias que possuem um suporte empírico.

Outros acadêmicos sustentam suas teorias por meio de uma revisão da literatura (ou da doutrina) relevante. Tal procedimento é típico do trabalho que pergunta se a lei ou a decisão da Corte atingiu o efeito pretendido (ou não pretendido). Ao invés de oferecer uma teoria de “efeito” ou “impacto”, o pesquisador revisa outros estudos, relatórios e ensaios – predicados em impressões ou não – que tratam de se, por exemplo, *Mapp v Ohio*²⁰⁹ desincentivou a má-conduta policial,²¹⁰ ou se a Regra Federal de Processo Civil 68 induziu acordos pré-julgamentos,²¹¹ e então utiliza tais revisões para gerar expectativas.²¹²

Teorias, dessa forma, surgem de várias maneiras, níveis de abstração e aplicações substantivas. Cada uma dessas distinções pode ser mais ou menos relevante dependendo do objetivo ou propósito da pesquisa. Mas, apesar de tais considerações e até do tipo de teoria que elas invocam, os pesquisadores devem reconhecer que eles podem se ajudar a agir em conformidade com as várias regras que discutimos neste livro fazendo teorias mais úteis – um objetivo que

eles poderiam alcançar (1) invocando teorias que produzam implicações observáveis, (2) extraindo tantas implicações quanto possível e (3) delineando como eles planejam observar tais implicações.

A. INVOQUE TEORIAS QUE PRODUZAM IMPLICAÇÕES OBSERVÁVEIS

Uma boa teoria vem com um guia para desenvolver implicações observáveis sobre o fenômeno que ela procura descrever ou explicar. Somente ao avaliar essas implicações observáveis – comparando as implicações teóricas com algumas observações empíricas relevantes – é possível saber se a teoria é passível de estar correta.

Implicações observáveis frequentemente tomam a forma de afirmações sobre a relação entre as variáveis que podem, ao menos em princípio, ser observadas. Por “variáveis”, queremos dizer características de alguns fenômenos que variam através dos exemplos dos fenômenos: por exemplo, a raça de uma pessoa ou o resultado de um caso da Suprema Corte. Anteriormente, discutimos as variáveis “causais” (aquelas que consideramos levar a um resultado especial, tal como a existência de *Miranda* provocando menos confissões) e variáveis “dependentes” (aqueles resultados que tentamos explicar, tal como a taxa de confissões). Variáveis causais inserem-se no conceito geral de variáveis “independentes” (ou “explicativas”) – aquelas que podem ajudar a explicar o resultado (outras que se inserem na mesma categoria são as variáveis de controle, as quais discutiremos abaixo).

Para ver como o processo de passar da teoria para as implicações observáveis funciona, considere a pesquisa feita por Eskridge, que invoca a teoria política positiva para entender como juízes da Suprema Corte interpretam as leis federais.²¹³ Segundo seu relato, os juízes têm objetivos, os quais, de acordo com Eskridge, equivalem

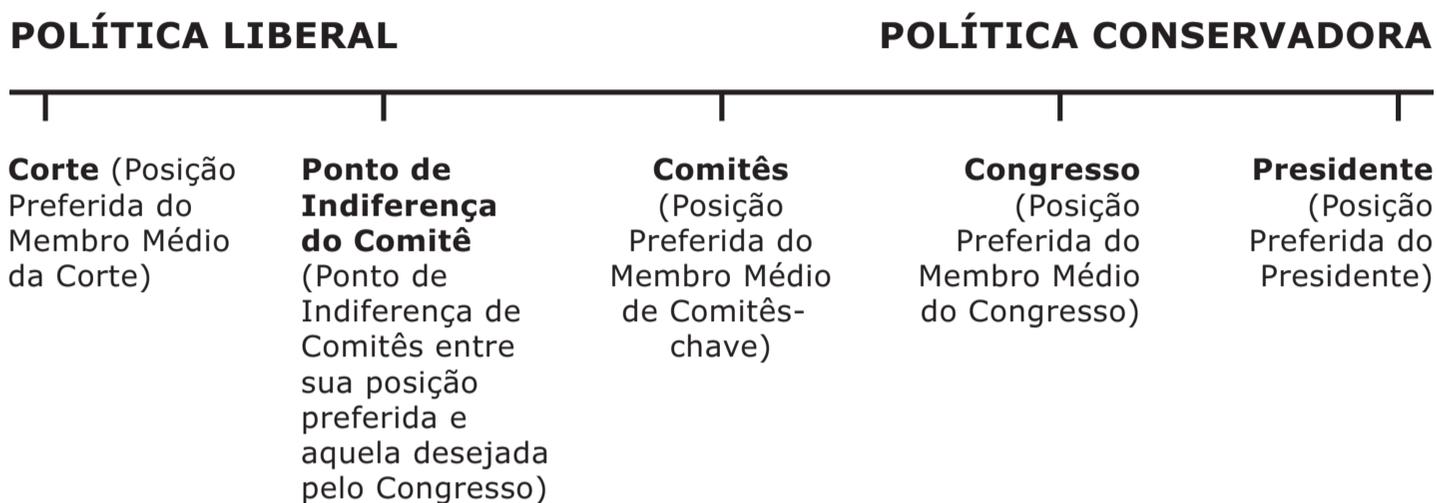
a ver suas preferências políticas transformadas em lei, mas percebem que não podem alcançá-los sem levar em conta as preferências e prováveis ações de outros atores relevantes – incluindo congressistas influentes (como membros de comissões importantes e líderes de partidos), outros membros do Congresso e o Presidente – além do contexto institucional em que eles trabalham.²¹⁴

Para desenvolver implicações observáveis a partir desse relato, Eskridge utiliza imagens como as expostas nas Figuras 3a e 3b.²¹⁵ Em cada uma delas, nós descrevemos uma série hipotética de preferências sobre uma política específica – no caso, uma lei de direitos civis. As linhas horizontais representam o espaço da política (direitos civis), aqui ordenados da esquerda (mais “liberal”) para a direita (mais “conservador”). As linhas verticais mostram as preferências (as “posições preferidas”) dos atores relevantes: o Presidente, o membro médio da Corte, o Congresso, e os comitês-chave e outros membros relevantes do Congresso que decidem sobre a propositura de legislação de direitos civis em suas respectivas casas.²¹⁶ Note que também identificamos o ponto de indiferença dos comitês “onde a Corte pode estabelecer uma política que o comitê aprecia tanto quanto a política oposta que seria escolhida pela câmara completa²¹⁷. Em outras palavras, em razão de o ponto de indiferença e o membro médio do Congresso estarem equidistantes dos comitês, os comitês gostam dos pontos de indiferença tanto quanto gostam da posição preferida do Congresso – eles são indiferentes entre os dois.

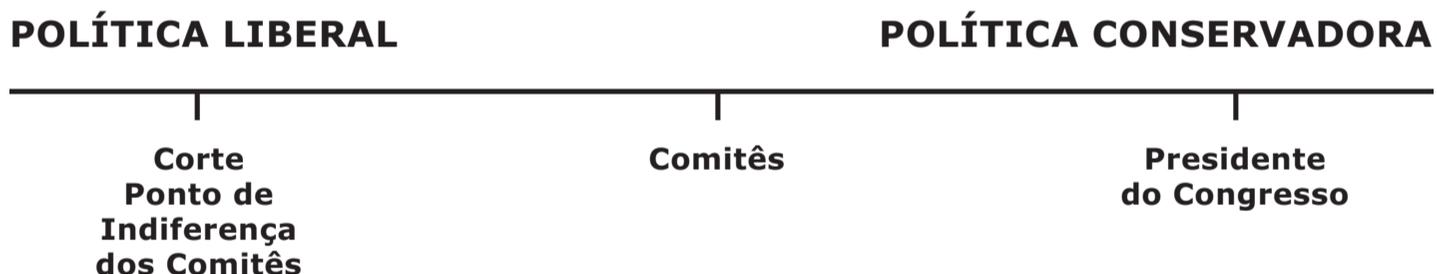
FIGURA 3:

DISTRIBUIÇÃO HIPOTÉTICA DE PREFERÊNCIAS²¹⁸

3a. Implicação Observável 1: a política é elaborada no ponto de indiferença do comitê.



3b. Implicação Observável 2: a política é ajustada no ponto de indiferença do Comitê / a posição preferida da Corte.



Como podemos ver na Figura 3a, a Corte está à esquerda do Congresso, dos comitês-chave e do Presidente. Isso significa que, nesta ilustração, a Corte é mais inclinada a uma política liberal do que os outros ramos políticos. Na Figura 3b, a Corte também está à esquerda dos atores relevantes, porém constata-se que o ponto de indiferença dos comitês alinha-se com a posição preferida da Corte.

Agora, suponha que a Corte tenha aceito um caso que exige que se interprete a lei de direitos civis. Como procederia a Corte? A partir da teoria de Eskridge, surge a seguinte implicação observável:

dada a distribuição das posições preferidas dos atores, a Corte da Figura 3a não estaria disposta a assumir o risco e interpretar a lei de acordo com a sua posição preferida. Pareceria que o Congresso facilmente anularia esta posição e que o Presidente apoiaria o Congresso. Ao invés disso, de acordo com a teoria de Eskridge, a melhor escolha para juízes interessados em ver a lei refletir em suas preferências políticas é interpretar a lei próxima ao ponto de indiferença dos comitês. A razão é simples: uma vez que os comitês são indiferentes entre aquele ponto e a posição preferida pelo legislador médio, eles não teriam qualquer incentivo para introduzir uma legislação para derrubar a política estabelecida no seu ponto de indiferença. Dessa forma, a Corte terminaria com uma política próxima, porém não exatamente igual, ao ponto ideal, sem arriscar uma repercussão no Congresso.

A distribuição de preferências na Figura 3b aponta para uma implicação observável diferente: a Corte deveria estabelecer uma política de modo que reflita suas sinceras crenças. Porque, se ela vota suas preferências (as quais são comparativamente liberais) e estabelece a política na sua posição preferida, os comitês relevantes do congresso não teriam incentivos para reverter a Corte. Uma vez que o ponto de indiferença dos comitês é o mesmo que a posição preferida da Corte, eles seriam indiferentes à política preferida pela Corte. Note que, para ambas as implicações, a teoria sugere as variáveis explicativas principais (as preferências dos atores principais relacionadas entre si) e a variável dependente (a interpretação da lei pela Corte).

A teoria por trás dos resultados encontrados por Eskridge é de grande alcance; aquelas que são mais restritas, porém, a partir das quais os acadêmicos desenvolvem revisões da literatura ou doutrina relevante, podem prover similar orientação. O estudo de Hillman

sobre casos de preclusão em razão de promessa, que descrevemos anteriormente,²¹⁹ é exemplar. O autor não desenvolveu sua teoria própria, mas, em vez disso, baseou-se no “novo consenso” para desenvolver implicações observáveis.²²⁰

Tudo está bem, pois teorias sem implicações observáveis são de pouca utilidade. Elas são de pouca utilidade por várias razões, a menor das quais não é que, sem implicações claras, os leitores não têm como saber se ali há algum suporte empírico para a teoria, ou se ela é vulnerável e pode ser provada errada. Estudos doutrinários, ou aqueles que teorizam sobre intenção legislativa, ocasionalmente caem nessa armadilha, como ilustrado no estudo de Amar e Widawsky sobre *a décima terceira emenda da Constituição dos Estados Unidos*.²²¹ Amar e Widawsky teorizam que esta emenda, tanto em texto quanto em espírito, (...) comenta o horror do abuso sexual contra uma criança com notória objetividade.”²²² Certamente, essa é uma teoria interessante, e os pesquisadores descrevem-na detalhadamente, tentando sustentá-la com base na história legislativa da emenda, interpretações jurídicas e por aí em diante. O que eles não fazem, entretanto, é fornecer implicações observáveis que definitivamente ajudariam os leitores a determinar se a teoria assenta-se sobre uma base sólida.²²³ Para realizar essa tarefa crucial, os autores precisam perguntar-se o seguinte: se nossa teoria é correta e o “texto e o espírito” da emenda comentam “objetivamente” o abuso de crianças, então quais implicações ou previsões sobre o comportamento do mundo real derivam dela?²²⁴

B. EXTRAIA TANTAS IMPLICAÇÕES OBSERVÁVEIS QUANTO POSSÍVEL

Como a nossa ênfase no plural sugere, acadêmicos não devem parar com uma ou duas implicações ou previsões. Ao invés disso, eles

devem desenvolver tantas quanto forem possíveis, até mesmo se elas estiverem apenas indiretamente conectadas com a específica hipótese de interesse. Para começar a ver a lógica por trás dessa afirmação, considere os estudos sobre os efeitos da decisão *Miranda v. Arizona*, que se iniciam a partir da seguinte (geralmente implícita) teoria: *Miranda* levou à redução do número de confissões obtidas pela polícia. Tal teoria, para reiterar um ponto que levantamos anteriormente, exemplifica aquelas frequentemente invocadas pelos juristas: é clara, concreta e adaptada de acordo com um fenômeno específico. Entretanto, isso não significa que ela seja incapaz de gerar implicações observáveis. Ela é capaz de gerar tais implicações, com uma delas sendo óbvia: nós devemos observar uma redução nas taxas de confissões quando *Miranda* é aplicada. Outra implicação observável pode ser que, nos lugares em que não se aplica a decisão *Miranda*, dever-se-ia observar uma menor redução nas taxas de confissão.²²⁵

Essas implicações observáveis poderiam levar um investigador a localizar as jurisdições onde os oficiais seguem, de maneira mais ou menos integral, a decisão *Miranda*, e a coletar informações sobre as taxas de confissão em ambos.²²⁶ Porém, o pesquisador não deve parar aí; ele deve procurar outras implicações – aquelas que, sim, poderiam conformar-se com sua teoria original sobre o impacto da decisão *Miranda* nas taxas de confissão, *bem como* aquelas que poderiam ser coerentes com os muitos outros efeitos que a decisão *Miranda* pode ter no sistema penal. *Isso porque qualquer outro efeito encontrado em uma área que não a da taxa de confissões aumentaria a plausibilidade da teoria original.* (Essa afirmação geral sempre se aplica, mas, para esse exemplo, ela é especialmente aplicável, uma vez que, como sabemos por meio do amplo corpo de literatura a respeito, muitos membros da comunidade jurídica –

incluindo aí acadêmicos, advogados, juízes, e outras autoridades decisórias – não estão unicamente ou simplesmente preocupados com se a decisão *Miranda* reduziu o número de confissões; eles parecem mais interessados no efeito mais amplo, se existente, que *Miranda* teve sobre o sistema penal).²²⁷

Para entender o motivo pelo qual fazemos essa afirmação, imagine um pesquisador que aceitou e enumerou, além das implicações observáveis extraídas da teoria específica do pesquisador – por exemplo, se minha teoria está correta, deveríamos observar uma redução nas taxas de confissões quando a decisão *Miranda* é aplicada – aquelas implicações advindas de uma tomada mais ampla do efeito da decisão *Miranda* no sistema penal, incluindo:

- (1) Juízes das cortes de primeira instância concedendo pedidos baseados na decisão *Miranda* para excluir confissões;²²⁸
- (2) Juízes da Corte de Apelações revertendo convicções baseados no caso *Miranda*;²²⁹
- (3) Cortes de todos os níveis gastando tempo “valioso” apreciando casos semelhantes ao caso *Miranda*;²³⁰
- (4) Aplicadores do direito observando uma redução nas taxas de liberação e condenação;²³¹
- (5) Réus falhando em renunciar aos seus direitos emanados do caso *Miranda*.²³²

Outras implicações são suficientemente fáceis de lembrar.²³³ Entretanto, considere, por um momento, que essas foram as únicas

implicações em que o investigador se concentrou. Mais adiante, considere que esse pesquisador, seguindo todos os outros conselhos aqui fornecidos, verificou que todas as cinco implicações se mantêm. Se esse fosse o caso, nós teríamos mais confiança nas afirmações feitas por alguns acadêmicos de que a decisão *Miranda* teve efeito sobre o sistema legal americano do que teríamos, caso tivesse o pesquisador considerado apenas uma implicação, tal como a redução nas confissões, mesmo que ele verificasse que apenas esta se mantém. Mais relevante aqui é que o objetivo original de avaliar o efeito do caso *Miranda* nas taxas de confissão seria melhor alcançado por esta estratégia. A razão é que, se o caso *Miranda* é poderoso o suficiente para ter efeito sobre essas taxas, ele deveria também demonstrar algumas das outras implicações observáveis listadas acima; contrariamente, se algumas delas não forem encontradas, a conclusão sobre as taxas de confissão teria menos suporte. Vista dessa forma, a estratégia de procurar “maximizar a influência”²³⁴ – ou seja, identificar o maior número de implicações observáveis possível, mesmo se o propósito imediato é uma pesquisa mais restrita – pode ser muito poderosa.

Nós podemos dizer o mesmo da pesquisa que se baseia em formas não-numéricas de evidência. Deixe-nos voltar ao estudo de Amar e Widawsky sobre a décima terceira emenda.²³⁵ Embora os autores não ofereçam hipóteses explícitas, com certeza a sua teoria – de que o abuso infantil é uma forma de escravidão condenada por esta emenda – se presta a várias previsões testáveis. Por exemplo, se o termo “escravidão” é amplo o suficiente para abranger abuso infantil, então podemos esperar encontrar indícios daquele sentimento nos registros históricos, legislativo e judicial. A partir dessa ideia derivam muitas implicações observáveis, a saber, (1) declarações feitas por legisladores dominantes (por exemplo, membros

das maiorias legislativas)²³⁶ indicando que eles pretendiam que a palavra “escravidão” abrangesse mais do que a “instituição peculiar da escravidão do sul”;²³⁷ (2) interpretações prévias à décima terceira emenda, produzidas pelos tribunais, demonstram que os juízes utilizavam o termo “escravidão” para cobrir as demandas infantis relacionadas ao comportamento parental abusivo; e (3) definições previstas em dicionários da época apoiavam uma concepção ampla de “escravidão”.

Estes são apenas três exemplos. Leitores e pesquisadores podem ter problemas com alguns deles, mas poderiam, sem dúvida, desenvolver outros. No momento, enfatizamos a lição mais geral: para todas as teorias os pesquisadores deveriam se perguntar, “Quais são as suas implicações observáveis?” e, então, *listar todas as possibilidades – mesmo que somente um pequeno subconjunto delas seja realmente observado ao longo da pesquisa.*²³⁸ Quanto mais implicações os acadêmicos identificarem, mais poderosa e útil sua teoria. E quanto mais dessas implicações eles puderem avaliar contra dados reais, mais confiança nós podemos ter nas suas conclusões.

C. DELINEIE COMO AS IMPLICAÇÕES PODEM SER OBSERVADAS

Já que teorias e suas implicações são tipicamente compostas por conceitos, os pesquisadores devem, para começar a estimar suas teorias e as implicações relacionadas, delinear como eles podem observá-las no mundo real. Por exemplo, para estimar uma implicação observável da teoria de Eskridge – de que a Corte interpretará uma lei de direitos civis de acordo com suas preferências, se a Corte e outros atores relevantes compartilharem a mesma visão de política de direitos civis²³⁹ – precisamos de uma definição clara de leis

de direitos civis (por exemplo, poderíamos defini-las de maneira restrita como somente aquelas que especificamente reivindicam serem leis de direitos civis, ou poderíamos defini-las amplamente como todas as leis, a despeito de seu propósito original ou de sua intenção, que os tribunais utilizam para proteger os direitos civis). Isso ocorre porque a legislação de direitos civis – assim como muitos outros fenômenos de interesse na pesquisa jurídica, incluindo o “cumprimento”, a “legitimidade” e a “eficiência” – é um conceito que requer um esclarecimento para que possamos observá-lo. Esse processo de “esclarecimento” é por vezes denominado “operacionalizar”, “definir operacionalmente” ou, mais simplesmente, “definir” os conceitos.

Isso não deve, por outro lado, ser uma tarefa terrivelmente onerosa. Se os pesquisadores cuidadosa e claramente explicarem suas teorias, então deverá ser-lhes fácil desenvolver definições claras, mensuráveis dos conceitos contidos nas implicações dessas teorias, e também deverá ser fácil para os leitores julgar se eles fizeram um bom trabalho. Por essa razão, especificar a teoria com precisão suficiente para que os leitores possam ver como os autores medem suas implicações é uma parte crítica da teorização. Retornemos ao trabalho de Eskridge sobre interpretação de leis.²⁴⁰ De acordo com sua teoria, as preferências do membro-médio da Suprema Corte, assim como as de várias organizações políticas (por exemplo, o Senado, a Câmara dos Deputados, os comitês-chave) ajudam a explicar certos resultados de políticas públicas. Definir o “membro-médio” da Suprema Corte é simples – é o juiz no meio da distribuição de membros da Corte ao longo de uma dimensão política definida.

Por outro lado, dificuldades geralmente surgem na identificação de tal juiz na prática. Talvez o problema mais comum ocorra quando

os pesquisadores não especificam claramente sua teoria. O exame de Revesz sobre o padrão de votos de juízes na Corte de Apelação norte-americana do distrito de Columbia em casos ambientais fornece um exemplo.²⁴¹ Em parte, ele procura avaliar a seguinte assertiva teórica: “Alguns doutrinadores (...) sustentam que os juízes simplesmente votam de acordo com suas preferências políticas. Em casos ambientais, a alegação continua, os juízes apontados pelos presidentes republicanos votam principalmente por regulações mais brandas e juízes apontados por presidentes democratas votam por uma regulação mais severa.”²⁴²

Perceba a dificuldade conceitual: a teoria requer que os juízes votem de acordo com sua própria preferência política ou alinhados com o partido do presidente que os apontou? Pode parecer uma distinção sem sentido, mas, como uma “preferência política” não é rigorosamente o mesmo que uma “filiação partidária”, não é. Seria possível operacionalizar “preferências políticas” de várias maneiras: se os juízes são afiliados ao partido Democrata ou Republicano, se o juiz é liberal ou conservador ou, sim, se o presidente que apontou o juiz é filiado ao partido Democrata ou ao partido Republicano. O “partidarismo do Presidente” normalmente será menos ambíguo e será definido simplesmente como o partido político do qual faz parte o presidente. Mas, uma vez que a teoria uniu as duas, encaramos a dificuldade de decidir se a implicação a ser observada é “preferências políticas” ou “partidarismo”. (O que, no fim, Revesz realmente quer dizer é que o partidarismo poderia servir como uma medida de preferências políticas.²⁴³ Discutimos esse problema completamente diferente no Capítulo VII).

O trabalho de Revesz é um estudo quantitativo, mas problemas similares emergem em estudos qualitativos nos quais os autores não especificam cuidadosamente suas teorias. Pegue o ensaio de 1999

de William, o qual postula que a história legislativa do *Securities Exchange Act* de 1934 permite que a Comissão de Valores (SEC) requeira que as corporações publicizem seus balancetes sociais, e não apenas financeiros.²⁴⁴ Mas o que Williams quer dizer por “história legislativa”? Está ela usando o termo em “um sentido muito amplo”, significando “todas as circunstâncias de criação de uma lei (e de sua evolução)”, ou “algo muito mais restrito – o progresso institucional perpassado por um projeto até sua entrada em vigor?”²⁴⁵ Devido à falta de precisão nessa dimensão, nós, os leitores, não podemos automaticamente enxergar uma medida clara de “história legislativa”, uma que saberíamos ser consistente com a teoria original.²⁴⁶ O resultado, por sua vez, (como sugerido abaixo) usurpa nossa habilidade de julgar se quaisquer medidas que ela invoca para fundamentar aquela implicação da teoria conformam-se apropriadamente com seus conceitos. Se ela tomasse uma visão estreita da história legislativa, então ela precisaria de uma medida que sintetizasse todos ou alguns dos vinte materiais identificados, por exemplo, na lista compilada por Hetzel, Libonati e Williams, a qual se move no tempo, de relatórios de comitês para debates, para vozes gravadas.²⁴⁷ Uma visão mais ampla requereria uma medida que voltasse ainda mais no tempo, para as circunstâncias em torno da introdução do projeto.²⁴⁸

Como Williams deve prosseguir em suas escolhas em relação à delimitação das implicações observáveis de sua teoria, e como devemos julgar se ela escolheu bem? A regra geral aqui é desenvolver definições funcionais que minimizem a perda do conceito para a definição. Isso se dá devido ao fato de que não podemos observar diretamente os conceitos que fluem de nossas teorias, ainda que sejam essas mesmas teorias que queiramos estimar. Dessa maneira, quanto mais próximos chegarem os pesquisadores de esclarecer

seus conceitos de forma a poder medi-los empiricamente, melhores serão seus testes.

VI.

CONTROLE DE HIPÓTESES RIVAIS

No início deste livro, observamos que os cientistas que procuram todas as evidências contra sua teoria “favorita” estão seguindo as leis de inferência, e que os pesquisadores que maximizam sua vulnerabilidade e as diferentes áreas e conjuntos de dados em que se pode prová-los errados estão operando de acordo com as melhores tradições do conhecimento empírico. Nada que escrevemos muda essa premissa básica. Muito pelo contrário: uma vez que é somente por meio da proposição de desafios suficientes à sua teoria (e às suas implicações observáveis) que a pesquisa pode criar a posição mais forte possível, o estudo que trata teorias como clientes necessitando da melhor defesa é altamente problemático.

Para entender o porquê, considere o estudo “empírico” de Bufford do Capítulo 11 de casos de falência, no qual postula que uma “administração judicial de casos relativamente modesta pode retirar uma quantidade substancial de atraso destes casos dentro do contexto da lei de falências vigente.”²⁴⁹ Bufford continua para explicar uma implicação observável desse argumento – os juízes que adotam o “*fast track*”, um modelo particular de administração de casos com vistas à redução de atrasos²⁵⁰ - que ele avalia por meio do exame do sumário de um juiz antes e depois da invocação do “*fast track*”.²⁵¹ Quando essa investigação revela que o “*fast track*” “reduziu em 24,1% o tempo para uma confirmação do plano do Capítulo 11 para um caso típico”,²⁵² o pesquisador clama vitória – sua teoria, ele acredita, está correta. Contudo, a declaração de Bufford é prematura, pois ele não leva em consideração explicações concorrentes para a redução dos atrasos, uma vez que elas podem dizer respeito ao juiz específico sob análise ou ao fenômeno geral.

É completamente possível que o sistema “*fast track*” não tenha sido a única mudança que o juiz realizou durante o período sob análise, ou mesmo que advogados, ao perceber a mudança de conduta do juiz, tenham eles também mudado a sua (por exemplo, não requerendo alguns pedidos, ou levando-os a outro lugar). Sem uma consideração dessas e muitas outras explicações alternativas, o autor não sustentou sua teoria com a força que esta merecia. Com efeito, sua negligência a faz parecer mais frágil.

Evitar esse problema requer que os pesquisadores vasculhem a literatura existente à procura de, e pensem exaustivamente e imaginativamente, sobre explicações que não fecham com a teoria que estão oferecendo. (O primeiro é fácil de ser realizado;²⁵³ este último não é, e tal é a razão por que todos os pesquisadores precisam de uma comunidade de estudiosos para ajudar). Ademais, autores devem alertar os leitores para os frutos desses exercícios – em outras palavras, qualquer explicação rival existente – e, finalmente, incorporá-las na própria pesquisa.

Esse último passo é crítico, pois, caso os estudiosos ignorem as explanações concorrentes, seu trabalho sofrerá o que é conhecido como “viés da variável omitida”, tornando suspeita qualquer inferência causal alcançada. Temos mais a dizer sobre evitar esse tipo de viés momentaneamente, mas note-se a implicação geral dessa alegação: ao selecionar variáveis para seu estudo, os pesquisadores não podem parar com aquelas que emergem diretamente das implicações observáveis de sua teoria. *Eles muito provavelmente terão de incorporar variáveis concebidas para controlar as implicações de outras teorias que não necessariamente fecham com as suas (em outras palavras, explicações ou hipóteses rivais).*

Coletar dados sobre variáveis que sustentam as posições de críticos potenciais talvez seja o caminho ideal pelo qual os estudiosos

maximizam a vulnerabilidade e, por fim, vacinam-se contra a crítica. O objetivo não é destruir a posição de um opositor, uma vez que tanto o pesquisador como o crítico podem estar certos, mas garantir a ausência do viés da variável omitida. Isso é especialmente crítico no trabalho que busca realizar inferências causais. O estudo de Bufford deixa esse ponto claro, assim como a tentativa de Ramos de estimar o efeito dos planos de ações afirmativas invocados por periódicos jurídicos para selecionar os membros de sua equipe.²⁵⁴ Baseado nos resultados de uma pesquisa junto a editores de periódicos jurídicos, Ramos conclui que a ausência desse tipo de programa de ação afirmativa “efetivamente exclui minorias de afiliações de um grande número de periódicos jurídicos.”²⁵⁵ Sua evidência? Trinta e oito por cento das setenta e oito periódicos jurídicos sem programas de ação afirmativa não possuem membros de grupos de minorias, mas todos os seis periódicos jurídicos com programas de ação afirmativa possuem membros de grupos de minorias. Em outras palavras, ele baseia-se em uma variável explicativa (a presença/ausência de um programa de ação afirmativa para a seleção de membros de periódicos jurídicos) para traçar uma afirmação causal. O problema dessa perspectiva é parecido com aquele que identificamos na pesquisa de Bufford: isto é, ignora muitas outras explicações potenciais para a variável dependente (afiliação de membros de grupos minoritários em periódicos jurídicos), entre as quais figura a representação de grupos minoritários na faculdade de direito como um todo. Certamente, devemos esperar que, quanto mais minorias houver na população da faculdade, maior será seu número na equipe dos periódicos jurídicos. Ainda pior, essa explicação rival pode ser uma causa anterior à do autor: é absolutamente plausível que quanto mais minorias houver em uma faculdade de direito, mais provável torna-se a existência de

um programa de ação afirmativa para a seleção de membros de periódicos jurídicos.

Porque Ramos omite explicações rivais em potencial, ele não pode estar seguro de que sua variável preferida está realmente funcionando. Mas evitar o viés da omissão de variável não significa que ele ou outros analistas devam incorporar variáveis representando cada alternativa de explicação concebível. Em vez disso, os requisitos são facilmente formalizados: os pesquisadores devem exercer controle quanto a (em outras palavras, manter constante) uma variável potencial que possa implicar confusão *somente se a variável rival preencher todos os seguintes quesitos*:

- (1) Ela é relacionada à (ou correlacionada à) variável causal chave;
- (2) Produz um efeito sobre a variável dependente;
- (3) É uma causa antecedente à (em outras palavras, precedendo temporalmente) variável causal chave.

No caso do estudo de Ramos, no mínimo uma explicação rival potencial – o número de minorias na faculdade de direito – parece encaixar-se em todas as três condições. Esse número está provavelmente relacionado à existência ou não de programas de ação afirmativa na seleção da equipe de periódicos jurídicos; ele pode afetar o número de estudantes pertencentes a grupos minoritários nas equipes de publicações de periódicos; e ele é uma causa antecedente à, em outras palavras, uma causa implicando: a) criação de programas de ação afirmativa para seleções de periódicos jurídicos. Dado que ela satisfaz cada uma das três condições para o viés da variável omitida, a inferência causal de Ramos é tendenciosa. E,

uma vez que não explanam o efeito da explicação rival, seus resultados são indeterminados: são consistentes com um efeito causal forte, um efeito negativo (pelo que programas de ação afirmativa reduzem a participação de minorias no pessoal de periódicos jurídicos), ou com relação nenhuma.

Tão não informativo como omitir uma variável rival, meramente mostrar que ela está separadamente associada à variável dependente é insuficiente. O que precisa ser feito é examinar o efeito dos programas de ação afirmativa sobre a composição de grupos minoritários da equipe de periódicos jurídicos *mantendo controle sobre* o efeito do número de minorias na faculdade de direito. Um jeito fácil de Ramos ter feito isso teria sido pela realização de seu estudo usando um conjunto de faculdades de direito que possuíssem aproximadamente a mesma fração de estudantes pertencentes a grupos minoritários.²⁵⁶ Nesse sentido, a variável rival seria mantida constante, e como uma constante não pode causar (ou mesmo ser correlacionada a) uma variável, o desenho de pesquisa garante que a variável rival não possa confundir a relação entre a variável causal chave e a variável dependente.

Se selecionar observações de maneira a tornar constantes as explicações rivais for inviável, os investigadores podem usar métodos estatísticos para “estatisticamente manter constante” o controle sobre as variáveis; similarmente, eles podem conduzir experimentos nos quais “tornam fisicamente constantes” essas variáveis. De uma maneira ou outra, contudo, eles têm de exercer controle sobre as variáveis rivais que preenchem os três requisitos para que seja causado o viés da variável omitida. Eles não podem ignorá-la, e não podem limitar-se à mera demonstração de que não existe uma associação separada entre uma variável explicativa e a variável dependente.

Por outro lado, se qualquer uma das três condições para o viés da variável omitida *não* for aplicável, então o controle da variável rival não será apenas inútil quanto à avaliação do efeito da variável causal chave – como também pode implicar o desperdício de informações valiosas ao estimar quantidades irrelevantes.²⁵⁷ Ainda pior, se a terceira condição (de que a variável rival seja causalmente anterior à variável causal chave) não se mantém, e pesquisadores controlarem essa variável de qualquer maneira, eles introduzirão grandes viés. A variável dependente no estudo de Ramos é o número de pessoas de grupos minoritários *realmente* selecionadas para servir em cada equipe de periódicos jurídicos. Supondo que nós controlemos a seguinte variável: o número de membros de minorias que os encarregados da seleção de novos membros *pretendiam* indicar cinco minutos antes deles anunciarem sua decisão. Claramente essa variável “de intenção” predirá nossa variável dependente quase exatamente, e não devemos exercer controle sobre ela. Se mantivermos as “intenções” constantes através da seleção de todas as faculdades de direito onde os decisores tenham aproximadamente as mesmas intenções, o nível real de representação minoritária seria praticamente igual em cada faculdade de direito constando na análise. Isso nos levaria a concluir que programas de ação afirmativa não possuem efeito causal, mesmo que seu efeito seja, na verdade, bastante extenso. Por conseguinte, enquanto essa variável rival potencial, “intenção” satisfaz as condições (1) e (2), ela deve ser excluída da análise, uma vez que não preenche a condição (3).²⁵⁸

VII. **MEDIÇÃO E ESTIMATIVA**

Uma vez que os pesquisadores tiverem identificado as variáveis a serem incluídas em seu estudo, eles precisam medir tais variáveis e obter estimativas. Imaginemos que o que se quer determinar é se frequentar uma faculdade de direito com melhor reputação leva a um melhor salário inicial quando da graduação. Para avaliarmos tal hipótese, devemos traduzir a variável “reputação da faculdade de direito” em alguns indicadores de reputação precisos. Trata-se do ato de *medida*: comparar um objeto de estudo (por exemplo, um evento, sujeito ou processo do mundo real) com algum *standard* (padrão), como aqueles existentes para quantidades, capacidades ou categorias. Tradicionalmente, medimos a altura pela comparação de um objeto com um padrão de pés ou de metros; é possível que meçamos êxito comparando resultados de avaliações estudantis a uma escala percentual; da mesma forma, podemos medir temperatura em centímetros de mercúrio em um termômetro. Poderíamos medir a reputação de uma faculdade de direito pedindo a potenciais empregadores que nos dissessem à qual faculdade de direito recorreriam primariamente na busca de novos advogados, ou usando *rankings* publicados, como aquele da *U.S. News and World Report*.

Enquanto a *medição* envolve a maneira como registrar cada dado individual, a *estimativa* envolve a triagem de toda uma gama de medidas (ou dados) para se analisar uma quantidade média. Suponha-se que analisemos a reputação das faculdades de direito empregando um questionário para uma amostragem aleatória de empregadores. A resposta de cada um deles às questões do questionário é uma medida, ao passo que a média entre todas as respostas é uma maneira de estimar a opinião média acerca da

reputação de faculdades de direito entre todos os empregadores dos Estados Unidos.

O que esse exemplo simples foi concebido para ilustrar é que o processo de se passar de uma conclusão observável, a uma observação das várias instâncias da implicação (em outras palavras, a medição), a uma estimativa é um passo crucial em uma pesquisa empírica. Isso porque, como acima sugerido, não podemos extrair comparações entre variáveis imediatamente conceituadas em uma teoria: não podemos comparar “reputações”. O que podemos fazer é comparar os resultados de reputações que obtemos de determinada medida delas. Isso significa que nossas comparações e, em última análise, nossas respostas às questões da pesquisa são somente tão válidas quanto o forem as medidas que desenvolvemos. Se tais medidas não traduzem adequadamente os conceitos contidos em nossas teorias, as conclusões que extrairemos serão defeituosas.

Dessa forma, nesse Capítulo, despendemos um número considerável de páginas com as regras para avaliar medidas e estimativas e oferecemos sugestões de como melhorar cada uma delas. Já que medidas individuais podem envolver um trabalho árduo – muitas subpartes, e inferências de fato, que são tão difíceis quanto a estimativa – a distinção entre as duas é frequentemente arbitrária. Mantivemo-la porque é frequentemente conveniente, como o é aqui, para por de lado certas questões, de modo a focar em outras mais importantes.

A. MEDIÇÃO

Medição, conforme há pouco referimos, envolve a comparação de um aspecto da realidade com um padrão, como existente para quantidades, capacidades e categorias. Por exemplo, se definirmos “conflito” intercircuitado como fizeram Lawless e Murray em seus

estudos das decisões da Suprema Corte de petições de revisão em casos de falência²⁵⁹ – como conflito *genuíno* entre pelo menos duas cortes de circuito – então precisaremos desenvolver uma medida que capte a definição o mais precisamente possível. Para Lawless e Murray, essa medida é se “a corte originária expressamente declara seu desacordo com a decisão de outra corte de circuito em relação a quaisquer das “questões apresentadas” na petição”.²⁶⁰ Se a petição respeita esse critério, houve conflito; se não, não houve conflito.

Mesmo a partir deste breve exemplo, resta aparente uma clara desvantagem de se medir fenômenos: tudo acerca do objeto de estudo se perde, exceto pela dimensão ou dimensões sendo medidas. Isso se passa com quase todas as formas de medida. Resumir “George W. Bush” dizendo que ele possui 1 metro e 77 centímetros de altura obviamente omite toda uma série de informações, bem como o faz reivindicar que só existe conflito quando uma corte de apelação o percebe. Ainda assim, a medida nos permite colocar na mesma dimensão eventos ou assuntos aparentemente discrepantes, tornando muito mais fácil compreender pelo menos um aspecto do fenômeno em estudo. Ao invés de entender os conflitos entre tribunais por meio de duzentas petições de revisão, analisando o conjunto de uma só vez, podemos simplificar em muito a tarefa resumindo-o a duzentos números. Em suma, entender o mundo real sempre requer certo nível de abstração; logo, alguma espécie de medida terá papel central na pesquisa empírica. O principal é abstermos as dimensões certas para nossos propósitos e medirmos dimensões suficientes de cada assunto para captarmos todas as partes que são essenciais à questão da pesquisa.

Isso é igualmente verídico para uma pesquisa empírico-quantitativa e para trabalhos qualitativos. Naquela, os pesquisadores geralmente atribuem valores numéricos a suas medidas. Estudos acerca da

separação dos poderes, do tipo que realiza Eskridge,²⁶¹ oferecem um exemplo. Se os pesquisadores definirem o “membro médio da Corte”, em determinada dimensão política, como aquele magistrado que está em meio à distribuição dos membros da Corte para política de direitos civis, então eles precisam identificar tal magistrado e, geralmente, agregar à posição política do magistrado uma pontuação numérica da preferência política. Prosseguir dessa forma requer que os pesquisadores desenvolvam uma medida das preferências políticas do magistrado, ou que invoquem uma já existente, como aquelas fornecidas por Segal e Cover²⁶² ou extraídas do Banco de Dados Judicial da Suprema Corte dos Estados Unidos, de Spaeth.²⁶³

Embora sínteses numéricas possam ser convenientes e concisas, sendo, por definição, precisas, a medida não necessariamente envolve números – como é frequentemente o caso na pesquisa qualitativa. Categorizações, tais como “alto”, “médio” e “baixo”, ou “Católico”, “Protestante” e “Judeu” são medidas razoáveis que podem ser muito úteis, supondo que os pesquisadores definam suficientemente o padrão para medida, de modo que eles (ou outros) possam aplicá-lo de forma não ambígua. Para vermos isso, retornemos aos estudos de William sobre a Comissão de Valores.²⁶⁴ O que ela deve medir é se a história legislativa do *Securities Exchange Act* de 1934 capacita a Comissão de Valores a requerer publicização dos balancetes sociais.²⁶⁵ Suponhamos que ela defina história legislativa no sentido estrito – para incluir informações associadas à lei a partir de, digamos, comitês até a promulgação. Se foi assim que William procedeu, ela necessitaria, por conseguinte, medir se, a cada estágio do processo legislativo, as informações (por exemplo, os informes dos comitês, os debates da câmara e assim sucessivamente) sustentam a sua proposição ou se não o fazem. A medida aqui tende a adquirir a forma de categorização – o informe ou a declaração “embasou” ou “não

embasou” o poder em questão. Ao criar essa categorização, ou medida, William evidentemente precisaria ser explícita quanto àquilo que ela consideraria uma declaração embasando e uma não embasando a sua proposição. É isso que procuramos mostrar ao dizer que os pesquisadores precisam definir o padrão para a categorização ou medida.

