

PESQUISA EMPÍRICA EM DIREITO CONTRATUAL: Possibilidades e problemas¹ // *Russell Korobkin*²

Palavras-chave

pesquisa empírica / direito contratual / fontes e usos de dados empíricos / críticas

////////////////////////////////////

Sumário

- 1 Introdução**
- 2 Âmbito de pesquisa e conclusões iniciais**
- 3 Classificando a pesquisa empírica contratual: fontes e usos**
 - 3.1 Fontes de dados empíricos
 - 3.1.1 Decisões judiciais
 - 3.1.2 Práticas contratuais reais
 - 3.1.3 Experimentos de negociação
 - 3.1.4 Opiniões de leigos sobre o direito
 - 3.2 Usos dos dados empíricos
 - 3.2.1 Análise jurisprudencial do direito
 - 3.2.2 O efeito das normas
 - 3.2.3 Propostas de mudanças no direito
- 4 Crítica da pesquisa empírica em direito contratual: os problemas da empiria**
 - 4.1 Capacidade generalizante dos achados empíricos
 - 4.2 Qualidade de “encaixe” entre os dados e a tese
 - 4.3 Dados empíricos inconclusivos
- 5 Conclusão: uma oportunidade específica**
- 6 Referências**
- 7 Apêndice de pesquisas**

Resumo

Esse artigo analisa a pesquisa empírica em direito contratual nos últimos quinze anos com o objetivo de explicitar como a pesquisa empírica pode ser aplicada à área do direito contratual, bem como melhorar os estudos sobre o tema. Depois de definir os parâmetros do estudo, o autor classifica a pesquisa empírica em direito contratual pela fonte dos dados ou pelo principal propósito da investigação. Em seguida, o autor descreve e analisa três tipos de críticas que podem ser feitas à pesquisa empírica, explica como essas críticas se ligam à pesquisa em direito contratual e reflete sobre como os pesquisadores podem minimizar o impacto dessas críticas.

1 Esse artigo foi originariamente publicado na *Illinois Law Review* (v. 2002, n. 4, pp. 1033-1066, 2002), numa edição especial dedicada aos trabalhos debatidos no Simpósio sobre Métodos Empíricos e Experimentais em Direito, realizado em Abril de 2001 na Faculdade de Direito da Universidade de Illinois. Tradução de Ramon Alberto dos Santos. Revisão técnica de Maria Paula Costa Bertran Muñoz.

2 Professor da Faculdade de Direito da Universidade da Califórnia em Los Angeles (UCLA).

EMPIRICAL SCHOLARSHIP IN CONTRACT LAW: Possibilities and Pitfalls // *Russell Korobkin*

Keywords

empirical research / contract law / sources and uses of empirical data / criticisms

////////////////////

Abstract

Professor Korobkin examines and analyzes empirical contract law scholarship over the last fifteen years in an attempt to guide scholars concerning how empiricism can be used in and enhance the study of contract law. After defining the parameters of the study, Professor Korobkin categorizes empirical contract law scholarship by both the source of data and main purpose of the investigation. He then describes and analyzes three types of criticisms that can be made of empirical scholarship, explains how these criticisms pertain to contract law scholarship, and considers what steps researchers can take to minimize the force of such criticisms.

1 Introdução

O presente artigo fornece uma análise crítica da pesquisa empírica em direito contratual. O seu objetivo primário é ajudar os estudiosos dos contratos a decidir se querem adicionar um componente empírico a suas pesquisas e como podem fazer isso, mas as observações e conclusões poderão ser de interesse de empiristas e aspirantes a empiristas interessados em qualquer área do direito.

O artigo analisa a pesquisa empírica em direito contratual a partir de duas diferentes perspectivas. Em primeiro lugar, a fim de fornecer aos estudiosos uma lista de abordagens empíricas disponíveis, o artigo classifica a pesquisa empírica em direito contratual de acordo com dois critérios: as fontes dos dados empíricos e a sua destinação, ou seja, o propósito do questionamento empírico. Essa parte da análise é baseada em uma revisão das pesquisas empíricas em direito contratual publicadas nos últimos quinze anos nos Estados Unidos. Em seguida, com o objetivo de ajudar os estudiosos a avaliar se os seus esforços de pesquisa poderiam empregados de maneira mais produtiva na busca de análises empíricas, o artigo descreve e analisa uma série de problemas conceituais relacionados à pesquisa empírica em direito contratual. Nenhum destes problemas enfraquece a mensagem geral de que a empiria pode ser extremamente útil no estudo do direito contratual, mas a discussão sobre o tema visa alertar os acadêmicos sobre as dificuldades da pesquisa empírica, para que eles possam abordá-la de forma realista, bem como para ajudá-los a minimizar a extensão dessas dificuldades.