Como os estudiosos deveriam avaliar seus métodos de medida? Praticamente todos os esforços nesse sentido envolvem avaliações em duas dimensões críticas – confiabilidade e validade.

1. Confiabilidade

Confiabilidade é a extensão à qual se pode replicar uma medida, reproduzindo o mesmo valor (indiferente de ser este o valor correto ou não) no mesmo padrão para o mesmo tópico a um mesmo tempo. Se algum de nós pisasse na mesma balança de banheiro uma centena de vezes consecutivas, e se a balança estivesse funcionando de maneira confiável, ela nos daria o mesmo peso nas cem vezes consecutivas – mesmo se tal peso não fosse preciso. (Em contraste, uma balança que é não só confiável como válida mostrará a marcação que é não só a mesma como precisa nas cem vezes consecutivas).

Em outras palavras, em uma pesquisa empírica, nós consideramos uma medida confiável quando ela produz o mesmo resultado repetidamente, indiferente de quem ou do que está efetivamente realizando a medida. Supondo que Williams tenha desenvolvido a seguinte medida para avaliar se as declarações sobre o *Securities Exchange Act* de 1934 sustentam a sua teoria de que a Comissão de Valores tem o poder de requerer a publicização dos balancetes sociais: se a autora afirmou que a Comissão de Valores possui amplos poderes para definir a publicização, logo a autora sustenta

a sua teoria. Igualmente supondo que ela em seguida classificou uma declaração feita pelo Senador Fletcher, então presidente de Comitê do Senado para Assuntos Bancários e Monetários, como corroborador de sua tese, mas outro pesquisador, usando o procedimento de medida descrito no artigo de Williams, não classificou a mesma declaração como corroborador. Isso forneceria evidência de que a medida dela não é confiável.

Por que deveria um procedimento de medida não confiável interessar-nos? Uma das principais razões é que eles podem fornecer evidência de que o pesquisador, por mais inadvertidamente, influenciou a medida em favor de sua hipótese preferida. Presuma que Williams, em sua medida, categorizou 90 por cento de todos os materiais nos registros legislativos como corroborador de sua teoria, mas que um outro pesquisador, usando os mesmos procedimentos, encontrou somente 10 por cento corroborador. Temos aí razão para crer que tal medida não só não foi confiável, como também o analista manejou-a de maneira tendenciosa.

Eis a razão pela qual, quando os pesquisadores produzem medidas que outros não podem replicar, isso é problema dos pesquisadores: eles, e não os replicadores, devem assumir a responsabilidade. Mas o que especificamente deu errado para os pesquisadores? Uma das principais fontes de não confiabilidade para medidas é a vagueza: se os pesquisadores não podem replicar uma medida, provavelmente é por que o estudo original não a descreveu adequadamente. Retornemos ao estudo de Revesz, e lembremos que o autor interessa-se por definir se as preferências políticas dos juízes afetam o desfecho que dão a casos ambientais.²⁶⁶ Para medir as preferências políticas, ele utiliza o partido do presidente nomeador – certamente uma medida confiável (embora não necessariamente válida, como sugerimos na próxima seção); para os desfechos, ele cria uma

dicotomia simples: se a corte reverteu ou não. Enquanto ele nos diz que trata “devoluções” como “reversões”,²⁶⁷ ele não relata como categoriza as disposições listadas na Tabela 5 (sob “Legenda dos Valores”) – todas as quais, segundo a o Banco de Dados da Corte de Apelação dos Estados Unidos,²⁶⁸ ocorreram nos tribunais de circuito do país.²⁶⁹

TABELA 5:

POSSÍVEIS DESFECHOS EM CASOS DECIDIDOS PELA CORTE DE APELAÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS

VALOR	LEGENDA DOS VALORES
0	PETIÇÃO OU REQUERIMENTO ADMITIDO
1	CONFIRMADO; OU AFIRMADO E PETIÇÃO NEGADA
2	REVERTIDO (INCLUINDO REVERSÃO E SUSPENSÃO)
3	REVERTIDO E DEVOLVIDO (OU SÓ DEVOLVIDO)
4	SUSPENSO E DEVOLVIDO (INCLUSIVE POSTO DE LADO E DEVOLVIDO; MODIFICADO E DEVOLVIDO)
5	CONFIRMADO EM PARTE E DEVOLVIDO EM PARTE (OU MODIFICADO OU CONFIRMADO E MODIFICADO)
6	CONFIRMADO EM PARTE, REVERTIDO EM PARTE, E DEVOLVIDO; CONFIRMADO EM PARTE, SUSPENSO EM PARTE, E DEVOLVIDO
7	SUSPENSO
8	PETIÇÃO NEGADA OU APELO RECUSADO
9	ENCAMINHAMENTO A OUTRA CORTE

Se outro pesquisador tenta replicar (ou pré-datar ou atualizar) o estudo de Revesz, deveria tal pesquisador caracterizar um “confirmado em parte, suspenso em parte, e devolvido” como uma reversão ou como uma confirmação? Nem os pesquisadores, nem nós podemos responder a tal questão, porque Revesz não nos diz. Nessa circunstância, o melhor seria realizar uma decisão baseada em critério subjetivos, que pode ou não ser a mesma que teria feita Revesz. Isso deprecia a confiabilidade da medida dele.

Como regra, portanto, o julgamento humano deve ser removido, na medida do possível, da medida, ou, quando o julgamento é necessário, as regras em que se baseia o julgamento devem ser esclarecidas o bastante para torná-las completamente transparentes aos demais pesquisadores. O principal para se produzir medidas confiáveis está em escrever uma série de regras muito precisas para os codificadores (por exemplo, aqueles que lêem o caso, percebendo o valor equivalente ao desfecho, e digitando tal valor em um pacote de *software* para computador) seguirem – com tão pouco quanto possível deixado para interpretação e julgamento humano. Essa lista deve ser feita mesmo se o investigador codifica os dados ele ou ela mesmo, já que, sem ela, outros não conseguiriam replicar a pesquisa (e a medida). Da mesma forma, uma importante regra geral é imaginar que o pesquisador teve de delegar a um estudante de direito do primeiro ano a tarefa de classificar cada caso pelo seu desfecho, e que a única comunicação permitida entre o pesquisador e o estudante era através de um apêndice escrito junto ao artigo detalhando o esquema de codificação. Esta é a maneira de se realizar uma pesquisa e como ela deve ser julgada.

Para ver esse processo em ação, retornemos, mais uma vez, ao estudo de Revesz. Como primeiro passo, embora Revesz estivesse interessado unicamente em casos em que o desfecho confirmava ou

revertia a primeira instância, ele poderia ter sido mais bem-sucedido caso começasse com todos os desfechos possíveis como listado no Banco de Dados da Corte de Apelação dos Estados Unidos. (A Tabela 5 mostra aqueles que constam no banco de dados).

Para obter certeza, o pesquisador deve saber quais valores da variável “desfecho” devem contar como “reversão” e quais devem contar como “confirmação”; e nós devemos requerer que ele especifique isto (por exemplo, valores 2, 3, 4, 6, 7 = reversão). Mas começar com valores mais detalhados tem duas vantagens claras. Em primeiro lugar, quem estiver codificando os dados fará menos erros. Pense nisso desta forma: se Revesz diz antes ao codificador para considerar os valores 2, 3, 4, 6 e 7 como “reversões”, o codificador precisa agir em duas etapas: primeiro, identificar qual o desfecho e então identificar se ele é uma reversão ou uma confirmação. Mas se Revesz simplesmente pede ao codificador para identificar qual o desfecho, logo o codificador tem somente uma etapa a completar. Já que cada etapa tem a possibilidade de induzir erros, os pesquisadores devem procurar reduzi-las. Uma segunda vantagem aparece quando Revesz passa a analisar seus dados. Porque ele agora codificou a variável “desfecho” muito precisamente, ele precisará ser capaz de verificar se cada uma das decisões ao codificar afeta suas conclusões. Por exemplo, suponha que ele considere o valor 6 como “reversão”, mesmo que a Corte confirme em parte. Visto que isso representa um julgamento da parte dele (embora seja um que ele deve registrar e, assim, capacitar os outros a replicar a sua medida) e já que a codificação inversa (contar o valor 6 como uma “confirmação”) é plausível, ele será capaz de examinar o efeito de seu julgamento nos resultados.

Em seguida, os pesquisadores precisam fornecer instruções claras para a codificação – aquelas que eles, ou qualquer outra pessoa,

possam seguir sem ter de consultá-los. A seguir, o Banco de Dados da Corte de Apelação dos Estados Unidos, dá-nos um exemplo:

Este campo registra o desfecho dado pela corte de apelações à decisão da corte ou agência abaixo; por exemplo, como a decisão de primeira instância é “tratada” pela corte de apelação. Isto é, esta variável representa o resultado básico do caso para os litigantes. [A variável assume os seguintes valores (ver Tabela 5 acima), os quais o codificador deveria literalmente retirar da opinião da corte].²⁷⁰

Finalmente, os pesquisadores devem reconhecer que mesmo com tais instruções explícitas, erros na codificação ocorrerão. Isto se dá porque eles, ou o codificador, podem registrar incorretamente um valor, ou interpretar mal a decisão da corte. O que eles devem fazer é tentar estimar esse erro através da realização de uma análise de confiabilidade. Uma maneira simples de fazê-lo é extrair uma amostra aleatória (talvez 10% dos casos em estudo) e pedir a outro pesquisador que os recodifique. Esta foi a abordagem adotada pelos criadores do Banco de Dados da Corte de Apelação dos Estados Unidos:

Para checar a confiabilidade da codificação, uma amostra aleatória de 250 casos foi selecionada dos 15.315 casos no banco de dados. Esta amostra de 250 casos foi então independentemente codificada por um segundo codificador, e os resultados das duas codificações foram comparados. Três medidas de confiabilidade são relatadas, [incluindo] (...) a simples taxa de concordância (expressada como percentagem) entre o código estabelecido pelo primeiro codificador e o código estabelecido pelo segundo codificador.²⁷¹

Estudos de periódicos jurídicos raramente empreendem mesmo esta simples forma de análise de confiabilidade, embora autores facilmente pudessem fazê-lo e, objetivamente, deveriam querer fazê-lo. Isto porque, presumindo que os pesquisadores sigam o procedimento que expusemos acima, eles provavelmente obteriam resultados satisfatórios, o que, por sua vez, levá-los-ia a ter mais confiança em seus estudos. Isto foi verídico para os compiladores do Banco de Dados da Corte de Apelação dos Estados Unidos na sua variável de desfechos: a taxa de concordância entre os codificadores foi de 95,2 por cento.²⁷²

2. Validade

Mais cedo observamos que uma balança de banheiro era confiável se alguém subisse nela cem vezes consecutivas e obtivesse o mesmo valor. Isto, no entanto, não necessariamente quer dizer que a balança é válida. Se o peso real de alguém for 150 e a balança, mesmo uma centena de vezes consecutivas, relatar 125, não daríamos valor à balança. É tal preocupação com a precisão que a validade implica. Validade é a extensão à qual uma medida confiável reflete o conceito fundamental sendo medido. Uma balança que é não só confiável como também válida mostra um peso de 150 cem vezes consecutivas; uma balança que mostra um peso de 125 cem vezes consecutivas é confiável, mas não válida.

Da mesma forma como uma balança de banheiro pode ser confiável mas não válida, também o podem as medidas que evocam os estudiosos.²⁷³ Considere a investigação de Cross e Tiller acerca do efeito de vários fatores, inclusive as preferências políticas dos juízes, sobre as decisões da Corte de Apelação dos Estados Unidos.²⁷⁴ Os autores medem as preferências políticas da mesma forma que o fez Revesz – pelo partido do presidente que os nomeou.²⁷⁵ Sem

dúvida, esta é uma medida que produziria uma concordância alta entre os codificadores: se os codificadores tivessem uma lista das filiações partidárias de todos os presidentes – uma lista com a qual concordássemos – e soubessem qual presidente nomeou um juiz em particular, nenhum julgamento subjetivo será necessário. Teríamos uma medida perfeitamente confiável. Mas será que tal medida captura de maneira precisa os conceitos inerentes a “preferências políticas”? Revesz pensa que sim, considerando serem elas um “indicador (...) que tende a ser razoavelmente bom”;²⁷⁶ Cross e Tiller aparentemente concordam.²⁷⁷ Para alguns propósitos, eles podem estar perfeitamente corretos, mas, infelizmente, pelo menos em relação ao uso que dariam a isto, muitos estudiosos teriam problemas com a inferência deles. Eles poderiam apontar para um pressuposto inerente à medida de Revesz/Cross e Tille - a saber, que todos os presidentes republicanos são conservadores e todos os presidentes democratas são liberais – e argumentar que os dados mostram uma realidade diversa. Na medida feita por Segal do liberalismo econômico dos presidentes, por exemplo, Jimmy Carter é ideologicamente mais próximo a Richard Nixon do que a Lyndon Johnson.²⁷⁸ Ou, como escrevem Giles e seus colegas, “Presidentes de um mesmo partido político variam em suas preferências ideológicas. Eisenhower não é Reagan. De fato, os registros empíricos demonstram que as intenções de voto dos nomeados de alguns presidentes democratas e republicanos não diferem de maneira significativa”.²⁷⁹ Os estudiosos também podem sugerir que outro dos pressupostos de Revesz e Cross e Tiller – a saber, que todos os presidentes são motivados a nomear juizes que reflitam suas próprias ideologias – não está de acordo com vários estudos que delineiam outros motivos presidenciais.²⁸⁰ Finalmente, alguns estudiosos argumentariam que a medida negligencia um importante

traço institucional do processo de nomeação – a saber, a cortesia senatorial – que pode ter efeito de constranger o presidente a deixar de nomear, para as cortes federais inferiores, um candidato que espelhe a sua ideologia.²⁸¹

Resumindo, assegurar-se de que uma medida é confiável nada diz sobre o quanto ela é válida; logo, precisamos assegurar-nos da validade, bem como da confiabilidade. Infelizmente, verificar a validade é mais difícil do que verificar a confiabilidade. Visto que todas as conclusões sobre o mundo são incertas,²⁸² precisamos identificar o que “válido” significa quando sabemos que nenhum procedimento de medida nos dará a exata verdade em todas as aplicações. Isto é, precisamos reconhecer que mesmo os conceitos de “certo” e “errado” são categorias probabilísticas.

Para definir validade em um mundo onde todas as decisões e comparações são incertas, os estudiosos desenvolveram uma série de critérios, os quais utilizaram em pesquisas empíricas quantitativas e qualitativas. Nós consideramos três – validade visual, imparcialidade e eficiência – com o embargo de que nenhuma destas é sempre necessária, e de que juntas elas nem sempre são suficientes, mesmo que juntas elas sejam frequentemente úteis à compreensão de quando uma medida é mais ou menos válida.

A primeira e mais básica é a validade “visual”. *Uma medida é visualmente válida se é consistente com evidência prévia*, incluindo toda evidência, quantitativa, qualitativa e mesmo impressionista informal. Validade visual não é um julgamento casual de plausibilidade; pelo contrário, requer uma comparação cuidadosa da nova medida com a evidência prévia.

Porque a maioria das pessoas reconhece que nem todos os presidentes democratas ou republicanos são semelhantes, uma medida de preferências políticas dos juízes que depende do partido do presidente

que os nomeou talvez não passe por este teste. Mas considere outra medida que possivelmente passe – uma desenvolvida por Segal e Cover.²⁸³ Para chegar a esta conclusão, os pesquisadores analisaram o conteúdo de editoriais de jornais escritos entre a nomeação dos juízes à Suprema Corte e sua confirmação:

Nós treinamos três estudantes para codificar cada parágrafo [no editorial] identificando ideologias políticas. Os parágrafos foram codificados como *liberais*, *moderado*, *conservadores*, ou *não aplicável*. Declarações liberais incluem (mas não se limitam a) aqueles que dão apoio aos direitos dos réus em casos criminais, a mulheres e minorias raciais em casos de igualdade, ao indivíduo contra o governo em direito privado e casos da primeira emenda à constituição dos Estados Unidos. Declarações conservadoras são aquelas com a direção oposta. Declarações moderadas incluem aquelas que atribuem explicitamente moderação aos nomeados ou aquelas que descrevem valores tanto liberais quanto conservadores.²⁸⁴

Eles então medem as preferências de políticas judiciais subtraindo a fração dos parágrafos codificados como conservadores da fração dos parágrafos codificados como liberais e dividindo pelo número total de parágrafos codificados como liberais, conservadores e moderados.²⁸⁵ A escala de preferências políticas resultante varia de -1 (unanimemente conservador) a 0 (unanimemente liberal). A primeira coluna numérica na Tabela 6 mostra os resultados dos esforços deles.

TABELA 6:

AFERIÇÃO DAS PREFERÊNCIAS POLÍTICAS DOS JUÍZES DA SUPREMA CORTE
NOMEADOS A PARTIR DE 1953²⁸⁶

JUIZ	PONTUAÇÃO DE SEGAL/COVER ²⁸⁷	VOTOS REAIS
Brennan	1.00	79.5%
Fortas	1.00	81.0
Marshall	1.00	81.4
Harlan	0.75	43.6
Goldberg	0.50	88.9
Stewart	0.50	51.4
Warren	0.50	78.7
Ginsburg	0.36	61.5
White	0.00	42.4
Whittaker	0.00	42.9
Breyer	-0.05	59.6
O'Connor	-0.17	35.3
Kennedy	-0.27	37.0
Souter	-0.34	57.1
Stevens	-0.50	63.6
Powell	-0.67	37.4
Thomas	-0.68	25.3
Burger	-0.77	29.6
Blackmun	-0.77	52.9
²⁸⁸ Rechnquist	-0.91	21.6
Scalia	-1.00	29.7

É fácil perceber por que muitos pesquisadores julgam esta medida válida visualmente. Claro que há algumas exceções (por exemplo, Warren parece mais liberal do que sua pontuação; Thomas parece mais conservador do que a sua), mas o resultado geral que ela produz condiz com a impressão dos estudiosos acerca dos magistrados. Brennan e Marshall, geralmente vistos como liberais, recebem pontuações de 1.00; Scalia e Rehnquist, geralmente vistos como conservadores, recebem pontuações de -1.00 e -0.91 respectivamente.

Isto é uma medida quantitativa; contudo, aquelas desenvolvidas para a pesquisa qualitativa são facilmente submetidas a testes similares de validade visual. Considere o estudo de Gerry buscando abordar a questão de se as cortes estatais interpretam a Constituição Americana diferentemente do que o fazem as cortes federais.²⁸⁹ Para responder à questão, ele foca na reação que têm as cortes federais inferiores e as cortes estaduais frente a uma decisão da Suprema Corte, *Nollan v. Comissão Costeira da Califórnia*.²⁹⁰ Para pinçar as diferenças de interpretação, ele desenvolve uma série de medidas de razões judiciais – uma das quais é o grau da deferência com que a corte inferior parece tratar as ações governamentais.²⁹¹ Após ler cada uma das opiniões, ele as codifica como: (a) uma leitura de *Nollan* “altamente deferente”, “em que a corte requer apenas que os agentes governamentais respeitem as mais mínimas normas de escrutínio instrumental”; (b) uma “deferência intermediária” em relação à ação governamental; ou (c) Aquelas interpretações de *Nollan* “não deferentes”, “que requerem que as cortes revisionais conduzam inquéritos investigativos sobre a conduta governamental na regulação do uso da terra.”²⁹² Se conhecemos os casos citados no estudo de Gerry, podemos abordar a validade visual da mesma forma como abordamos as pontuação de Segal e Cover, isto é, perguntando-nos se o resultado geral produzido por este esquema de

mensuração convive bem com o nosso conhecimento prévio do raciocínio utilizado nos casos.

Ademais de serem visualmente válidas, medidas devem ser aproximadamente *imparciais*. *Um procedimento de medida é imparcial se produz medidas que, em média, estão certas após repetidas aplicações*; isto é, se aplicarmos o mesmo procedimento de medida a um grande número de temas, às vezes a medida será grande demais e às vezes pequena demais, mas, em média, ela produzirá a resposta correta. Suponha que nós perguntamos a uma centena de pessoas para subirem em uma balança de banheiro. Nossa balança seria imparcial se cada pessoa que foi medida fosse mostrada como sendo um pouco mais pesada ou um pouco mais leve, mas os erros nos pesos mostrados fossem mínimos. Um exemplo de procedimento tendencioso seria pedir aos sujeitos que dissessem o seu próprio peso. Muito provavelmente, alguns dariam respostas precisas, ou respostas que fossem satisfatoriamente certas; outros reagiriam à situação social e subestimariam seus pesos. Já que as subestimadas não seriam canceladas por um conjunto similar de sobreestimadas, o resultado seria uma medida enviesada.

Este exemplo enfatiza um ponto importante: frequentemente a maneira mais rápida de se criar uma medida enviesada é desenvolver um procedimento que depende, de maneira enviesada, de respostas da própria população sob análise. Suponha que nós perguntássemos aos juízes da Suprema Corte se seu voto no caso *Bush v. Gore*²⁹³ demonstrava suas preferências políticas. Tão seguramente quanto as pessoas subestimam o seu peso, os magistrados diriam que não, que eles votaram baseados em princípio(s) neutro(s).²⁹⁴ De maneira mais geral, temos que pedir a alguém que identifique seus motivos é um dos piores métodos de se medir motivos.²⁹⁵ As pessoas frequentemente não sabem, ou não conseguem articular a razão por

que agem como agem. Em outras situações recusam-se a dizer e, em outras ainda, elas são estratégicas tanto ao agir quanto ao responder às questões do estudioso. Isso é óbvio a partir do exemplo de perguntar aos magistrados como chegam a suas decisões e deve ser mais bem compreendido pelos juristas que muito frequentemente se valem deste procedimento de medida.²⁹⁶ Considere a análise de Miller sobre se fatores como vieses locais levam advogados a entrarem com ações em uma corte federal (e não uma estadual) quando existir jurisprudência concorrente.²⁹⁷ Temos mais a dizer sobre tal estudo mais tarde, mas basta agora observar que para avaliar os fatores que julga relevantes, Miller sonda os advogados. Esta estratégia sofre do problema de que os advogados podem ter incentivos para esconder suas preferências sinceras de um pesquisador que, eles sabem, fará recomendações políticas sobre a necessidade de jurisdições concorrentes; por exemplo, advogados que desejam mantê-la podem expressar o que eles acreditam ser o raciocínio mais “legítimo” para a jurisdição concorrente, e não aquilo que reflete as suas preferências verdadeiras.

Procedimentos de medida criativos precisam ser desenvolvidos para casos como esse. Assim, ao invés de (ou, às vezes, de maneira adicional) pedir aos inquiridos que respondam às questões da pesquisa diretamente, é geralmente melhor procurar *preferências reveladas*, que são as consequências de teorias de motivos que são diretamente observáveis no comportamento real. Traduzindo isto para o estudo de Miller, ele não tinha necessidade alguma de perguntar aos advogados por que eles entravam com ações nas cortes federais ou estaduais, pois sabia onde eles peticionaram.

Claro, mesmo se os pesquisadores inventarem medidas “criativas”, eles ainda necessitarão julgar se estas medidas são imparciais e se têm validade visual. Tal julgamento pode tipicamente existir

somente se eles tiverem uma medida existente, ou desenvolverem uma nova, a qual possam comparar com a original. Somente podemos saber se a nossa balança de banheiro estima o peso para cima ou para baixo se compararmos os resultados dela com aqueles de outra balança, que sabemos serem corretos. Isso é também verdade para as pontuações de Segal e Cover. Para ver se elas são enviesadas, nós iríamos querer outra medida de preferências de políticas judiciais, com o comportamento revelado dos magistrados fornecendo-nos uma medida – como a porcentagem de votos liberais que pronunciaram em casos de liberdades civis. Poderíamos, portanto, comparar as pontuações e votos (ver Tabela 6) a fim de determinar a extensão, se houver, de parcialidade.²⁹⁸

Esta abordagem não se limita à pesquisa quantitativa. Suponha que William, ou qualquer outro acadêmico estudando a história legislativa de uma determinada lei, desenvolvesse o tipo de esquema de categorização que descrevemos acima: se um documento ou locutor embasava uma interpretação específica da lei ou não. Se Williams acabasse por classificar cada discurso ou documento como favorável, e os estudos prévios tivessem chegado a conclusões diversas, poderíamos suspeitar que houve parcialidade no procedimento de medida. Nós aconselharíamos Williams a tomar o mesmo tipo de medida que recomendamos para a verificação das pontuações de Segal e Cover: desenvolver outra para fins comparativos. Neste caso, talvez fosse útil reunir todas as análises acadêmicas da lei em questão no estudo de Williams (o *Securities Exchange Act* de 1934). A interpretação dela não precisa ser a mesma que aquela oferecida pelos demais, mas ela deve explicar quaisquer diferenças, fornecer razões pelas quais os estudos prévios estavam errados e analisar as razões (talvez decorrentes de processos de medida diferentes) pelas quais as pesquisas prévias chegaram às suas conclusões.

Relacionado à imparcialidade está um terceiro critério importante para julgar a validade, a eficiência. Eficiência ajuda-nos a escolher entre várias medidas imparciais, sendo a ideia básica escolher aquela com a variação mínima. Por exemplo, se tivéssemos acesso a duas balanças de banheiro, cada uma das quais imparcial, mas uma produzisse erros menores em uma medida, escolheríamos esta última. Eficiência, em outras palavras, indica o grau de confiabilidade de medidas imparciais.

Para observar as implicações para a pesquisa empírica, retornemos ao estudo de Cross e Tiller.²⁹⁹ Enquanto os autores usam o partido do presidente nomeador para indicar as preferências políticas dos juízes de cortes de circuito, muitas outras medidas são possíveis.³⁰⁰ Giles e seus associados oferecem uma opção:³⁰¹ uma medida que leva em consideração as preferências políticas do presidente nomeador (através das pontuações *common space* para presidentes elaboradas por Poole),³⁰² assim como as preferências dos senadores que podem estar envolvidos no processo de nomeação através da cortesia senatorial (por meio das pontuações *common space* para senadores oferecidas por Poole e Rosenthal).³⁰³ Nós sabemos, devido à pesquisa acadêmica deles, que tanto a medida de Cross/Tiller quanto a de Gilles são capazes de, em média, prever como votarão os juízes. Isto é, elas produzem a mesma resposta para vários juízes – são, em outras palavras, imparciais. No entanto, também sabemos que, às vezes, para alguns juízes, as previsões produzidas pela medida de Cross e Tiller serão em muito afastadas da realidade.³⁰⁴ Isto se dá porque a medida é ineficiente. Ela desconsidera a informação – e informação importante, como se descobre depois – sobre o processo de nomeação: quando um senador pertence ao mesmo partido que o presidente e a vaga para nomeação é referente ao estado do senador, este pode exercer considerável

influência sobre a seleção de juízes. A influência dele ou dela produzirá por vezes um juiz mais liberal, e por vezes um mais conservador, de tal modo que em média nenhuma parcialidade é introduzida. Omitir informações tais, contudo, é a definição de ineficiência. E tal é a razão pela qual preferiríamos a medida de Giles àquela de Cross e Tiller.

De maneira mais geral, quando os pesquisadores são confrontados com duas medidas imparciais, eles normalmente selecionam aquela mais eficiente. Aplicações individuais do procedimento de mensuração baseado em mais informações (por exemplo, o de Giles) produzem medidas que contém a resposta verdadeira de maneira mais aproximada do que aqueles baseados em menos informações (por exemplo, o de Cross e Tiller). O resultado é que qualquer aplicação individual da medida com mais informação tenderá a produzir uma resposta mais aproximada da verdade do que qualquer aplicação individual da medida com menos informação.

Isso se mantém verídico para a pesquisa quantitativa, como os nossos exemplos até agora ilustram, bem como para um trabalho mais qualitativo, incluindo pesquisas que buscam identificar se a história legislativa de uma lei é favorável a uma interpretação particular desta mesma lei. Reconsidere o estudo de William sobre se a história legislativa do *Securities Exchange Act* de 1934 permite à Comissão de Valores requerer algum grau de publicização dos balancetes sociais.³⁰⁵ Suponha que Williams mensure a história legislativa através da análise de conteúdo de discursos, e somente discursos, realizados no Congresso. Indubitavelmente, se tivéssemos alguma maneira de saber a “verdade” – exatamente quais as intenções dos membros do Congresso – a abordagem de Williams por vezes a refletiria, e por vezes não. Se os discursos revelassem a intenção do Congresso, como às vezes o fazem, Williams acertaria;

se os discursos fossem proferidos por outras razões, como apaziguar os constituintes, ele talvez não acertasse. Mas isso não necessariamente significa que a medida dela é tendenciosa, pois o conceito de imparcialidade é que a medida não tenda em uma direção em particular. Se os legisladores proferem discursos para explicar suas posições para os constituintes, ao invés de para articular a história legislativa, não restaria claro se tais discursos apóiam um grau de divulgação social sistematicamente mais alto ou baixo do que o correto. Agora suponha que outro pesquisador apareça e meça a intenção pela consideração dos discursos, relatórios de comitês, testemunhos e semelhantes. Mesmo com toda a informação adicional, esta abordagem provavelmente não produzirá a resposta correta todas as vezes, porque alguns dos mesmos fatores perturbadores (por exemplo, legisladores proferindo discursos para apaziguar constituintes) afetarão a medida. Ainda assim, se ambas as estratégias de mensuração são de fato imparciais – certas em média, mas não necessariamente certas para uma aplicação individual – preferiríamos a segunda, pois é baseada em mais informação; é mais eficiente do que a primeira.

Poderíamos continuar, visto que a bibliografia acerca de mensuração é imensa, e mal começamos a resumi-la. De fato, campos de estudos inteiros são consagrados à mensuração de bem-estar psicológico, saúde, renda, educação, felicidade, respostas a enquetes, inteligência e numerosas outras questões. Escrevemos isso não necessariamente para incentivar os professores de direito a se aprofundarem nesta vasta literatura, mas para deixar registrada uma observação de cautela (em outras palavras, somente tocamos a superfície deste tópico) e, o que é ainda mais relevante, para enfatizar que os estudos deles não precisam ocorrer em um vácuo. Se a pesquisa torna necessária a medida da renda, fale com um economista. Se requer uma

medida de democracia, é fácil encontrar cientistas políticos e sociólogos que dedicaram suas carreiras ao assunto.

B. ESTIMATIVA

Estimativa é uma medida em escala maior. A ideia é dividir a tarefa de inferência em *dois* passos. No primeiro, os pesquisadores adotam medidas sobre uma única coisa, isto é, eles fundamentalmente fazem uma dedução sobre uma unidade de observação. Fazê-lo requer que eles decidam um padrão de medida, uma medida específica, como selecionar observações naquela medida e, então, o método para extrair tais observações. Aqueles que desejam estudar as intenções legislativas, por exemplo, precisam selecionar uma medida de intenção legislativa que seja confiável e válida (por exemplo, discursos parlamentares, relatórios de comitês, e assim por diante). Em seguida, como discutiremos no Capítulo VIII, eles precisam especificar como planejam selecionar suas observações a fim de que sejam capazes de fazer deduções sobre a população. Por exemplo, eles levarão em conta todos os discursos, extrairão uma amostra aleatória de discursos, eles criarão uma amostra daqueles discursos que lhes são evidentes, ou invocarão algum outro método? Finalmente, eles precisam coletar e codificar essas observações. Para um estudo de intenções legislativas, isso pode resumir-se a determinar se cada discurso (a unidade de observação) é favorável ou não é favorável a uma determinada interpretação da intenção legislativa.

No segundo passo, o pesquisador também realiza uma dedução, mas no nível de uma população, e não em relação a uma só unidade de observação. Isso envolve identificar uma quantidade média na população e invocar uma série de medidas para estimar a quantidade necessária. Suponha que os pesquisadores extraiam uma amostra

aleatória de discursos proferidos no Congresso (constituindo cada discurso uma unidade de observação). Provavelmente não lhes interessa muito se um determinado discurso foi favorável a uma determinada interpretação das intenções legislativas. O que eles querem saber é se, caso eles tivessem coletado todos os discursos, tais discursos seriam, em média, favoráveis à determinada interpretação da intenção legislativa. Eles então utilizariam uma série de medidas para estimar essa quantidade, a média, em relação à população.

Para avaliar boas estimativas, utilizamos dois dos mesmos critérios que discutimos acima para medidas – imparcialidade e eficiência. A estes, adicionamos um terceiro – a consistência. A ideia aqui é que, à medida que incluímos mais medidas de mais assuntos em nossa estimativa, deveríamos chegar mais e mais perto da verdade. No exemplo acima, quanto mais discursos os pesquisadores puderem coletar, mais a média em sua amostra irá se aproximar à média na população-alvo.

Exemplos disto dificilmente são encontrados nos periódicos de direito. Isso provavelmente não porque eles não existam. O problema, suspeitamos, reside na falha dos estudiosos em documentar de maneira precisa os procedimentos que os levaram às estimativas. Vemos evidência disso em pesquisas legais quantitativas, mas parece ocorrer com mais frequência em trabalhos empíricos qualitativos – como as análises doutrinárias ou investigações de intenção – em que os estudiosos raramente especificam como foi que determinaram se as decisões da corte ou os materiais legislativos são, em média, favoráveis à interpretação que eles oferecem.

É lamentável, porque realizar tais estimativas é com frequência exatamente o que os autores desejam fazer, e, de fato, fazem. Falhar ao explicar seus procedimentos, no entanto, torna suas deduções por demais incertas. Considere a tentativa de Kramer³⁰⁶ de enfrentar as

críticas de Wechsler em *As Salvaguardas Políticas do Federalismo* (*The Political Safeguards of Federalism*), onde argumentou que “a existência de estados como entidades governamentais e como fontes do direito é, por si só, determinante primária de nosso federalismo vigente, caracterizando a natureza e o escopo do nosso processo legislativo nacional desde o seu começo”.³⁰⁷ Sendo assim, os estados não necessitam espelhar-se na Suprema Corte para proteger-se de incursões do Congresso em seu poder; em verdade, a Corte está “em situação frágil quando opõe a sua interpretação da Constituição àquela do Congresso em matéria dos interesses estatais”.³⁰⁸ Aqueles que criticam Wechsler respondem argumentando que os Fundadores “queriam e esperavam que a Suprema Corte protegesse os estados de atuações invasivas por parte do Congresso”.³⁰⁹ Em seu esforço de examinar tais reivindicações concorrentes, Kramer poderia ter vasculhado os registros históricos e jurisprudenciais de acordo com as regras de inferência e (o que é aqui particularmente relevante) estimado o quanto decisões antigas da Corte, por exemplo, foram, em média, favoráveis às afirmações de Welchner ou às de seus críticos. Mas não foi isto que ele resolveu fazer. Em lugar disto, o ensaio é repleto de “estimativas” (por exemplo, os magistrados “*nada* fizeram para restringir o poder em relação aos estados durante todo o período que antecedeu a guerra”)³¹⁰ às quais não se tem certeza de como Kramer chegou.³¹¹

O mesmo problema aflige o estudo qualitativo de Lin de discursos “tradicionais” invocados pelos tribunais em casos envolvendo adoções por casais homossexuais – discursos que tornam difícil o estabelecimento de famílias por gays e lésbicas.³¹² Como Kramer, o autor oferece numerosas estimativas – por exemplo, “os tribunais frequentemente adotam a ideia errônea de que pais gays e lésbicas, através da interação com seus filhos, influenciarão, de alguma forma,

as crianças a tornarem-se homossexuais” – as quais ele sustenta com pouco mais do que citações casuísticas sequenciais. **313**

Isto significa que as estimativas de Kramer e Lin são necessariamente incorretas? Não. No entanto, porque nenhum deles especifica os procedimentos que os levaram até elas, é impossível saber se elas estão ou não erradas. Simplesmente não podemos dizer, com algum grau de certeza, se as estimativas que esses pesquisadores oferecem sustentam as suas conclusões.

VIII.

SELEÇÃO DE OBSERVAÇÕES

Como sugerido acima, a seleção e coleta de observações é uma ponte crucial entre medição e estimação. A questão aqui toma a seguinte forma: como os pesquisadores devem selecionar as observações a ser incluídas em seus estudos? Suponha que um pesquisador queira compreender, por via de uma análise de decisões da corte, a razão pela qual os juízes afastam-se das diretrizes de sentença judicial dos Estados Unidos. Como ele deve decidir de que casos coletar dados? E quanto ao pesquisador que quer estudar se a polícia obedece ao precedente *Miranda* pela elaboração de entrevistas com a polícia? Como ele deve determinar quais policiais entrevistar?

Há várias regras para responder a essas questões. Abaixo, nós analisamos quatro, as quais são, a despeito de ser a pesquisa qualitativa ou quantitativa, essenciais para alcançar inferências válidas: (1) identificar a população de interesse; (2) coletar o máximo de dados possível; (3) registrar o processo pelo qual os dados foram observados; e (4) coletar dados de uma maneira que evite o viés de seleção.

A. IDENTIFICAR A POPULAÇÃO-ALVO

Quando coletamos dados para fazer conclusões, identificar a população-alvo (ou “população de interesse”) é um passo crítico. *Tal significa que todos os casos, sujeitos, países ou outras unidades em um espaço de tempo específico sobre o qual o pesquisador coletaria informações se o tempo e os recursos não fossem restritos.* Se o objetivo é estimar a idade média nos Estados Unidos, então a população de interesse inclui todos os seres humanos *atualmente* vivendo nos Estados Unidos, onde o investigador clara e precisamente define os conceitos de “seres humanos”, “Estados Unidos”,

“vivendo” e “idade”. Deve ser possível, em princípio, mesmo que não na prática, a coleta de todos os membros dessa população, e a definição da população deve ser suficientemente clara de maneira a não existir nenhuma ambiguidade quanto a quem está incluído e quem está excluído.

Essa tarefa pode parecer simples, mas vários exemplos na literatura jurídica sugerem o inverso. Considere o exame minucioso de Friedman da história da “*counter majoritarian difficulty*”,³¹⁴ um termo que Bickel cunhou para refletir o “problema” de permitir que juízes não-eleitos vetem a legislação passada pelos representantes eleitos.³¹⁵ Ao desenvolver essa história, Friedman tenta refutar uma parte do juízo convencional, qual seja, que a crítica ao exercício de revisão judicial da Corte corria em uma “seta direta dos tempos de *Lochner* até o *New Deal*”,³¹⁶ com a natureza dessas críticas adquirindo formas similares. Para tanto, Friedman detalha algumas críticas específicas que surgiram durante a Era Progressiva/Populista e o período do *New Deal*. Quanto à primeira, ele aponta para, entre outros, um comentário feito por Theodore Roosevelt: “Aqui os tribunais decidem se ou não (...) as pessoas devem ter cumpridas a sua vontade”; para o período do *New Deal*, ele cita uma frase escrita para Franklin Roosevelt por um “correspondente”: Nove HOMENS VELHOS, cuja idade total soma cerca de 650 anos, deveriam ter ajuda adicional”.³¹⁷

O objetivo de Friedman, assim, é alcançar uma inferência descritiva; ou seja, usar essa amostra de citações para traçar uma afirmação geral sobre a população. Mas qual é essa população? Todas as críticas feitas por alguém contra a Corte? Aquelas feitas por ou para políticos? Aquelas na mídia? As registradas em livros de história? E qual é o espaço temporal de interesse? O período do *New Deal* começa com a eleição de Roosevelt ou com suas primeiras propostas econômicas? Ele acaba com a Segunda Guerra Mundial, com a morte de

Franklin D. Roosevelt, ou com algum outro fato? É difícil responder a essas perguntas por meio dos exemplos e narrativas de Friedman, uma vez que ele nunca especifica o objeto preciso de sua inferência. O conhecimento empírico requer menos ambiguidade, porque sem a clara identificação da população-alvo, avaliar a qualidade das inferências e a incerteza de suas conclusões torna-se impossível. Mesmo que Friedman seja incapaz (por qualquer razão) de investigar cada um dos elementos em sua população, ele deve estar certo quanto a qual é essa população e, ao menos em teoria, estar apto a identificar todos os seus membros. O objetivo geral é crítico, mas mundano: o pesquisador pode atingir um objetivo mais facilmente se este objetivo está claramente identificado.

O estudo de Friedman é qualitativo, mas o mesmo pressuposto mantém-se para trabalhos quantitativos. Um exemplo é a investigação de Veilleux sobre aquilo que ela hipotetiza serem as maiores causas de declínio na proporção de suspensões de execução concedidas pelas cortes federais: mudanças nas interpretações concernentes à doutrina do “abuso de lei (?)” (*abuse of the writ doctrine*) e aumento da atenção ao interesse dos estados.³¹⁸ Para investigar essas explicações; isto é, para traçar uma inferência causal, ela analisa uma amostra de decisões de suspensão publicadas entre 1981 e 1995 pela Suprema Corte, pelas Cortes de Apelação do Quinta e do Décimo Primeiro Circuito, e por todas as cortes federais distritais localizadas nessas regiões.³¹⁹ Tal é demonstrado; o que ela deixa de definir, no entanto, é a população relevante em torno da qual ela quer elaborar a inferência causal. São *todas* as suspensões concedidas por todas as cortes federais desde o *começo do tempo*? São todas as suspensões *publicadas*? São todas as suspensões *publicadas* desde 1981?

A última dessas três populações parece sensata, mas não deve-

mos nunca ter de adivinhar – como devemos neste caso, assim como no artigo de Fischer, tentando explicar a afirmação da posição dos acordos entre acusação e defesa na justiça criminal.³²⁰ No início, Fischer escreve o seguinte:

Devemos seguir o curso de ascensão dos acordos entre defesa e acusação para atentarmos para a fonte de sua força. Contarei a história de como ele se desdobrou na América, apesar de que as suas primeiras instâncias possam também ter ocorrido em outros lugares, e apesar de que os acordos entre defesa e acusação, dentro de um tempo, espalhar-se-ia pelo mundo da *common law* e além, ele primeiro triunfou aqui. Dentro da América, focarei em Massachusetts.

(...) Dentro de Massachusetts, focarei principalmente em seu maior condado, Middlesex County [,](...) onde trabalhei como promotor, uma experiência que tornou familiares para mim os rumos de seus tribunais e talvez ainda mais ciente da maneira como as coisas mudaram. Dentro de Middlesex County, olharei mais atentamente à camada média do sistema judicial do condado, a qual possui jurisdição sobre todos os crimes, à exceção dos mais sérios.³²¹

Mas qual é o real objetivo de sua inferência? Baseado em sua descrição e em nossa leitura de seu ensaio, poderia ser qualquer uma das seguintes: acordos entre defesa e acusação (1) no mundo; (2) nos Estados Unidos; (3) em Massachusetts; (4) em Middlesex, o maior condado de Massachusetts; (5) na camada média do sistema judicial do condado; ou talvez algum outro lugar. A lista de possibilidades é aparentemente infinita, mas não deve e não precisa ser assim; o autor deve tornar conhecido o objeto de cada inferência.

B. COLETAR TANTOS DADOS QUANTO POSSÍVEL

Se descritiva ou causal, a inferência – aprender sobre fatos que não conhecemos pelo uso de fatos conhecidos – requer fatos. Conhecer *mais* desses fatos (conforme as regras citadas aqui) deve melhorá-la. Assim, para retornar aos exemplos supracitados, se Friedman quer fazer afirmações sobre os tipos de críticas dirigidas à Corte feitas durante as eras Progressiva/Populista e a do *New Deal*; isto é, para usar as críticas sobre as quais ele aprendeu para alcançar conclusões sobre a população das críticas, ele deve coletar o máximo de críticas possível (valendo isto também para Veilleux e Fischer).

Simplesmente, quando existe uma oportunidade de coletar mais dados, nós em geral devemos obter proveito disso. Devemos também julgar a pesquisa empírica por quanta informação o pesquisador traz para confrontar a inferência em questão. Se um pesquisador baseia suas inferências em relativamente pouca informação, então qualquer conclusão será especialmente incerta. Se, entretanto, ele é capaz de mobilizar uma quantidade massiva de informação, então as respostas para as questões colocadas pela pesquisa podem mesmo estar corretas o suficiente para mudar o curso da literatura jurídica ou para recomendar políticas públicas que afetam muitas pessoas.

Uma vez que todas as observações são incertas, e todas as fontes de observações têm talvez tipos diferentes de erros de mensuração, nosso conselho quanto à coleta de mais dados não apenas ou necessariamente significa coletar mais de um mesmo tipo (como aumentar do número de observações). De fato, pode ser especialmente útil a coleta de dados de muitos tipos diferentes de muitas fontes diferentes.

Em certo sentido, esta recomendação remete-nos ao nosso primeiro conselho de listar todas as implicações observáveis de uma teoria, mesmo aquelas para cuja observação falta ao pesquisador tempo e

recursos. Para observar isto, reconsidere uma das explicações que Veilleux oferece para o aumento de negativas de suspensões de execução: a deferência das cortes federais para com os estados.³²² Se esta teoria se mantivesse, então o pesquisador poderia desenvolver implicações observáveis que transcendam a área legal específica sob análise; ou seja, se as cortes federais acatam as soluções dos estados nas questões de a quem ou não executar, então elas podem estar acatando suas medidas em outras áreas também. Veilleux poderia então medir e coletar observações nessas outras áreas, seguindo, desse modo, a regra que dita que quanto mais dados, melhor.

No entanto, essa regra vai além da mera listagem de todas as observações implicáveis; também requer que os pesquisadores empreendam procuras amplas por diversos tipos de dados, ainda que sobre uma implicação particular. Se Friedman está interessado nos tipos de críticas da Corte do *New Deal* feitas por uma ampla gama de atores, incluindo cidadãos, acadêmicos, políticos e outros, então o tipo de dado que ele ou outro poderia coletar é igualmente amplo: antropológicos, etnográficos, históricos, arquivísticos, de estudos investigativos; dados agregados; entrevistas aprofundadas com algumas pessoas; comparações entre cortes; e mesmo comparações entre países, para citar apenas alguns exemplos.

Nós não queremos insinuar que os pesquisadores devam passar anos coletando dados para cada projeto de pesquisa individual; reconhecemos que várias outras restrições – pessoais e profissionais, somadas às científicas – afetam as decisões de pesquisa de maneira bastante razoável. Se fossem oferecidas escolhas, todavia, os pesquisadores deveriam quase sempre optar por colher os dados. Se eles possuem um jeito fácil de coleta de dados, mesmo os parcialmente relevantes ao projeto, eles deveriam utilizá-lo. Se os procedimentos para a coleta de dados para outro projeto puderem ser ligeiramente

alterados para serem relevantes ao projeto dos pesquisadores sem muitos problemas, então que assim se proceda. Uma vez que a maior tarefa confrontada por um pesquisador empírico é a realização de inferências, baseá-las em mais dados de uma maneira apropriada não fará nenhum mal.

C. REGISTRAR O PROCESSO PELO QUAL OS DADOS VÊM A SER OBSERVADOS

A despeito de como os pesquisadores procedem quanto à seleção de suas observações, *inferências válidas requerem informações sobre o processo de geração de dados*.³²³ Um estudo que fornece informações insuficientes sobre o processo pelo qual os dados vieram a ser observados pelo investigador não pode ser replicado e, dessa maneira, viola a regra que articulamos no Capítulo II. Igualmente importante, ele quebra o vínculo presumido entre os fatos que temos e os fatos que gostaríamos de conhecer, e dessa forma não tem serventia para a elaboração de inferências em torno da população. Finalmente, como explicamos abaixo, somente conhecendo o processo pelo qual eles obtiveram os dados, os pesquisadores podem determinar se algum viés aflige suas inferências.

A lista de publicações de artigos de direito que não seguem esta recomendação é longa. Muitas, como a de Friedman, Lin e Kramer, são qualitativas. Mas estudos quantitativos não são imunes à violação dessa crítica regra de inferência. No Capítulo II nós apontamos dois, o exame de Mann de crédito segurado (*secured credit*)³²⁴ e o estudo em grupo de Eisenberg sobre a sentença do júri nos casos capitais.³²⁵ Mas há várias outros transgressores. A investigação de Anderson e Rowe sobre como várias regras podem induzir ao acordo entre as partes de um processo fornece um exemplo interessante.³²⁶ Para enfrentar esta questão, os pesquisadores mandaram um disquete de

computador (contendo um programa “interativo” de simulação de litígios) para cerca de 1.310 advogados. (Dizemos “cerca de” porque é impossível especificar, de sua descrição, o número na sua amostra original). O que eles nos dizem é que 131 advogados completaram a simulação, o que representa uma taxa de resposta de “aproximadamente 10%”.³²⁷ Mas como eles projetaram essa amostra? Tudo o que eles dizem acerca da geração de dados é que começaram com uma lista de advogados (quantos, nós não sabemos) que obtiveram da *American Inns of Court Foundation* e “mandaram questionários para advogados atuantes de *Inns* selecionados, escolhidos por dispersão tanto geográfica como referente ao tamanho da cidade.”³²⁸ A partir dessa descrição, podemos supor que certos vieses existem em sua amostra final de 131 advogados (por exemplo, um viés para com advogados com tempo suficiente e conhecimentos para rodar uma simulação de computador), mas, porque os pesquisadores não forneceram praticamente nenhuma informação quanto ao processo de geração de dados, nós não podemos estipular muitos outros vieses.

Isto torna qualquer inferência alcançada por eles quanto a se certas regras induzem ao acordo entre advogados válida para a *amostra final* de 131 advogados (que é em si de pouco interesse), mas não necessariamente válida para a *amostra desejada* de 1.310 advogados para a qual a pesquisa foi enviada, e provavelmente inválida para o alvo de *população* de todos os advogados. O único elo entre a população e a amostra final observada é o processo pelo qual os dados vêm a ser observados. Todos os métodos de inferência que procuram buscar conhecimento sobre uma população com dados de uma amostra requerem conhecimento desse processo. Sem esse conhecimento, somos relegados a elaborar assunções teóricas injustificadas sobre fatos fáceis de se conhecer e conclusões substanciais bem mais incertas do que o necessário.

Para outro exemplo, considere a pesquisa de Mill sobre o estado *versus* as estratégias clínicas elaboradas para ajudar mulheres que sofreram violência doméstica, na qual ela hipotetiza que formas particulares de intervenção estatal, como prisão mandatória e ajuizamento de ação – pode fazer mais mal do que bem às mulheres.³²⁹ Para avaliar essa afirmação, Mills realiza o que ela chama de uma “análise clínica”, comparando as estratégias que assistentes sociais e outros clínicos utilizam quando estão lidando com mulheres que foram submetidas à violência doméstica com aquelas estratégias invocadas pelo Estado.³³⁰ Essa comparação dá-se por meio de um exame dos cursos de ação prescritos em determinados livros e artigos escritos por clínicos, de um lado, e pela seleção de práticas governamentais. (Estipulamos, com o propósito de isolar um problema metodológico por vez, que essas fontes são representativas da prática empírica real, mesmo que possamos razoavelmente questionar essa afirmação e, em verdade, provavelmente devêssemos sujeitá-la a uma investigação empírica separada).

Dado que Mills não especifica o objeto de sua inferência, ao menos quanto às estratégias clínicas, suponhamos que se trata de cada curso de ação já prescrito por clínicos em livros e artigos. Da mesma maneira, uma vez que ela não revela como escolheu os determinados livros e artigos para sua análise – de fato, o único elemento que nós, leitores, conhecemos com propriedade é que ela não coletou cada curso de ação já prescrito nas obras escritas dos clínicos – assumamos ainda que as observações que ela analisou em seu estudo representem o produto de um de dois mecanismos de seleção, que são bem comuns em periódicos jurídicos: ou o pesquisador exerce discricção completa sobre quais observações serão incluídas (processo por vezes denominado “amostragem proposital”) ou escolhe observações porque elas são convenientes ou visíveis (processo denominado “conveniência” ou

“amostragem fortuita”). Se Mills procedeu de uma das duas maneiras, é completamente possível que um viés ode uma forma ou outra infecte sua amostra e, conseqüentemente, quaisquer inferências que ela espere traçar.³³¹ Esses vieses podem manifestar-se em uma amostra de observações por meio da sustentação imprópria da conclusão que ela pretendia alcançar (seleção de práticas clínicas que ela acredita que ajudam mulheres), ou de uma maneira mais sutil (mas não menos perniciosa) que descrevemos em seguida. Agora, suponha que Mills coletou dados sobre todos os elementos de sua população – cada curso de ação já prescrito nas obras escritas por clínicos. (Continuamos a estipular que esses escritos representam a prática empírica). Obviamente, o mesmo tipo de vieses não estaria presente; pela inclusão de todas as estratégias sugeridas por clínicos, a “amostra” não incluiria, por exemplo, apenas aquelas que são condizentes com a sua tese.

D. VERIFICAR O PROCESSO PELO QUAL AS OBSERVAÇÕES POTENCIAIS SÃO GERADAS

Assim como pesquisadores podem introduzir vieses em seus estudos quando eles elaboram amostras não-representativas, o mundo que cria uma série de *dados potencialmente observáveis* também pode gerar viés nas inferências, se ele se difere sistematicamente da população-alvo. Portanto, ainda que os pesquisadores sigam nosso conselho e colem todos os elementos na população, eles podem ser incapazes de alcançar inferências válidas sobre aquela população.

Especialmente preocupante é quando o mundo, e não o investigador, invoca uma regra de seleção tal que aqueles itens que de alguma maneira adentram a população disponível são correlacionados com a variável dependente (Y), mesmo após levar-se em conta a variável explicativa (X). Infelizmente, isso acontece com bastante frequência no mundo jurídico. Entre os mais proeminentes exemplos, estão estu-

dos que baseiam suas inferências exclusivamente em opiniões *publicadas*, em vez de fundamentarem-se em toda a população de opiniões, *publicadas* e *não-publicadas*. Assim foi o esforço de Kerr, tentando explicar a revisão judicial das decisões de agências administrativas na era pós-*Chevron*.³³² Entre as explicações que ele oferece, como percebemos anteriormente, encontra-se uma teoria contextual: juízes continuam a utilizar fatores “tradicionais” na adjudicação dos casos semelhantes a *Chevron*, em detrimento do teste de dois passos de *Chevron* – em outras palavras, eles desafiam a Suprema Corte.³³³ Para corroborar essa explicação, Kerr coletou dados em todas as decisões das cortes de circuito publicadas entre 1995 e 1996 que aplicavam o precedente *Chevron*.³³⁴ Agora, se tudo o que Kerr pretende fazer é alcançar conclusões sobre *como os juízes de cortes de circuito lidam com Chevron em opiniões publicadas por eles entre 1995 e 1996* (em outras palavras, se é este o objeto de sua inferência), então sua abordagem é mais que aceitável; ela realmente encontra-se em consonância com nossa sugestão de coletar todos os elementos na população. Se, no entanto, ele tenta traçar assertivas mais gerais sobre como *Chevron* tem sido encarado nas cortes de apelação da nação – como ele faz na conclusão de seu artigo – suas inferências são infundadas. Isso porque o mundo jurídico conspirou contra ele de uma maneira que ele não compensou. Esse mundo – seus juízes, na verdade – invoca uma regra de seleção que pode estar correlacionada com *Y*, em razão de *X*: a regra disciplinando a publicação de opiniões. Enquanto esta regra ordena os juízes a publicar somente aquelas opiniões que são “de valor jurisprudencial geral”,³³⁵ uma grande parte da literatura sugere que a regra é suficientemente vaga para permitir que juízes de cortes de circuito publiquem ou não, como julgarem melhor.³³⁶

Suponha então, como a literatura também sugere, que os juízes das cortes de apelação façam uso estratégico de sua discricção ³³⁷ -

publicando opiniões que seguem os precedentes da Suprema Corte (por exemplo, *Chevron*) e negligenciando a publicação daquelas opiniões que não os seguem, com o objetivo de evitar a revogação. Se assim for, logo qualquer inferência que Kerr alcançar somente baseado nas opiniões publicadas será enviesada, e tal viés será para uma direção previsível: ele vai *superestimar* o efeito de *Chevron*. Isso é exatamente o que Kerr fez. Baseado em seus dados, ele concluiu que os juízes das cortes de circuito não continuaram a usar fatores tradicionais na adjudicação dos casos semelhantes a *Chevron*, mas basearam-se no precedente de *Chevron*: “Estranhamente, o melhor guia para prever resultados sobre o *Chevron* é o próprio *Chevron*”.³³⁸ Talvez ele esteja certo, mas dado o viés induzido em sua análise por meio de uma regra de seleção que pode estar altamente correlacionada com a variável dependente, suas conclusões são infundadas e podem ser exatamente o oposto da realidade empírica.

E. EM ESTUDOS AMPLOS, ESTABELECEMOS UMA AMOSTRA DE PROBABILIDADE ALEATÓRIA

Se as circunstâncias impedem que os pesquisadores coletem dados de todos os membros da população, mas eles possuem recursos para coletar um grande número de observações, eles devem estabelecer uma amostra de probabilidade aleatória – uma amostra em que cada elemento na população total tem uma conhecida (e preferencialmente a mesma) probabilidade de ser selecionado.

Antes que expliquemos as vantagens dessa estratégia de seleção, sejamos claro quanto ao que isso acarreta: amostragem de probabilidade aleatória envolve a identificação da população de casos e a seleção de um subgrupo conforme a regras conhecidas de probabilidade. Para fazer isso, a cada membro da população deve ser designada uma probabilidade seletiva, e a seleção na amostra observada deve ser

realizada de acordo com essas probabilidades.³³⁹ Seleção aleatória, portanto, não é seleção fortuita ou seleção de conveniência – ela segue regras muito específicas e, na vasta maioria dos estudos, ocorrerá somente se o pesquisador escolher invocá-la intencionalmente.

Existem várias formas diferentes de amostragem de probabilidade aleatória. Em *probabilidade de amostragem igual*, todas as observações sobre a população possuem uma mesma chance de serem incluídas no estudo. Considere o pesquisador que quer compreender, por via de uma análise de decisões da corte, por que os juízes afastam-se das diretrizes do *Federal Sentencing Reform Act*. Suponha que ele possui uma lista de todos os mil casos envolvendo as diretrizes agrupadas no *Act* (com mil casos representando uma figura hipotética) e deseja estabelecer uma amostra de cem casos ou dez por cento. Amostragem aleatória de igual probabilidade envolve designar para cada caso a mesma probabilidade de seleção e selecionar apenas cem. Uma maneira de fazer isso seria extraíndo um grupo de cem números daquilo que se conhece como uma “distribuição uniforme dos números inteiros de 1 até 1000”. Esse processo é equivalente a escrever os números de um até mil em fichas de pôquer, misturar todas em um barril, aleatoriamente escolher uma, escrever o número, colocar a ficha de volta no barril, e repetir o processo até o investigador obter uma lista de cem números.³⁴⁰

Um problema potencial com essa abordagem aparece quando o investigador tem em mente uma variável causal chave. Suponha que estamos interessados no efeito causal do partido político dos juízes da corte distrital federal sobre a probabilidade de afastamento das diretrizes para sentenças judiciais; nós afirmamos ser mais provável que os Republicanos afastem mais do que os Democratas. Se os recursos permitirem-nos selecionar, por exemplo, cem casos e assim fizermos aleatoriamente com igual probabilidade de seleção, nós

podemos, por acaso, ter uma amostra sem nenhum Republicano, tornando impossível traçar inferências causais. Mesmo se acabarmos com muito mais Democratas que Republicanos, nossa conclusão causal seria ineficiente (teria uma maior discrepância) do que uma com números iguais de cada.

Para salvaguardar-se das ineficiências de ocorrências ao acaso, acadêmicos utilizam com frequência a técnica da *amostragem aleatória estratificada*. A ideia é extrair diferentes amostras aleatórias de igual probabilidade de seleção dentro de cada categoria de outra variável. No presente exemplo, estratificar pela variável chave explicadora seria especialmente útil, já que garante um número fixo de observações (presumidamente um número igual) dentro das categorias de juízes Republicanos e Democratas e, portanto, pode ser usada para maximizar a eficiência do estimador dentro dos limites de uma amostragem de tamanho fixo. Todo o pesquisador precisaria, para fazê-lo, primariamente estratificar casos de acordo com o partido político do juiz (isto é, criar duas listas, uma de casos decididos por juízes Republicanos, outra por Democratas). Segundo, presumindo-se que o pesquisador queira uma amostra de cem, com um número igual de casos decididos por Republicanos ou Democratas, ele deveria extrair uma amostra de igual probabilidade de cinquenta de cada estrato.

Notando esses tipos de amostras de probabilidade aleatória, por que nós aconselhamos sua utilização se os pesquisadores têm um grande número de observações na população? Afinal, se, ao longo deste livro, aconselhamos que “mais dados são melhores”, então por que sugerimos ignorar qualquer informação que tenhamos sobre observações potenciais a serem selecionadas, e selecioná-las de acordo com um gerador de números aleatórios, o qual garante ignorar todas essas informações adicionais? A principal razão é que a *seleção aleatória é o único mecanismo de seleção, em estudos de grandes*

números, que automaticamente garante a ausência de viés de seleção. Isso porque, quando utilizamos a seleção aleatória, estamos, por definição, garantindo a ausência de qualquer associação que possa existir entre regras de seleção e as variáveis de nosso estudo. Já trabalhamos em convencê-lo sobre este aspecto geral do estudo de Mills,³⁴¹ mas sejamos mais específicos aqui. Se Mills tivesse invocado a regra de seleção que a levasse a escolher somente estratégias de estados que pareçam prejudiciais às mulheres e somente estratégias clínicas que sejam favoráveis à mulher (em outras palavras, selecionasse observações que embasassem sua teoria), poderíamos dizer que ela se valeu de uma regra de seleção que enviesou sua amostra em favor de sua teoria. Diríamos, também, que ela fez isso selecionando suas amostras com base na variável dependente (em outras palavras, a estratégia de lidar com mulheres que sofreram violência): escolheu somente aqueles valores da variável dependente (estratégias governamentais “prejudiciais” e estratégias clínicas “benéficas”) que apóiam sua tese.

Com uma regra de seleção que extraísse aleatoriamente da população, Mills não acabaria por escolher somente observações favoráveis à sua tese, seja intencionalmente ou não. Quando adequadamente aplicada, a seleção aleatória previne vieses que não os do acaso, e um grande número significa que a chance de que isso aconteça é excepcionalmente pequena. Claro, isso não significa que a regra dela e a seleção aleatória levariam a resultados diferentes. A regra de seleção dela pode não ter sido tendenciosa, mas, já que o seu processo exato para a geração dos dados não foi identificado no artigo, não temos como saber.

Em termos gerais, a não ser que o pesquisador colha todas as observações na população e que a população em si tenha sido criada de modo não enviesado pelo mundo, a amostragem aleatória é a única

regra de seleção que salvaguarda contra a escolha de observações na qual a regra de seleção é relacionada ou correlacionada com a variável dependente, ou com qualquer variável, exceto o acaso. De fato, independente do quão cuidadosamente uma regra de seleção seja criada, quando é baseada em conhecimento humano, pode estar inadvertidamente relacionada à variável resultante sendo estudada e, portanto, pode introduzir vieses. Então, enquanto é verdade que selecionar observações aleatoriamente (em lugar de utilizar qualquer outro conhecimento que se tem sobre os dados para fazer a seleção) viola a regra fundamental de que “mais dados é melhor”, estamos dispostos a ver alguma informação ser descartada para que se evite a introdução inadvertida de viés de seleção.

Para nossa recomendação de utilizar estratégias de seleção aleatória em estudos de amostragem volumosa, sublinhamos duas advertências. Uma – a de que isso se aplica somente a estudos com grande amostragem – exploraremos na próxima seção. A outra é simplesmente o seguinte: só porque pesquisadores utilizam a linguagem da ciência ou introduzem um novo elemento de aleatoriedade em seus estudos não significa que eles isolaram seu estudo de viés de seleção. Nós já vimos que, sem precauções adicionais, uma amostra aleatória de um conjunto de dados potencialmente observáveis não fornecerá inferências imparciais se os dados potencialmente observáveis diferenciarem-se sistematicamente da população.

Infelizmente, a literatura de periódicos jurídicos é repleta de artigos que demonstram o mesmo ponto. Um exemplo é a análise de Miller sobre quais fatores específicos (com esses fatores específicos servindo como as variáveis independentes de seu estudo) levam os advogados a ajuizar uma ação junto à corte federal ou estadual (com a escolha do foro como a variável dependente) quando há jurisdição concorrente.³⁴² Dada a pressão da quantidade de casos nas cortes

federais, este é um problema sério – e que chamou a atenção do *American Law Institute (ALI)*, do Congresso, de numerosos acadêmicos, e do presidente da Suprema Corte à época, Rehnquist, que apontou um comitê para estudá-lo.³⁴³ Talvez não tão surpreendentemente, essas fontes discordam sobre a necessidade de uma jurisdição concorrente. O comitê do presidente da Suprema Corte, por exemplo, concluiu que uma das maiores causas de sua existência – o medo de vieses locais nas cortes estaduais – deixou de ser válida; o *ALI* discorda expressamente dessa opinião, e o veredito dos acadêmicos é misto. Sem dúvida, então, a tentativa de Miller de procurar entre as várias razões poderia ter elevado os debates acadêmicos e de políticas públicas, tivesse ele feito o que alega fazer – alcançar inferências válidas sobre por que os advogados entram em uma corte e não na outra, com base em uma amostra “aleatória” de respostas de advogados a uma pesquisa.

O que ele faz, ao contrário, é o seguinte: (1) tenta obter uma lista de todos os casos de cortes estaduais que poderiam ter sido protocolados em uma corte federal – um esforço que falhou porque, aparentemente, as cortes estaduais não guardam essa informação; (2) obtém, em vez disso, uma lista de todos os casos de remoção de 1987 ($n = 18.860$) – aqueles em que o demandante escolheu peticionar em uma corte estadual, mas que o demandado removeu para a corte federal; (3) “seleciona aleatoriamente” (por meios não revelados) seiscentos desses casos; (4) manda pesquisas para os 1.092 advogados envolvidos nesses seiscentos casos; e (5) recebe e analisa respostas de somente 482 advogados (uma taxa de resposta utilizável de 44,1%).³⁴⁴

Por que esse procedimento, o qual parece depender de amostragem aleatória, falha? O problema é que Miller seleciona casos de uma maneira relacionada à sua variável dependente, o foro escolhido

pelo advogado: ele pesquisou advogados de acusação que querem estar em uma corte estatal e advogados de defesa que querem estar em cortes federais. Isso significa, essencialmente, que seu estudo produz uma inferência descritiva enviesada. Ele não pode dizer muito sobre a população de todos os advogados confrontados com a escolha entre peticionar em um foro estadual ou federal por meio de uma amostragem focada somente em advogados de acusação que fizeram uma das duas escolhas possíveis e em advogados de defesa que fizeram uma das duas escolhas possíveis. Também significa que todas as inferências causais que ele traça são enviesadas – podemos mesmo especificar a direção do viés. Tendo observado apenas advogados de defesa que não querem estar nas cortes estaduais, Miller pode, por exemplo, superestimar a importância de fatores como o viés local, e, tendo observado somente advogados de acusação que querem estar em uma corte estadual, ele pode subestimar o efeito. (Para ver isso, pense em um estudo que incluiu advogados de defesa que não pediram para ter seus casos removidos para as cortes federais e, consequentemente, podem não ver um viés local, e advogados de acusação que peticionaram em cortes federais e, então, podem estar vendo um viés local). Certamente, Miller reconhece o problema: “Essa amostra é, claro, enviesada, uma vez que ela exclui advogados atuando em casos peticionados e não removidos da corte estadual”.³⁴⁵ Mas isso não o impediu de traçar inferências causais e utilizá-las para fazer um série de recomendações políticas.

Se alguma organização política ou jurídica as adotará, não sabemos. O que sabemos é que, simplesmente porque Miller introduz um elemento de aleatoriedade em seu estudo, isso não impede a amostra resultante de ser enviesada. E que até que ele corrija isso, ou que outro pesquisador formule um estudo que não seleciona baseado na variável dependente, devemos considerar suspeitas quaisquer inferências.

F. EM ESTUDOS DE AMOSTRAGEM PEQUENA, EVITAR VIÉS NA SELEÇÃO SEM SELEÇÃO ALEATÓRIA

Como percebemos acima, nossa recomendação do uso de estratégias de seleção aleatória aplica-se somente a estudos com amostragens volumosas. A razão pela qual uma amostragem volumosa é útil é que ela torna correlações provenientes do acaso extremamente improváveis, de fato, menos e menos prováveis à medida em que a quantidade de amostras (n) aumenta. Mas a seleção aleatória não ajuda a evitar um viés de seleção com uma quantidade de amostras (n) muito pequena, uma vez que correlações entre a regra de seleção e a variável dependente podem ocorrer por acaso, e mesmo com probabilidades bastante altas.³⁴⁶ Esse não é um problema trivial, pois, sem a seleção aleatória, não existe um único método para o qual os pesquisadores possam automaticamente migrar para evitar o problema de enganar a si mesmos.

Então a questão torna-se: Como os pesquisadores devem proceder se eles estão realizando estudos com amostragem pequena? A resposta é que eles devem se prevenir contra vieses que eles podem inadvertidamente introduzir em um estudo quando substituem a seleção aleatória por alguma forma de escolha intencional. Alcançar este objetivo requer que eles *formulem um método de seleção de modo que a regra de seleção não esteja relacionada à variável dependente*.

Esse processo é geralmente bem difícil, é claro, uma vez que os valores da variável dependente são tipicamente desconhecidos antes de qualquer amostragem. Contudo, felizmente, existem vários métodos para superar isso; ou seja, para selecionar as observações a serem incluídas em estudos de amostragem pequena. Considere um pesquisador que quer compreender o nível de obediência dos policiais na ativa em Illinois ao precedente *Miranda*, e quer fazê-lo por meio da observação do comportamento deles. Certamente, ele poderia identificar todos os policiais no estado e desenhar uma amostra aleatória daqueles

que ele incluirá em seu estudo. Mas assumamos que ele, como muitos de nós, possui tais restrições temporais e em sua disponibilidade para viajar que só pode observar os policiais na delegacia perto de sua casa. Em outras palavras, ele intencionalmente, e não aleatoriamente, selecionou a sua amostra, dessa maneira arriscando a possibilidade de que a delegacia que ele escolheu seja diferente de todas as outras na forma como faz cumprir o precedente *Miranda*.

Como pode ele minimizar esse risco? Idealmente, o pesquisador deveria coletar mais dados. Dadas as restrições, no entanto, uma boa abordagem seria a de identificar uma estratégia de medição que seja fácil ou barata de ser aplicada sobre uma variedade de observações mais ampla, uma que complemente o exame detalhado da delegacia de polícia da vizinhança. No caso desse exemplo, talvez o investigador pudesse extrair uma amostra aleatória de, digamos, cem delegacias de polícia em Illinois e discernir dos registros públicos o número de ações baseadas no precedente *Miranda* ajuizadas por advogados de defesa envolvendo os oficiais daquelas delegacias. Não há dúvida de que esses dados serão indicadores diferentes e menos válidos do que aqueles que o pesquisador coleta de seu estudo de caso detalhado;³⁴⁷ mas igualmente verídico é que eles podem ajudá-lo a determinar se a sua delegacia é representativa das outras (por exemplo, uma classificação em terceiro entre cem em relação ao número de ações ajuizadas revelaria algo muito diferente do que, diga-se, uma classificação em quinquagésimo entre cem). Outra estratégia produtiva poderia ser realizar a análise a partir dos registros públicos primeiro e, com essa informação, escolher uma delegacia policial mais representativa onde realizar o estudo detalhado. Com esse tipo de dados em mãos, o pesquisador poderia estar mais (ou menos, como o caso possa ser) seguro de que as inferências que ele alcança a partir das amostras menores e intencionalmente selecionadas.

IX.

**SUGESTÕES CONCLUSIVAS:
DESENVOLVENDO UMA INFRAESTRUTURA
PARA SUSTENTAR A PESQUISA EMPÍRICA**

Regras importam. Essa é uma afirmação que muitos pesquisadores, mas especialmente os juristas, aceitam sem muito debate. À medida em que a realização adequada da pesquisa empírica, e, especialmente, o alcance de inferências válidas, depende das regras seguintes, os pesquisadores têm incentivos suficientes para aprender e para aplicar aquelas que destacamos.

Ao mesmo tempo, reconhecemos que – independente do quanto desejem os pesquisadores realizar boas pesquisas, independente do quanto eles desejem contribuir com credibilidade aos debates de políticas, independente do quanto eles desejem argumentar com autoridade com seus colegas – seguir as regras pode ser difícil, ou, em algumas instâncias, quase impossível sem uma infraestrutura de pesquisa suficiente. Por “suficiente”, queremos dizer uma estrutura que sustenta, encoraja e realça a habilidade dos pesquisadores de realizar pesquisas empíricas, bem como a habilidade de advogados, juízes e estudantes de consumirem-nas.

Para este fim, nós projetamos, e agora explicamos, uma série de recomendações centradas em como as faculdades de direito e a comunidade jurídica em sentido amplo podem facilitar o desenvolvimento de tal infraestrutura. Nenhuma dessas recomendações, apressamo-nos a notar, necessita ser construída do zero. Muito pelo contrário. Enquanto poucos professores de direito realizando pesquisa empírica parecem ter agora muita facilidade com as regras de inferência, os métodos e normas da pesquisa empírica, ou os critérios segundo os quais avaliar tal trabalho, a profissão

jurídica desenvolveu elevados padrões para reger muitos outros aspectos de suas vidas acadêmicas. Faculdades de direito, ao menos do nosso ponto de vista, afiguram-se altamente organizadas, eficientes, bem financiadas, e a maioria parece colegiada e agradável. Elas dão ênfase memorável à satisfação de seus vários constituintes, e focam em questões como o currículo e o ensino bem mais do que a maioria dos departamentos de artes e ciências. A comparação com departamentos de ciências sociais é extrema: cientistas sociais, economistas e sociólogos podem seguir toda a sua carreira sem se encontrar a fim de discutir coletivamente problemas pedagógicos. Mesmo os estudantes em faculdades de direito são melhor organizados que seus colegas de departamentos acadêmicos tradicionais.

O que isso significa para nós é que oportunidades para a melhora rápida e significativa da infraestrutura de pesquisa em faculdades de direito são substanciais. As normas e instituições já existem para que se faça isso, e nossas recomendações decorrem daí. De fato, graças às normas rígidas, se as faculdades de direito acatassem mesmo algumas de nossas recomendações, não apenas poderiam elas corrigir o estado infeliz no qual a pesquisa empírica hoje se encontra, como também também poderiam ser capazes a ultrapassar outras disciplinas acadêmicas – mesmo aquelas que têm realizado um trabalho empírico superior, mas que não são, todavia, tão unificadas em torno de uma comunidade claramente identificável, com normas que sustentem a iniciativa.

O que seguem são recomendações que a evidência sugere podem tornar isto possível ou, no mínimo, começar o processo. Nós as agrupamos em cinco categorias. As primeiras são voltadas para três atores: (1) estudantes de faculdades de direito (2) faculdade de direito e, (3) juízes e advogados. O segundo grupo foca em dois

problemas de interessa para toda a comunidade: (4) periódicos jurídicos e (5) arquivamento de dados e documentação.

Uma nota final: de maneira a transmitir nossas ideias o mais claramente possível, nós as explicamos com um certo nível de especificidade. Mas nós certamente não as vemos como o único jeito de se proceder. Sem dúvida, essas recomendações são baseadas somente na nossa *hipótese* de que a sua implementação melhoraria as análises empíricas no direito. Nós obviamente não estamos certos de que qualquer uma de nossas ideias funcionará como desejado em qualquer faculdade de direito específica, e não realizamos quaisquer análises para avaliá-las. Tais estudos certamente deveriam ser feitos. Ao mesmo tempo, décadas de experiência em dezenas de disciplinas acadêmicas, em centenas de universidades, e por milhares de acadêmicos, nos dão alguma convicção sobre a direção geral dessas propostas. Como *outsiders*, nós necessariamente temos menos convicção sobre se adaptamos adequadamente esses princípios gerais para a cultura do conhecimento jurídico e das faculdades de direito, e, de qualquer maneira, propostas desse tipo devem ser sempre adaptadas às condições locais únicas de escolas individualmente. Qualquer que seja o destino final dessas ideias, esperamos que elas ajudem a estimular uma discussão vibrante sobre os caminhos para melhorar a pesquisa empírica na comunidade dos pesquisadores jurídicos.

A. OFERECER CURSOS EM PESQUISA EMPÍRICA PARA ESTUDANTES DE FACULDADES DE DIREITO

Talvez mais que a maioria das unidades na universidade, as faculdades de direito têm a fama de serem sensíveis aos interesses e necessidades de seus estudantes. Em contraste, por exemplo, aos programas de Ph.D. acadêmico, os quais raramente treinam seus

estudantes para fazer o que eles passarão uma grande fração de suas carreiras fazendo – lecionar – as faculdades de direito devotam recursos e professores à instrução clínica, competições de *moot courts* e outros programas que ajudam os estudantes a desenvolver habilidades de que eles precisarão para a prática do direito. Igualmente, em contraste às disciplinas acadêmicas, as quais tipicamente permitem apenas que o corpo docente edite seus periódicos, as faculdades de direito confiam a estudantes – que presumivelmente beneficiam-se de maneiras incontáveis dessa experiência³⁴⁸ – a direção de algumas de suas publicações mais prestigiosas. Finalmente, em contraste a muitas de suas contrapartes de pós-graduação acadêmica, que dedicam quantias limitadas de tempo e dinheiro à colocação de seus estudantes em empregos, as faculdades de direito tipicamente estabelecem um aparato sofisticado para facilitar todos os aspectos da procura por trabalho, do preparo de currículos às estratégias de entrevistas.

Não importa o motivo pelo qual essa norma surgiu. O que é importante é que faculdades de direito podem aumentar isso ainda mais a partir da incorporação em seus currículos de ao menos um curso sobre pesquisa empírica – um curso que cobriria as abordagens quantitativas e qualitativas para o projeto e a avaliação da pesquisa. Isso certamente deveria ser requisito para estudantes servindo nos periódicos jurídicos da faculdade (um assunto para a qual voltaremos no Capítulo IX.D abaixo) e provavelmente para todos os outros também.³⁴⁹

Oferecemos essa recomendação não porque todos os estudantes necessariamente realizarão pesquisa empírica próprias. Faculdades de direito não são primordialmente designadas para o treinamento de futuros professores de direito, e, assim, a maioria dos estudantes nunca prepararão artigos para periódicos jurídicos. O motivo de

nossa recomendação é mais porque eles precisarão das habilidades para avaliar tais pesquisas, seja para clientes, seja para membros *senior* de seus escritórios de advocacia; seja em processos civis ou criminais. Isso já ocorre hoje, e pode tornar-se ainda mais recorrente uma vez que os juízes fazem cada vez mais demandas aos advogados para que preencham padrões jurídicos particulares, para que questionem especialistas, ou para que fundamentem afirmações específicas com uma sustentação empírica verossímil.

Além da satisfação das necessidades dos estudantes e da comunidade jurídica, treinar os estudantes nos padrões e normas da pesquisa empírica possui, no mínimo, dois bons subprodutos. Primeiro, mais uma vez dado o aumento da demanda por dados, os estudantes com essa habilidade estarão em maior demanda no mercado que aqueles sem ela (uma tendência que encorajamos no Capítulo IX.C abaixo). Isso é uma boa notícia para estudantes que fazem, e faculdades de direito que oferecem, uma aula empírica. Afinal, melhores taxas de contratação ajudam a atrair melhores candidatos – ambos os quais podem levar ao aumento do prestígio da faculdade. Segundo, a faculdade se beneficiará enormemente. Oferecer cursos empíricos requererá que as faculdades de direito contratem um professor treinado em metodologia empírica, que, por sua vez, poderia servir como um recurso para faculdade – um que eles poderiam ter sido incapazes de obter senão por necessidades curriculares.

Temos mais a dizer sobre os requisitos de infraestrutura do corpo docente abaixo, mas permita-nos antes abordar duas preocupações óbvias: quem deve ser esse metodologista e de que campos acadêmicos deve ele vir? Começando com o primeiro, certamente ele deve ser um pesquisador e professor dedicado, bem versado nas regras de inferência e nas normas e padrões para a realização da pesquisa empírica. O metodologista selecionado também deve ser

capaz de lecionar a estudantes e ao corpo docente sobre como analisar os dados *deles* e, conseqüentemente, deve possuir um conjunto de habilidades técnicas.

Este metodologista poderia, por um lado, vir de um grande número de disciplinas acadêmicas. Uma vez que a pesquisa empírica no direito tem problemas metodológicos que se justapõem àqueles na biologia, química, economia, medicina e saúde pública, ciência política, psicologia e sociologia, métodos podem ser adaptados dessas disciplinas para o estudo do direito. Por outro lado, em praticamente toda a disciplina que começou a desenvolver um programa sério de pesquisa empírica, pesquisadores descobriram problemas metodológicos que são únicos às preocupações especiais dessa área. Cada nova fonte de dados, como se vê, geralmente requer pelo menos alguma adaptação de métodos existentes, e, por vezes, o desenvolvimento de métodos totalmente novos. Há a bioinformática dentro da biologia, a bio-estática e a epidemiologia dentro da medicina e saúde pública, a econometria dentro a economia, a quimiometria dentro da química, a metodologia política dentro da ciência política, a psicometria dentro da psicologia, a metodologia sociológica dentro da sociologia, e assim por diante.