A primeira parte desse artigo descreve o que é considerado “empírico”, e o que é considerado “direito contratual”. Uma conclusão inicial apresentada nessa parte é que, dentro da delimitação conceitual adotada, o número de pesquisas publicadas em periódicos jurídicos recentemente é surpreendentemente pequeno.³ Isso por si só sugere que as oportunidades de realizar uma contribuição acadêmica significativa nesse campo estão prontamente disponíveis. Isso também pode indicar que as dificuldades de escrever sobre o tema são significativas, um problema consi-

derado posteriormente nesse artigo.

A segunda parte oferece esquemas para categorizar a pesquisa empírica em direito contratual de maneira que, espera-se, ajude os pesquisadores interessados a pensar coerentemente acerca das suas opções como empiristas potenciais. A pesquisa em direito contratual é primeiro descrita em termos de quatro possíveis fontes de dados empíricos: decisões judiciais, práticas contratuais reais, experimentos contratuais e a opinião de leigos sobre o direito contratual. Em um segundo momento, a pesquisa em direito contratual é descrita em termos dos três usos primários dos dados empíricos: análise jurisprudencial do direito, efeitos das normas no comportamento e propostas de mudanças no direito.

A terceira parte cria três categorias de críticas que podem ser levantadas contra a pesquisa empírica em direito contratual: que os resultados da pesquisa podem não ser generalizáveis; que os dados apresentados não sustentam a tese adequadamente; e que os dados em si são inconclusivos. Essa parte também descreve como essas críticas podem ser aplicadas ao conjunto de pesquisas contratuais existentes, e oferece sugestões de como os pesquisadores empíricos podem delinear os seus estudos para minimizar a força dessas críticas.

A última parte conclui, apontando uma área de estudo em especial que poderia se beneficiar de forma extraordinária da pesquisa empírica, mas que tem sido quase inteiramente ignorada pelos pesquisadores empíricos do direito contratual: o efeito de regras contratuais cogentes no comportamento contratual privado.

2 Âmbito de pesquisa e conclusões iniciais

Antes de classificar a literatura, é necessário definir o que está dentro do âmbito de análise e o que não está, ou, mais especificamente, o que é qualificado como “material empírico”, o que é qualificado como pesquisa sobre o “direito”, e em especial o que é qualificado como pesquisa sobre “direito contratual”.

Como esse simpósio foca em diferentes abordagens de pesquisa empírica e experimental, para os propó-

³ A bibliografia de artigos considerada encontra-se no apêndice ao final desse artigo.

sitos desse artigo, eu parto de uma visão expansiva de empiria. A empiria é normalmente identificada pelos pesquisadores do direito como um termo que se refere exclusivamente às análises estatísticas ou quantitativas.⁴ Aqui, entretanto, a sua definição inclui qualquer tentativa de coletar e analisar um conjunto de dados para propósitos mais do que anedotários,⁵ sendo ou não a análise quantitativa, e mesmo que o conjunto de dados não seja particularmente sistemático, ou um grupo evidentemente representativo da população na qual o autor está por fim interessado. Assim, um artigo baseado em um questionário de quase cem empresários que realizam contratos comerciais foi considerado empírico e incluído nesse estudo,⁶ mas um artigo baseado em entrevistas com três firmas acerca das suas práticas contratuais foi excluído (Blegvad, 1990, p. 404-407).

A análise cuidadosa de decisões judiciais é, naturalmente, a forma dominante de pesquisa jurídica. Em um sentido amplo, esse tipo de análise é empírica, porque se baseia em material de fontes externas. Incluir indiscriminadamente esse tipo de pesquisa em um levantamento sobre pesquisa empírica, no entanto, seria falhar em estreitar a classe de artigos pesquisada.⁷ Por este motivo, a análise não-sistemática de decisões judiciais foi excluída desse estudo. A artigos que examinam um amplo número de casos sistematicamente, contudo, foram considerados empíricos.

Embora a definição de “pesquisa empírica” empregada aqui seja relativamente ampla, como esse artigo é direcionado primeiramente aos estudiosos do direito engajados em estudos de doutrina contratual, “direito” foi definido de maneira estrita. Para ser examinado nessa pesquisa, um artigo deve explicitamente discutir um ou mais elementos da doutrina contratual – ou seja, regras para determinar quando

os contratos são exigíveis, discussões acerca de termos padrões ou cogentes de contratos exigíveis –, seja a partir de uma perspectiva descritiva ou de uma perspectiva normativa.