Dessa forma, para encorajar uma pesquisa empírica séria, duradoura e continuamente melhorada, a comunidade jurídica deve fomentar o desenvolvimento de um subcampo de metodologia dentro do direito. Para atingir este objetivo, as faculdades de direito devem contratar pesquisadores que possuam um treinamento profundo em métodos empíricos em qualquer que seja a disciplina na qual obtiveram seu diploma. Mas elas também têm de selecionar um metodologista que tenha, ou que ao menos tenha interesse em desenvolver, uma compreensão dos tipos de problemas que interessam a, e dos tipos de dados disponíveis para, juristas. Certas

disciplinas acadêmicas regularmente produzem Ph.D.'s que se encaixam nessa descrição (por exemplo, economia e ciência política). E professores de direito podem ajudar-se inculcando nesses metodologistas uma apreciação ainda maior de seus problemas. Isso poderia se dar através de cursos co-leccionados, o que funcionaria para o benefício tanto dos estudantes quanto dos professores. Também pode desenvolver-se por via da pesquisa colaborativa – uma matéria que discutiremos com mais detalhes na próxima seção. De qualquer maneira, devem ser criados novos vínculos entre pesquisadores. Alguns novos métodos empíricos jurídicos seriam então desenvolvidos pelo, digamos, cientista político ou economista, o que é bom dada a natureza cada vez mais interdisciplinar do direito, mas outros seriam desenvolvidos por professores de direito. E, eventualmente, faculdades de direito não teriam necessidade de buscar de fora as soluções para problemas metodológicos. O campo – a metodologia empírica da pesquisa jurídica – floresceria sozinho.

B. AUMENTAR OPORTUNIDADES PARA A REALIZAÇÃO DE PESQUISA EMPÍRICA DE ALTA QUALIDADE PELOS DOCENTES – E ENTÃO DISSEMINÁ-LA RAPIDAMENTE

Quando se trata de sua pesquisa, professores de direito parecem ter desenvolvido uma norma de oportunidade. Talvez eles estejam interessados em pesar em debates políticos atuais, em ver seus argumentos utilizados em peças judiciais, em assegurar que uma decisão da corte ou uma lei do Congresso não desconsidere suas ideias, em obter vitaliciedade na universidade, ou em realizar algum outro objetivo. Mas qualquer que seja a explicação, eles estão preocupados – talvez mais preocupados que os outros acadêmicos – em externar suas ideias e resultados o mais rápido possível.

Não temos problema com essa norma. De fato, comentários cientificamente válidos em debates atuais sobre políticas públicas podem fazer contribuições altamente importantes e dramaticamente influentes. Os juristas provaram inúmeras vezes que eles são preparados como ninguém para enfrentarem esta tarefa, ao menos com respeito à velocidade; onde eles falharam por várias vezes é em relação ao aspecto de alta qualidade da tarefa. Esse fracasso é um infortúnio, *porque eles podem realizá-la bem em relação a ambos os aspectos*. Ou seja, eles podem realizar uma pesquisa de primeira-linha a qual eles podem criar e disseminar rapidamente. Mesmo se o tempo, informação e recursos são limitados, sempre há maneiras de produzir resultado confiáveis.

Para ajudar os professores a alcançar esse objetivo, oferecemos dois grupos de recomendações para que as faculdades de direito sigam. O primeiro centra-se em fomentar o desenvolvimento do grupo de habilidades necessárias para que seus professores façam uma pesquisa de alta qualidade de modo que eles possam responder corretamente no tempo permitido; o segundo é focado na construção de uma infraestrutura que permita aos professores de direito a produção de resultados de pesquisa confiáveis o mais rápido possível. Essas sugestões irão capacitar os pesquisadores a produzir inferências científicas válidas tendo vista seu tempo e seus recursos limitados (em outras palavras, julgar corretamente suas incertezas), mas não paramos por aqui. Apesar de que o tempo sempre será limitado, sugerimos maneiras pelas quais os recursos podem ser redirecionados e empacotados, de modo que o nível de incerteza nas conclusões dos pesquisadores possa ser reduzido em muito, mesmo para a pesquisas que precisa ou deve ser disseminada rapidamente.

1. Ajudar a construir habilidades metodológicas

Aprender e compreender as regras que discutimos neste livro são, acreditamos, passos necessários para professores de direito. Ainda assim, ao mesmo tempo, reconhecemos que estes passos, sozinhos, são insuficientes, e que os juristas requererão treino extra para implementar as regras que oferecemos e para dominar habilidades associadas à análise de dados – sejam eles qualitativos ou quantitativos. Como podem eles desenvolvê-las?

Os docentes podem proceder de várias maneiras, sendo três delas bastante óbvias. Primeiro, eles podem fazer um curso de pesquisa empírica. Dizemos isso com o entendimento claro de que os professores de direito tipicamente não frequentam as aulas de seus colegas. Mas eles deveriam saber que em várias disciplinas cognatas, os acadêmicos – quer com cargo vitalício ou não, quer iniciantes ou não, quer para retocar suas habilidades ou para aprender outras completamente novas – fazem cursos técnicos regularmente. E assim o fazem sem vergonha; em verdade, em muitos departamentos acadêmicos, o comparecimento a uma aula de métodos pode permitir que se reivindique o direito a vangloriar-se, uma vez que isso indica, tanto para os colegas quanto para os estudantes de pós-graduação, um desejo de manter-se *au courant*.

Segundo, os membros do corpo docente podem obter treinamento em institutos, com o *Inter-university Consortium for Political and Social Research* (ICPSR), entre os mais proeminentes. Localizado na Universidade de Michigan, o ICPSR fornece um treinamento de verão para professores e estudantes interessados em análise empírica.³⁵⁰ Os cursos variam do introdutório (Introdução à Estatística e Análise de Dados) ao técnico (Tópicos Avançados em Estimativa Máxima de Probabilidade); do geral (Introdução à Computação) ao muito específico (Seleção Não-aleatória de Estudos de

Envelhecimento e Aposentadoria); dos altamente teóricos (Modelos Matemáticos: A Teoria dos Jogos) ao descaradamente empírico (Métodos Quantitativos e Estudos Africanos). E, apesar de que somente uns poucos são elaborados especificamente para problemas relacionados ao direito (por exemplo, Dados de Justiça Criminal: Integrando Estudos Qualitativos e Quantitativos), os juristas sairiam dessa experiência com consideravelmente mais conhecimentos sobre a vasta gama de ferramentas disponíveis para o desenvolvimento de teorias e para a análise de dados qualitativos e quantitativos.

Terceiro, um professor de direito pode aprender sobre isso engajando-se em colaborações com um metodologista na faculdade de direito, ou, por exemplo, um colega cientista social com interesse pelo direito. Esse é, talvez, o jeito mais fácil e eficiente – e geralmente adotado em outras disciplinas acadêmicas – para que juristas desenvolvam uma apreciação dos métodos empíricos e para que aprendam as habilidades necessárias para que executem eles mesmos tais investigações.

Faculdades de direito podem e deveriam facilitar cada uma dessas atividades. Para membros do corpo docente que quisessem fazer um curso sobre pesquisa empírica e que podem, ao fim, demonstrar um domínio dessas habilidades (talvez na forma de uma apresentação de pesquisa para a faculdade, ou um artigo publicado), suas faculdades poderiam fornecer uma diminuição na carga horária de ensino. Para aqueles que quisessem ir ao ICPSR, as faculdades de direito deveriam pagar sua matrícula, como muitos programas de pós-graduação de outros campos atualmente fazem. E para juristas interessados em participar de colaborações com colegas dotados de habilidades empíricas, suas faculdades deveriam fornecer incentivos para concretizar seus interesses – talvez na forma de bolsas de estudo para o projeto proposto ou outras formas de apoio. Qualquer

que seja a maneira como procedam, as faculdades de direito devem reconhecer que o objetivo de uma carreira na pesquisa acadêmica é fazer a maior contribuição possível para a literatura acadêmica. Se a contribuição é individual ou de co-autoria não deveria importar tanto quanto o fato de ela existir. Indo ainda mais ao ponto, se a inclusão de coautoria no repertório de alguém pode ajudar um pesquisador a gerar uma maior contribuição total – como no caso de pesquisadores de muitos outros campos – então isso deve ser fortemente encorajado.

Por último, faculdades de direito não deveriam punir seu corpo docente (por exemplo, negando a concessão de estabilidade no cargo) por artigos em coautoria. Essa é a fonte de certa preocupação, uma vez que a colaboração é muito rara em periódicos jurídicos (e tão comum em todos os outros campos), mas é suficientemente simples de reprimir. Faculdades de direito, segundo aconselha Schuck, devem “conceber técnicas para avaliar adequadamente a contribuição de cada indivíduo para a pesquisa realizada conjuntamente.”³⁵¹ O método mais comum em outras disciplinas toma a forma de um simples conselho ao corpo docente júnior: “Colabore com mais de um pesquisador; não colabore apenas com pesquisadores sênior.” Seguir esse conselho torna as contribuições individuais mais fáceis de serem avaliadas entre projetos, mas outras fontes de informação também existem, como direcionar cartas de avaliação, no momento da promoção, para aqueles familiarizados com o docente e suas práticas de pesquisa e contribuições para projetos de coautoria.

Mas as faculdade de direito podem ir além, especialmente se existe uma massa crítica de docentes interessados na produção de pesquisa empírica de alta qualidade. Talvez elas pudessem manter seminários mensais sobre as aplicações e inovações da metodologia empírica, convidando pesquisadores proeminentes (por enquanto,

de outras disciplinas) para liderá-los. Elas também deveriam considerar a criação de seu próprio instituto de verão local, o qual pode envolver a contratação de especialistas em pesquisa empírica relacionada ao direito. Esses especialistas serviriam como professores e condutores de debates e, com alguma sorte, criar-se-iam oportunidades para mais colaborações duráveis. Finalmente, as faculdades de direito deveriam explorar a possibilidade de obtenção do apoio de fundações para desenvolver *workshops* de pesquisas empíricas durando três ou quatro dias por vez, para atualizar talvez vinte ou trinta docentes rapidamente. Obviamente, sessões curtas não são suficientes, mas podem ajudar consideravelmente. Estabelecê-las em combinação com materiais criativos de aprendizado à distância disponibilizados pela internet, juntamente com a atribuição de leituras como preparação para os *workshops* (e, é claro, ir a vários deles), contribuiria muito. E, eventualmente, se um curso empírico for tornar-se parte do currículo da faculdade de direito, os *workshops* não seriam necessários, uma vez que estudantes (em outras palavras, futuros professores de direito) obteriam treinamento suficiente.

2. Economizar tempo por meio da melhora de recursos

Juristas podem realizar pesquisas empíricas sérias não importando o quão limitados sejam o tempo ou os recursos. Mas, se ambos forem muito restritos, eles pagarão o preço na forma de resultados menos seguros (em outras palavras, quanto menos tempo e recursos, menor o número de observações que podem ser coletadas, ou menos confiáveis os procedimentos de medição que podem ser utilizados, e, conseqüentemente, maior a ineficiência das inferências resultantes). Já que pelo menos alguns professores de direito desejam produzir resultados de pesquisa que eles possam disseminar o

mais rápido possível, garantindo, ao mesmo tempo, que eles sejam o mais informativos possível, levar mais tempo não é uma opção. Aumentar os recursos, por outro lado, poderia fazer uma diferença nada trivial. Nós vemos no mínimo quatro maneiras como as faculdades de direito podem ajudar.

Primeiro, elas podem garantir que os docentes realizando pesquisas empíricas possuam computadores e programas aptos à tarefa, conjuntamente com o apoio técnico de que precisam para utilizar esses recursos. Em uma estimativa grosseira, computadores devem ser trocados a cada três anos, e os programas atualizados aproximadamente a cada ano.³⁵² A equipe de apoio pode assumir várias formas diferentes, mas normalmente inclui administradores da rede, operadores de sistema, pessoal de suporte ao usuário e assistência especializada. Claro, muitas faculdades de direito já possuem algumas dessas pessoas contratadas (além de *web designers* e administradores), e provavelmente mais serão contratados no instante em que mais docentes aumentarem sua dependência da tecnologia para comunicação e escrita. Nossa sugestão, além da manutenção da excelência nessa área, é suplementar o grupo de informações tecnológicas existente com especialistas que possam executar tarefas específicas de pesquisa. Comentamos aqui dois exemplos, embora encontrar indivíduos que dêem conta de ambos possa ser possível.

Um é um especialista em *softwares* de estatísticas. Muitos professores de direito agora se baseiam em um banco de dados simples ou em programas de planilhas, a exemplo do Microsoft Excel. Estes são adequados para a exploração dos dados em sua forma bruta, mas não são úteis para análises e gráficos de estatística séria, não sendo nem numericamente estáveis para muitos propósitos estatísticos.³⁵³ A infraestrutura deve estar disponível, de modo que os pesquisadores não sejam restringidos em quais análises realizar

pelas limitações de seus *softwares*. Felizmente, numerosas alternativas (incluindo os programas SPSS, SAS, Stata, Gauss, R) existem. Estas são certamente mais poderosas, mas também mais difíceis de aprender e usar. Logo, há uma necessidade por conhecimento especializado, que pode assumir a forma de consultores para o corpo docente, os quais farão eles mesmos a programação; e até de assistentes, os quais farão o trabalho para os docentes. O outro é um especialista em *design* gráfico. Apresentar dados, sejam eles qualitativos ou quantitativos, é uma habilidade importante – e uma de que muitos pesquisadores empíricos geralmente precisam, mas que não possuem tempo ou inclinação para aprender. Ter uma pessoa na equipe com o conhecimento necessário seria um benefício enorme para professores de direito, que, talvez mais que a maioria, têm de comunicar os resultados de sua pesquisa para leigos.

Não incluímos nessa lista uma pessoa capacitada em técnicas analíticas de dados. Enquanto explicamos que a manutenção de tal indivíduo é crítica, ele não deveria ser considerado parte do grupo de informação tecnológica. Um metodologista é um acadêmico – no campo jurídico, um professor de direito – que foca em, contribui para e aplica a metodologia jurídica qualitativa e quantitativa. Uma vez que estatísticas e o desenho da pesquisa não são “meramente técnicos”, como o é, por exemplo, encanar; as posições de “estatísticos da equipe” geralmente não funcionam nesse contexto. Faculdades de direito precisam de *criatividade* em métodos, e não de um técnico que meramente aplica as técnicas existentes mecanicamente para a literatura jurídica – um trajeto que geralmente leva ao uso de métodos que não comportam as necessidades dos pesquisadores. Assim como em qualquer outro campo, metodologia é um esforço criativo e não pode ser delegado para qualquer um que não outro acadêmico.

Um segundo jeito pelo qual as faculdades de direito podem ajudar seu corpo docente a otimizar seu tempo é por meio do fornecimento de recursos humanos adicionais, na forma de assistentes de pesquisa, o que permitirá que os docentes colem dados o mais rápida e eficientemente possível. Os departamentos acadêmicos alcançam isto de maneiras diversas – incluindo bolsas, subsídios e crédito de curso para estudantes que se disponham a ser assistentes de pesquisa – todos os quais seriam viáveis e, em alguma extensão, já existentes em várias faculdades de direito. Contudo, meramente adotar ou estender o modelo usado em departamentos acadêmicos não funcionará. O problema é que pesquisadores em outros campos tipicamente comprometem-se com os monitores no começo do semestre ou ano acadêmico, de modo que encontrar ajuda na última hora pode ser bem difícil, senão impossível. Claramente, os monitores, mesmo nessa forma tradicional, seriam uma melhora, mas eles não solucionarão o problema da produção dos melhores resultados o mais rápido possível para responder às questões que surgem no debate público.

Conseqüentemente, além da contratação de assistentes de pesquisa por professores de direito, como muitos já fazem, uma solução que favorecemos seria a de que as próprias faculdades de direito empregassem um número de assistentes de pesquisa (junto com uma porção dos recursos humanos que mencionamos acima) e mantivessem-nos sem tarefas no começo do semestre. Assim, eles estariam disponíveis para pesquisar, a pedido, quando emergisse o debate de uma política específica ou de outras questões que exijam atenção imediata. Sem dúvida, uma disponibilidade de recursos assim ajudaria os professores a aumentar a já existente norma de velocidade.

Terceiro, como já mencionamos, faculdades de direito devem encorajar seu corpo docente a realizar colaboração com pesquisadores que sabem como realizar pesquisa empírica séria. Além das

razões que apresentamos anteriormente, o trabalho empírico colaborativo é mais rápido de ser realizado. Juristas não precisam gastar um tempo precioso aprendendo os detalhes de cada nova habilidade possível e, em vez disso, podem depender de coautores, que presumidamente se beneficiariam do conhecimento especializado que professores de direito colocam à mesa.

Finalmente, para realizar pesquisa empírica, os docentes geralmente requerem financiamento: eles podem precisar adquirir um grupo de dados específico, realizar uma pesquisa de campo, contratar entrevistadores e assim por diante. Para que sua faculdade possa otimizar seu tempo, recomendamos que faculdades de direito e seus centros associados sigam o percurso de várias outras unidades acadêmicas e forneçam bolsas para projetos com credibilidade. Tal financiamento permitiria que os pesquisadores realizassem estudos-piloto, os quais eles poderiam, por sua vez, usar para informar debates sobre políticas públicas ou para demonstrar o valor de sua pesquisa para diferentes agências de financiamento, fundações e doadores externos à faculdade. Financiamento externo certamente traz benefícios para projetos de pesquisa individuais, mas também possui implicações positivas para as faculdades de direito. Certamente, os diretores não recusariam reembolsos de custos indiretos que fluiriam para seus cofres se mais de seus docentes obtivessem o apoio do Programa para direito e ciências sociais da *National Science Foundation*. Como um outro incentivo, faculdades de direito deveriam seguir a trilha das unidades de pesquisa que repassam uma fração de reembolso de custos indiretos para os docentes que geraram fundos em primeiro lugar.

C. INCENTIVAR EMPREGADORES A CONTRATAR ESTUDANTES COM PRÁTICA EMPÍRICA

No início deste livro, sublinhamos os apelos lançados pelos membros da comunidade jurídica, especialmente juízes e advogados, por pesquisas empíricas com credibilidade em uma variedade de tópicos. Tentamos responder a esses pedidos por meio do oferecimento de regras que os pesquisadores poderiam usar para melhorar sua pesquisa e que os consumidores dela poderiam empregar para avaliar vários estudos.

Mas esses consumidores, mais uma vez primordialmente juízes e advogados, podem fazer avançar sua própria causa, fazendo um esforço especial de contratação de estudantes de direito com prática empírica. Isso se dá por, no mínimo, duas razões. Primeiro, encorajaria faculdades de direito a desenvolver a infraestrutura necessária, ou seja, a seguir nossas recomendações. Se, por exemplo, juízes começassem questionando candidatos a assessores sobre seu treinamento empírico, isso forneceria incentivos para a faculdade de direito adicionar os cursos necessários para seu currículo. Isto, por sua vez, levaria as faculdades a contratar um metodologista, facilitando a habilidade do corpo docente de produzir os estudos realizados adequadamente que os juízes demandam atualmente.

A segunda razão é ligada a nossa recomendação de que os juristas encontrem colaboradores com habilidades empíricas. Assim como a coautoria com um metodologista permite ao corpo docente otimizar seu tempo, contratar um assessor ou um associado com habilidades empíricas é um jeito eficiente para juízes e advogados apreciarem pesquisa sem investir recursos que não aqueles que eles já investirão (como salário). Juízes confrontados com resultados conflitantes produzidos por estudos empíricos sobre a redistribuição eleitoral, emprego ou inúmeras outras áreas do direito terão um

talento interno para ajudá-los a classificar esses resultados. Idem para advogados que devem enfrentar resultados que não se encaixam confortavelmente com suas próprias conclusões. A contratação de estatísticos, embora talvez não seja completamente extinta, tornar-se-á menos necessária.

Por meio do oferecimento dessa recomendação, não queremos dizer que o treinamento empírico deva ser o único ou mesmo o mais importante critério que advogados e juízes devam considerar quando tomarem decisões de contratação. O que, em vez disso, sugerimos, é que se este se tornasse um dentre muitos critérios, o efeito cascata seria extremamente benéfico para todos os membros da comunidade jurídica – os produtores e consumidores da pesquisa.

D. MUDAR PARA UM MODELO ALTERNATIVO DE ADMINISTRAÇÃO DE PERIÓDICOS ACADÊMICOS

No mundo do direito, estudantes dirigem e editam a publicação de periódicos de suas faculdade (por exemplo, *The University of Chicago Law Review*, a *Yale Law Journal*), embora eles geralmente consultem informalmente o corpo docente antes de tomar decisões quanto a artigos específicos.³⁵⁴ Lemos vários relatos sobre como essa norma surgiu,³⁵⁵ e apreciamos a tradição. Ao mesmo tempo, certos aspectos disso nos incomodam, como a sua falha em se conformar a um aspecto crítico da pesquisa empírica, que ela não seja *ad hominem*, que o foco esteja no trabalho e não na pessoa.³⁵⁶ Sem alguma forma de revisão cega, separar a pessoa do produto é difícil. Igualmente problemático é que estudantes (e, de fato, qualquer pessoa) podem não possuir o conhecimento necessário para avaliar os trabalhos enviados que cubram áreas complexas e técnicas do direito, ou que empreguem métodos estatísticos ou qualitativos sofisticados. Finalmente, a falta de revisão paritária imparcial em

muitas publicações coloca os juristas em uma desvantagem nítida *vis-à-vis* ao resto da universidade. Garry Wills³⁵⁷ não é o único docente proeminente a expressar choque ao descobrir como periódicos jurídicos padrões operam. Como coloca Lawrence Friedman,

Periódicos jurídicos são o canal principal para pesquisadores do direito, e o *sistema* dos periódicos jurídicos é singular à educação jurídica. Pessoas em outros campos ficam atônitas quando descombrem-no; elas mal podem acreditar no que ouvem. O quê, *estudantes* decidem quais artigos valem ser publicados? Não há revisão paritária? (...) Secretamente, compartilho de seu assombro; e creio que o sistema é tão insano, em alguns aspectos, como eles o creem. Há, de fato, quase uma literatura da injúria – professores e outros queixando-se contra os periódicos jurídicos.³⁵⁸

O que essa citação e muitas outras que poderíamos fornecer³⁵⁹ sugerem é que a falta de revisão paritária (entre outras características desse sistema “singular”) tornam difícil para pesquisadores em outras unidades tomar o trabalho jurídico de maneira séria – especialmente porque seus colegas não levam em consideração artigos que não passaram pela revisão paritária, quando se fala em obtenção de vitaliciedade, promoções, aumentos salariais e outras vantagens. Que outros não consideram seriamente a pesquisa jurídica não é, claro, nosso ponto; o que é central é que a revisão paritária possui, por vezes, benefícios importantes.

Em nossa compreensão, contudo, mudar totalmente para o modelo de revisão cega utilizado em periódicos acadêmicos entre as ciências naturais e sociais é politicamente inviável. O grande número de periódicos criaria um aumento enorme na quantidade de trabalho

para professores de direito servindo como revisores anônimos. Além disso, o trabalho que se empreende na revisão é ordinariamente acompanhado por uma proibição contra o envio de artigos para múltiplos periódicos (de maneira que os esforços dos editores e de seus revisores não sejam desperdiçados); dessa forma, uma mudança para revisão paritária poderia também tornar as publicações mais lentas – um resultado especialmente indesejado, dada a norma da velocidade. Outras dificuldades também foram identificadas,³⁶⁰ mas é suficiente dizer que a versão desenvolvida do modelo de revisão paritária não parece ajustar-se às normas, necessidades e objetivos da comunidade jurídica.

É por tais razões que os professores de direito mantiveram seu modelo “singular”, mas, ao mesmo tempo, desenvolveram vários mecanismos para compensar os defeitos percebidos nele. Notas de rodapé extensivas são um deles.³⁶¹ Outro é a sempre presente, e longa, lista de acadêmicos que levam agradecimentos no começo das artigos, que podem ter emergido como um meio de testemunho da credibilidade da pesquisa.³⁶² Claro, largar nomes não significa que a pessoa nomeada de fato serviu como um revisor paritário não-anônimo ou aprovou de qualquer maneira o artigo; da mesma forma como as elaboradas notas de rodapé não garantem o valor da pesquisa. Mas, aparentemente, o corpo docente das faculdades vê tais medidas como respostas úteis para o choque expresso por universidades quando “o segredo da família foi exposto. PROFESSORES DE DIREITO SÃO EDITADOS POR ESTUDANTES DE DIREITO.”³⁶³

Mesmo que úteis no tempo em que foram desenvolvidas, essas adições estilísticas não compensam os outros problemas que identificamos na falta de revisão paritária cega. Nós, dessa forma, propomos um modelo alternativo – um que permita que as faculdades de direito continuem com a norma existente, enquanto realçam-na

tirando vantagem de algumas características do sistema de revisão paritária. Outras possibilidades existem, claro,³⁶⁴ mas essa, a qual é similar àquela que muitas editoras universitárias (de livros) seguem, pode ser a que melhor se ajusta às tradições do direito.

Esse modelo funcionaria como segue.

- : Estudantes continuariam a servir, como fazem agora, como editores e membros das periódicos jurídicos. Mas as faculdades de direito expandiriam os conselhos editoriais para incluir membros do corpo docente.
- : Quando receberem manuscritos, os estudantes — como membros das editoras universitárias — podem rejeitá-los por quaisquer razões que acreditarem válidas, exatamente como fazem agora. Mas para qualquer manuscrito que eles julgarem potencialmente publicável, eles devem obter ao menos uma revisão paritária cega (ou seja, em que revisor desconheça a identidade do autor, e o autor desconheça a identidade do revisor). O revisor deve ser um especialista em, no mínimo, um aspecto do tema ou dos métodos em questão. Na maior parte das situações, isso implica um professor de direito (idealmente, mas não sempre, de outra faculdade de direito), embora ocasionalmente isso possa implicar um estudante que escreveu uma tese sobre um tema relacionado ou, possivelmente, um Ph.D. em outra área. A chave é que editores voltem-se para um revisor baseados em seu conhecimento, não em seu *status*.
- : Após receber a avaliação externa, os estudantes estariam livres para rejeitar o manuscrito. Mas, se eles quisessem publicar o

ensaio, eles devem trazer a revisão paritária anônima e quaisquer avaliações estudantis internas para o conselho editorial para uma aprovação final. Se desejado, o estudante editor da publicação jurídica pode designar alguém para escrever uma resposta à revisão anônima, solicitar uma resposta ou mesmo uma versão revisada do artigo, do autor, e incluir esse material na informação revisada pelo conselho editorial.

Qualquer que fosse o procedimento exato, o importante é que o periódico jurídico publicaria somente artigos que (1) fossem revisados por no mínimo um especialista externo em uma revisão paritária cega dupla (ou, no mínimo, uma) e (2) obtivesse a aprovação do conselho editorial. O conselho editorial serviria como uma checagem sobre o estudante editor da publicação jurídica, mas, na vasta maioria dos casos, as expectativas seriam suficientemente claras, de maneira que o conselho editorial apoiaria a decisão do editor do periódico jurídico. De fato, o que ocorre na maioria das editoras universitárias, e o que muito provavelmente ocorreria se fosse esse modelo apropriadamente adaptado ao direito, é que o conselho editorial operaria para fortalecer o editor, uma posição que seria tão autônoma como o é atualmente. O novo sistema facilitaria ao editor dizer “não” aos membros sêniores do corpo docente que possam ter alguma influência sobre sua carreira futura (“Desculpe, o conselho editorial não aprovou o seu artigo...”), e adicionaria uma credibilidade substancial para o processo de tomada de decisões, para o prestígio da publicação jurídica, e para o valor acadêmico de seu conteúdo. Editores estudantes já estão conscientes de algumas dessas vantagens, como atesta a sua prática de consultar informalmente o corpo docente.³⁶⁵

Ao oferecer esse modelo, reconhecemos que segui-lo – ou a alguma variação dele que as faculdades tenham adaptado localmente

– pode onerar os estudantes e docentes. Estudantes, sob a orientação de professores, devem começar a construir um elenco de revisores externos. Os diretores precisarão persuadir o corpo docente a participar de conselhos editoriais; e os docentes serão, ocasionalmente, convidados a servir como avaliadores de manuscritos. Além disso, professores de direito, acostumados com um tempo de resposta relativamente rápido, terão (talvez) de esperar um pouco mais para a tomada de decisão sobre os manuscritos mandados para publicação.

Para nós, nenhum desses custos é terrivelmente oneroso ou problemático. Listas de revisores, como editores docentes sugeriram, são fáceis de serem desenvolvidas, e podem ser ainda mais simples no direito, dado o anuário *AALS Directory of Law Teachers* (Diretório de Professores de Direito), um tipo de recurso que muitas outras disciplinas não possuem. Ademais, uma vez que o periódico jurídico tenha estabelecido sua lista inicial, o próximo grupo de editores só precisará trabalhar em cima desta. (Como um efeito à parte, o processo de compilação de tal informação pode, por si só, ser bastante informativo, ajudando estudantes e docentes a aprender sobre campos inteiros de pesquisa.) O corpo docente participante do conselho editorial se alternará com o tempo, por esse meio assegurando que a nem um único professor seja imposta a tarefa por longos períodos. Se necessário, as faculdades de direito podem compensar os membros do corpo de docente com recompensas, variando de tempo livre a investimentos em seu próximo projeto. Finalmente, nossa experiência na ciência política, uma disciplina (como a maioria) na qual as publicações utilizam a revisão paritária, é de que editores competentes podem devolver manuscritos em dois ou três meses. E isso com a obtenção de no mínimo *três* revisões externas para *todos os artigos enviados*, não simplesmente para aqueles que eles julgam publicáveis. Eles conseguem alcançar isso valendo-se,

entre outras estratégias, da velocidade do *e-mail* para contatar revisores potenciais, mandando manuscritos em forma eletrônica, e cobrando prazos de entrega rigidamente no envio do relatório dos revisores. Essas e outras estratégias são todas viáveis para periódicos jurídicos.

Ainda mais ao ponto, os benefícios desse modelo alternativo suplantam qualquer um desses inconvenientes. Tanto os estudantes como o corpo docente obtêm uma vantagem, da qual docentes de outras disciplinas já estão bem cientes: ler e avaliar manuscritos, embora uma tarefa, é um jeito ótimo para aprender sobre o estado da literatura, e para fazê-lo ainda antes da publicação. Essa é uma das razões por que docentes em outras disciplinas se dispõem à carga associada com a revisão e o serviço no conselho editorial. Ademais, nosso modelo alternativo fornece um mecanismo – o conselho editorial – para facilitar a interação entre corpo docente e estudantes, para quebrar a hierarquia, que parece mais severa e enraizada em faculdades de direito que em qualquer outro programa acadêmico. Para nós, a única hierarquia relevante em uma disciplina acadêmica é a baseada no conhecimento, e, por vezes, os alunos possuem esse conhecimento, e o corpo docente, não. Sem dúvida, enquanto as opiniões de especialistas externos podem ajudar a discernir se o artigo em questão está “certo”, às vezes, a pessoa que sabe mais que quase qualquer um sobre um tema é um estudante que o pesquisou; às vezes, a pessoa com a melhor ideia sobre um tópico de uma pesquisa é alguém que não tornou-se “enviesado” por anos de operação dentro do paradigma padrão, e este também pode ser, às vezes, um estudante. Fazer o corpo docente e os estudantes realizarem decisões em conjunto tem, então, benefícios para todos os envolvidos. Convida os estudantes a tornar-se parte da comunidade acadêmica, a socializar em um

mundo onde o aprendizado nunca para, onde o conhecimento é compartilhado, onde as normas de troca gratuita de informação acadêmica são incutidas, onde novas ideias são desenvolvidas.

Os benefícios associados a esse modelo para faculdades de direito – tanto para posição dessas em suas universidades quanto na comunidade legal – são claros. Não mais ficarão os diretores e seus docentes envergonhados com os “segredos da família”; eles poderão dizer validamente que todos os periódicos jurídicos publicados seguiram no mínimo *um* modelo de revisão paritária. Isso melhorará seu *status* em outras partes da universidade, as quais – a despeito do *ranking* da faculdade de direito – geralmente as enxergam como intelectualmente inferiores. Externamente, também pode ajudar. O processo de revisão filtrará ao menos um pouco do “lixo” que os próprios professores acusam seus periódicos de publicar,³⁶⁶ com o resultado sendo publicações melhores. Nós também podemos imaginar faculdades de direito usando o modelo como um veículo para melhorar sua reputação. Suponha que, do topo das vinte faculdades de direito mais bem colocadas, dez adotem esse modelo e dez não o façam. Isso forneceria uma abertura para que os dez adotantes avançassem em suas posições; pois, uma vez que se torne amplamente sabido que sua principal publicação passa por uma revisão paritária, diretores de outros lugares terão incentivos para incitar seus docentes para publicar neles. Com o tempo, as publicações com revisão paritária tornar-se-ão cada vez melhores, enquanto outras serão reduzidas, assim como são em outras disciplinas. A mesma lógica, é claro, mantém-se para todas as faculdades de direito, a despeito de sua posição atual na hierarquia das universidades.

Certamente, ao recomendar esse modelo, reconhecemos que ele não se sobrepõe a muitas das deficiências que os acadêmicos associam ao processo de seleção existente nos periódicos jurídicos. Mas

ele possui vantagens substanciais superiores às do modelo presente, enquanto retém aqueles elementos que os professores de direito parecem julgar atraentes.

E. DESENVOLVER PADRÕES PARA O ARQUIVAMENTO DE DADOS

Uma das mais normas mais fortes na publicação jurídica é a norma de documentação textual: editores de periódicos jurídicos e autores são, mais do que a maioria da academia, obcecados com notas de rodapé. Sabemos que essa norma sofreu ataques por vários lados³⁶⁷ e, de algumas perspectivas, é um desperdício de esforços. Mas, da perspectiva da pesquisa empírica, ela possui duas vantagens importantes. Primeiro, conecta o conhecimento existente a literaturas existentes. Esta é uma das poucas maneiras como juristas preenchem nossas admoestações sobre a importância do desenvolvimento de uma comunidade de pesquisadores. Segundo, elaborar notas de rodapé habilita os leitores a localizar qualquer texto citado em um artigo e aprender sobre o conteúdo daquele texto. E, se o texto não é publicado, acadêmicos são capazes de obtê-los por meio do autor ou dos próprios periódicos jurídicos, as quais pedem aos autores que forneçam materiais não publicados para estoque em seus arquivos. Nós certamente não podemos dizer a mesma coisa das normas em praticamente qualquer outra disciplina acadêmica.

Dada a importância (e o valor) dessa norma de documentação para a comunidade legal, é surpreendente que violações sejam excessivas quando se fala em fontes não-textuais de informação –mais relevantes aqui, como dados quantitativos ou qualitativos analisados em pesquisas empíricas. Então, por exemplo, enquanto os periódicos jurídicos obtêm materiais não publicados de autores com frequência, eles tipicamente não armazenam dados quantitativos ou qualitativos,

ou a documentação necessária para replicar os estudos que eles publicam.³⁶⁸ No mesmo sentido (e com poucas exceções notáveis), descobrimos que é impossível obter dados utilizados em artigos de periódicos jurídicos a partir de fontes públicas, dos periódicos jurídicos ou diretamente dos autores dos artigos. Mesmo aquelas “exceções notáveis” vieram com limitações ou outras complicações. Em um caso, o autor se dispôs a fornecer seus dados, mas apenas se estivéssemos dispostos a assinar um documento com limites quase draconianos sobre o nosso uso; em outro, os dados vieram em uma forma que tornou a análise quase impossível.³⁶⁹

A conclusão dessas práticas é de que as bases da maioria das evidências documentais importantes em artigos empíricos de periódicos jurídicos está perdida para sempre. Tal desperdício monumental de recursos não deveria continuar. Como pode a comunidade acadêmica avaliar tal trabalho? Como podem futuros acadêmicos construir a partir delas? Com efeito, como pode mesmo o próprio autor realizar pesquisas subsequentes? Como pode a comunidade acadêmica corrigir erros, melhorar seus métodos, ou beneficiar-se das mais importantes vantagens de se ter uma comunidade acadêmica?

Recomendamos que periódicos jurídicos, no mínimo, requeiram documentação de dados empíricos com tanta especificidade quanto requerem para a documentação textual. E, assim como a documentação textual, isso deveria ser um pré-requisito para a publicação. Isso significa simplesmente tornar possível para qualquer leitor que transpasse as correntes das evidências empíricas utilizadas para sustentar as conclusões publicadas. Citar grupos de dados de uso público é um caminho para ir ao encontro dessa norma, mas em praticamente todas as situações, o único jeito de garantir observância total é requerer que os pesquisadores depositem seus dados originais, e todas as informações necessárias para replicar seus

resultados, em algum *arquivo público*. Isso pode soar como uma ideia incomum, mas pesquisadores em todos os campos que tentaram replicar o trabalho empírico de outros sabem o quão difícil é consegui-lo sem os dados originais. Mesmo aqueles que utilizaram bases de dados públicos precisariam normalmente depositar ao menos todos os detalhes de seus cálculos – como eles foram dos dados publicamente disponíveis para seus resultados numéricos – e informação exata sobre qual versão da base de dados públicos eles analisaram. Pelo mesmo motivo, pesquisadores realizando pesquisas de opinião deveriam depositar as respostas a nível individual para as suas questões (removendo apenas as informações necessárias à proteção da identidade dos questionados) e quaisquer cálculos realizados (por exemplo, como se lidou com dados faltantes). Investigadores codificando casos depositariam seus grupos de dados, as regras de codificação completas, e as conexões precisas entre seus dados numéricos e os casos originais de onde foram codificados. Pesquisadores estudando discursos de legisladores depositariam os textos dos discursos (se eles não pudessem ser facilmente obtidos de outras fontes), ou citações detalhadas para todos os discursos consultados.

Existem muitos arquivos públicos, incluindo o *Publication Related Archive* do ICPSR,³⁷⁰ o arquivo de dados da *International Studies Association*,³⁷¹ Qualidata: o *ESRC Qualitative Data Archival Resource Centre*,³⁷² a *Data Base Registry of the Economic History Association*³⁷³ e *Statlib*, um repositório da comunidade estatística.³⁷⁴ Um procedimento saudável seria que periódicos jurídicos, individual ou coletivamente, estabelecessem seus próprios arquivos de dados, de modo que pudessem manter as evidências empíricas e satisfazer as normas da profissão jurídica. Exemplos de arquivos associados com periódicos individuais são os criados pelo *Journal*

*of Applied Econometrics*³⁷⁵ and pela *Political Analysis*.³⁷⁶ O projeto Centro de Dados Virtuais (*Virtual Data Center*) fornece ferramentas fáceis e de domínio público que os periódicos e outros podem utilizar para configurar seus próprios arquivos, assim como os padrões exatos para citar dados empíricos.³⁷⁷

Essa recomendação foca-se nos periódicos jurídicos. A outra diz respeito aos próprios juristas: aqueles que observam essa regra tem de receber crédito por isso. Juristas deveriam listar, em seus currículos, os bancos de dados que tornaram publicamente disponíveis, da mesma forma como hoje listam artigos publicados. Comitês de contratação, de concessão de perenidade e de promoção, bem como outros corpos sancionadores precisam reconhecer a contribuição que dados disponíveis publicamente fazem para a comunidade docente.

Compreendemos que seguir essa recomendação e as outras que oferecemos – e, é claro, as regras de inferência às quais devotamos a maior parte deste livro – imporá às faculdades de direito e seus docentes uma grande quantidade de desafios. Enfrentá-los, suspeitamos, não será de todo difícil. Afinal, o interesse na pesquisa empírica e as normas de apoio à documentação estão em vigor. É agora uma questão de tornar seu uso produtivo pelo enfoque na direção que recomendamos – uma direção que só podemos acreditar que levará a melhoras substanciais na literatura jurídica, assim como nas políticas públicas.

NOTAS

i A pesquisa empírica tem por objetivo coletar e resumir dados do mundo real e, a partir desses, realizar inferências descritivas e causais.

ii Agradecemos a *National Science Foundation* (SBR-9729884, SBR-9753126, e IIS-9874747) e os *National Institutes of Aging* (P01 AG17625-01) pelo suporte à pesquisa; Micah Altman, Anne Joseph, Susan Appleton, Stuart Banner, Shari Diamond, Bill Eskridge, Malcolm Feeley, Barry Friedman, Brian Glenn, Jack Goldsmith, Andrew Holbrook, Dan Keating, Bob Keohane, Jack Knight, Bert Kritzer, Ron Levin, Joan Nix, Eric Posner, Dan Schneider, Nancy Staudt, Sid Verba, e Adrian Vermeule por comentários úteis e discussões; Dana Ellison, Andrew Holbrook, e Jeff Staton pela assistência na pesquisa; e Scott Norberg por seus dados.

1 Ver Gary King, Robert O. Keohane, e Sidney Verba, *Designing Social Inquiry: Scientific Inference in Qualitative Research*, p. 46 (Princeton 1994).

2 Ver, por exemplo, Michael Heise, *The Importance of Being Empirical*, *Pepperdine L Rev*, n. 26, p. 807, 810 (1999):

[Q]uando falo sobre conhecimento empírico jurídico, refiro-me apenas ao subconjunto de conhecimento empírico jurídico o qual usa técnicas e análises estatísticas. Por técnicas e análises estatísticas, quero dizer estudos que empregam dados (incluindo opiniões jurídicas sistematicamente codificadas) que facilitam descrições de ou inferências para uma maior amostra ou população, bem como a réplica por outros pesquisadores.

Craig A. Nard, *Empirical Legal Scholarship: Reestablishing a Dialogue between the Academy and the Profession*, *Wake Forest L Rev*, n.30, p. 347, 349 (1995) (“[O] estudo empírico é baseado em um detalhado estudo estatístico e análise, a partir dos quais pode-se traçar conclusões e formular ou reformular políticas”). Mesmo Peter H. Schuck, *Why Don’t Law Professors Do More Empirical Research?*, *J Legal Educ*, n. 39, p. 323, 323 (1989), que reconhece que muitas formas de literatura jurídica são, de fato, “empíricas”, define o conhecimento empírico como “principalmente (...) estudos estatísticos.”

3 Muitos pesquisadores dividem a pesquisa empírica em dois tipos ou estilos: quantitativo, o qual usa números e métodos estatísticos, e qualitativo, o qual não se baseia em números, mas em material histórico, entrevistas intensivas e afins. Ver, por exemplo, Earl Babbie, *The Basics of Social Research*, p. 258 (Nelson Thomas Learning 1999); William J. Dixon, *Research on Research Revisited: Another Half Decade of Quantitative and Field Research on International Organizations*, *Intl Org*, n. 31, p. 65, 79 (1977). Essa distinção pode ser relevante para alguns propósitos, mas não para o nosso. Isso ocorre porque as regras governando a pesquisa empírica, para a qual devotamos a maior parte deste livro, aplicam-se com igual força para o trabalho qualitativo e para o quantitativo. Ver King, Keohane e Verba, *Designing Social Inquiry*, p. 6 (citado na nota 1).

4 Heise, *Pepperdine L Rev*, n. 26, p. 812 (citado na nota 2).

5 Realizamos uma análise sistemática, mas ainda preliminar, de artigos publicados nos últimos cinco anos em seis principais periódicos jurídicos (Chicago, Columbia, Harvard, NYU, Stanford, and Yale). Virtualmente, todos os artigos que examinamos até agora incluem no mínimo algumas análises ou hipóteses empíricas. Metade deles usou evidências empíricas para avaliar suas hipóteses empíricas, e cerca de metade dessas eram somente qualitativas.

6 Nancy C. Staudt, *Taxing Housework*, *Georgetown L J*, n. 84, p. 1571 (1996).

7 *Id*, p. 1647.

8 Conforme David A. Sklansky, *The Fourth Amendment and Common Law*, *Colum L Rev*, n. 100, p. 1739, 1744 (2000), dentro do “novo originalismo”, a Corte examina se buscas e apreensões estão “desarrazoadamente” em violação à quarta emenda da Constituição dos Estados Unidos, procedendo de maneira a determinar se o sistema de common law do século 18 as permitia.

9 *Id*, p. 1745.

10 Ver Nard, *Wake Forest L Rev*, n. 30, p. 361–62 (citado na nota 2), para os resultados de sua pesquisa telefônica de quarenta professores de direito “selecionados aleatoriamente”. Dados os procedimentos que Nard utilizou, nós não quereríamos fazer uma afirmação forte de que sua amostra revela uma população relevante. (Para mais sobre amostragem, ver Capítulo VIII). No entanto, estamos impressionados com o número de artigos produzidos por juristas proclamando a necessidade de mais pesquisas no mundo real – e em uma ampla gama de tópicos jurídicos. Uns poucos exemplos incluem: Heise, *Pepperdine L Rev*, n. 26, p. 834 (citado na nota 2) (“Nossa literatura jurídica seria enriquecida se mais acadêmicos, particularmente professores de direito, tornassem-se engajados na pesquisa empírica jurídica e a produzissem mais”). Nancy S. Marder, *The Myth of the Nullifying Jury*, *Nw U L Rev*, n. 93, p. 877, 886 & n. 35 (1999) (lamentando a falta de pesquisa empírica sobre anulação de júri); Michael C. Dorf, *The Supreme Court 1997 Term—Foreword: The Limits of Socratic Deliberation*, *Harv L Rev*, n. 112, p. 4, 56 (1998) (argumentando que a Suprema Corte deve “basear-se em maior medida em análises (...) empíricas nas suas opiniões escritas”); Joseph A. Guzinski, *Government’s Emerging Role as a Source of Empirical Information in Bankruptcy Cases*, *Am Bankr Inst J*, n. 17, p. 8, 8 (Out, 1998) (argumentando que a falta de evidências empíricas tem atrasado os esforços para mudar o código de falências); Michael A. Livingston, *Reinventing Tax Scholarship: Lawyers, Economists, and the Role of the Legal Academy*, *Cornell L Rev*, n. 83, p. 365, 368 (1998) (propondo que o conhecimento tributário se expandisse de maneira a incluir um foco maior em estudos empíricos); Kevin R. Reitz, *Sentencing Guideline Systems and Sentence Appeals: A Comparison of Federal and State Experiences*, *Nw U L Rev*, n. 91, p. 1441, 1489 (1997) (pedindo por mais coleta e análises de apelações de sentenças que seguem diretrizes de sentenciamento); Schuck, *J Legal Educ*, n. 39, p. 323 (citado na nota 2) (“A negligência ao estudo empírico é algo nocivo e cada vez mais preocupante para nosso estudo e ensino”); Derek C. Bok, *A Flawed System of Law Practice and Training*, *J Legal Educ*, n. 33, p. 570, 580 (1983) (arguindo que os juristas “ignoram as ciências sociais a seu próprio risco” e que eles “não podem se manter inertes e esperar que os outros completem seus problemas”).

11 O juiz Richard A. Posner é talvez o mais intimamente associado a essa posição. Ver, por exemplo, Richard A. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, p. 156–64 (Belknap 1999) (pedindo por um maior uso da ciência social no processo decisório judicial); Richard A. Posner, *Against Constitutional Theory*, NYU L Rev, n. 73, p. 1 (1998); Richard A. Posner, *The Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution: Some Cautionary Observations*, U Chi L Rev, n. 53, p. 366 (1986). Para outros na longa lista de membros distintos da comunidade jurídica a pedir por mais trabalhos fundamentados em observações do mundo real, ver Heise, *Pepperdine L. Rev.*, n. 26, p. 834 (citado na nota 2). De fato, esses pedidos remontam no mínimo até O.W. Holmes, *The Path of Law*, Harv L Rev, n. 10, p. 457, 469 (1897) (“Para o estudo racional do direito, o estudioso da letra da lei pode ser o homem do presente, mas o homem do futuro é o homem das estatísticas e o mestre de economia.”), e os Realistas Jurídicos. Ver Michael Rustad e Thomas Koenig, *The Supreme Court and Junk Social Science: Selective Distortion in Amicus Briefs*, NC L Rev, n. 72, p. 91, 100–17 (1993) (correlacionando a ascensão das ciências sociais na determinação constitucional de fatos com uma maior aceitação dos Realistas Jurídicos); John Henry Schlegel, *American Legal Realism and Empirical Social Science: From the Yale Experience*, Buff L Rev, n. 28, p. 459, 463 (1979) (exame de pesquisas empíricas antigas de Realistas Jurídicos de Yale).

Também percebemos que mesmo os membros da comunidade jurídica que não explicitamente exortaram os professores de direito a produzir mais pesquisas empíricas perceberam sua importância crescente no estudo e na prática do direito. O juiz da Suprema Corte Stephen Breyer, em sua introdução ao *Federal Judicial Center’s Reference Manual on Scientific Evidence* (2d 2000), disponível on-line em [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/sciman0a.pdf/\\$file/sciman0a.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/sciman0a.pdf/$file/sciman0a.pdf) (visitado em 12 de janeiro, 2002), começa com as seguintes linhas: “Nessa era da ciência, ela deveria esperar encontrar boas-vindas acaloradas, talvez um lar permanente em nossos tribunais. A razão disso é simples. As disputas legais à nossa frente envolvem cada vez mais os princípios e ferramentas da ciência.” Breyer continua, provendo vários exemplos da Suprema Corte que requereram que os juízes entendessem estatísticas e, de uma forma mais ampla, as regras de inferência. Da mesma forma, enquanto trabalhava no Quinto Circuito, John Minor Wisdom escreveu:

O que a princípio pareceu ser um antagonismo entre a ciência social e o direito agora se desenvolveu para uma relação amorosa. O que começou no campo da educação espalhou-se para várias outras áreas. Caso após caso, o Quinto Circuito, entre outras, baseou-se em estudos (...) para mostrar poluição, discriminação ilegal de negros no tribunal de júri, discriminação no trabalho, uso arbitrário ou discriminatório da pena de morte, discriminação contra a mulher, a necessidade de reajustes de representações políticas, e a cura para a representação inequânime em vários órgãos públicos.

John Minor Wisdom, *Random Remarks on the Role of Social Sciences in the Judicial Decision-Making Process in School Desegregation Cases*, L & Contemp Probs, n.39, p. 134, 142–43 (1975). Ao menos, ao nível da Suprema Corte, os dados parecem apoiar as observações do juiz Breyer's e do juiz Wisdom. Depois de examinar as citações às evidências trazidas do mundo real nos casos de aborto e discriminação de gênero para a Corte, não apenas Rosemary J. Erickson and Rita J. Simon, *The Use of Social Science Data in Supreme Court Decisions*, p. 153 (Illinois 1998), concluem que o “uso de (...) dados de estudos cientificamente confiáveis pela Corte aumentou com o tempo.” Eles também afirmam que “[U]m estudo cientificamente confiável (...) é quase certo que vá para os registros da Corte.” Id.

12 Ver, por exemplo, Ronald J. Tabak, *How Empirical Studies Can Affect Positively the Politics of the Death Penalty*, Cornell L Rev, n. 83, p. 1431, 1431 (1998) (“Estudos empíricos relativos à pena de morte podem ter um papel importante no discurso público sobre a pena capital. (...) Mas o discurso construtivo somente ocorrerá se os oponentes da pena de morte educarem-se sobre o que os estudos empíricos mostram.”).

13 Ver, por exemplo, Peter H. Schuck e E. Donald Elliott, *To the Chevron Station: An Empirical Study of Federal Administrative Law*, Duke L J, n. 1990, p. 984, 986 (“[A]inda que possa haver um amplo acordo o fato de que as ações administrativas importam, não há consenso sobre *como* e sob quais circunstâncias precisamente elas importam”.); Jerry Mashaw e David L. Harfst, *Regulation and*

Legal Culture: The Case of Motor Vehicle Safety, Yale J Reg, n. 4, p. 257, 275 (1987) (“As expectativas normativas de advogados da administração pública foram raramente submetidos a uma verificação empírica que fosse mais que de um tipo anedótico”).

14 Ver, por exemplo, Guzinski, Am Bankr Inst J, n. 17, p. 8 (citado na nota 10) (“Esforços para mudar as leis de falência tem sido barradas pela falta de respostas confiáveis para qualquer número de perguntas empíricas.”)

15 Ver, por exemplo, Posner, U Chi L Rev, n. 53, p.393 (citado na nota 11): Começando pela promulgação das Regras Federais de Procedimento Civil em 1938 e acelerando com a explosão do número de casos que começou em 1960, os tribunais federais foram uma arena de experimentação massiva em administração judicial. Os seus marcos incluem a liberalização das ações de classe, a inversão das custas advocatícias, a expansão da produção antecipada de provas, *managerial judging*, o júri de seis pessoas, a limitação da publicação das decisões de apelação, o maior uso dos adjuntos judiciais e, agora, “a resolução alternativa de conflitos”, ilustrada pelo julgamento sumário do júri e pela arbitragem anexada ao tribunal. Muito poucos desses experimentos foram concebidos ou avaliados sob uma perspectiva científica e isso pode ajudar a explicar o porquê dos tribunais federais permanecem em um estado de crise. Talvez uma dose da ciência social seja a coisa, ou uma delas, de que o sistema necessita.

16 Tabak, *Cornell L Rev*, n. 83, p. 1431 (citado na nota 12). Um exemplo recente desse fenômeno é *Gratz v Bollinger*, F Supp 2d, n. 122, p. 811, 822 (E D Mich 2000), no qual o Juiz Patrick J. Duggan baseou-se fortemente nas evidências do mundo real para manter o programa atual de ações afirmativas das faculdades de literatura, ciência e arte da Universidade de Michigan. Conforme o Juiz Duggan, os defensores apresentaram “evidências sólidas sobre os benefícios que emergem de um corpo estudantil étnica e racialmente diversificado.” Id, p. 822. Comentando esse caso, Derek Bok, coautor de um estudo que apresentou evidências sócio-científicas

para defender ações afirmativas (William G. Bowen and Derek Bok, *The Shape of the River: Long-Term Consequences of Considering Race in College and University Admissions* (Princeton 1998)), observou que em *Regents of the University of California v Bakke*, US, n. 438, p. 265 (1978), “O Juiz Powell disse que não havia evidências dos benefícios educacionais da diversidade, mas que ele estava disposto a aceitar o julgamento dos educadores de que havia (...) Os tribunais estão agora aptos a ver dados de maneira a averiguar que peso dar a esta afirmação.”, Jacques Steinberg, *Defending Affirmative Action with Social Science*, NY Times § 1 ao 41 (Dez 2000) (citando Bok).

17 Ver Robert C. Ellickson, *Trends in Legal Scholarship: A Statistical Study*, J Legal Study, n. 29, p. 17, 528 (2000). Ellickson escreve que os dados de citação “indicam que professores de direito e estudantes tornaram-se mais inclinados a produzir (...) análises quantitativas.” Id. Os termos da pesquisa que ele utilizou para produzir as citações às quais nos referimos no texto são “estatística” e “significância”. Id. Ao contrário de, digamos, “empíricas”, essas são, de acordo com Ellickson, mais prováveis de aparecer em artigos contendo pesquisas originais. Id. Esses termos, é claro, apenas se aplicam para as pesquisas empíricas quantitativas.

18 Ver Capítulo I.

19 Assim, o problema principal na nossa visão é a necessidade não atendida de um subcampo do direito dedicado a métodos empíricos, e a concomitante ausência total de artigos dedicados exclusivamente à solução de problemas metodológicos exclusivos da literatura jurídica. Sem esses artigos, e acadêmicos que os produzam, a maioria das áreas de pesquisa com problemas que ainda não foram atendidos em outras disciplinas, permanecerá não remediada e o progresso nesse campo permanecerá congelado.

20 Ver, de forma geral, Juiz Alex Kozinski, *Who Gives a Hoot about Legal Scholarship?*, Houston L Rev, n. 37, p. 295 (2000) (argumentando que os acadêmicos influenciam a tomada de decisões judiciais); Max Stier, et al, *Law*

Review Usage and Suggestions for Improvement: A Survey of Attorneys, Professors, and Judges, Stan L Rev, n. 44, p. 1467 (1992) (resumindo os resultados de pesquisas de opinião sobre o valor percebido de periódicos jurídicos); Scott M. Martin, *The Law Review Citadel: Rodell Revisited*, Iowa L Rev, n. 71, p. 1093 (1986) (argumentando que os artigos de periódicos jurídicos têm valor como referência para advogados); Juiz Frank K. Richardson, *Law Reviews and the Courts*, Whittier L Rev, n.5, p. 385 (1983) (percebendo o impacto de pesquisas empíricas contidas em um simpósio de uma publicação jurídica teve em uma série de casos).

21 Para exemplos particulares, ver Erickson e Simon, *Use of Social Science Data* (citado na nota 11); Wallace D. Loh, *Social Research in the Judicial Process: Cases, Readings, and Text* (Russell Sage 1984); John Monahan e Laurens Walker, *Social Science in Law: Cases and Materials*; (Foundation 1998); Paul L. Rosen, *The Supreme Court and Social Science* (Illinois 1972).

Infelizmente, um bom número de exemplos relatados nesses trabalhos revela os problemas que podem ocorrer quando os responsáveis pelos programas políticos baseiam suas decisões em pesquisas mal elaboradas. Considere, por exemplo, o estado de três estudos, todos aparecendo em periódicos jurídicos e todos alcançando a mesma conclusão: não existem diferenças significativas entre as decisões tomadas por júris de seis ou doze pessoas. Note, *Six-Member and Twelve-Member Juries: An Empirical Study of Trial Results*, Mich J L Reform, n. 6, p. 671 (1973); Note, *An Empirical Study of Six- and Twelve-Member Jury Decision-Making Processes*, Mich J L Reform, n. 6, p. 712 (1973); Gordon Bermant and Rob Coppock, *Outcomes of Six- and Twelve-Member Jury Trials: An Analysis of 128 Civil Cases in the State of Washington*, Wash L Rev, n. 48, p. 593 (1973). Dentro de uma questão de meses das publicações, o trio encontrou seu caminho até uma decisão da Suprema Corte, *Colgrove v Battin*, US, n. 413, p. 149 (1973), a qual, alinhada com os resultados dos estudos, sustentou que um júri de seis pessoas satisfaz a garantia de um julgamento com tribunal de júri em casos civis da sétima emenda da Constituição dos Estados Unidos. Não importou que dois desses três artigos fossem notas não assinadas de um estudante, ou que nenhum tenha sido publicado em uma revista de direito de prestígio; todos

continham afirmações fortes e oportunas sobre o mundo, os juízes reagiram em consequência disso.

Claro, não sabemos se esses três estudos, em vez de argumentos legais ou outros fatores, foram o que convenceu a Corte a decidir da maneira como ela fez. O que está além de qualquer dúvida, no entanto, é que a Corte citou os três com aprovação: “Estudos bem recentes proveram evidências empíricas convincentes de estar correta a conclusão do caso *Williams [v Florida, US, n. 399, p. 78 (1970)]* de que não há diferença discernível entre resultados alcançados pelos dois júris de tamanhos diferentes”, *Colgrove, US, n. 413, p. 159*. Também além de qualquer dúvida está que esses “estudos bem recentes” eram seriamente falhos. Um baseou-se em um experimento em que “jurados” (na verdade estudantes universitários) viram um julgamento filmado que era tão óbvio e pesadamente tendencioso que nenhum dos dezesseis júris experimentais alcançaram um veredicto favorecendo o demandante. Ver nota 6, *Mich J L Reform, p. 712*. Assim, mesmo se júris de seis ou de doze pessoas de fato dêem veredictos distintos nos casos de ocorrência mais comum (em outras palavras, aqueles que são mais parelhos entre a defesa e a acusação), o experimento teria perdido inteiramente o efeito do tamanho. Ver Michael Saks, *Ignorance of Science Is No Excuse*, *Trial* 18 (Nov-Dez 1974), e Hans Zeisel e Shari Seidman Diamond, “*Convincing Empirical Evidence*” on the *Six Member Jury*, *U Chi L Rev*, n. 41, p. 281 (1974).

Isso não é senão uma ilustração. Outros problemas com a pesquisa sobre o júri citados em *Colgrove* foram tão transparentes que Michael Saks, um professor de direito com um Ph.D., foi levado a escrever:

A qualidade dos (...) estudos mostrados (...) não ganharia uma nota passável em uma aula de psicologia no ensino-médio (...) A Corte olhou para os estudos empíricos e entendeu os achados afirmados. O que a Corte não percebeu é que nem todos os estudos empíricos são iguais (...) Estudos usando métodos fracos não dizem nada a ninguém; mas eles podem ser seriamente mal-realizados porque suas conclusões ainda podem ser propriamente denominadas “empíricas”. Os (...) estudos empíricos citados em *Colgrove v. Battin*, em razão de seus métodos falhos, disseram muito menos do que a Corte pensou que eles estavam dizendo.

Saks, Trial 18–19. Para outras críticas dos estudos de júris citados em *Colgrove*, ver Robert H. Miller, *Six of One is Not a Dozen of the Other: A Reexamination of Williams v. Florida and the Size of State Criminal Juries*, U Pa L Rev, n. 146, p. 621, 657–61 (1998) (argumentando que os estudos citados em *Colgrove* exibiram “problemas metodológicos inerentes e excessivos”); Richard O. Lempert, *Uncovering “Nondiscernible” Differences: Empirical Research and the Jury Size Cases*, Mich L Rev, n. 73, p. 643, 644–47, 699–705 (1975) (argumentando que os estudos citados eram falhos não apenas em sua metodologia, mas em seu planejamento fundamental); Zeisel e Diamond, U Chi L Rev, n. 41, p. 281, 282–90 (encontrando que os estudos citados em *Colgrove* “falharam em prover conclusões confiáveis”).

Os estudos a que se refere Saks são quantitativos (numéricos), mas a pesquisa empírica baseando-se em outras formas de evidência mais qualitativas (não-numéricas) que tem sido igualmente influente ainda que possa ser igualmente problemática. Pesquisas sobre a segunda emenda da Constituição dos Estados Unidos ilustram bem esse ponto. Em resposta a decisões de tribunais e artigos de periódicos jurídicos sugerindo que a emenda garante apenas um direito *coletivo* dos estados de armar suas milícias (perceba que trinta e sete dos quarenta e um periódicos jurídicos publicados entre 1980 e 1994 aparentemente tomam uma perspectiva de direitos individuais quanto à segunda emenda, ver Glenn Harlan Reynolds, *A Critical Guide to the Second Amendment*, Tenn L Rev, n. 62, p. 461, 466 nota 19 (1995)), Levinson, Lund e outros juristas argumentam que os juízes deveriam começar a interpretar a segunda emenda como estabelecendo um direito individual de manter e usar armas – um direito constitucional que, como religião e discurso, o Congresso não pode limitar. Ver Nelson Lund, *The Past and Future of the Individual’s Right to Arms*, Ga L Rev, n. 31, p. 1, 19–39 (1996); David E. Vandercoy, *The History of the Second Amendment*, Valparaiso L Rev, n. 28, p. 1007, 1009 (1994); Sanford Levinson, *The Embarrassing Second Amendment*, Yale L J, n. 99, p. 637, 643–55 (1989); Nelson Lund, *The Second Amendment, Political Liberty, and the Right of Self Preservation*, Ala L Rev, n. 39, p. 103, 108–21 (1987). Sustentando sua posição, afirmam esses acadêmicos, há uma vasta ordem de evidências documentais indicando que os constituintes pretendiam que a emenda salvaguardasse um direito individual. Advogados representando vários

grupos contrários ao controle de armas, naturalmente, desenvolveram esses argumentos em suas peças jurídicas. Ver, por exemplo, Brief Supporting Appellee of Amicus Curiae National Rifle Association of America, *United States v Emerson*, Civil Action N. 99-10331 (5th Circuit, interposta em 20.12.1999). Ao menos um juiz federal fez uso extensivo desses argumentos para sustentar seu posicionamento de que a segunda emenda proíbe que o governo negue a posse de armas para pessoas sujeitas a mandados de injunção. Ver *United States v Emerson*, F Supp, n. 46, 2d, p. 598 (1999).

Historiadores e outros acadêmicos agora pularam para o debate. Depois de examinar as evidências oferecidas nos artigos sobre a segunda emenda, Garry Wills – que se surpreendeu ao constatar que a maioria dos periódicos jurídicos não é submetida à revisão paritária – perguntou-se se “nossos periódicos jurídicos estavam sendo compostos por Lewis Carroll usando vários outros pseudônimos.”- Garry Wills, *To Keep and Bear Arms*, NY Rev Books, p. 62, 71 (21.09.1995). Para outras críticas, ver Saul Cornell, *Commonplace or Anachronism: The Standard Model, the Second Amendment, and the Problem of History in Contemporary Constitutional Theory*, Const Commen, n. 16, p. 221, 246 (1999); Michael A. Bellesiles, *Arming America: The Origins of a National Gun Culture*, p. 213–14 (Knopf, 2000). Mas ver Joyce Lee Malcolm, *To Keep and Bear Arms: The Origins of an Anglo-American Right*, p. 162 (Harvard 1994) (sustentando particulares afirmações feitas por Levinson).

Certamente este debate continuará. Nós apenas desejamos que se perceba aqui que os artigos de periódicos jurídicos que parecem tê-lo precipitado (ao menos aqueles traçando afirmações sobre os desejos dos constituintes) violam muitas das regras que discutimos no balanço deste livro– por exemplo, os autores tipicamente não explicam a razão pela qual eles arrolam certas evidências e omitem outras – e que essas violações podem ter efeitos dramáticos nas conclusões dos autores. Ver também Morgan Cloud, *Searching through History; Searching for History*, U Chi L Rev, n. 63, p. 1707, 1707–08 (1996) (traçando um ponto similar sobre as “histórias de advogados da quarta emenda [da Constituição dos Estados Unidos]”, quando ele escreve que “eles têm sido incompletos, revisando apenas uma pequena fração dos dados históricos relevantes, e eles têm sido partidários, seletivamente implantando fragmentos do registro histórico para

sustentar seus argumentos sobre o significado da emenda”). Para outros tratamentos recentes dos problemas no estudo jurídico procurando desvelar a intenção original ou entendimento, ver, por exemplo, Emil A. Kleinhaus, Note, *History as Precedent: The Post-Originalist Problem in Constitutional Law*, Yale L J, n. 110, p. 121 (2000); Martin S. Flaherty, *History Right?: Historical Scholarship, Original Understanding, and Treaties as “Supreme Law of the Land”*, Colum L Rev, n. 99, p. 2095 (1999).

22 Ver, por exemplo, Heise, Pepperdine L Rev, n. 26, p. 817–18 (citado na nota 2); Nard, Wake Forest L Rev, n. 30, p. 362 (citado na nota 2); Gerald N. Rosenberg, *Across the Great Divide (between Law & Political Science)*, Green Bag, n. 3, 2d, p. 267 (2000). A falta de treinamento pode ser a razão primária, mas não é a única. As outras razões, porém, que os acadêmicos sugerem, são, para nós, seriamente defeituosas— como a sua percepção de que a pesquisa do mundo real consome mais tempo (ver, por exemplo, Julius G. Getman, *Contributions of Empirical Data to Legal Research*, J Legal Educ, n. 35, p.489 (1985)), e é mais difícil de realizar (ver, por exemplo, Lawrence M. Friedman, *The Law and Society Movement*, Stan L Rev, n. 38, p.763 (1986); Heise, Pepperdine L Rev, n. 26, p. 807 (citado na nota 2)), que outras formas de estudos jurídicos. Todavia, eles indicam que a infra-estrutura das faculdades de direito poderiam, mas hoje não fornecem apoio para esse tipo de trabalho. Nós oferecemos sugestões para a construção da infraestrutura apropriada no Capítulo IX.

23 Essas diferenças de treinamento levaram a numerosos desentendimentos e a acusações sendo atiradas de um lado para o outro da divisa disciplinar. O que os críticos deixam de lado, no entanto, é que essas diferenças, em perspectiva, são consistentes com objetivos marcadamente diferentes dos dois lados. Entre outras coisas, cientistas almejam realizar uma boa pesquisa empírica, aprender sobre o mundo e traçar inferências. Em contraste, advogados e juízes, e assim, professores de direito, especializam-se na *persuasão*. Advogados precisam persuadir juízes e júri a favor de seus clientes, e as regras de persuasão no sistema adversarial são diferentes das regras da investigação empírica. Como atores a quem falta o poder de execução, os juízes tentam aumentar a legitimidade de suas ações pela

persuasão das partes nos processos, o poder executivo, o público, e assim por diante, que as decisões judiciais têm uma base firme na autoridade de direito estabelecida previamente, em vez de na discricção pessoal dos juízes – mesmo quando essa autoridade é inconsistente, ilógica, historicamente imprecisa ou inexistente. Periódicos jurídicos, por sua vez, são preenchidos em parte com pareceres de tribunais dissimulados (com muitos artigos escritos por ex-assessores de juízes) reargumentando, sustentando ou praticando a arte de persuasão política. Para os propósitos de persuasão política, “juízes podem fazer afirmações sobre história, filosofia, economia e ciência política que seriam vistas como superficiais ou desacreditadas por praticantes dessas disciplinas, mas que não ofendem os padrões mínimos de aceitabilidade pelo desempenho de sua distinta atividade.”, Richard H. Fallon, Jr., *Non-Legal Theory in Judicial Decisionmaking*, Harv J L & Pub Pol, n. 17, p. 87, 93 (1994). Podemos ver a falta de contradição somente pelo reconhecimento de que o objetivo do Ph.D. de aprender sobre o mundo empírico difere do objetivo dos J.D. de persuasão política. Claro que advogados também entendem que as ideias sobre o mundo podem estar errados, e os Ph.D. utilizam a persuasão para convencer outros da importância de suas ideias, mas ainda assim as diferenças institucionais nos campos continuam fortes.

24 Ver Arthur Selwyn Miller, *The Myth of Objectivity in Legal Research and Writing*, Cath U L Rev, n. 18, p. 290, 291 (1969) (argumentando que a “objetividade” na escrita jurídica é impossível de ser alcançada por advogados em razão de seu comprometimento com a advocacia).

25 Nosso ponto não é que advogados são piores na aplicação das regras de inferência que acadêmicos nas ciências naturais e sociais. Tal deve frequentemente ou mesmo normalmente ser verdade, mas esses outros campos estão cheios de seus próprios problemas, nenhum dos quais, no entanto é assunto deste livro.

26 Muitos acadêmicos já avaliaram o estado do estudo jurídico, e assim fizeram de uma variedade de perspectivas. Para exemplos recentes, ver Lawrence M. Friedman, *Law Reviews and Legal Scholarship: Some Comments*, Denver U L Rev, n. 75, p. 661, 661–65 (1998) (criticando a influências de periódicos jurídicos

no estilo e no conteúdo do literatura jurídica); Ronald J. Krotoszynski, Jr., *Legal Scholarship at the Crossroads: On Farce, Tragedy, and Redemption*, *Tex L Rev*, n. 77, p. 321, 321–31 (1998) (criticando o processo seletivo de artigos para periódicos jurídicos); Posner, *NYU L Rev*, n. 73, p. 7–11 (citado na nota 11) (percebendo a desconexão entre teoria constitucional acadêmica e a tomada de decisões judiciais”; Daniel A. Farber e Suzanna Sherry, *Beyond All Reason: The Radical Assault on Truth in American Law* 3 (Oxford 1997) (desacreditando o “abandono da moderação e (...) a morte do senso-comum na academia legal.”); Richard S. Harnsberger, *Reflections about Law Reviews and American Legal Scholarship*, *Neb L Rev*, n. 76, p. 681, 691–700 (1997) (culpando os editores dos periódicos jurídicos pela queda na proporção de artigos “práticos” para “teóricos”); Harry T. Edwards, *The Growing Disjunction between Legal Education and the Legal Profession*, *Mich L Rev*, n. 91, p. 34, 35 (1992) (criticando estudos “impraticáveis” que têm pouca relevância para “problemas concretos”); Edward L. Rubin, *The Practice and Discourse of Legal Scholarship*, *Mich L Rev*, n. 96, p. 1835, 1880–91 (1988) (argumentando que o estudo jurídico não vai efetivamente ao encontro de seus objetivos de persuadir juízes e aqueles que traçam as políticas públicas).

27 Assim procedendo, nós baseamos em King, Keohane, and Verba, *Designing Social Inquiry* (citado na nota 1), e trabalhos subsequentes, como Mark Lichbach, ed, *The Qualitative-Quantitative Disputation*, *Am Polit Sci Rev*, n. 89, ed. 2, p. 454–80 (1995) (simpósio de revisão sobre *Designing Social Inquiry*); Henry E. Brady and David Collier, eds, *Rethinking Social Inquiry: Diverse Tools, Shared Standards* (no prelo: IGS/Rowman & Littlefield 2002); Mark Lichbach e Richard Ned Lebow, *Theory and Evidence in International Relations* (no prelo, Princeton 2002). Nosso propósito é adaptar, elaborar e expandir esses trabalhos (e as regras que eles contêm) de maneiras que parecem especialmente produtivas para a pesquisa no direito.

28 No mínimo, professores de direito, juízes e advogados terão agora algo no que se apoiar ao invés das fontes problemáticas citadas em tantos periódicos jurídicos. Ver, por exemplo, Orin S. Kerr, *Shedding Light on Chevron: An Empirical*

Study of the Chevron Doctrine in the US Courts of Appeals, Yale J Reg, n. 15, p. 1, 22 nota 113 (1998) (citando um livro de estatísticas de 1955, R. Clay Sprowls, *Elementary Statistics for Social Science and Business* (McGraw-Hill 1955)); Leandra Lederman, *Which Cases Go to Trial?: An Empirical Study of the Predictors of Failure to Settle*, Case W Res L Rev, n. 49, p. 315, 350 (1999) (justificando o uso da (altamente insensata) regressão passo-a-passo (ver Gary King, *How Not to Lie with Statistics: Avoiding Common Mistakes in Quantitative Political Science*, Am J Polit Sci, n. 30, p. 666 (1986)) com base nas alegações feitas em Michael O. Finkelstein e Bruce Levin, *Statistics for Lawyers* (Springer-Verlag 1990) sobre a importância da “parcimônia” – um conceito amplamente incompreendido (ver King, Keohane, e Verba, *Designing Social Inquiry* p. 104 (citado na nota 1)); Gregory C. Sisk, Michael Heise, e Andrew P. Morriss, *Charting the Influences on the Judicial Mind: An Empirical Study of Judicial Reasoning*, NYU L Rev., n. 73, p. 1377, 1432 e nota 233 (1998) (citando George W. Bohrnstedt e David Knoke, *Statistics for Social Data Analysis* (Peacock 2d ed 1988), entre outros, para sustentar sua compreensão (incorreta) da multicolinearidade e suas decisões falhas concomitantes de excluir uma variável independente se ela e uma(s) outra(s) variável(eis) correlacionam-se em um nível 0,5 ou mais).

29 Diversos estudos documentam o uso que juízes e advogados fazem das evidências empíricas –algumas das quais os advogados (e amici curiae) coletam independentemente, algumas das quais os juízes e advogados tiram de artigos de periódicos jurídicos e outros trabalhos eruditos. Ver, por exemplo, Rustad e Koenig, NC L Rev, n. 72, p. 91 (citado na nota 11); D.H. Kaye, *Statistics for Lawyers and Law for Statistics*, Mich L Rev, n. 89, p. 1520 (1991); John Monahan and Laurens Walker, *Social Authority: Obtaining, Evaluating, and Establishing Social Science in Law*, U Pa L Rev, n. 134, p. 477 (1986); Rosen, *The Supreme Court and Social Science* (citado na nota 11); Ronald Roesch, et al, *Social Science and the Courts: The Role of Amicus Curiae Briefs*, L & Human Beh, n. 15, p. 1 (1991); Michael Saks e Charles H. Baron, editores, *The Use/Nonuse/Misuse of Applied Social Research in the Courts* (Abt Books 1980); Erickson and Simon, *Use of Social Science Data* (citado na nota 11). Rustad e Koenig, NC L Rev, n. 72, p. 93 (citado na nota 11), nota: “Uma vez herética, a crença de que os estudos

empíricos podem influenciar o conteúdo da doutrina jurídica é agora um dos poucos pontos de concordância geral entre juristas.”

Ainda mais interessantes são as afirmações de que juízes e advogados fariam um maior uso da pesquisa fundamentada em observações do mundo real se mais estudos existissem, ou se eles fossem de uma maior qualidade. Estas vêm de juristas, ver, por exemplo, David L. Faigman, “*Normative Constitutional Fact-Finding*”: *Exploring the Empirical Component of Constitutional Interpretation*, *U Pa L Rev*, n. 139, p. 541, 612 (1991) (argumentando que a pesquisa jurídica baseada em fatos “coloca um visto especialmente convincente nas tomadas de decisão judiciais” na arena da interpretação constitucional), assim como de juristas, ver, por exemplo, *Chandler v Florida*, US, n. 449, p. 560, 578–79 (1981) (lamentando que “no presente, ninguém foi apto a apresentar dados empíricos suficientes para determinar que a mera presença da mídia disseminada possui inerentemente um efeito adverso” na administração da justiça). Estamos animados com essas afirmações; no entanto, queremos enfatizar que se os tribunais fizerem uso de dados resultantes de estudos realizados impropriamente (em outras palavras, uma parte vigorosa do trabalho publicado em periódicos jurídicos; ver Capítulo I), eles podem expor-se a uma crítica severa. Ver Rustad e Koenig, *NC L Rev.*, n. 72, p. 91, 94 (citado na nota 11) (ilustrando que “os jeitos como os dados da ciência social nas averiguações legislativas são distorcidos por motivos partidários”); David M. O’Brien, *The Seduction of the Judiciary: Social Science and the Courts*, *Judicature*, n. 64, p. 8, 11 (1980) (argumentando que “juízes deveriam abandonar a prática de justificar suas decisões baseando-se em proposições empíricas”); Saks e Baron, eds, *Use/Nonuse/Misuse of Applied Social Research*, p. 28 (citando exemplos de má-utilização de dados empíricos nas fundamentações judiciais). Para críticas de decisões particulares, ver, por exemplo, Saks, *Trial* p. 18–20 (citado na nota 21); Zeisel e Diamond, *U Chi L Rev*, n. 41, p. 282–90 (citado na nota 11); Miller, *U Pa L Rev*, n. 146, p. 650–51 (citado na nota 21).

30 Ver Saks, *Trial*, p.18 (citado na nota 21).

31 509 US 579 (1993).

32 Ainda, *Kumho Tire Co v Carmichael*, 526 US 137 (1999), a Corte estendeu a obrigação do juiz de julgamento originária do caso *Daubert* para cobrir praticamente todas as ofertas de testemunhos baseados em conhecimento especializado. Opinião do Juiz Alex Kozinski sobre a reavaliação em *Daubert*, 43 F3d 1311, 1315–16 (9th Cir 1994) (citações internas omitidas), ressalta a “posição desconfortável” na qual (no mínimo alguns) juízes agora se encontram quando chamados a avaliar pesquisas:

Juízes federais decidindo sobre a admissibilidade do testemunho pericial científico confrontam uma tarefa bem mais complexa e assombrosa em um mundo pós-*Daubert* que antes (...) Em *Daubert*, nós devemos nos engajar em uma difícil análise de duas partes. Primeiro, precisamos determinar nada mais que se o testemunho do perito reflete “conhecimento científico”, se seus achados são “derivados do método científico”, e se o produto de seu trabalho equivale à “boa ciência”. Segundo, devemos assegurar que o testemunho pericial proposto é “relevante para a tarefa em mãos, i.e., ele avança illogicamente um aspecto material da parte proponente. A Suprema Corte refere-se a essa segunda ponta da análise como o requerimento “de conformação”. A primeira ponta de *Daubert* coloca os juízes federais em uma posição desconfortável. A questão da admissibilidade surge apenas se é primeiro estabelecido que os indivíduos cujos testemunhos estão sendo proferidos são peritos em um campo científico particular; aqui, por exemplo, a Suprema Corte tornou-se eloquente nas qualificações impressionantes dos peritos dos demandantes. Algo ainda não se torna “conhecimento científico” somente porque é expressado por um cientista; nem pode ser considerada conclusiva uma assertiva feita em proveito próprio pelo próprio cientista de que suas conclusões foram “derivadas do método científico”, senão a opinião da Corte poderia ter acabado na segunda nota de rodapé. Enquanto lemos a lição da Suprema Corte em *Daubert*, então, apesar de que estamos amplamente destreinados em ciência e de que, certamente, não somos páreo para as testemunhas cujo testemunho estamos examinando, é nossa responsabilidade determinar

se esse testemunho é considerado “conhecimento científico”, se constitui “boa ciência” e se foi “derivado do método científico”. A tarefa à nossa frente é ainda mais assombrosa quando a disputa concerne a problemas nas fronteiras da pesquisa científica, onde fatos encontram a teoria e a certeza dissolve-se em probabilidade. Como o registro desse caso ilustra, os cientistas frequentemente possuem discordâncias ferrenhas sobre qual metodologia de pesquisa é apropriada, sobre o que deve ser aceito como prova suficiente para a existência de um “fato”, e se a informação derivada de um método particular pode dizer-nos algo útil sobre o assunto estudado. Nossa responsabilidade, dessa maneira, a menos que tenhamos lido seriamente errado a opinião da Suprema Corte, é resolver disputas entre cientistas respeitados, com boas credenciais, sobre problemas claramente dentro da especialidade deles, em áreas onde não existe um consenso científico sobre o que é e o que não é “boa ciência” e ocasionalmente rejeitar esse testemunho pericial porque ele não foi “derivado de um método científico”. Conscientes de nossa posição na hierarquia do judiciário federal, respiramos fundo e procedemos com essa inebriante tarefa.

33 *Judges Shunning Bad Science*, Science 929 (Nov 3, 2000). O estudo original pode ser encontrado em <<http://air.fjc.gov/public/fjcweb.nsf/pages/336/>> (visitado em 11 de janeiro de 2002).

34 Existem, é claro, alguns livros-textos e manuais que endereçam problemas relacionados, mas não idênticos. Ver, por exemplo, Steven M. Crafton and Margaret F. Brinig, *Quantitative Methods for Lawyers* (Carolina 1994), Wayne C. Curtis, *Statistical Concepts for Attorneys: A Reference Guide* (Quorum 1983), Finkelstein e Levin, *Statistics for Lawyers* (citado na nota 28); Hans Zeisel e David Kaye, *Prove It with Figures: Empirical Methods in Law and Litigation* (Springer 1997); Federal Judicial Center, *Reference Manual on Scientific Evidence* (2000) (citado na nota 11). Esses trabalhos explicam vários procedimentos estatísticos e discutem algumas das regras de inferência estatística mas, ao contrário deste livro, eles não estão

tipicamente direcionados ao conhecimento legal ou preocupados com inferências usando evidências qualitativas, *design* ou a infraestrutura de pesquisa.