Há uma extensa literatura empírica da psicologia e economia que estuda o comportamento negocial.⁸ Sendo um contrato o resultado de uma negociação bem sucedida, essa literatura pode ser descrita como dedicada ao assunto de “contratar”, mas não foi considerada pesquisa em “direito contratual” para os propósitos desse artigo. Os termos dos acordos negociados são normalmente executáveis pelo aparato coercitivo do Estado. Consequentemente, quando indivíduos ou entidades contratam, elas criam um regime de direito privado para ordenar as suas relações. Mas apesar da relação direta dessa literatura com o tema dos contratos e, de maneira mais tênue, com o direito, ela também não foi considerada nesse artigo, a menos que as implicações doutrinárias destes mecanismos de ordenação privada tenham sido levadas em conta explicitamente. Pela mesma razão que os estudos empíricos sobre negociação foram excluídos dessa análise, a literatura econômica (relativamente ampla) que examina os termos dos contratos em situações ou indústrias específicas⁹ também foi excluída dessa análise, a menos que o estudo ofereça alguma conexão para uma ou mais áreas da doutrina de direito contratual.

Para melhor definir o âmbito dessa pesquisa, “direito contratual” é entendido aqui como o conjunto de matérias tipicamente abordadas nas disciplinas de direito contratual do primeiro ano das faculdades de direito, excluindo assim estudos de questões doutrinárias que são contratuais por natureza, mas en-

4 Veja, por exemplo, Heise (1999, p. 810-811) e Nard (1995, p. 348-361).

5 A minha definição é mais próxima da maneira como o termo “empírico” é entendido por cientistas sociais, embora ela seja mais restrita que a definição comum, que requer apenas que um estudo faça alguma observação de como o mundo funciona. Veja Epstein & King (2002). Se a pesquisa jurídica fosse classificada como empírica apenas por se basear em alguma observação do mundo, praticamente todas as pesquisas seriam assim qualificadas.

6 Veja, por exemplo, Baumer & Marschall (1992, p. 164-172) e Weintraub (1992, p. 10-51).

7 Veja nota 3 acima.

8 Essa literatura é extensa demais para citar aqui, mesmo que seletivamente. Para uma visão geral, veja Roth (1995).

9 Veja, por exemplo, Allen & Lueck (1992, p. 404-422), analisando se agricultores e proprietários de terra do meio-oeste preferem cláusulas de meação ou arrendamento em contratos de cessão de terra para cultivo; Goldberg & Erickson (1987, p. 386-396), examinando cláusulas de ajuste de preço em contratos de coque de petróleo; Joskow (1988, p. 49-81), examinando cláusulas de ajuste de preço em contratos de longa duração de carvão; Palay (1984, p. 266-286), comparando cláusulas de contratos de transporte ferroviário quando a empresa responsável pela linha férrea tem de fazer um investimento contratual específico e quando ela não precisa.

sinadas em cursos mais especializados.¹⁰ Como esse artigo considera apenas pesquisas que tenham uma conexão com a doutrina jurídica, e porque a literatura das ciências sociais em periódicos não-jurídicos raramente se preocupa com a análise da doutrina jurídica, apenas periódicos jurídicos e periódicos com uma análise do tipo “direito e” foram consultados.

O primeiro achado relevante dessa análise é que, embora haja um vasto conjunto de estudos empíricos acerca do ato de contratar, há pouquíssimas pesquisas empíricas em direito contratual sendo produzidas nas faculdades de direito atualmente. Com a ajuda de um assistente de pesquisa, eu conduzi uma extensiva busca por artigos relevantes sobre o tema nos últimos quinze anos. Apesar de mais de 500 periódicos jurídicos serem publicados regularmente apenas nos Estados Unidos,¹¹ e de o direito contratual ser uma área relativamente rica para a pesquisa jurídica,¹² eu consegui identificar menos de trinta artigos relevantes,¹³ e muitos desses discutivelmente atingiam a definição de “empírico”,¹⁴ ou forneciam uma conexão tênue entre os dados coletados e qualquer doutrina contratual.¹⁵ Mesmo pressupondo que

o meu levantamento tenha falhado em identificar todas as publicações relevantes,¹⁶ ainda assim parece bastante conservador concluir que o estudo empírico do direito contratual é um gênero da pesquisa jurídica muito subdesenvolvido.

Apesar da relativa escassez de pesquisa empírica em direito contratual, há um conjunto suficientemente substantivo de literatura para criar uma classificação. Espera-se que estudiosos dos contratos possam usar esse esquema para imaginar como eles podem incorporar análises empíricas às suas futuras pesquisas.

3 Classificação da pesquisa empírica contratual: fontes e usos

A pesquisa empírica em direito contratual pode ser classificada, basicamente, de duas maneiras: de acordo com a fonte dos dados empíricos (*i.e.*, quais são os dados nos quais o estudo se baseia), e de acordo com o propósito do artigo, se normativo ou descritivo (*i.e.*, os motivos para coletar os dados). Nenhum desses mecanismos fornece uma esquema classificatório perfeito, mas ambos são funcionais. Muitos artigos usam mais de uma fonte ou têm mais de um propósito, por exemplo, mas eles ainda podem ser classificados pelo seu uso predominante, ou colocados em mais de uma categoria.