35 Que juízes (e devemos adicionar advogados e professores de direito) têm dificuldades em fazer a diferenciação entre essa distinção, foi documentado por vários acadêmicos. Ver a nota 21. Ver também Rustad e Koenig, *NC L Rev*, n. 72, p. 152 (citado na nota 11) (“Juízes não são imunes à tendência humana de ‘supervalorizar anedotas vívidas quando tomando decisões importantes.’”), citando J. Alexander Tanford, *The Limits of a Scientific Jurisprudence: The Supreme Court and Psychology*, *Ind L J*, n. 66, p. 137, 145 (1990); Faigman, *U Pa L Rev*, n. 139, p. 544 (citado na nota 29) (“Os tribunais falham ao distinguir entre princípios normativos e proposições empíricas, analisando a pesquisa empírica como se ela fosse argumento sobre o texto ou precedente”).

36 Também não tabulamos os tipos particulares de erros que identificamos. Tentamos desenvolver esquemas codificados para fazer isso, mas a maioria dos artigos comete tal complicado e inter-relacionado conjunto de erros que não conseguimos encontrar um jeito de quantificar erros sem cometer injustiça com o artigo original. Claro, tabulações como essas não serviriam a nenhum propósito relevante: os erros estão em todos os lugares, cada regra que discutimos abaixo é violada numerosas vezes na literatura dos periódicos jurídicos, e praticamente todos podem ser corrigidos.

37 Coletamo-los de uma pesquisa no *Lexis*, realizada em 17 de julho de 2000, de “título [empírico]” na biblioteca LAWREV, arquivo ALLREV. Excluímos artigos que não pretendiam ser empíricos, como recapitulações.

38 Ver <http://www.usnews.com/usnews/edu/beyond/gradrank/law/gdlawt1.html> (visitado em 11 de janeiro de 2002).

39 Ver <http://www.ssrn.com> (visitado em 11 de janeiro de 2002).

40 Especificamente, dos setenta e dois artigos de pesquisa publicados nessas

revistas (de números 1 e 2 dos volumes publicados em 2000; para o *Journal of Legal Studies*, parte um dos números um e dois) apenas 18% ($n=13$) foram escritos por um professor de direito ou uma equipe de professores de direito; os 59 restantes foram escritos ou (coescritos) por no mínimo um pesquisador de fora da academia jurídica. (Nossa contagem de artigos de pesquisas exclui intercâmbios, peças de simpósios, revisões e críticas de livros). O *Journal of Legal Studies*, da Universidade de Chicago contabiliza a maior quantidade de artigos produzidos por juristas – dez dos treze, mas quatro dos dez foram escritos por membros do corpo docente de Chicago.

41 Para aqueles que já leram os Capítulos III – VIII, esclarecemos que o alvo de nossa inferência aqui é a extensão dos problemas metodológicos na literatura jurídica futura se este livro não for lido. Em outros campos, a sofisticação metodológica muda gradualmente, e não vemos razões para diferenças significativas no direito. Dessa maneira, parecemos seguros em nossa suposição de que práticas metodológicas recentes irão prognosticar de forma precisa as práticas futuras, por isso focamos na tarefa de analisar o passado recente. Se considerarmos a amostra de todos os artigos em cujo título constar a palavra “empírico” como uma aproximação bruta de uma amostra aleatória de todos os artigos empíricos em periódicos jurídicos, podemos, assim, ficar muito seguros de que a população de artigos empíricos é similarmente problemática. Por exemplo, é astronomicamente pequena (menor que um em trinta e sete bilhões) a probabilidade de se observar uma amostragem aleatória de 231 artigos nos quais 100% violam ao menos uma das regras de inferência, dada uma população-alvo com apenas 90% de artigos violando ao menos uma regra. Esse resultado, e nossas amostras suplementares enviesadas em favor de uma melhor pesquisa, fizeram parecer altamente improvável que mesmo tanto quanto 10% apenas dos artigos de periódicos jurídicos no futuro próximo não violarão as regras de inferência (ao menos sem maior atenção a essas regras).

42 O poder de permanência de estudos jurídicos falhos e desacreditados pode ser extraordinário. Por exemplo, como Tabak, *Cornell L Rev*, n. 83 p.1431–32 (citado na nota 12), aponta:

Pesquisadores realizando estudos válidos sobre prevenção falharam em encontrar qualquer efeito preventivo em uma pena capital (...) Ainda assim, no discurso político, os proponentes da pena de morte geralmente alegam o contrário – que o efeito preventivo existe. Eles ainda citam estudos realizados por Isaac Ehrlich e seu estudante, Stephen Layson.

Isso se dá mesmo que um painel apontado pela *National Academy of Sciences*, junto com muitos outros pesquisadores, tenham condenado seu trabalho. Ver, por exemplo, Lawrence R. Klein, Brian Frost, e Victor Filatov, *The Deterrent Effect of Capital Punishment: An Assessment of the Estimates*, em Alfred Blumstein, Jacqueline Cohen, and Daniel Nagin, eds, *Deterrence and Incapacitation: Estimating the Effects of Criminal Sanctions on Crime Rates*, p.336, 339–57 (National Academy of Sciences 1978).

Estamos cientes de que há bibliografia econométrica que explora a questão da prevenção com resultados indeterminados. O único ponto aqui é que pesquisadores continuam a citar o estudo de Ehrlich, mesmo que estudos de maior qualidade – alcançando resultados idênticos e diferentes – existam. Juristas abordaram a mesma questão em relação à literatura recente sobre *Miranda v Arizona*, 384 US 436, (1966), o qual se baseia em estudos mais antigos para alcançar conclusões sobre o impacto da decisão. Ver, por exemplo, Richard Angelo Leo, *Police Interrogation in America: A Study of Violence, Civility, and Social Change*, p.332–33, dissertação de Ph.D. não-publicada (1994), citada em Stephen J. Schulhofer, *Miranda's Practical Effect: Substantial Benefits and Vanishingly Small Social Costs*, *Nw U L Rev*, n. 90, p. 500, 506–07 (1996):

Praticamente todos [os estudos] foram realizados por advogados ou professores de direito não-treinados em métodos de pesquisa das ciências sociais [e eles] estão repletos de fraquezas metodológicas. (...) A fraqueza metodológica de praticamente todos os estudos sobre o impacto de *Miranda* deveria necessariamente moderar, e em certos casos fazer-nos questionar, as conclusões que foram extraídas desses estudos.

43 Entre os mais famosos ataques está Fred Rodell, *Goodbye to Law Reviews*, *Va L Rev*, n.23, p.38, 38 (1936), em que Rodell alegou que havia dois problemas com a escrita jurídica: “Um é seu estilo. O outro é seu conteúdo.” O

artigo de Rodell deve ser o mais conhecido – ironicamente, ao menos de acordo com Bernard J. Hibbitts, *Last Writes?: Reassessing the Law Review in the Age of Cyberspace*, NYU L Rev, n.71, p. 615, 630 (1996), o trabalho de Rodell “em última instância (...) [tornou-se] o artigo de periódicos jurídicos mais citado em periódicos jurídicos” – mas muitos outros expressaram sentimentos similares. Para uma revisão de suas preocupações, ver id.

44 Kenneth Lasson, *Scholarship Amok: Excesses in the Pursuit of Truth and Tenure*, Harv L Rev, n.103, p. 926, 928(1990).

45 Id, p.931.

46 James Lindgren, *An Author’s Manifesto*, U Chi L Rev, n. 61, p. 527, 531 (1994).

47 Rodell, Va L Rev, n. 23, p. 39 (citado na nota 43).

48 Peter Huber, *Galileo’s Revenge: Junk Science in the Courtroom 2* (Basic 1991), usa o termo “ciência-lixo” para referir testemunhos de especialistas duvidosos em julgamentos. Mas ver Kenneth J. Chesebro, *Galileo’s Retort: Peter Huber’s Junk Scholarship*, Am U L Rev, n. 42, p. 1637, 1644 (1993):

Galileo (...) iria rapidamente tornar-se exasperado com a tese sem fundamentos do livro de Huber, suas numerosas deturpações e omissões de material, e seu método manipulativo e evasivo de argumentação. Galileo consideraria que a crítica de Huber sobre supostos erros de conhecimento dos outros era hipócrita, uma vez que o próprio Huber repetidamente viola os critérios que ele prescrevia para o mundo em geral. Depois de uma inspeção total, Galileo não ratificaria a mensagem de *Galileo’s Revenge*.

Rustad and Koenig, NC L Rev, n. 72, p. 98–99 (citado na nota 11), invoca a “ciência-lixo” para descrever os conteúdos de alguns documentos de *amicus curiae*. De acordo com Rustad e Koenig, eles apresentam evidência empírica que frequentemente não alcança os critérios de Huber para boa ciência – “a ciência da

publicação, replicação, e verificação, a ciência do consenso e da revisão paritária.” Rustad e Koenig, *NC L Rev*, n. 72, p. 97, nota 30 (citado na nota 11), citando Huber, *Galileo’s Revenge*, p.3 (citado na nota 48). Acreditamos que isso é verdade para uma porção saudável da literatura jurídica publicada em periódicos jurídicos.

49 Rodell, *Va L Rev*, n. 23, p. 45 (citado na nota 43).

50 Elyce H. Zenoff, *I Have Seen the Enemy and They Are Us*, *J Legal Educ* 36, p. 21 (1986).

51 Heise, *Pepperdine L Rev*, n. 26, p. 808 (citado na nota 2).

52 Michael J. Saks, *Do We Really Know Anything about the Behavior of the Tort Litigation System—and Why Not?*, *U Pa L Rev*, n. 140, p. 1147, 1159 (1992), coloca isso desta forma em relação ao uso da evidência anedótica na literatura jurídica no sistema de litígios de perdas e danos:

Evidência anedótica é amplamente desacreditada na maioria das campos, e por uma razão perfeitamente boa: tal evidência permite unicamente as mais frouxas e fracas inferências sobre os assuntos que o campo está tentando entender. Anedotas não permitem que alguém determine a frequência de ocorrência de algo ou as suas causas e efeitos. Tampouco conseguem iluminar-nos sobre o comportamento do sistema de litígios de perdas e danos.

53 Posner, *NYU L Rev*, n.73, p.4 (citado na nota 11). O artigo de Posner é devotado a apontar que a “teoria constitucional não é sensível à, e realmente tende a obstruir, a enorme necessidade dos juízes constitucionais, que é a necessidade de conhecimento empírico.” *Id*, p.3. A teoria constitucional, ele continua, “hoje circula em um meio que é amplamente obscuro ao juiz e ao advogado praticante.” *Id*, p.4. Posner “gostaria de ver um tipo inteiramente diferente de teorização constitucional” – baseada amplamente em responder a questões relacionadas ao efeito do direito e das decisões jurídicas. *Id*, p.11. Edwards, *Mich L Rev*, n. 91, p.34 (citado na nota 26), concorda que os juristas dão ênfase demais à “teoria

abstrata”, mas têm diferentes ideias sobre direção em qual eles devem focar-se. Ele apoia a literatura jurídica “prática” – conhecimento que é “prescritivo” e “doutrinário.” Id, p. 42 – 43. A diferença entre as posições de Posner e Edwards pode ser grande em várias dimensões, mas não é particularmente relevante para o nosso objetivo de melhorar pesquisas baseados em observações do mundo real. Indiferentemente se os estudos focam-se em, digamos, produtos das decisões jurídicas (doutrina) ou em seu efeito, eles devem ser realizados de acordo com as regras que destacamos.

54 John Henry Schlegel, *Searching for Archimedes—Legal Education, Legal Scholarship, and Liberal Ideology*, J Legal Educ, n. 34, p. 103 (1984).

55 Gary King e Bradley Palmquist, *The Record of American Democracy, 1984 and 1990*, Sociol Methods & Rsrch, n. 26, p. 424 (1998).

56 James S. Liebman, et al, *Capital Attrition: Error Rates in Capital Cases, 1973–1995*, Tex L Rev n. 78, p. 1839,1844–45 nota 23 (2000).

57 Na verdade, eles criaram dois bancos de dados, o *Direct Appeal Database* (DADB) e o *Habeas Corpus Database* (HCDB). Id. DADB abriga o “nome do indivíduo cujo julgamento capital estiver sob revisão; o estado que o sentencia; o ano, resultado, citação e história jurídica subsequente (audiência, petição de revisão) da decisão finalmente resolvendo a apelação; e informação sobre a base para reversão, se uma reversão ocorrer”. Id. HCDB contém “o nome do indivíduo cujo julgamento capital estiver sob revisão; o estado que o sentencia; o momento do *habeas corpus* e sua adjudicação nos vários estágios; o resultado nos vários estágios; informação sobre o requerente, advogados, juízes, tribunais, vítima e crime; as circunstâncias agravantes e atenuantes reveladas no julgamento; procedimentos utilizados durante o processo de revisão do *habeas*; e os fundamentos alegados e aceitos judicialmente para as defesas em prol da concessão do *habeas*”. Id.

58 Id.

59 Fonte dos dados: H.W. Perry, Jr., *Deciding to Decide: Agenda Setting in the United States Supreme Court* 136 (Harvard 1991). Perry tirou esses dados de uma “amostragem aleatória” de petições de revisão.

60 Pesquisadores sugerem que esses fatores estão relacionados com a decisão da Corte sobre a petição de revisão. Especificamente quando o governo dos Estados Unidos é o peticionário, eles argumentam que a Corte é mais inclinada a conceder a revisão do que quando, digamos, uma parte privada é a peticionaria. Ver, por exemplo, Gregory A. Caldeira e John R. Wright, *Organized Interests and Agenda Setting in the U.S. Supreme Court*, *Am Polit Sci Rev*, n. 82, p. 1109 (1988); Joseph Tanenhaus, et al, *The Supreme Court's Certiorari Jurisdiction: Cue Theory*, em Glendon Schubert, ed, *Judicial Decision-Making* 111 (Free Press of Glencoe 1963); Virginia C. Armstrong and Charles A. Johnson, *Certiorari Decisions by the Warren & Burger Courts: Is Cue Theory Time Bound?*, *Polity*, n. 15, p. 141 (1982). Similarmente, os pesquisadores sugerem que a presença de um conflito entre circuitos de apelação aumenta as chances de que a Corte conceda revisões da sentença. Ver, por exemplo, Robert M. Lawless e Dylan Lager Murray, *An Empirical Analysis of Bankruptcy Certiorari*, *Mo L Rev*, n. 62, p. 101, 104–10 (1997); S. Sidney Ulmer, *The Supreme Court's Certiorari Decisions: Conflict as a Predictive Variable*, *Am Polit Sci Rev*, n. 78, p. 901 (1984); Perry, *Deciding to Decide*, p. 246–52 (citado na nota 59); Caldeira e Wright, *Am Polit Sci Rev*, n. 82, p.1120; Doris Marie Provine, *Case Selection in the United States Supreme Court*, p. 38–39 (Chicago 1980).

61 Exemplos de outros fatores incluem: se o Advogado Geral peticiona um *amicus curiae* em suporte da petição de revisão; se um juiz ou juízes do tribunal que decidiu o caso que se busca revisar dissentiu; e se o caso envolveu uma questão de liberdades civis. Os pesquisadores colocam que alguns ou todos esses fatores podem afetar a decisão da Corte em conceder ou não a revisão. Ver, por exemplo, Provine, *Case Selection in the United States Supreme Court* (citado na nota 60) (discutindo fatores que afetam os votos de seleção de casos de um juiz; enfatizando a concepção de um juiz do papel judicial da Corte); Caldeira e Wright, *Am Polit Sci Rev*, n. 82, p. 1109, 1122 (citado na nota 60) (revelando que os *amici*

curiae das partes interessadas têm um impacto positivo e significativo na decisão da Corte de conceder o *cert*); Gregory A. Caldeira, John R. Wright, e Christopher J.W. Zorn, *Sophisticated Voting and Gate-Keeping in the Supreme Court*, J L, Econ, & Org, n. 15, p. 549, 559 (1999) (mostrando que as posições ideológicas prováveis dos juízes sobre os méritos de um caso influenciam suas decisões estratégicas de votar a favor ou contra o recurso).

62 Essa vantagem “combinatória” é somente uma de muitas que surgem quando pesquisadores cooperam e trabalham para desenvolver uma comunidade acadêmica vibrante em sua tentativa de construir conhecimento – um esforço que encorajamos ao longo deste livro. Ver especialmente Capítulos II.B.2. e IX.

63 Para uma lista cheia de atributos (variáveis) no banco de dados Spaeth, e os próprios dados, ver <http://www.ssc.msu.edu/~pls/pljp/sctdata1.html> (visitado em 14 de janeiro de 2002). Informação sobre o banco de dados pode ser encontrada em Harold J. Spaeth e Jeffrey A. Segal, *The U.S. Supreme Court Judicial Data Base: Providing New Insights into the Court*, *Judicature*, n. 83, p. 228 (2000).

64 Ver, por exemplo, Harold J. Spaeth e Jeffrey A. Segal, *Majority Rule or Minority Will: Adherence to Precedent on the US Supreme Court* (Cambridge 1999); Jeffrey A. Segal e Harold J. Spaeth, *The Influence of Stare Decisis on the Votes of United States Supreme Court Justices*, *Am J Polit Sci*, n. 40, p. 971 (1996); Jeffrey A. Segal, et al, *Ideological Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices Revisited*, *J Polit*, n. 57, p. 812 (1995); Jeffrey A. Segal e Harold J. Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model* (Cambridge 1993). Ver também Lee Epstein, et al, *The Supreme Court Compendium: Data, Decisions, and Developments* (Cong Q 2001).

65 Ver, por exemplo, Lee Epstein e Jeffrey A. Segal, *Measuring Issue Salience*, *Am J Polit Sci*, n. 44, p. 66 (2000); Caldeira, Wright, e Zorn, J L, Econ, & Org, n. 15, p. 549 (citado na nota 61); Lee Epstein e Jack Knight, *The Choices Justices Make* (Cong Q 1998); James Meernik e Joseph Ignagni, *Judicial Review and*

Coordinate Construction of the Constitution, Am J Polit Sci, n. 41, p. 447 (1997); Jeffrey A. Segal, *Separation-of-Powers Games in the Positive Theory of Congress and Courts*, Am Polit Sci Rev, n. 91, p. 28 (1997); Robert L. Boucher, Jr. and Jeffrey A. Segal, *Supreme Court Justices as Strategic Decision Makers: Aggressive Grants and Defensive Denials on the Vinson Court*, J Polit, n. 57, p. 824 (1995); Kevin T. McGuire, *Repeat Players in the Supreme Court: The Role of Experienced Lawyers in Litigation Success*, J Polit, n. 57, p. 187 (1995); Richard C. Kearney e Reginald S. Sheehan, *Supreme Court Decision Making: The Impact of Court Composition on State and Local Government Litigation*, J Polit, n. 54, p. 1008 (1992).

66 Scott F. Norberg, *Consumer Bankruptcy's New Clothes: An Empirical Study of Discharge and Debt Collection in Chapter 13*, Am Bankr Inst J, n. 7, p. 415, 418 (1999).

67 Id, p. 429. Norberg também relata o 25° e o 75° percentuais. Para propósitos de apresentação, nós excluimos esses da Tabela 1.

68 Ver Heise, *Pepperdine L Rev*, n. 26, p. 826 (citado na nota 2).

69 O desvio padrão é a raiz quadrada da variância. A variância é a média das diferenças ao quadrado da média.

70 Somos gratos a Scott Norberg por nos fornecer seus dados.

71 Reificação é um dos mais velhos erros estatísticos de que se tem registro. Ver Stephen M. Stigler, *The History of Statistics: The Measurement of Uncertainty before 1900*, p. 169–73 (Belknap 1986).

72 Para outra ilustração, considere uma eleição recente em Los Angeles, onde 1,8 milhões de eleitores disseram sim ou não para 27 referendos diferentes. Para qualquer um dos referendos, podemos pensar que a “vontade dos eleitores” pode ser caracterizada pela fração votando a favor, mas claro que não qualquer eleitor individual. Por exemplo, se 66% dos eleitores apóiam um referendo, uma

alegação de que o “eleitor médio é de dois terços a favor” seria absurda. A situação é ainda mais gritante quando se considera o conjunto de todos os referendos, uma vez que o conjunto da maioria dos referendos vencedores não necessariamente corresponde às preferências da maioria dos eleitores. De fato, nessa eleição, sequer uma única pessoa votou com a maioria em cada um dos referendos. Steven J. Brams, D. Marc Kilgour, e William S. Zwicker, *The Paradox of Multiple Elections*, Soc Choice & Welfare, n. 15, p. 211 (1998).

73 Theodore Eisenberg, Stephen P. Garvey, e Martin T. Wells, *Jury Responsibility in Capital Sentencing: An Empirical Study*, Buff L Rev, n. 44, p. 339, 367 (1996).

74 Michael S. Gelacak, Ilene H. Nagel, e Barry L. Johnson, *Departures under the Federal Sentencing Guidelines: An Empirical and Jurisprudential Analysis*, Minn L Rev, n. 81, p. 299 (1996).

75 Gelacak, Nagel, e Johnson, Minn L Rev, n. 81, p. 336–51 (citado na nota 74).

76 Id, p. 338.

77 Ver, por exemplo, id, p.338, nota 156.

78 Curtis J. Milhaupt e Mark D. West, *The Dark Side of Private Ordering: An Institutional and Empirical Analysis of Organized Crime*, U Chi L Rev, n. 67, p. 41, 42 (2000).

79 Id, p.44.

80 Lederman, Case W Res L Rev, n. 49, p. 327 (citado na nota 28).

81 Michael Bradley e Michael Rosenzweig, *The Untenable Case for Chapter 11*, Yale L J, n. 101, p. 1043 (1992).

82 Elizabeth Warren, *The Untenable Case for Repeal of Chapter 11*, Yale L J, n. 102, p. 437, 441, 443 (1992).

83 Id, p.443.

84 Bradley e Rosenzweig, Yale L J, n. 101, p. 1043 (citado na nota 81), fazem alegações que poderiam sustentar qualquer um desses objetivos. Em uma nota de rodapé, escrevem: “Nossos dados, claro, também são limitados a empresas públicas. Portanto, não fazemos uma alegação empírica contra o Capítulo 11 na medida em que ele se aplica a corporações não-públicas.” Id, p.1077, nota 80. Isso, claro, contraria uma porção relevante da crítica de Warren. Em suporte a sua tese, está a conclusão de Bradley e Rosenzweig, a qual clama pela revogação sem reservas do Capítulo 11. Id, p.1088–89.

85 Schuck e Elliot, Duke L J, n. 1990, p. 1060 (citado na nota 13) (alegando que (...)a abordagem de análise doutrinária dos *leading cases* não se provou muito útil para fazer previsões sobre o direito; métodos melhores são necessários”).

86 *String Citation* é um termo específico da literatura jurídica, referindo-se a uma lista de citações oferecida para sustentar um ponto no texto.

87 Benjamin D. Black, Note, *Developments in the State Regulation of Major and Minor Political Parties*, Cornell L Rev, n. 82, p.109, 124 (1996).

88 Id, p.121–24, notas 84, 90 (dois casos), notas 102–09 (sete casos).

89 Ver casos relatados em Lee Epstein e Charles D. Hadley, *On the Treatment of Political Parties in the U.S. Supreme Court, 1900–1986*, J Polit, n. 52, p. 413 (1990); Nathaniel Persily e Bruce E. Cain, *The Legal Status of Political Parties: A Reassessment of Competing Paradigms*, Colum L Rev, n. 100, p. 775 (2000).

90 Ver Sklansky, Colum L Rev, n. 100, p. 1739 (citado na nota 8).

91 Ele também explora uma dissidência escrita por Scalia em *Ollman v Evans*, 750 F2d 970 (DC Cir 1984) (*en banc*), *cert* negado, 471 US 1127 (1985), enquanto atuando como juiz no circuito de D.C. Não somente isso, em adição aos onze casos que Sklansky examina detalhadamente, ele menciona seis superficialmente. Ver Sklansky, *Colum L Rev*, n. 100, p. 1749–68 (citado na nota 8).

92 Derivamos essa estimativa do Banco de Dados Judiciais da Suprema Corte dos Estados Unidos, ver a nota 63, para os termos de 1986 a 1999 (o período de tempo de interesse para Sklansky). Para traçar paralelos com os casos “exemplares” de Sklansky o mais aproximadamente possível, selecionamos somente casos de busca e apreensão arguidos oralmente (problema = 16, 17 ou 18) que resultaram em opiniões assinadas pela Corte (analu = 0; dec_type = 1 ou 7).

93 Robert A. Hillman, *Questioning the “New Consensus” on Promissory Estoppel: An Empirical and Theoretical Study*, *Colum L Rev*, n. 98, p. 580 (1998).

94 Daniel A. Farber e John H. Matheson, *Beyond Promissory Estoppel: Contract Law and the “Invisible Handshake”*, *U Chi L Rev*, n. 52, p. 903 (1985). Os pesquisadores aparentemente revisaram mais de duzentos casos de preclusão em razão de promessa. *Id.*, p. 907, n. 14. Mas, como Hillman coloca:

[Farber e Matheson] discutem somente alguns que supostamente mostram que os tribunais geralmente estendem suas análises para encontrar confiança em casos bem-sucedidos de preclusão em razão de promessa. Na verdade, Farber and Matheson declaram (...) em sua conclusão: “Em casos-chave, fez-se cumprir promessas mediante a mais fraca evidência de qualquer dano ao promissário.” Mas o leitor é deixado a indagar-se por que os casos discutidos seriam “casos-chave”.

Hillman, *Colum L Rev*, n. 98, p. 618 (citado na nota 93), citando Farber e Matheson, *U Chi L Rev*, n. 52, p. 945.

95 Ver Farber e Matheson, *U Chi L Rev*, n. 52, p. 945 (citado na nota 94).

96 Ver Hillman, *Colum L Rev*, n. 98, p. 582 (citado na nota 93), alegando que

Farber e Matheson, junto com Edward Yorio e Steve Thel, *The Promissory Basis of Section 90*, Yale L J, n. 101, p. 111 (1991), “foram enormemente influentes”, com estudos posteriores tratando-os como os criadores de um “novo consenso”. Em outras palavras, estudos posteriores “presumem a precisão de (Farber and Matheson e Yorio e Thel) na construção de suas próprias teses.” Hillman, Colum L Rev, n. 98, p. 582.

97 Id, p. 619.

98 Cientistas sociais usam esse indicador para determinar a “saliência” de casos e leis. Ver, por exemplo, Epstein e Segal, Am J Polit Sci, n. 44, p. 66 (citado na nota 65); David Mayhew, *Divided We Govern: Party Control, Lawmaking, and Investigations, 1946–1990*, p. 9 (Yale 1991). Não poderíamos usar outros possíveis indicadores de visibilidade – como o número de citações em periódicos jurídicos, tratados, compêndios de jurisprudência ou em outros casos – porque muitos dos casos de Sklansky são relativamente recentes.

99 Ver, em geral, Black, Note, Cornell L Rev, n. 82, p. 109 (citado na nota 87).

100 384 US 436 (1966) (sustentando que promotores não podem utilizar declarações obtidas de um réu durante o interrogatório sob custódia, estando ausente a demonstração de que salvaguardas procedimentais asseguraram o privilégio contra a auto-incriminação).

101 Ver, por exemplo, Paul G. Cassell, *Miranda’s Social Costs: An Empirical Reassessment*, Nw U L Rev, n. 90, p. 387 (1996) e os estudos nele citados: Paul G. Cassell e Richard Fowles, *Handcuffing the Cops? A Thirty-Year Perspective on Miranda’s Harmful Effects on Law Enforcement*, Stan L Rev, n. 50, p. 1055 (1998); John J. Donohue III, *Did Miranda Diminish Police Effectiveness?*, Stan L Rev, n. 50, p. 1147 (1998).

102 Ver, por exemplo, H. Laurence Ross, *Administrative License Revocation*

in New Mexico: An Evaluation, L & Pol, n. 9, p. 5 (1987); Frank A. Sloan, Bridget A. Reilly, e Christoph Schenzler, *Effects of Tort Liability and Insurance on Heavy Drinking and Drinking and Driving*, J L & Econ, n. 38, p. 49 (1995).

103 467 US 837, 842–43 (1984). O tribunal forneceu orientação para a revisão da leitura de uma lei por uma agência governamental na forma de um teste de dois passos:

Em primeiro lugar, sempre, está a questão de se o Congresso falou diretamente sobre o problema específico em questão. Se a intenção do Congresso é clara, esse é o fim do problema; pois a corte, assim como a agência administrativa, devem dar efeito à intenção clara do Congresso. Se, no entanto, a corte determina que o Congresso não abordou diretamente o problema específico em questão, a corte não simplesmente impõe sua própria leitura da lei, como seria necessário na ausência de uma interpretação administrativa. Em vez disso, se a lei é ambígua ou silencia com respeito ao problema específico, a questão para a corte é se a resposta da agência administrativa está baseada em uma leitura permitida da lei.

Id, p. 842–43.

104 Ver, por exemplo, Schuck e Elliott, Duke L J, n. 1990, p. 984 (citado na nota 13); Ellen P. Aprill, *Muffled Chevron: Judicial Review of Tax Regulations*, Fla Tax Rev, n. 3 p. 51, 76 (1996).

105 Ver, por exemplo, David A. Anderson e Thomas D. Rowe, Jr., *Empirical Evidence on Settlement Devices: Does Rule 68 Encourage Settlement?*, Chi Kent L Rev, n. 71, p. 519 (1995).

106 Aprill, Fla Tax Rev, n. 3, p. 55 (citado na nota 104). Exames qualitativos (doutrinários) do efeito de *Chevron* não são incomuns. Ver, por exemplo, Damien J. Marshall, *The Application of Chevron Deference in Regulatory Preemption Cases*, Georgetown L J, n. 87, p. 263, 283 (1998); John F. Coverdale, *Court Review of Tax Regulations and Revenue Rulings in the Chevron Era*, Geo Wash L Rev, n. 64, p. 35, 89 (1995); Linda B. Matarese, *Has the Chevron Deference Made*

a Difference When Courts Review Federal Banking Agency Interpretations of the Glass-Steagall Act?, Howard L J, n. 33, p. 195, 264 (1990).

107 Schuck e Elliott, Duke L J, n. 1990, p. 1030 (citado na nota 13).

108 Adaptamos essa linguagem aqui e nos próximos dois parágrafos de King, Keohane, e Verba, *Designing Social Inquiry*, p. 79 (citado na nota 1).

109 Paul W. Holland, *Statistics and Causal Inference*, J Am Stat Assn, n. 81, p. 945, 945 (1986).

110 Esse ponto também foi deito por King, Keohane, and Verba, *Designing Social Inquiry*, p. 76 (citado na nota 1).

111 Gary King, *Replication, Replication*, PS: Polit Sci & Polit, n. 28, p. 444 (1995) (“O único jeito para compreender e avaliar inteiramente uma análise empírica é conhecer o processo exato pelo qual os dados foram gerados e a análise foi produzida.”).

112 Ronald J. Mann, *Explaining the Pattern of Secured Credit*, Harv L Rev, n. 110, p.625, 631–32 (1997).

113 Eisenberg, Garvey, e Wells, Buff L Rev, n. 44, p. 350 (citado na nota 73).

114 Para definições e explicações dessas amostras, ver Capítulo VIII.E.

115 O time de pesquisa de Eisenberg faz parte do Projeto do Júri Capital (*Capital Juror Project – “CJP”*) um estudo sobre como os júris em quatorze estados tomam decisões em casos capitais. Apesar do principal investigador do CJP prover uma descrição detalhada do design geral de amostragem do estudo, ver William J. Bowers, *The Capital Jury Project: Rationale, Design, and Preview of Early Findings*, Ind L J, n. 70, p.1043 (1995), e os autores que o citam em quatro vezes distintas, Eisenberg, Garvey, Wells, Buff L Rev, n. 44, p.

345, nota 32, p. 352 nota 53, p. 354 nota 55, e p. 360, nota 66 (citado na nota 73)), suas citações não têm nenhuma relação com o processo de amostragem em si. Mesmo o leitor mais atento pode nunca ter pensado em consultar o texto de Bowers. Além disso, os processos específicos de obtenção de amostragem variaram entre os estados de uma maneira que não é descrita por nenhum trabalho prévio que pudemos identificar, então, mesmo que Bowers descreva o projeto geral de obtenção de amostras do CJP, temos que depender na equipe de Eisenberg para descobrir o que foi feito na Carolina do Sul. Ver também Theodore Eisenberg e Martin T. Wells, *Deadly Confusion: Juror Instructions in Capital Cases*, Cornell L Rev, n. 79, p. 1 (1993) (examinando os dados da Carolina do Sul). Infelizmente, os autores não explicam o que eles fizeram. Para um exemplo do que eles poderiam ter feito, ver Marla Sandy, *Cross-Overs—Capital Jurors Who Change Their Minds about the Punishment: A Litmus Test for Sentencing Guidelines*, Ind L J, n. 70, p. 1183, 1189 (1995) (delineando o procedimento de obtenção de amostras utilizado na seleção dos casos de Kentucky). Trabalho subsequente pela equipe de Eisenberg e seus membros também não nos dizem como seu estudo foi realizado na Carolina do Sul. Ver Theodore Eisenberg, Stephen P. Garvey, e Martin T. Wells, *Forecasting Life and Death: Juror Race, Religion, and Attitude toward the Death Penalty*, J Legal Stud, n. 30, p. 277 (2001); Theodore Eisenberg, Stephen P. Garvey, e Martin T. Wells, *The Deadly Paradox of Capital Jurors*, S Cal L Rev, n. 74, p. 371 (2001); Stephen P. Garvey, *The Emotional Economy of Capital Sentencing*, NYU L Rev, n. 75, p. 26 (2000); Theodore Eisenberg, Stephen P. Garvey, e Martin T. Wells, *But Was He Sorry?: The Role of Remorse in Capital Sentencing*, Cornell L Rev, n. 83, p. 1599 (1998); Stephen P. Garvey, *Aggravation and Mitigation in Capital Cases: What Do Jurors Think?*, Colum L Rev, n. 98, p. 1538 (1998).

116 Ver o texto acompanhando notas 90 – 92.

117 Ver o texto acompanhando notas 87–89.

118 Schuck and Elliott, Duke L J, n. 1990, p. 1060 (citado na nota 13).

119 521 US 507 (1997) (revogando o *Religious Freedom Restoration Act* de 1993).

120 Steven A. Engel, Note, *The McCulloch Theory of the Fourteenth Amendment: City of Boerne v. Flores and the Original Understanding of Section 5*, Yale L J, n. 109, p. 115, 117 (1999). Esse trabalho é um “note”, uma categoria de artigo de periódico jurídico normalmente escrita por estudantes. Dessa maneira, alguns podem questionar por que o usaríamos como uma ilustração de problemas com artigos, que geralmente são escritos por professores de direito. Na nossa opinião, é o conteúdo, e não o autor, que conta. Ademais, como apontamos no Capítulo I, os melhores artigos para os nossos propósito expositivo são aqueles que são especialmente bons, exceto talvez pelo ponto que estejamos ilustrando.

121 Para outros que sucitaram esses tipos de perguntas sobre estudos tentando revelar intenções, ver nota 21.

122 Ver texto acompanhando as notas 73, 113–18.

123 Eisenberg, Garvey, e Wells, Buff L Rev, n. 44, p. 339, 341 (citado na nota 73).

124 Id, p. 350.

125 Ver texto acompanhando as notas 114–15.

126 Engel, Note, Yale L J, n. 109, p.141–45 (citado na nota 120).

127 Ver nota 137.

128 Não visamos a condenar ou a denegrir o uso de notas de rodapé. De fato, porque conectam o conhecimento existente com literaturas existentes, elas são um dos poucos sinais de que os juristas reconhecem a importância de desenvolver uma comunidade acadêmica.

- 129** Ada Finifter, *Editor's Notes*, *Am Polit Sci Rev*, n. 94, p. viii (2000).
- 130** *About Political Analysis* ¶ 18, disponível on-line em <http://web.polmeth.ufl.edu/pa/aboutpa.html> (visitado em 14 de janeiro de 2002).
- 131** “O maior arquivo de dados de ciências sociais computadorizados” é o *Inter-university Consortium for Political and Social Research* (“ICPSR”), disponível on-line em <http://www.icpsr.umich.edu> (visitado em 10 de janeiro de 2002). Micah Altman, Gary King, e Sidney Verba fizeram um projeto para computadorizar e automatizar acesso, autenticação, documentação, categorização, conversão e outros aspectos da distribuição de dados. Para mais informação, ver <http://thedata.org> (visitado em 10 de janeiro de 2002).
- 132** *Ver Information and Instructions for Authors* ¶ 12 (“Fonte de Dados e Dados Arquivados”), *Am Polit Sci Rev*, disponível on-line em <http://apsr.oupjournals.org/misc/ifora.shtml> (visitado em 10 de janeiro de 2002). (“A *Revista* não requer preparação ou arquivamento dos conjuntos de dados para replicação para dados utilizados em seus artigos publicados, apesar de encorajarmos que os autores façam-no, especialmente se seus dados ainda não estiverem disponíveis.”).
- 133** Carta da *National Science Foundation* (em arquivo com os autores).
- 134** Dados estão disponíveis online em <http://www.nsf.gov/sbe/ses/polisci/start.htm> (visitado em 11 de janeiro de 2002). A figura de 52 exclui ajuda financeira para trabalho de doutorado; o termo “colaborativo” inclui ajuda financeira para “pesquisa colaborativa,” conferências, e infraestrutura.
- 135** Bonnie S. Fisher, et al, *How Many Authors Does It Take to Publish an Article?: Trends and Patterns in Political Science*, *PS: Polit Sci & Polit*, n. 31, p. 847, 850 (1998), disponível on-line em <http://www.apsanet.org/PS/dec98/fisheretal.cfm> (visitado em 19 de janeiro de 2002).
- 136** Ver National Science Board, 1 *Science and Engineering Indicators 2000*,

cap. 6-44 (Jan 13, 2000), disponível *on-line* em <http://www.nsf.gov/sbe/srs/seind00/access/c6/c6s4.htm> (visitado em 19 de janeiro de 2002).

137 Realizamos essa contagem em 4 de dezembro de 2000. O número de 162 exclui críticas de livros, tributos, notas de casos, ensaios críticos, desenvolvimentos e artigos associados com o exame anual do termo da Suprema Corte da *Harvard Law Review*. Enquanto esses dados revelam que professores de direito não são geralmente coautores em artigos acadêmicos, resta claro que eles reconhecem o valor da colaboração – ao menos em relação aos materiais de ensino. Como muitos juristas nos indicaram, é (aparentemente) rara o tratado ou o livro de casos que *não* é o produto de colaboração.

138 Ver, por exemplo, Wills, *To Keep and Bear Arms*, p. 62 (citado na nota 21); Friedman, *Denver U L Rev*, n. 75, p. 661 (citado na nota 26) (“Pessoas em outras áreas ficam assombradas quando ouvem sobre” o sistema liderado por estudantes.).

139 Ver, por exemplo, Nathan H. Saunders, Note, *Student-Edited Law Reviews: Reflections and Responses of an Inmate*, *Duke L J*, n. 49, p. 1663, 1665–67 (2000) (percebendo razões práticas para a preferência dos estudantes editores pela faculdade/professor de “elite”); Bernard J. Hibbitts, *Yesterday Once More: Skeptics, Scribes and the Demise of Law Reviews*, *Akron L Rev*, n. 30, p. 267, 292 (1996) (“O que os estudantes editores preferem publicar acaba sendo o que não é academicamente melhor (...) mas (...) o que é escrito por ‘nomes familiares.’”); Lindgren, *U Chi L Rev*, n. 61, p. 530–31 (citado na nota 46) (percebendo evidência anedótica da preferência de estudantes editores por artigos de autores de faculdades “de elite”); Banks McDowell, *The Audiences for Legal Scholarship*, *J Legal Educ*, n. 40, p. 261, 271 nota 39 (1990) (“Se os editores estudantes usam o *pedigree* como um critério significativo de escolha, então a literaturanos periódicos jurídicos tende a reforçar ou manter o *status* corrente ou posições de prestígio.”); Jordan H. Leibman e James P. White, *How the Student-Edited Law Journals Make Their Publication Decisions*, *J Legal Educ*, n. 39, p. 387, 402–05 (1989) (declarando que “espera-se mais que autores conhecidos produzam manuscritos “publicáveis” que

autores novos”). Ver também Richard A. Posner, *The Future of the Student-Edited Law Review*, *Stan L Rev*, n. 47, p. 1131, 1133–34 (1995) (anunciando que os estudantes editores de revistas considerem a reputação de um autor).

140 L. Timothy Perrin, et al, *If It's Broken, Fix It: Moving Beyond the Exclusionary Rule: A New and Extensive Empirical Study of the Exclusionary Rule and a Call for a Civil Administrative Remedy to Partially Replace the Rule*, *Iowa L Rev*, n. 83, p. 669 (1998).

141 *Id.*, p. 736. Para uma discussão deste artigo, ver o texto acompanhando as notas 168–74.

142 George Fisher, *Plea Bargaining's Triumph*, *Yale L J*, n. 109, p. 857, 1074–75 (2000).

143 Derek Shaffer, Note, *Answering Justice Thomas in Saenz: Granting the Privileges or Immunities Clause Full Citizenship within the Fourteenth Amendment*, *Stan L Rev*, n. 52, p. 709, 750 (2000).

144 Fisher, *Yale L J*, n. 109, p. 857 (citado na nota 142), entre outros problemas, falha em especificar o alvo de sua inferência. Ver texto acompanhando nota 321. Schaffer, *Stan L Rev*, n. 52, p. 718 (citado na nota 143), baseia sua conclusão na evidência qualitativa “peneirada” da “história relevante” pertencente à intenção dos constituintes sobre a quarta emenda. Apesar da admissão de Schaffer de que “a redação da Cláusula é encoberta e turva através de um véu de confusão, obscurecimento e pré-concepções,” ele não fornece nenhuma informação sobre seus procedimentos para “peneirar” a evidência. Seu trabalho sofre do mesmo problema do trabalho de Engel, Note, *Yale L J*, n. 109, p. 115 (citado na nota 120). Ver texto acompanhando as notas 119–21.

145 Por exemplo, uma medida comum de incerteza utilizada em pesquisas apresentadas na mídia popular é a “margem de erro”, que é (geralmente), um intervalo de confiança de 95%. Então, quando um jornal noticia o resultado de

uma pesquisa – digamos, que 75% dos entrevistados preferem cães a gatos, com uma margem de $\pm 5\%$ de erro – ele está fornecendo o nível de incerteza que possui acerca do resultado de 75% (aqui, que a verdadeira fração de pessoas que preferem cães a gatos será capturada dentro do intervalo de confiança em 95 de 100 aplicações do mesmo procedimento de amostragem).

146 Schuck e Elliott, Duke L J, n. 1990, p. 990 (citado na nota 13).

147 Id, p. 1008.

148 Id, p. 1009.

149 Ver Herbert M. Kritzer, *Interpretation and Validity Assessment in Qualitative Research: The Case of H.W. Perry's Deciding to Decide*, L & Soc Inquiry, n. 19, p. 687 (1994); Herbert Kritzer, *Data, Data, Data, Drowning in Data: Crafting The Hollow Core*, L & Soc Inquiry, n. 21, p. 761 (1996).

150 Schuck e Elliot, Duke L J, n. 1990, p. 1009 (citado na nota 13).

151 Vicki Schultz e Stephen Petterson, *Race, Gender, Work, and Choice: An Empirical Study of the Lack of Interest Defense in Title VII Cases Challenging Job Segregation*, U Chi L Rev, n. 59, p. 1073 (1992).

152 Id, p. 1097.

153 Id, p. 1098.

154 E-mail de Vicky L. Schultz para Gary King (em 3 de novembro de 2000). (Em arquivo com os autores).

155 Shaffer, Stan L Rev, n. 52, p. 750 (citado na nota 143).

156 Id, p. 722.

157 Nós adotamos e adaptamos nessa seção alguns dos entendimentos de King, Keohane e Verba, *Designing Social Inquiry*, p. 12, 22 (citado na nota 1).

158 Para mais informações sobre o desenvolvimento de perguntas de pesquisa nessa área, ver Lee Epstein em *Studying Law and Courts*, em Lee Epstein, Ed. *Contemplating Courts*, p. 1, 3–5 (Cong Q 1995).

159 Nós adotamos essas duas sugestões de King, Keohane e Verba em *Designing Social Inquiry*, p. 15 (citado na nota 1).

160 Sisk, Heise, e Morriss, *NYU L Rev*, n. 73, p. 1391 (citado na nota 28).

161 Uma pequena amostra inclui Jack Knight e Lee Epstein, *On the Struggle for Judicial Supremacy*, *L & Soc Rev*, n. 30, p. 87 (1996); Forrest Maltzman e Paul J. Wahlbeck, *May It Please the Chief?: Opinion Assignments in the Rehnquist Court*, *Am J Polit Sci*, n. 40, p. 421 (1996); Forrest Maltzman e Paul J. Wahlbeck, *Strategic Policy Considerations and Voting Fluidity on the Burger Court*, *Am Polit Sci Rev*, n. 90, p. 581 (1996); McNollgast (Mathew D. McCubbins, Roger Noll, e Barry R. Weingast), *Politics and Courts: A Positive Theory of Judicial Doctrine and the Rule of Law*, *S Cal L Rev*, n. 68, p. 1631 (1995); Maxwell L. Stearns, *Standing Back from the Forest: Justiciability and Social Choice*, *Cal L Rev*, n. 83, p. 1309 (1995); McNollgast, *Legislative Intent: The Use of Positive Political Theory in Statutory Interpretation*, *L & Contemp Probs*, n. 57, p. 3 (1994); Erin O’Hara, *Social Constraint or Implicit Collusion?: Toward a Game Theoretic Analysis of Stare Decisis*, *Seton Hall L Rev*, n. 24, p. 736 (1993); Richard A. Posner, *What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)*, *S Ct Econ Rev*, n. 3, p. 1 (1993); John A. Ferejohn e Barry Weingast, *Limitation of Statutes: Strategic Statutory Interpretation*, *Georgetown L J*, n. 80, p. 565 (1992); John Ferejohn e Barry Weingast, *A Positive Theory of Statutory Interpretation*, *Intl Rev L & Econ*, n. 12, p. 263 (1992); Pablo T. Spiller e Rafael Gely, *Congressional Control or Judicial Independence: The Determinants of U.S. Supreme Court Labor-Relation Decisions, 1949–1988*, *RAND J Econ*, n. 23, p. 463 (1992); William N. Eskridge, Jr., *Reneging on History?: Playing the*

Court/Congress/President Civil Rights Game, Cal L Rev, n. 79, p. 613 (1991); William N. Eskridge, Jr., *Overriding Supreme Court Statutory Interpretation Decisions*, Yale L J, n. 101, p. 331 (1991); Frank H. Easterbrook, *Ways of Criticizing the Court*, Harv L Rev, n. 95, p. 802, 813–31 (1982); Segal, Am PolitSci Rev, n. 91, p. 28 (citado na nota 65); Walter F. Murphy, *Elements of Judicial Strategy* vii (Chicago 1964). Para um exame dos trabalhos prévios, ver Lee Epstein e Jack Knight, *Toward a Strategic Revolution in Judicial Politics: A Look Back, A Look Ahead*, Polit Rsrch Q, n. 53, p. 625 (2000). Para uma coleção de artigos, ver Maxwell L. Stearns, *Public Choice and Public Law: Readings and Commentary* (Anderson 1997). Ver texto das notas 199–203, 213–18, onde nós explicamos que (e fornecemos exemplos de como) acadêmicos utilizaram a teoria política positiva, a qual pertence a uma particular classe de modelos de escolha racional para estudar decisões judiciais.

162 Rosenberg, Green Bag 2d, n. 3, p. 268–69 (citado na nota 22).

163 Alguns juristas também concordam. Veja, por exemplo, Frank B. Cross, *Political Science and the New Legal Realism: A Case of Unfortunate Interdisciplinary Ignorance*, Nw U L Rev, n. 92, p. 251, 252–53 (1997) (observando que a “ciência jurídica tem sido notavelmente indiferente ao grande e denso corpo de conhecimento produzido pela ciência política sobre os Tribunais”). Veja também Tracey E. George, *Developing a Positive Theory of Decisionmaking on U.S. Courts of Appeals*, Ohio St L J, n. 58, p. 1635, 1638 nota 7 (1998) (apontando uma longa lista de pesquisas feitas por cientistas políticos).

164 Judith A. Baer, *post* no *Law and Courts Listserv* (23.09.1998), citado em Rosenberg, Green Bag 2d, n. 3, p. 269 (citado na nota 22).

165 Mark Graber, *post* no *Law and Courts Listserv* (21.07.2000) (em arquivo com os autores).

166 Id. Stephen L. Wasby, *post* no *Law and Courts Listserv* (21.07.2000) (em arquivo com os autores) seguido dessa observação:

Há mais professores de direito que escrevem em periódicos jurídicos, que estão discutindo os fatores que afetam os votos dos juízes. No entanto, em um número preocupante de casos, as únicas citações presentes são outros artigos de periódicos jurídicos – não para a literatura da ciência política, que é muito mais extensa e original; os artigos de periódicos jurídicos citados são, geralmente, na melhor das hipóteses, uma fonte secundária. O que estou dizendo é que a falha dos professores de direito em ler a literatura de ciência política relevante sobre “leis e tribunais” não ocorre apenas com relação às questões de direito constitucional e de interpretação constitucional, mas é mais ampla.

Para ter certeza, há exceções à preocupação geral de Wasby. Ver, por exemplo, Frank B. Cross e Emerson H. Tiller, *Judicial Partisanship and Obedience to Legal Doctrine: Whistleblowing on the Federal Courts of Appeals*, Yale L J, n. 107, p. 2155, 2165–68 (1998) (citando pesquisas feitas por cientistas políticos); Cross, Nw U L Rev, n. 92, p. 252–53 (citado na nota 163); George, Ohio St L J, n. 58, p. 1638, nota 7 (citado na nota 163). Mas sua queixa geral é, provavelmente, procedente na maioria dos casos.

167 Por exemplo, JSTOR, disponível online em: <<http://www.jstor.org>> (acessado em 11 de janeiro de 2002), contém o texto integral de revistas nas seguintes disciplinas: Estudos afro-americanos, estudos africanos, antropologia, arqueologia, estudos asiáticos, botânica, negócios, ecologia, economia, educação, finanças, ciência geral, geografia, história, letras e literatura, estudos latino-americanos, matemática, estudos do oriente médio, filosofia, ciência política, estudos populacionais, estudos eslavos, sociologia, e estatística. A Stanford University’s HighWire Press, disponível online em: <<http://highwire.stanford.edu>> (acessado em 11 de janeiro de 2002), agora oferece 301 revistas, e o OCLC, disponível online em: <<http://www.oclc.org/home/>> (acessado em 11 de janeiro de 2002), oferece mais.

168 Perrin, et al, Iowa L Rev, n. 83, p. 673 (citado na nota 140).

169 Ver id, p. 678.

170 Ver texto das notas 160–61.

171 Perrin, et al, Iowa L Rev, n. 83, p. 696 (citado na nota 140), examinando Dallin H. Oaks, *Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure*, U Chi L Rev, n. 37, p. 665 (1970).

172 Perrin, et al, Iowa L Rev, n. 83, p. 696 (citado na nota 140).

173 Heise, Pepperdine L Rev, n. 26, p. 833 (citado na nota 2) (criticando o estudo de Perrin e salientando o mesmo problema que nós mencionamos).

174 Perrin, et al, Iowa L Rev, n. 83, p. 755 (citado na nota 140).

175 Nós tratamos do tema das implicações observáveis no Capítulo V.

176 Ver também King, Keohane, e Verba, *Designing Social Inquiry*, p. 16–17 (citado na nota 1).

177 Milhaupt e West, U Chi L Rev, n. 67, p. 41 (citado na nota 78), é exemplar. Acreditando que os dados confirmam a sua hipótese de que “o crime organizado é uma reação empreendedora às deficiências institucionais”, id., p. 74, eles sugerem que os governos que buscam combater o crime organizado deveriam “direcionar seus recursos não apenas para controlar o crime *per se*, mas para criar, ou facilitar, instituições próprias que protejam os direitos de propriedade”, id, p. 97. Mais genericamente, ver Rubin, Mich L Rev, n. 86, p. 1847 (citado na nota 26) (trazendo o argumento de que a “característica distintiva da (...) literatura jurídica é sua voz prescritiva, o seu desejo conscientemente declarado em melhorar a performance dos tomadores de decisão do direito”). Rubin se refere primariamente aos estudos doutrinários, muitos dos quais, como nós notamos nos textos das notas 8-9, enquadram-se no escopo de nossas preocupações. É óbvio que é verdade que alguns juízes e operadores do direito não pensam que as implicações de certos tipos de trabalho empírico (como nós definimos “empírico”) são particularmente importantes ou relevantes para o seu próprio trabalho. Ver, por exemplo, Edwards,

Mich L Rev, n. 91, p. 35 (citado na nota 26) (criticando o conhecimento “imprático” que tem pouca relevância para os “casos concretos”); Posner, NYU L Rev, n. 73, p. 4 (1998) (citado na nota 11) (“A teoria constitucional circula hoje em um meio que é em grande parte opaco tanto para o juiz como para o advogado.”). Porém isso não significa que as implicações para o mundo real não existam.

178 Levinson, Yale L J, n. 99, p. 637 (citado na nota 21).

179 Id., p. 643.

180 Susan Hightower, Note, *Sex and the Peremptory Strike: An Empirical Analysis of J.E.B. v. Alabama’s First Five Years*, Stan L Rev, n. 52, p. 895 (2000) (constatando que o caso *J.E.B* não levou a um aumento da vedação às recusas imotivadas de jurados ou ao aumento da litigação colateral).

181 511 US 127 (1994) (proibindo a recusa imotivada de jurado por razões de gênero).

182 476 US 79 (1986) (proibindo a recusa imotivada de jurado por razões raciais).

183 *E.B.*, 511 US 162 (Scalia discordando).

184 Levinson, Yale J L, n. 99, p. 658 (citado na nota 21).

185 Para uma amostra, ver nota 21

186 Ver nota 21, discutindo *United States v Emerson*, 46 F Supp 2d 598 (N D Tex 1999).

187 Ver discussão da nota 21.

188 King, Keohane, e Verba, *Designing Social Inquiry*, p. 19 (citado na

nota 1) (grifo nosso). Nós destacamos essa definição porque juristas parecem definir “teoria” diferentemente daqueles em outras disciplinas. Lawrence M. Friedman, *Law Reviews and Legal Scholarship: Some Comments*, *Denver U L Rev*, n. 75, p. 661, 668 (citado na nota 26), traz esse argumento quando ele escreve:

Na literatura jurídica, “teoria” é rei. Porém, pessoas que discutem sobre “teoria” no direito têm uma estranha ideia do que “teoria” significa. Na maioria das outras áreas, uma teoria deve ser testável; ela é uma hipótese, uma previsão, e, portanto, sujeita à prova. Quando juristas usam a palavra “teoria”, eles parecem querer dizer (na maior parte do tempo) algo profundo, original e completamente intestável.

Nossa visão do papel da teoria na pesquisa empírica alinha-se com aquela utilizada na “maioria das outras áreas”.

189 Kerr, *Yale J Rev*, n. 15, p. 6–10 (citado na nota 28) (expondo o argumento para o modelo contextual).

190 *Id.*, p. 6. Para uma visão geral do teste, ver nota 103.

191 Ver, por exemplo, Martin E. Halstuk, *Blurred Vision: How Supreme Court FOIA Opinions on Invasion of Privacy Have Missed the Target of Legislative Intent*, *Comm L and Pol*, n. 4, p. 111, 117–24 (1999); Eric J. Sinrod, *Freedom of Information Act Response Deadlines: Bridging the Gap Between Legislative Intent and Economic Reality*, *Am U L Rev*, n. 43, p. 325, 329–33 (1994).

192 Ver, por exemplo, Ellen J. Dannin, *Legislative Intent and Impasse Resolution under the National Labor Relations Act: Does Law Matter?*, *Hofstra Labor & Empl L J*, n. 15, p. 11, 20–24 (1997); Eric M. Jensen, Note, *The NRLA’s “Guard Exclusion”: An Analysis of Section 9(b)(3)’s Legislative Intent and Modern-Day Applicability*, *Ind L J*, n. 61, p. 457, 463–65 (1986).

193 Ver, por exemplo, William G. Kanellis, Comment, *Reining in the Foreign Trade Zones Board: Making Foreign Trade Zone Decisions Reflect the Legislative*

Intent of the Foreign Trade Zones Act of 1934, Nw J of Intl L & Bus, n. 15, p. 606, 629–35 (1995).

194 Ver, por exemplo, Robert H. Bork, *Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act*, J L & Econ, n. 9, p. 7, 47–48 (1966).

195 Especialmente a Constituição dos Estados Unidos, Art I, § 3, cl 6 (“O Senado tem competência privativa para julgar todos os *impeachments*.”); Constituição dos Estados Unidos, Art I, § 2, cl 5 (“A Câmara de Deputados (...) detém o único Poder de *Impeachment*.”). Ver, por exemplo, Jonathan Turley, *Senate Trials and Factional Disputes: Impeachment as a Madisonian Device*, Duke L J, n. 49, p. 1, 143–46 (1999); Lori Fishler Damrosch, *Impeachment as a Technique of Parliamentary Control over Foreign Affairs in a Presidential System?*, U Colo L Rev, n. 70, p. 1525, 1534–38 (1999).

196 Ver, por exemplo, Kristin J. Graham, Comment, *The Supreme Court Comes Full Circle: Coercion as the Touchstone of an Establishment Clause Violation*, Buff L Rev, n. 42, p. 147, 149–50 (1994).

197 Ver, por exemplo, Akhil Reed Amar, *Fourth Amendment First Principles*, Harv L Rev, n. 107, p. 757, 759 (1994); Anthony G. Amsterdam, *Perspectives on the Fourth Amendment*, Minn L Rev, n. 58, p. 349, 352 (1974); Cloud, U Chi L Rev, n. 63, p. 1746–47 (citado na nota 21).

198 Ver, por exemplo, Jacobus tenBroek, *Thirteenth Amendment to the Constitution of the United States: Consummation to Abolition and Key to the Fourteenth Amendment*, Cal L Rev, n. 39, p. 171, 173 (1951); Douglas L. Colbert, *Challenging the Challenge: Thirteenth Amendment as a Prohibition against the Racial Use of Peremptory Challenges*, Cornell L Rev, n. 76, p. 1, 6 (1990); Akhil Reed Amar e Daniel Widawsky, *Child Abuse as Slavery: A Thirteenth Amendment Response to DeShaney*, Harv L Rev, n. 105, p. 1359, 1360 (1992).

199 Daniel A. Farber e Philip P. Frickey, *Foreword: Positive Political Theory*

in the Nineties, Georgetown L J, n. 80, p. 457, 462 (1992). Mais precisamente, ao menos como isso foi invocado pelos juristas, a PPT pertence a uma classe de modelos de escolha racional não-paramétricos, uma vez que ela assume que atores direcionados por um objetivo operam em um contexto de tomada de decisão *estratégico* ou *interdependente*. Visto dessa forma, isso é muito parecido com o que vem sendo chamado de “conta estratégica” na literatura social-científica. Para esse entendimento, (1) os atores sociais fazem escolhas a fim de atingir determinados objetivos, (2) os atores sociais agem estrategicamente no sentido de que suas escolhas dependem de suas expectativas sobre as escolhas dos outros atores, e (3) essas escolhas são estruturadas pela configuração institucional na qual elas são feitas. Ver, por exemplo, Epstein e Knight, *The Choices Justices Makes*, p. 1–21 (citado na nota 65) (oferecendo uma consideração estratégica das decisões judiciais).

200 Ver, por exemplo, Caldeira, Wright, e Zorn, J L, *Econ, & Org*, n. 15, p. 550 (citado na nota 61) (sugerindo que “os juízes exercem uma votação sofisticada” na definição da agenda da Suprema Corte); Boucher e Segal, *J Polit*, n. 57, p. 835 (citado na nota 65) (constatando que a maioria dos juízes na Corte de Vinson “exibiu um comportamento de voto estratégico” ao conceder ou negar a revisão); Charles M. Cameron, Jeffrey A. Segal, e Donald R. Songer, *Strategic Auditing in a Political Hierarchy: An Informational Model of the Supreme Court’s Certiorari Decisions*, *Am Polit Sci Rev*, n. 94, p. 101, 101 (2000) (sugerindo que a a Suprema Corte examina estrategicamente decisões de cortes inferiores).

201 Ver, por exemplo, Eskridge, *Cal L Rev*, n. 79, p. 641–64 (citado na nota 161); Eskridge, *Yale L J*, n. 101, p. 353–89 (citado na nota 161); Spiller e Gely, *RAND J Econ*, n. 23, p. 464 (citado na nota 161); Segal, *Am Polit Sci Rev*, n. 91, p. 42 (citado na nota 65).

202 Ver, por exemplo, Evan H. Caminker, *Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents?*, *Stan L Rev*, n. 46, p. 817, 822 (1994) (defendendo a doutrina atual explicando a hierarquia do precedente); Donald R. Songer, Jeffrey A. Segal, e Charles M. Cameron, *The Hierarchy of Justice: Testing a Principal-Agent*

Model of Supreme Court–Circuit Court Interactions, Am J Polit Sci, n. 38, p. 673, 690 (1994) (revelando que no modelo de agência “, as cortes de apelação tendem a ser agentes relativamente fiéis do seu mandante, a Suprema Corte”); Cross e Tiller, Yale L J, n. 107, p. 2168–73 (citado na nota 166) (empiricamente examinando uma teoria denunciante de obediência jurídica).

203 Ver, por exemplo, Lewis A. Kornhauser, *Adjudication by a Resource-Constrained Team: Hierarchy and Precedent in a Judicial System*, S Cal L Rev, n. 68, p. 1605, 1628 (1995) (sugerindo que as limitações de recursos e “o objetivo organizacional de tomar as decisões corretas” contribui para a estrutura e a prática do Judiciário); Knight e Epstein, L & Soc Rev, n. 30, p. 100–07 (citado na nota 161) (aplicando a análise teórica dos jogos ao conflito Jefferson-Marshall sobre revisão judicial); Maxwell L. Stearns, *Constitutional Process: A Social Choice Analysis of Supreme Court Decision Making*, p. 97–211 (Michigan 1999) (utilizando um modelo de escolha social para explicar, entre outras coisas, por que a Corte emprega a doutrina da fundamentação mais restrita para reger as decisões não unânimes de painéis, e por que a Corte utiliza métodos de votação que frequentemente suprimem as opções de vitória Condorcet).

204 William H. Manz, *Cardozo’s Use of Authority: An Empirical Study*, Cal W L Rev, n. 32, p. 31, 57 (1995) (constatando que Cardozo utilizou muito mais citações que a média dos juízes).

205 “Por que e em que medida as práticas de citação dos juízes individuais diferem? São as diferenças idiossincráticas, o produto dos casos atribuídos, ou elas refletem as crenças e o contexto intelectual do juiz individual? A autoridade utilizada por um citador moderado difere em alguma maneira da utilizada por um grande citador? As práticas de citação de um juiz de grande reputação diferem consideravelmente daquelas de seus colegas menos famosos, e se isso ocorre, ocorre por quê? Um jurista liberal usará mais ou menos autoridade que um conservador? Id., p. 32 – 33.

206 Id., p. 46.

207 Buckner F. Melton, Jr., *Federal Impeachment and Criminal Procedure: The Framers' Intent*, Md L Rev, n. 52, p. 437, 454–57 (1993) (argumentando que os constituintes não pretendiam que o *impeachment* fosse um processo criminal).

208 Id., p. 441–57.

209 367 US 643 (1961) (aplicando a regra de exclusão aos Estados).

210 Ver, por exemplo, Oaks, U Chi L Rev, n. 37 p. 673–78 (citado na nota 171); Perrin, et al, Iowa L Rev, n. 83, p. 678–711 (citado na nota 140); Myron W. Orfield, Jr., Comment, *The Exclusionary Rule and Deterrence: An Empirical Study of Chicago Narcotics Officers*, U Chi L Rev, n. 54, p. 1016, 1019–22 (1987); William C. Heffernan and Richard W. Lovely, *Evaluating the Fourth Amendment Exclusionary Rule: The Problem of Police Compliance with the Law*, U Mich J L Ref, n. 24, p. 311, 319–21 (1991); Comment, *Effect of Mapp v. Ohio on Police Search-and-Seizure Practices in Narcotics Cases*, Colum J L & Soc Probs, n. 4, p. 87 (1968).

211 Anderson e Rowe, Chi Kent L Rev, n. 71, p. 522-23 (citado na nota 105).

212 Um exemplo dessa abordagem, através de uma série de questões, é Jesse H. Choper, *Consequences of Supreme Court Decisions Upholding Individual Constitutional Rights*, Mich L Rev, n. 83, p. 1, 4–5 (1984) (catalogando críticas sobre a performance da Suprema Corte em proteger liberdades pessoais).

213 Ver Eskridge, Cal L Rev, n. 79, p. 641–64 (citado na nota 161); Eskridge, Yale L J, n. 101, p. 353–89 (citado na nota 161).

214 Eskridge, Cal L Rev, n. 79, p. 617 (citado na nota 161). Eskridge não está sozinho: muitas considerações da teoria política positiva (PPT) sobre as decisões judiciais entendem que o objetivo de muitos juízes é ver a lei refletir as suas posições políticas preferidas. Ver, por exemplo, Epstein and Knight, *The Choices Justices Make*, p. 23 (citado na nota 65) (“A maioria dos juízes, na maioria dos

casos, perseguem políticas; ou seja, eles querem mover o conteúdo substantivo da lei para deixá-lo o mais próximo possível das suas posições preferidas.”); Spiller and Gely, *RAND J Econ*, n. 23, p. 466 (citado na nota 161) (construindo um jogo supondo que “as preferências da Corte são de base essencialmente ideológica”). Entretanto, esse não é necessariamente o caso. Sob a PPT, atores estratégicos – inclusive os juízes – podem ser, em princípio, motivados por muitas coisas. Enquanto a habilidade de um juiz de alcançar seu objetivo, seja este o que for, é contingente em relação às ações de outros (como PPT sugere), sua decisão é interdependente e estratégica. Para um exemplo de um relato PPT de decisões judiciais nas quais os juízes são motivados por princípios jurisprudenciais, ver Ferejohn e Weingast, *Intl Rev L & Econ*, n. 12, p. 265 (citado na nota 161) (“Podemos considerar a preferência judicial como a expressão da jurisprudência, um conjunto de regras prescrevendo como interpretar leis.”).

215 Eskridge, *Cal L ver*, n. 79, p. 646, 650, 653 (citado na nota 161). O “jargão” para essas figuras, da maneira como Eskridge (e nós) as usamos, é “modelos espaciais.” Esses modelos auxiliam pesquisadores a investigar como as decisões de um ator podem influenciar a de outro (ou de outros). Para uma boa introdução a modelos espaciais, ver Peter C. Ordeshook, *Game Theory and Political Theory: An Introduction* 23–26 (Cambridge 1986).

216 Ao denotar esses pontos preferidos, nós (e Eskridge) assumimos que os atores preferem um resultado que seja mais próximo desse ponto a outro que seja mais afastado. Ou, mais tecnicamente, “começando no ponto ideal [do ator], a utilidade sempre declina monotonicamente em qualquer direção. Essa característica é conhecida como preferência unidirecional”. Keith Krehbiel, *Spatial Models of Legislative Choice*, *Legis Stud Q*, n. 13, p. 259, 263 (1988). Para desenvolver as implicações observáveis detalhadas no texto e na Figura 3, nós (em conjunto com Eskridge) também assumimos que os atores possuem informações completas e perfeitas sobre as preferências de todos os outros atores e que a sequência de elaboração de políticas desenvolve-se como segue: a Suprema Corte interpreta a lei, os comitês relevantes do Congresso propõem (ou não propõem) leis para substituir a interpretação da Suprema Corte, o Congresso (se os Comitês

propõem a lei) permite (ou não permite) a substituição da lei, o Presidente (se o Congresso aprovar) assina (ou não assina) a lei, e o Congresso (se o Presidente vetar) substitui (ou não substitui) o veto.

217 Eskridge, Yale L J, n. 101, p. 378 (citado na nota 161).

218 Nós adaptamos essa figura de id. Ver também Eskridge, Cal L Rev, n. 79, p. 645 (citado na nota 161).

219 Ver texto das notas 93–97.

220 Hillman, Colum L Ver, n. 98, p. 581–83 (citado na nota 93).

221 Amar e Widawsky, Harv L Rev, n. 105, p. 1359 (citado na nota 198).

222 Id., p. 1360.

223 Nós escrevemos isso entendendo completamente que o estudo de Amar e Widawsky e muitos outros estudos desse tipo, bem como análises doutrinárias, podem estar mais preocupados em introduzir uma nova perspectiva ou uma nova maneira de contemplar problemas conhecidos do que em sustentar suas alegações. Não temos problemas com esses objetivos; na verdade, nós os aplaudimos. Mas, na medida em que os autores desses estudos – Amar e Widawsky incluídos – traçam alegações empíricas ou inferências, eles não estão mais isentos de seguir as regras que oferecemos, quanto, digamos, um pesquisador realizando um estudo inteiramente quantitativo, cujo único objetivo é oferecer alegações empíricas ou inferências. De fato, seria inapropriado, senão desonesto, que digamos para juristas que nossas regras aplicam-se se seus artigos forem quase que completamente empíricos, mas não se forem só um pouco. Empiricismo é empiricismo, não importa quando, onde ou quanto dele for utilizado.

224 Nós fornecemos algumas respostas nos textos das notas 235–238.

225 Para exemplos de investigações empíricas avaliando o impacto do caso *Miranda* sobre a prática de interrogação policial e seus resultados, ver James W. Witt, *Non-Coercive Interrogation and the Administration of Criminal Justice: The Impact of Miranda on Police Effectuality*, *J Crim L & Criminol*, n. 64, p. 320, 332 (1973) (constatando que o impacto do caso *Miranda* na eficácia policial em parte de Los Angeles foi “leve”); Michael Wald, et al, *Interrogations in New Haven: The Impact of Miranda*, *Yale L J*, n. 76, p. 1519, 1613 (1967) (constatando pequenas mudanças na aplicação da lei em New Haven, Connecticut); Richard J. Medalie, Leonard Zeitz, and Paul Alexander, *Custodial Police Interrogation in Our Nation’s Capital: The Attempt to Implement Miranda*, *Mich L Rev*, n. 66, p. 1347, 1394 (1968) (revelando que a polícia em Washington, D.C., frequentemente falhava em conceder os avisos *Miranda*); Evelle J. Younger, *Interrogation of Criminal Defendants—Some Views on Miranda v. Arizona*, *Fordham L Rev*, n. 35, p. 255, 262 (1966) (“Não parece que as exigências do caso *Miranda* criarão qualquer dificuldade significativa no processo acusatório em casos futuros.”).

226 Nós percebemos que esse exemplo abre a possibilidade de um viés de seleção; por exemplo, a adesão pode ser menor em áreas onde as taxas de confissão já são muito altas. Nós discutimos esse problema no Capítulo VIII.

227 Veja, por exemplo, Richard H. Seeburger e R. Stanton Wettick, Jr., *Miranda in Pittsburgh— A Statistical Study*, *U Pitt L Rev*, n. 29, p. 1 (1967) (“Pode haver uma apreensão e condenação efetiva e razoavelmente eficiente de criminosos sem interrogatório de custódia?”); *Special Committee on Criminal Justice in a Free Society*, ABA Criminal Justice Section, *Criminal Justice in Crisis* 28–29 (1988) (fazendo um levantamento entre promotores, juízes e oficiais de polícia sobre o impacto geral de *Miranda* no cumprimento da lei); *Miranda v Arizona*, 384 US 436, 542 (1966) (White dissidindo) (“Não tenho qualquer desejo de compartilhar a responsabilidade para qualquer impacto tal no processo penal atual.”); Office of Legal Policy, US Department of Justice, *Report to the Attorney General on the Law of Pretrial Interrogation* (1986) (*executive summary*), reimpresso em *U Mich J L Ref*, n. 22, 437, 510–12 (1989) (examinando os efeitos

práticos da decisão *Miranda* e os efeitos adversos no caso sobre a habilidade governamental para proteger o público do crime).

228 Ver Peter F. Nardulli, *The Societal Costs of the Exclusionary Rule Revisited*, U Ill L Rev, n. 1987, p. 223, 238–39 (1987) (concluindo que a regra de exclusão equivale a somente uma pequena porção da perda de casos em grandes jurisdições); Gerald M. Caplan, *Questioning Miranda*, Vand L Rev, n. 38, p. 1417, 1474–75 (1985) (discutindo regimes alternativos sob os quais os tribunais poderiam avaliar quais confissões eram obtidas por meio de coerção).

229 Ver Thomas Y. Davies, *Affirmed: A Study of Criminal Appeals and Decision-Making Norms in a California Court of Appeal*, Am Bar Found Rsrch J, n. 1982, p. 543, 613–19 (1982) (examinando o terreno legal para reverter decisões em uma Corte de Apelação da Califórnia); Karen L. Guy and Robert G. Huckabee, *Going Free on a Technicality: Another Look at the Effect of the Miranda Decision on the Criminal Justice Process*, Crim Just Rsrch Bull, n. 4, p. 1, 2 (1988) (revelando uma taxa de sucesso baixa para apelações baseadas em *Miranda*).

230 Ver Fred E. Inbau and James P. Manak, *Miranda v. Arizona: Is It Worth the Cost?: A Sample Survey, with Commentary, of the Expenditure of Court Time and Effort*, Cal W L Rev, n. 24, p. 185, 199 (1988).

231 Ver Seeburger e Wettick, U Pitt L Rev, n. 29, p. 23–24 (citado na nota 227) (mostrando queda nas taxas de condenação e esclarecimento em Pittsburgh); Witt, J Crim L & Criminol, n. 64, p. 328–29 (citado na nota 225) (o mesmo em Los Angeles). Ver também Cyril D. Robinson, *Police and Prosecutor Practices and Attitudes Relating to Interrogation as Revealed by Pre- and Post-Miranda Questionnaires: A Construct of Police Capacity to Comply*, Duke L J, n. 1968, p. 425, 447–81 (analisando levantamentos com a polícia e promotores a respeito da relação entre interrogatório e esclarecimento).

232 Medalie, Zeitz, e Alexander, Mich L Rev, n. 66, p. 1394–95 (citado na

nota 225) (revelando que uma porcentagem significativa de réus que receberam avisos Miranda não renunciou a seus direitos).

233 Algumas dessas poderiam até vir de teorias que, à primeira vista, têm pouca relação com as questões sobre o impacto do caso Miranda. Uma que vem rapidamente à mente é a teoria de “agência” (*agency theory*), a qual entende que conflitos de valor são difundidos em organizações, que os resultados desses conflitos refletem o poder dos concorrentes, e que os detalhes do projeto organizacional e dos procedimentos de operação (as “regras do jogo”) determinam poder. Ver, por exemplo, Songer, Segal, e Cameron, *Am J Polit Sci*, n. 38, p. 673 (citado na nota 202) (discutindo as interações de agents principais no contexto da Suprema Corte); Terry M. Moe, *The New Economics of Organization*, *Am J Polit Sci*, n. 28, p. 739 (1984) (explorando os modelos de agentes-principais e suas implicações no estudo da burocracia pública). A partir dessa teoria, nós poderíamos desenvolver inúmeras implicações observáveis relacionadas ao efeito do caso *Miranda*, uma vez que essa teoria nos dá suporte para entender sob quais circunstâncias, digamos, uma corte em um circuitofederal desviará dos precedentes estabelecidos pela Suprema Corte, ou quando os policiais desafiarão seus superiores, e assim por diante.

234 Para um resumo do conceito, ver King, Keohane, e Verba, *Designing Social Inquiry*, p. 29–31 (citado na nota 1).

235 Ver texto das notas 221–24.

236 Richard S. Kay, *Adherence to the Original Intentions in Constitutional Adjudication: Three Objections and Responses*, *Nw U L Rev*, n. 82, p. 226, 228–29 (1988).

237 Amar e Widawsky, *Harv L Rev*, n. 105, p. 1359 (citado na nota 198).

238 Ver King, Keohane, e Verba, *Designing Social Inquiry*, p. 30 (citado na nota 1).

- 239** Eskridge, *Cal L Rev*, n. 79, p. 616–17 (citado na nota 161).
- 240** Id.
- 241** Richard L. Revesz, *Environmental Regulation, Ideology, and the D.C. Circuit*, *Va L Rev*, n. 83, p. 1717 (1997).
- 242** Id., p. 1717-18
- 243** Ver id. p. 1718–19 nota 6 (“Dado o alto perfil político do circuito de D. C., (...) este indicador tende a ser razoavelmente bom.”). Ver também nota 276.
- 244** Cynthia A. Williams, *The Securities and Exchange Commission and Corporate Social Transparency*, *Harv L Rev*, n. 112, p. 1197, 1203–04, 1238–46 (1999).
- 245** William N. Eskridge, Jr. e Philip P. Frickey, *Cases and Materials on Legislation: Statutes and the Creation of Public Policy*, p. 733 (West 2d ed 1995).
- 246** Um leitor, ou futuro pesquisador, poderia, claro, especificar ainda mais a teoria, e então derivar implicações observáveis, mas o trabalho empírico subsequente pode então estar testando uma teoria completamente diferente.
- 247** Otto J. Hetzel, Michael E. Libonati, e Robert F. Williams, *Legislative Law and Process*, p. 438 (Michie 2d ed 1993).
- 248** Eskridge e Frickey, *Cases and Materials on Legislation*, p. 733 (citado na nota 245).
- 249** Samuel L. Bufford, *Chapter 11 Case Management and Delay Reduction: An Empirical Study*, *Am Bankr Inst L Rev*, n. 4, p. 85, 85 (1996).
- 250** Id, p. 86

251 Id, p. 97.

252 Id, p. 85.

253 LexisNexis, OCLC, JSTOR, e outros fornecem periódicos em formato eletrônico passível de procura, ver nota 167, tornando vasculhar a literatura uma tarefa bem mais fácil do que ocorria há somente uma década.

254 Frederick Ramos, *Affirmative Action on Law Reviews: An Empirical Study of its Status and Effect*, U Mich J L Ref, n.22, p.179 (1988), e Bufford, Am Bankr Inst L Rev, n. 4, p. 85 (citado na nota 249), são apenas dois de muitos exemplos ilustrando o viés da variável omitida. De fato, os juristas, eles mesmos, apontaram o problema uma vez que se manifestou em vários artigos de direito. Ver, por exemplo, Schulhofer, Nw U L ver, n. 90, p. 506–07 (citado na nota 42), nos estudos dos efeitos de *Miranda* nas taxas de confissão; Warren, Yale L J, n. 102. p. 437 (citado na nota 82), em Bradley e Rosenzweig, ver texto acompanhando notas 81–84; e Theodore Eisenberg, *Measuring the Deterrent Effect of Punitive Damages*, Georgetown L J, n. 87, p. 347 (1998), em W. Kip Viscusi, *The Social Costs of Punitive Damages against Corporations in Environmental and Safety Torts*, Georgetown L J, n. 87, p. 285 (1998).

255 Ramos, U Mich J L Ref , n. 22, p.198, (citado na nota 254).

256 Este projeto alternativo particular pode não ser necessariamente o melhor, dadas as preocupações de Ramos, mas ele fornece um exemplo de uma maneira para controle dessa variável omitida.

257 Isso ocorre com assiduidade em periódicos jurídicos, com os autores incorporando listas enormes de variáveis em suas análises, sem, no entanto, explicar, teoricamente ou de outra maneira, a sua importância. Lederman, Case W Res L Rev, n. 49, p. 328 (citado na nota 28), fornece um exemplo *possível*. Tentando explicar a razão de alguns casos tributários irem ao tribunal, ela inclui as seguintes variáveis: “QUANTIA ENVOLVIDA”, “APELAÇÕES,” “TIPO DE

JUIZ”, “DÉCADA,” “ANTECEDENTES,” “PARTIDO,” “CONTRIBUINTE,” “REGIÃO” e “ADVOGADO.” É somente mais adiante no artigo é que depreendemos o significado de algumas das variáveis. Por exemplo, descobre-se que partido é o partido político do presidente que indicou o juiz. Id, p. 331.

258 Ver Gary King, *“Truth” is Stranger than Prediction, More Questionable than Causal Inference*, Am J Polit Sci, n. 35, p. 1047, 1049–50 (1991) (ressaltando a importância do controle de variáveis anterior e correlacionado à variável causal principal).

259 Lawless e Murray, Mo L Rev, n. 62, p. 101, 117 (citado na nota 60)

260 Id.

261 Ver nota 213.

262 Jeffrey A. Segal and Albert D., *Cover, Ideological Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices*, Am Polit Sci Rev, n. 83, p. 557, 560 (1989) (apresentando medidas dos valores ideológicos dos juízes oscilando de extremamente conservador a extremamente liberal).

263 Ver nota 63.

264 Ver o texto que acompanha as notas 244-48.

265 Williams, Harv L Rev, n. 112, p. 1203–04 (citado na nota 244).

266 Ver texto que acompanha as notas 241-43.

267 Revesz, Va L Rev, n. 83, p. 1727 nota29 (citado na nota 241).

268 Esse é um banco público de dados que contém várias informações sobre as peculiaridades dos casos decididos nas cortes de apelação entre 1925 e 1996.

Disponível em: <<http://www.ssc.msu.edu/~pls/pljp/ctadata.html>>. Acesso em: 11 de janeiro de 2002.

269 Id. Harry T. Edwards, *Collegiality and Decision Making on the D.C. Circuit*, Va L Ver, n. 84, p. 1335 (1998), em uma crítica ao artigo de Revesz, levanta objeção similar:

Há a questão da metodologia utilizada por Revesz para codificar e classificar os casos que forneceram os dados brutos para o estudo. Na terminologia técnica dos exames de decisões de agências, o painel da corte pode admitir ou rejeitar uma petição para revisão da ação da agência. Quando admite a petição para revisão, o painel pode anular a ação sob revisão. Tal anulação pode ou não ser acompanhada por uma devolução expressa para a agência para maiores ações ou explicações. Enquanto a devolução frequentemente envolve a anulação de uma ordem, isto não acontece necessariamente. A corte pode devolver sem anular a ordem, assim mantendo a ordem enquanto pendentes maiores explicações. A corte pode inclusive recusar a petição para revisão e, ainda assim, devolver.

Em outras palavras, há uma nuance considerável nas opções disponíveis para a corte de revisão. Revesz ignora essa variedade de nuances, possivelmente porque levar em conta a sua sutileza teria tornado mais difícil para ele extrair conclusões abrangentes.

Revesz também comete um erro técnico que pode distorcer os seus dados: ele simplesmente trata todas as devoluções como “reversões” da ação das agências, ignorando a possibilidade de devolução sem anulação da ordem, em que a devolução é explicitamente desprovida de reversão. Tais devoluções sem anulação ocorrem; e elas não se encaixam na métrica de Revesz. A existência de tais devoluções sem anulação sublinha a complexidade do processo de revisão, que é, de certa forma, um diálogo entre a corte e a agência. É precisamente esta complexidade e caráter dialógico que Revesz deixa escapar ao referir os desfechos de casos como “afirmações” ou “reversões”.

Id., p. 1345-46. Revesz responde a esta crítica (1) reiterando por que ele

tratou devoluções como reversões e (2) afirmando que a “distinção do juiz Edwards “entre devoluções que anulam a decisão da agência e aquelas que não o fazem pode ser de importância atual, mas não o era durante o período do estudo.” Richards L. Revesz, *Ideology, Collegiality, and the D.C. Circuit: A Reply to Chief Judge Harry T. Edwards*, Va L Rev, n. 85, p. 805 - 819 (1999). Para nós, essa resposta foge à questão. Em suma, como explicamos no texto, Revesz teria feito muito melhor caso tivesse codificado as suas disposições tão precisamente quando o fez a equipe de pesquisa do Banco de Dados das Cortes de Apelação dos Estados Unidos.

270 Donald R. Songer, *The United States Court of Appeals Database: Documentation for Phase 1* (em inglês) disponível em <<http://www.ssc.msu.edu/~pls/pljp/ctacode.PDF>> (acesso em 11 de janeiro de 2002).

271 Id., p.*10.

272 Id., p.*101. Embora uma concordância entre codificadores de 95,2 por cento pareça alta, definir se ela é alta o bastante depende na utilização que terá esta medida. Por exemplo, este nível de confiabilidade tornará os pesquisadores incapazes de detectar diferenças nessa variável menores que cerca de 5 por cento. Se uma maior sensibilidade é necessária aos resultados, então um melhor procedimento de medida deve ser procurado.

273 Isto traz à tona a questão de se uma medida pode ser válida, mas não confiável. A resposta simples é que para tal medida nós não levantaríamos a questão da validade; nós desenvolveríamos uma medida diferente. Para ver o porquê, retorne ao exemplo da balança de banheiro. Se alguém subisse nela uma vez e obtivesse uma leitura precisa, mas em seguida subisse novamente e obtivesse uma leitura imprecisa, este concluiria que a balança estava “quebrada” e a substituiria por um novo modelo. A ideia por trás desta questão é mais bem abordada no contexto de imparcialidade e eficiência (em que um pesquisador geralmente preferiria uma medida que fosse levemente tendenciosa, mas muito menos variável, a outra que fosse imparcial, mas muito variável), conceitos que a seguir apresentaremos.

274 Cross e Tiller, *Yale L J*, n. 107, p. 2155 (citado na nota 166).

275 *Id.*, p. 2168.

276 Resvez *Va L Rev*, n. 86, p. 1718-19 nota 6 (citado na nota 241). Em resposta à crítica do juiz Edwards acerca de sua medida, Edwards, *Va L Rev*, n. 84, p. 1347 (citado na nota 269) (“O problema inicial é que Revesz não fornece uma explicação da utilidade do indicador do partido do presidente nomeador como uma base para a ideologia judicial.”), Revesz traz justificativa adicional para isto: já que “não está disponível para pesquisadores” a informação que lhes permitiria construir uma medida direta de ideologia, “não há qualquer alternativa que não fiar-se em algum *proxy* para ideologia. O indicador que usei foi empregado em um grande número de estudos antes do meu, muitos dos quais são citados no meu artigo.” Revesz, *Va L Rev*, n. 85, p. 824 (citado na nota 269). Mas ver texto que acompanha as notas 299-304.

277 Só podemos concluir que Cross e Tiller, *Yale L J*, n. 107, p. 2155 (citado na nota 166), concordam com Revesz, visto que não fornecem nenhuma justificativa para a escolha de sua medida.

278 A pontuação de Carter é 60,3; a de Nixon é 47,7, e a de Johnson é 78,2. Jeffrey A. Segal, Richard J. Timpone, e Robert M. Howard, *Buyer Beware?: Presidential Success through Supreme Court Appointments*, *Polit Rsrch Q*, n. 53, p. 557-562 (2000). Para informações sobre como Segal construiu suas pontuações, ver *id.*, p. 560-61.

279 Michael W. Giles, Virginia A. Hettinger, e Todd Peppers, *Picking Federal Judges: A Note on Policy and Partisan Selection Agendas*, *Polit Rsrch Q*, n. 54, p. 623, 626 (2001). Ver também Donald R. Songer e Susan Haire, *Integrating Alternative Approaches to the Study of Judicial Voting: Obscenity Cases in the U.S. Courts of Appeals*, *Am J Polit Sci*, n. 36, p. 963, 965 (1992) (observando que alguns estudiosos consideram que “os presidentes do mesmo partido variam em termos de suas posições em um espectro contínuo liberal-conservador”). Para

fornecer senão um exemplo, Susan B. Haire, Martha Anne-Humphries, e Donald R. Songer, *The Voting Behavior of Clinton's Courts of Appeals Appointees*, *Judicature*, n. 84, p. 274, 278 (2001), relata:

Em contraste com aos nomeados por Reagan-Bush, os nomeados por Clinton ofereceram substancialmente mais suporte à posição liberal em litígios de direitos civis. Quando votaram para casos penais e econômicos, [no entanto,] os juízes de Clinton geralmente adotaram posições marcadamente similares àquelas tomadas pelos juízes indicados pelos [presidentes] republicanos moderados.

280 Ver, por exemplo, Sheldon Goldman, *Picking Federal Judges: Lower Court Selection from Roosevelt through Reagan*, p. 3-4 (Yale 1997), argumentando, baseado em detalhado trabalho arquivístico, que os presidentes buscam fazer avançar uma ou alguma combinação de três agendas – pessoal, partidária ou política – ao realizarem as nomeações judiciais. “Agenda pessoal” refere-se a utilizar o poder de nomeação para agradar um amigo ou associado. A “partidária” significa utilizar nomeações como veículos para o aumento do suporte eleitoral do partido deles ou deles próprios dentro do partido. Agenda “política” trata de utilizar nomeações para realçar os objetivos políticos essenciais de uma administração. *Id.*, p. 3.

281 Giles, Hettinger, e Peppers, *Polit Rsrch Q*, n. 54, p. 628-29 (citado na nota 279).

282 Ver Capítulo II.B.3.

283 Nós temos consciência de que Segal e Cover projetaram esta medida para pinçar as preferências de juízes da Suprema Corte, e não de juízes de cortes de apelação. Discutimos uma abordagem alternativa para mensurar as preferências dos juízes federais de apelação inferiores no texto que acompanha as notas 299-304.

284 Segal e Cover, *Am Polit Sci Rev*, n. 83, p. 559 (citado na nota 262).

285 Id.

286 Fontes de dados para as pontuações de Segal/Cover: Segal e Cover, *Am Polit Sci Rev*, n. 83, p. 560 (citado na nota 262); Segal, et al, *The Supreme Court Compendium*, p.452-55 (citado na nota 64).

287 As “Pontuações de Segal/Cover” variam de 1.00 (mais liberal) a -1.00 (mais conservador); elas provêm de análises de conteúdo de editoriais de jornais anteriores à confirmação. “Voto Real” é a porcentagem de votos liberais lançados pelos magistrados no curso de sua carreira (no período de 1998) em casos de liberdades civis.

288 Rehnquist recebeu a mesma pontuação tanto como juiz associado quanto como Presidente da Corte.

289 Brett Christopher Gerry, *Parity Revisited: An Empirical Comparison of State and Lower Federal Interpretations of Nollan v. California Coastal Commission*, *Harv J L & Pub Pol*, n. 23, p. 233 (1999).

290 483 US 825 (1987).

291 Gerry, *Harv J L & Pub Pol*, p. 273-76 (citado na nota 289) (encontra suporte empírico para paridade entre cortes estaduais e federais na interpretação de questões federais).

292 Id, p. 273.

293 531 US 98 (2000).

294 Não precisamos adivinhar aqui. O juiz Thomas, quando questionado, no dia seguinte à publicação da decisão da Suprema Corte no caso *Bush v. Gore*, sobre o papel que as afiliações partidárias dos magistrados tinha na decisão, respondeu: “Zero.” Neil A. Lewis, *Justice Thomas Speaks Out on a Timely Topic*,

Several of Them, in Fact, NY Times 17A (14 Dez, 2000). Ele continuou, dizendo que “eu peço a você que, o que quer que você faça, não tente aplicar as regras do mundo político à esta instituição.” Id.

Nesta mesma linha são as respostas dos juízes a estudos sugerindo que eles decidem com base diversa de princípios neutros. Ver, por exemplo, Patricia M. Wald, *A Response to Tiller and Cross*, Colum L Rev, n. 99, p. 235, 237 (1999) (afirmando que “mesmo nos relativamente raros casos em que as convicções pessoais de um juiz têm espaço para emergir, elas não automaticamente sobrepõem-se aos fatos do caso, à legislação relevante e aos limites constitucionais à capacidade decisória do juiz”); Edwards, Va L Rev, n. 84, p. 1359 (citado na nota 269):

A principal razão pela qual me surpreendi face às hipóteses apresentadas pelos estudiosos [de que os votos refletem considerações políticas e partidárias](...) é que meus colegas e eu tão raramente discordamos da opinião dos colegiados de que participamos (...) Mesmo onde houve discórdia, esta somente ocorreu em matéria de linhas presumidas “partidárias” em cerca de metade das vezes. Isto é, na minha opinião, evidência *prima facie* extremamente forte de um consenso entre os juízes sobre o correto julgamento em um determinado caso.

295 Ver, por exemplo, Richard Nisbett e Tim Wilson, *Telling More than We Know: Verbal Reports of Mental Processes*, Psych Rev, n. 84, p. 231, 233 (1977) (“A precisão de relatos subjetivos é tão ruim que sugere que qualquer caminho instrospectivo que exista não é suficiente para produzir relatos geralmente corretos ou confiáveis.”); Wendy M. Rahn, Jon A. Krosnick, e Marijke Breuning, *Rationalization and Derivation Processes in Survey Studies of Political Candidate Evaluation*, Am J Polit Sci, n. 38, p. 582 (1994) (coletando relatos dos eleitores e conclui que relatos sobre as intenções de voto feitos pela própria pessoa e sem uma estrutura fixa oferecem mais racionalizações do que razões).

296 Isto não quer dizer que os juristas deixam de perceber o problema; alguns, na verdade, o fazem, como sugere o seguinte: “Eu (...) reconheço que qualquer

tentativa de usar entrevistas para avaliar ambientes complexos é sujeita ao problema de que os entrevistados talvez não consigam explicar a motivação de suas ações para o entrevistador.” Mann, *Harv L Rev*, n. 110, p. 632 nota³³ (citado na nota 112). Nós argumentamos que mero reconhecimento é insuficiente – que estudiosos, como sugerido abaixo, devem tomar medidas corretivas.

297 Neal Miller, *An Empirical Study of Forum Choices in Removal Cases under Diversity and Federal Question Jurisdiction*, *Am U L Rev*, n. 41, p. 369 (1992).

298 Na verdade, os estudiosos tomaram para si esta tarefa e descobriram correlações grandes entre as pontuações e os votos dos magistrados. Ver Segal e Cover, *Am Polit Sci Rev*, n. 83, p. 557 (citado na nota 262); Segal, et al, *J Polit*, n. 57, p. 812 (citado na nota 64) – pelo menos em algumas áreas do direito. Mas ver Lee Epstein e Carol Mershon, *Measuring Political Preferences*, *Am J Polit Sci*, n. 40, p. 261 (1996) (constatando que as pontuações de Segal e Cover são efetivas nas circunstâncias indicadas por seus criadores, mas outros inquéritos podem requerer novos substitutos para preferências judiciais).

299 Ver texto que acompanha as notas 274-81.

300 Lembrar que Revesz, *Va L Rev*, n. 83, p. 1717 (citado na nota 241), invoca a mesma medida. Conseqüentemente, as preocupações que expressamos nesse parágrafo aplicam-se igualmente à pesquisa dele.

301 Giles, Hettinger e Peppers, *Polit Rsrch Q*, n. 54, p. 636 (citado na nota 279).

302 Keith T. Poole, *Recovering a Basic Space from a Set of Issue Scales*, *Am J Polit Sci*, n. 42, p. 954 (1998). Essas pontuações são baseadas nos Votos Trimestrais do Congresso por Chamada de Apoio ao Presidente. Tais pontuações, junto a uma descrição detalhada delas, estão disponíveis *online* em <<http://voteview.uh.edu>> (acesso em 18 de janeiro de 2002).

303 Keith T. Poole and Howard Rosenthal, *Congress: A Political-Economic History of Roll Call Voting* (Oxford 1997). Essas pontuações são baseadas em todas as votações não unânimes realizadas a cada ano.

304 Ver, por exemplo, Giles, Hettinger, e Peppers, *Polit Rsrch Q*, n. 54, p. 636 (citado na nota 279).

305 Ver texto que acompanha notas 244-48.

306 Larry D. Kramer, *Putting the Politics Back into the Political Safeguards of Federalism*, *Colum L Rev*, n. 100, p. 215 (2000).

307 Herbert Wechsler, *The Political Safeguards of Federalism: The Role of the States in the Composition and Selection of the National Government*, *Colum L Rev*, n. 54, p. 543, 546 (1954).

308 Id, p.559.

309 Kramer, *Colum L Rev*, n. 100, p. 227 (citado na nota 306).

310 Id, p. 228 (o grifo foi adicionado).

311 Percebemos que alguns tipos de consenso acadêmico podem existir sobre tais “estimativas”, entretanto esse não é o problema aqui. O problema é se as estimativas estão muito longe do correto – uma questão que não podemos responder, uma vez que nós não sabemos precisamente como o pesquisador chegou a elas.

312 Timothy E. Lin, *Note, Social Norms and Judicial Decisionmaking: Examining the Role of Narratives in Same-Sex Adoption Cases*, *Colum L Rev*, n. 99, p. 739, 792–94 (1999).

313 Id, p. 775 (o grifo foi adicionado).

314 Barry Friedman, *The history of the Countermajoritarian Difficulty, Part Four: Law's Politics*, U Pa L Rev, n. 148, p. 971 (2000).

315 Alexandre M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* 16-17 (Bobbs-Merril, 1962) (“Quando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo ou a ação do executivo eleito, ela frustra a vontade dos representantes das verdadeiras pessoas do aqui e agora; ela exerce controle, não em nome da maioria prevalente, mas contra ela”).

316 Friedman, U Pa L Rev, n.148, p. 985 (citado na nota 314).

317 Id p. 986.

318 Nicole Veilleux, Note, *Staying Death Penalty Executions: An Empirical Analysis of Changing Judicial Attitudes*, Georgetown L J, n. 84, p. 2543, 2554 (1996). Este é tanto um estudo quantitativo como qualitativo. O autor coleta dados numéricos de suspensão de execução concedidas e negadas, e qualitativamente explora explicações para os aumentos na fração negada.

319 Id, p. 2551.

320 Ver o texto acompanhando a nota 142.

321 Fischer, Yale L J, n.109, p.861-63 (citado na nota 142).

322 Veilleux, Note, Georgetown L J, n. 84, p. 2568-71 (citado na nota 318).

323 Ver King, Keohane e Verba, *Designing Social Inquiry*, p.23 (citado na nota 1) (percebendo que sem um registro do processo de geração de dados, analistas não podem determinar se procedimentos padrão criarão inferências enviesadas).

324 Ver texto acompanhando as notas 112-14.

325 Ver texto acompanhando as notas 114-17, 122-24.

326 Anderson e Rowe, *Chi Kent L. Rev.*, n. 71, p. 519 (citado na nota 105).

327 *Id.*, p. 526.

328 *Id.*

329 Linda G. Mills, *Killing Her Softly: Intimate abuse and the Violence of State Intervention*, *Harvard L. Rev.*, n. 113, p. 550, 554-55 (1999). (“As mesmas intervenções estatais planejadas para erradicar o abuso nas mulheres que sofreram violência muito frequentemente reproduzem o abuso emocional da relação em que elas eram agredidas”).

330 *Id.*, p. 556.

331 Um procedimento de seleção relacionado – um que leva o pesquisador a enviesar a amostra contra a hipótese (ou afirmação) de interesse –também pode produzir vieses. Um exemplo nesses parâmetros é Lisa Bernstein, *The Questionable Empirical Basis of Articles 2’s Incorporation Strategy: A Preliminary Study*, *U of Chi L Rev.*, n. 66, p. 710 (1999). Para investigar em que medida costumes comerciais “realmente existem quanto à maioria dos aspectos das relações contratuais em comunidades mercantis,” Bernstein examina quatro indústrias – de feno, de grãos, têxtil e de seda. *Id.*, p. 713-15. Parece que ela seleciona essas indústrias porque são aquelas que “em um primitivo estágio de seu desenvolvimento, eram a grosso modo caracterizadas por condições favoráveis à emergência de costumes”, assim como “muito coesas”. *Id.*, p.715. Em outras palavras, ela parece estar enviesando sua amostra contra sua hipótese de interesse (ou, ao menos, contra a afirmação que ela efetua depois), que “os negociantes mercantis não (...) possuem visões similares sobre o significado de termos contratuais comuns”. *Id.*, p.719. Assim, ela procede partindo da crença de que, se ela não encontrar a existência de costumes entre os negociantes mercantis em indústrias nas quais as condições são favoráveis para o desenvolvimento desses

costumes, então ela não a encontrará em indústrias nas quais as condições para seu aparecimento são desfavoráveis. O problema aqui é que se, por qualquer razão, costumes sejam mais difíceis de serem detectados em “comunidades muito coesas” que em quaisquer outros tipos, ela pode ter inadvertidamente enviesado a sua amostra *em prol* da hipótese de interesse, e não contra ela.

332 Ver texto acompanhando as notas 189-90.

333 Kerr, Yale J Reg, n. 15, p. 6-10 (citado na nota 28).

334 Id, p. 18.

335 Kirt Schulberg, Comentário, *Digital Influence: Technology and Unpublished Opinions in the Federal Courts of Appeals*, Cal L Rev, n. 85, p. 541, 546 (1997), citando o Diretor do Gabinete Administrativo das cortes norte-americanas, ed, *Report of the Proceedings of the Judicial Conference of the United States* 11 (GPO 1994). Devemos ser claros: como o juiz Richard S. Arnold, *Unpublished Opinions: A Comment*, J. App. Prac. And Process, n. 1, p. 219, 219 – 20 (1999), escreve:

“Não-publicado” (...) não quer dizer “secreto” (...) Todas as opiniões são públicas, no sentido de que elas estão disponíveis ao público. Qualquer um pode entrar da rua, pagar a taxa apropriada e pegar a cópia de qualquer opinião ou ordem de uma corte de apelações (...) [O que não-publicado significa na verdade é] que a opinião não é para ser publicada em um livro, um meio impresso. Significa que a opinião não é postada (ou, de outra maneira, transmitida) para a *West Publishing Company* ou qualquer outra editora jurídica com a intenção de que ela seja impressa em um livro comercialmente disponível”.

Id p. 220. Em 1999, 78,1% de todas as decisões das cortes de apelações não foram publicadas. Somente no Primeiro Circuito houve mais opiniões publicadas (54,6%) que não-publicadas (45,4%). Diretor do Gabinete Administrativo das cortes norte-americanas, *Judicial Business of the United States Courts: 1999 Annual Report of the Director*, 49 quadro S-3 (GPO 1999),

disponível em <http://www.uscourts.gov/judbus1999/supps.html> (visitado em 16 de janeiro de 2002).

O movimento em direção às opiniões não-publicadas começou em 1964, quando a Conferência Judicial dos Estados Unidos recomendou que as Cortes de Apelação dos Estados Unidos autorizassem a publicação “somente daquelas opiniões que são de valor jurisprudencial geral”. Diretor do Gabinete Administrativo das cortes norte-americanas, ed, *Report of the Proceedings of the Judicial Conference of the United States* 11 (GPO 1964). Oito anos depois, em 1972, a Conferência endossou uma recomendação do Centro Federal Judicial e dirigiu os circuitos de cortes de apelação que fizessem planos para limitar a publicação. Diretor do Gabinete Administrativo das cortes norte-americanas, ed, *Report of the Proceedings of the Judicial Conference of the United States* 22 (GPO 1972). Em torno da metade dos anos 70, todos os circuitos assim tinham procedido. Para ser preciso, as especificidades das regras adotadas diferem, mas todas tem como premissa a ideia de que os juízes deveriam “no geral, procurar publicar apenas casos de valor jurisprudencial geral.” Shuldberg, Comentário, *Cal. L. Rev.*, n. 85, p. 551. Ver também Donald R. Songer, *Criteria for Publication of Opinions in the U.S. Courts of Appeals: Formal Rules versus Empirical Reality*, *Judicature*, n. 73, p. 307, 307-08 (1990) (recitando a história do debate da não-publicação); William L. Reynolds e William M. Richman, *An Evaluation of Limited Publication in the United States Courts of Appeals: The Price of Reform*, *U of Chi L Rev*, n. 48, p. 573, 574 (1981) (apresentando “uma exame empírico do funcionamento dos planos de publicação das onze Cortes de Apelação dos Estados Unidos durante o ano reportado de 1978-79”).

336 Ver, por exemplo, Richard A. Posner, *The Federal Courts: Crisis and Reform*, n. 122 (Harvard 1985) (“Os critérios para quando uma opinião deve ser publicada são (...) imprecisos e não-diretivos; são pouco melhores do que dizer que uma opinião não deve ser publicada a menos que seja provável que tenha valor como precedente. Mas os juízes geralmente não saberão se uma opinião é passível de possuir tal valor”); Shuldberg, *Cal. L. Rev.*, n. 85, p. 551 (citado na nota 335) (“Muitas opiniões não-publicadas contêm análises que são importantes para

futuros litigantes e para o público em geral”); Songer, *Judicature*, n. 73, p. 313 (citado na nota 335) (“As regras governando a publicação nos circuitos estão estabelecidas em uma linguagem ampla e geral (...) [então] não deve ser muito surpreendente que se ache que as regras não foram aplicadas de uma maneira consistente por diferentes juízes”); Lauren K. Robel, *The Myth of the Disposable Opinion: Unpublished Opinions and Government Litigants in the United States Courts of Appeals*, *Mich L Rev*, n. 87, p. 940, 948 nota 38 (1989) (Há uma boa possibilidade de que juízes façam, por vezes, uso dos planos de publicação por razões que não foram contempladas pelas regras”). Ver também *Anastoff vs. United States*, 223 F3d 898, 905 (oitavo circuito 2000) (sustentando que as regras de cortes dos circuitos proibindo a citação de opiniões não-publicadas são inconstitucionais, porque elas têm valor jurisprudencial), *vacd as moot*, 235 F3d 1054 (oitavo circuito 2000) (*en banc*).

337 Ver, por exemplo, Robel, *Mich L Rev*, n. 87, p. 940 (citado na nota 336); Songer, *Judicature*, n. 73, p.307 (citado na nota 335); Donald R. Songer, *Nonpublication in the United States District Courts: Official Criteria versus Inferences from Appellate Review*, *J. Polit.*, n. 50, p. 206 (1988) (sugerindo a possibilidade de que juízes possam “deliberadamente recusar-se a redigir opiniões em alguns casos que eles percebiam não ser triviais”).

338 Kerr, *Yale J. Reg.*, n. 15, p. 60 (citado na nota 28).

339 Coletar todas as observações é, com certeza, um caso especial de seleção aleatória com uma probabilidade seletiva de 1,0 para cada elemento da população.

340 Uma alternativa seria designar a cada um dos mil casos uma probabilidade de seleção de 0,1; extrair mil números do que é conhecido como “uma distribuição uniforme no intervalo de unidade”, cada um dos quais é um número entre 0 e 1, e selecionar cada caso em que o número desenhado é menor que 0,1 e rejeita-lo se não o for. Estabelecer números aleatórios envolve olhar para uma tabela de números aleatórios uniformes ou usar um programa de computador especialmente desenhado.

- 341** Ver o texto acompanhando as notas 329 – 31.
- 342** Ver o texto acompanhando as notas 297 – 98.
- 343** Miller, Am U. L Rev. n. 41, p. 375-79 & nota 46 (citado na nota 297).
- 344** Ver id, p. 385-98.
- 345** Id, p. 448.
- 346** King, Keohane e Verba, *Designing Social Inquiry*, p. 124 – 28 (citado na nota 1), fornece um exemplo no qual a seleção aleatória com um número pequeno de observações produz vieses com uma probabilidade de dois terços.
- 347** Apesar de que vários estudos tenham usado esse tipo de medida para estimar o impacto de *Miranda* (por exemplo, o número de confissões suprimidas devidas a *Miranda*, ver Floyd Feeney, Forrest Dill, e Adriane Weir, *Arrests without Conviction: How Often They Occur and Why*, p. 144 – 146 (US Dept of Justice 1983) (estudando confissões acabando em não-condenação em Jacksonville, Flórida e San Diego, Califórnia); Nardulli, U Ill L Rev, n. 1987, p. 227 (citado na nota 228) (estudo do papel e do impacto da regra de exclusão em casos em Chicago), juristas apontaram problemas com isso. Ver, por exemplo, Paul G. Cassell, *Miranda's Social Cost: An Empirical Assessment*, Nw L Rev, n. 90, p. 387, 393 – 95 (1996) (“Análise do número de confissões suprimidas apenas nos fala dos casos *em que a polícia obtém confissões*. Não nos diz nada sobre os casos em que a polícia *falha* em obter confissões em razão das regras de Miranda (...) Pessoa alguma pode simplesmente saber o número de “confissões perdidas” por meio da observação do boletim de cumprimento da lei ou pelo arquivo da corte.”).
- 348** Para alguns desses benefícios, ver Saunders, Duke L J, p .49, p. 1670–73 (citado na nota 139) (habilidades de escrita, citação e edição, assim como de interação com professores e exposição a empregadores); Wendy J. Gordon,

Counter-Manifesto: Student-Edited Reviews and the Intellectual Properties of Scholarship, U Chi L Rev, n. 61, p. 541, 543–44 (1994) (contato próximo com profissionais especializados); Leo P. Martinez, *Babies, Bathwater, and Law Reviews*, Stan L Rev, n. 47, p. 1139, 1140 (1995) (treino em “uma leitura atenciosa embora anal-retentiva, de minúcia,”); Martin, Iowa L Rev, n. 71, p. 1099– 1101 (citado na nota 20) (desenvolvimento das habilidades de pesquisa e escrita do estudante, provendo um destino para a iniciativa do estudante, e criando um fórum para o acadêmico desconhecido); John T. Noonan, Jr., *Law Reviews*, Stan L Rev, n. 47, p. 1117, 1117–18 (1995) (notando que periódicos jurídicos oferecem aos estudantes a oportunidade de contribuir para a profissão e de engajar-se em combates intelectuais). Mesmo críticos do sistema atual reconhecem seu valor para os estudantes. Ver, por exemplo, Roger C. Cramton, “*The Most Remarkable Institution*”: *The American Law Review*, J. Legal Educ, n. 36, p. 1, 8 (1986) (reconhecendo que periódicos jurídicos provêm uma experiência educacional, mas afirmando que a experiência está diminuindo).

349 Se as faculdades de direito devem fazer disso uma parte do seu currículo do primeiro ano ou reservá-lo para os segundos e terceiros anos do estudante depende de seus objetivos e necessidades individuais. Uma comparação relevante é entre os programas de graduação nas ciências sociais, os quais tipicamente encorajam os estudantes a fazer cursos instrumentais (por exemplo, pesquisa, projeto, métodos, línguas, teoria dos jogos) o mais cedo possível em suas carreiras acadêmicas. Também vale perceber que a estratégia de tentar cobrir as regras de inferência em cursos substanciais existentes é útil, mas não é suficiente: o estudo da inferência, pesquisa, projeto e métodos empíricos constitui um campo distinto e claramente delineado de investigação acadêmica, e é melhor ensinada em curso separado.

350 Informação sobre a ICPSR, incluindo seu programa de verão, está disponível on-line em: <<http://www.icpsr.umich.edu>> (visitado em 17 de janeiro de 2002).

351 Schuck, J Legal Educ, n. 39, p. 333 (citado na nota 2).

352 Gerald V. Post, *How Often Should a Firm Buy New PCs?*, Comm ACM, n. 42, p. 17, 21 (1999) (sugerindo a companhias que mudem seus computadores a cada trinta e seis meses).

353 Micah Altman e Michael McDonald, *The Robustness of Statistical Abstractions: A Look under the Hood*, trabalho apresentado no encontro anual da *Society for Political Methodology* (1999) (em arquivo com os autores).

354 Saunders, Note, Duke L J, n. 49, p.1683 (citado na nota 139); John G. Kester, *Faculty Participation in the Student-Edited Law Review*, J Legal Educ, n. 36, p. 14–15 (1986).

355 Ver, por exemplo, Michael I. Swygert e Jon W. Bruce, *The Historical Origins, Founding, and Early Development of Student-Edited Law Reviews*, Hastings L J, n. 36, p.739, 778–87 (1985); John J. McKelvey, *The Law School Review*, Harv L Rev, n. 50, p.868, 882–86 (1937); Bernard J. Hibbitts, *Last Writes?: Reassessing the Law Review in the Age of Cyberspace*, NYU L Rev, n. 71, p. 615, 617–28, 630–31 (1996); William P. LaPiana, *Logic and Experience: The Origin of Modern American Legal Education*100 (Oxford 1994); James W. Harper, *Why Student-Run Law Reviews?*, Minn L Rev., n. 82, p. 1261, 1263–65 (1998).

356 Essa preocupação implica no jeito como os estudantes escolhem artigos — e é uma que muitos juristas levantaram. Ver nota 139.

357 Ver nota 21.

358 Friedman, Denver U L Rev, n. 75, p. 661(citado na nota 26).

359 Ver, por exemplo, Arthur D. Austin, *The “Custom of Vetting” as a Substitute for Peer Review*, Ariz L Rev, n. 32, p. 1, 4 (1989) (“O uso publicações editadas por estudantes como o principal canal para a escrita jurídica é uma situação embaraçosa, merecendo os sorrisos de desdém que recebe de colegas das ciências

naturais e sociais”); Lindgren, *U Chi L Rev*, n. 61, p. 535 (citado na nota 46) (“Em outras partes da academia, periódicos jurídicos são consideradas uma piada. Docentes de todas as outras áreas frequentemente não conseguem acreditar que, para a maioria de nossas publicações acadêmicas, permitimos que estudantes sem diplomas avançados selecionem manuscritos”); Rosenberg, *Green Bag 2d*, n. 3, p. 270 (citado na nota 22) (“A ciência social e, nesse âmbito, o direito, é um mundo repleto de histórias aterrorizantes de editores de periódicos jurídicos ignorantes”).

360 Muitos juristas levantaram objeções à aplicação de variáveis de um “modelo de revisão cega e paritária” para o seu trabalho. Ver, por exemplo, Hibbitts, *Akron L Rev*, n. 30, p. 292 (citado na nota 139) (“Se o controle de qualidade por estudantes é problemático, no entanto, o controle de qualidade tradicional por pares não deve ser muito melhor.”); Friedman, *Denver U L Rev*, n. 75, p. 665 (citado na nota 26) (“Revisão paritária, de qualquer maneira, não é perfeita. Professores não são anjos, e não são imparciais. Muitos deles são antigos editores de periódicos jurídicos, afinal. Eles podem ser tão tendenciosos quanto seus estudantes.”); Posner, *Stan L Rev.*, n. 47, p. 1134 (citado na nota 139) (afirmando que o movimento de submissão cega “não revelou vantagens líquidas”); Saunders, *Duke L J*, n. 49, p. 1677 (citado na nota 139) (percebendo o problema de ação coletivo envolvido com periódicos jurídicos adotando políticas de submissão cega).

361 Austin, *Ariz L Rev*, n. 32, p. 3 (citado na nota 359), argumenta o tanto quanto, mas o uso de notas de rodapé elaboradas, como ele argumenta em *Footnotes as Product Differentiation*, *Vand L Rev*, n. 40, p. 1131, 1154 (1987), reflete outros fatores (embora relacionados).

362 Ver Austin, *Ariz L Rev*, n. 32, p. 5 (citado na nota 359). Tal “testemunho” pode ser direcionado tanto para editores de periódicos jurídicos como para pesquisadores em outras partes da universidade. Ver Hibbitts, *NYU L Rev*, n. 71, p. 641 (citado na nota 355) (percebendo que o “número de nomes proeminentes que o autor coloca na nota de rodapé de ‘a’radecimentos” pode afetar a decisão dos editores); Austin, *Vand L Rev*, n. 40, p. 1131 (citado na nota 361) (“Dar crédito

a líderes estabelecidos no campo por ter lido o manuscrito fornece ao instrutor sem vínculo estável o carimbo da credibilidade instantânea”).

363 Austin, *Ariz L Rev*, n. 32, p. 3 (citado na nota 359).

364 De fato, estamos conscientes das propostas numerosas que os acadêmicos e outros ofereceram (algumas das quais foram adotadas pelas faculdades de direito). Muitos pedem por vários níveis de “remendos” ao modelo existente. Ver, por exemplo, Posner, *Stan L Rev.*, n. 47, p. 1136–38 (citado na nota 139), (sugerindo que os periódicos jurídicos obtenham revisões cegas em cada manuscrito não-doutrinário “plausível” e “renúncia à edição linha a linha”); Saunders, Note, *Duke L J*, n. 49, p. 1682–83 (citado na nota 139) (sugerindo que os periódicos jurídicos diversifiquem seus membros e “encorajem envolvimento informal dos docentes”). Outros pedem por mudanças drásticas, sugerindo a alteração para um modelo de simpósio docente (ver Lindgren, *U Chi L Rev*, n. 61, p. 35 (citado na nota 46)), publicações editadas por docentes (ver Richard A. Epstein, *Faculty-Edited Law Journals*, *Chi-Kent L Rev*, n. 70, p. 87, 88–93 (1994), e David M. Richardson, *Improving the Law Review Model: A Case in Point*, *J Legal Educ*, n. 44, p. 6, 7–11 (1994)), e mesmo auto-publicação na internet (ver Hibbitts, *NYU L Rev*, n. 71, p. 667 (citado na nota 355)). Nossa proposta enquadra-se entre esses dois extremos e, dessa maneira, tem a virtude de preservar algumas das melhores características do modelo existente e ao mesmo tempo oferecer um corretivo para seus *déficits* mais sérios.

365 Fornecer uma voz a estudantes editores na seleção dos membros conselho editorial pode aumentar mais sua autonomia e garantir uma relação suave de trabalho entre esse quadro e os editores.

366 Ver notas 43 – 54.

367 Ver, por exemplo, Abner Mikva, *Goodbye to Footnotes*, *U Colo L Rev*, n. 56, p. 647, 647 (1985) (“Considero notas de rodapé em opiniões judiciais uma abominação.”); Arthur J. Goldberg, *The Rise and Fall (We Hope) of Footnotes*,

ABA J, n. 69, p. 255, 255 (1983) (“Acho que notas de rodapé causam mais problemas que os resolvem.”); Rodell, Va L Rev., n. 23, p. 41 (citado na nota 43) (“O defeito da nota de rodapé não cultiva senão o pensamento desleixado, escrita sem-graça, e maus olhos.”); David Mellinkoff, *Legal Writing: Sense and Nonsense*, n. 94 (West 1982) (“Geralmente o autor da nota de rodapé é mais desonesto que preguiçoso.”) Cramton, J Legal Educ, n. 36, p. 5 (citado na nota 348) (“A tendência a fornecer uma citação para cada proposição distrai o leitor e pode contribuir mais para a forma que para o conteúdo.”); Lasson, Harv L Rev, n.103, p. 939 (citado na nota 44) (descrevendo a colocação de notas de rodapé como um vírus).

368 Um desenvolvimento relacionado (e complicado) é que nem os editores de vários periódicos jurídicos nem os produtores dos estudos que eles publicam tomaram, aparentemente, algum passo para forçar as várias companhias (por exemplo, Lexis ou Westlaw) que produzem versões eletrônicas de suas publicações para incluir quadros e figuras. Onde esses elementos deveriam aparecer no texto, o leitor é direcionado a ver a versão impressa. Certamente editores e docentes poderiam (e deveriam) espernear se o Lexis tratasse notas de rodapé da mesma maneira. Felizmente, ao menos os quadros estão disponíveis em algum lugar; não é isso que ocorre com a maioria dos dados quantitativos ou qualitativos originais.

369 O que essa experiência mostra é que os autores – se professores de direito ou cientistas sociais ou físicos – são geralmente de pouco valor no auxílio para que outros repliquem pesquisas que não atingiram originalmente o padrão da replicação. De fato, muitos esforços para replicar trabalhos que não atingem esse padrão falham mesmo com a ajuda do autor. Ver William G. Dewald, Jerry G. Thursby, e Richard G. Anderson, *Replication in Empirical Economics: The Journal of Money, Credit and Banking Project*, Am Econ Rev, n. 76, p.587 (1986) (levantando erros que ocorrem comumente em uma pesquisa econômica empírica frustrando replicação). Isso não é surpreendente, uma vez que pesquisadores não são arquivistas profissionais e frequentemente não retêm toda a informação necessária para replicação. Claro, mesmo se os autores fossem rotineiramente aptos

a ajudar, nunca perdessem coisa alguma, e vivessem eternamente, depender deles em vez de no material publicado em registros públicos significa que o conhecimento, a interpretação e todos os fatos não são compartilhados. Dessa maneira, os benefícios de uma comunidade científica são perdidos.

370 Disponível em <http://www.icpsr.umich.edu/index.html> (visitado em 18 de janeiro de 2002).

371 Disponível em <http://csf.colorado.edu/isa/data/data-archive.html> (visitado em 18 de janeiro de 2002).

372 Disponível em <http://www.essex.ac.uk/qualidata/> (visitado em 18 de janeiro de 2002).

373 Disponível em <http://eh.net/ehresources/> (visitado em 18 de janeiro de 2002).

374 Disponível em <http://lib.stat.cmu.edu/> (visitado em 18 de janeiro de 2002).

375 Disponível em <http://qed.econ.queensu.ca/jae/> (visitado em 18 de janeiro de 2002).

376 Disponível em <http://web.polmeth.ufl.edu/> (visitado em 18 de janeiro de 2002).

377 Disponível em <http://TheData.org//> (visitado em 18 de janeiro de 2002).

iii NT: *certiorari petition*

SOBRE OS AUTORES

LEE EPSTEIN

PROFESSORA EMÉRITA EDWARD MALLINCKRODT DE CIÊNCIA POLÍTICA E DE DIREITO DA WASHINGTON UNIVERSITY EM ST. LOUIS; <[HTTP://ARTSCI.WUSTL.EDU/~POLISCI/EPSTEIN/](http://artsci.wustl.edu/~polisci/epstein/)>; EPSTEIN@ARTSCI.WUSTL.EDU.

GARY KING

PROFESSOR DE CIÊNCIA POLÍTICA, HARVARD UNIVERSITY E CONSELHEIRO CIENTÍFICO SÊNIOR, EVIDENCE AND INFORMATION FOR POLICY CLUSTER, ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE; <[HTTP://GKING.HARVARD.EDU](http://gking.harvard.edu)>; KING@HARVARD.EDU.

SOBRE O TRADUTOR

FÁBIO COSTA MOROSINI

PROFESSOR DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO E PROFESSOR ADJUNTO DA FACULDADE DE DIREITO DA UFRGS. PROFESSOR DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ESTUDOS ESTRATÉGICOS INTERNACIONAIS DA FACULDADE DE CIÊNCIAS ECONÔMICAS DA UFRGS. PÓS-DOCTOR PELA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO (OMC). PH.D. EM DIREITO INTERNACIONAL PELA UNIVERSITY OF TEXAS AT AUSTIN (2007).

ISBN 978-85-64678-10-1



9 788564 678101

LIVRE

LER PARTILHAR COPIAR PENSAR