Kahan e Michael Klausner estudando cláusulas de “*event-risk*” em escrituras de emissão de debêntures também estão incluídos na pesquisa, embora a única discussão relacionada à teoria contratual no último artigo seja uma breve menção acerca dos achados do autor levantando “questões complexas” sobre se as disposições obrigatórias deveriam ser exigidas nas cláusulas restritivas de debêntures (Kahan & Klausner, 1993, p. 980-982).

16 Ao que parece, a pesquisa empírica – mesmo dentro de uma única disciplina jurídica, como o direito contratual – é consideravelmente difícil de identificar através de pesquisa bibliográfica. Não há uma lista finita de termos que apareçam em artigos empíricos, mas que não apareçam em artigos não-empíricos. Além disso, artigos empíricos não necessariamente citam outros artigos empíricos, salvo se ocasionalmente examinem a mesma questão doutrinária. O autor agradece ao estudante de direito da UCLA Paul Foust pela sua assistência na pesquisa e a vários outros professores de contratos, incluindo Ian Ayres, Dan Bussell, Mark Gergen, Gillian Lester, Arthur Rossett e Eric Talley pelo auxílio em identificar artigos relevantes. Quaisquer omissões, certamente existentes, são de responsabilidade exclusiva do autor.

10 Por exemplo, o excelente trabalho empírico de Ronald Mann em transações garantidas fica de fora do âmbito dessa análise. Veja, por exemplo, Mann (1996, 1997a, 1997b, 1997c, 1999a, 1999b, 2000).

11 De acordo com a Anderson publishing, há 179 periódicos jurídicos de interesse geral editados por estudantes. Veja Anderson Publishing Co. (1999). On-Line Directory of Law Reviews and Scholarly Legal Periodicals, em <http://www.andersonpublishing.com/lawschool/directory> (visitado em 18 de julho de 2001). Tracey George e Chris Guthrie relatam que, em janeiro de 1998, havia 330 periódicos jurídicos especializados publicados por Faculdades de Direito sozinhas ou em conjunto com outras faculdades ou organizações profissionais. George & Guthrie (1999, p. 822).

12 Um levantamento representativo do número de artigos listados no banco de dados “Index to Legal Periodicals” acerca da matéria “Contratos” de 1985 a 1999 revela 230 artigos publicados em 1985; 287 em 1990; 446 em 1995; e 462 em 1999 (Galanter, 2001, p. 613).

13 Veja apêndice abaixo.

14 Isso para não dizer que descrever a análise como sistemática é ser extremamente generoso.

15 Por exemplo, os excelentes artigos de Ian Ayres, baseados em sua análise empírica de negociações de novos contratos automotivos, são incluídos no âmbito desse artigo, embora as implicações de direito contratual dos estudos sejam discutidas pelo autor apenas de maneira breve. Veja Ayres (1991, p. 857-872), apresentando dados, mas não discutindo as implicações para a doutrina contratual; e Ayres (1995, p.143-144), mencionando brevemente várias abordagens que os reguladores poderiam usar para exigir mais abertura e honestidade na relação de transparência sobre os custos de vendedores de carros. Os dois valiosos artigos de Marcel

3.1 Fontes de dados empíricos

A pesquisa empírica em direito contratual recente se baseia em quatro tipos de fontes de dados: decisões judiciais, estudos acerca das práticas contratuais reais das partes contratantes, estudos experimentais sobre o comportamento contratual usando contratantes hipotéticos, e o estudo das opiniões das partes contratantes acerca do direito contratual e das práticas contratuais. Essa seção descreve essas quatro categorias de fontes de dados, usando exemplos ilustrativos da literatura.

3.1.1 Decisões judiciais

Toda pesquisa jurídica que tenta descrever ou criticar a jurisprudência deve, por definição, se basear em decisões judiciais. Como, nesse tipo de pesquisa, as decisões judiciais são usadas como dados, a sua análise é empírica, ao menos em linhas gerais. Existe, no entanto, uma distinção metodológica fundamental entre dois tipos de estudos baseados em decisões judiciais. De um lado estão artigos que analisam a coerência interna e lógica de uma, várias, ou até mesmo de um grande número de decisões. Embora essa literatura se baseie em dados externos ao autor, ela normalmente carece de uma dimensão quantitativa e não pretende ser sistemática em sua análise. Por essas razões, esse amplo conjunto de pesquisas foi omitido desse estudo.

Por outro lado, estudos que tentam analisar sistematicamente todas as decisões judiciais relacionadas a um determinado assunto, dentro de um certo período de tempo, foram incluídos nessa análise. Essa literatura, em si substancialmente mais limitada do que as análises doutrinárias comuns, apresenta níveis de sofisticação quantitativa amplamente variáveis. Um exemplo de um estudo que aparece na ponta inferior da escala de sofisticação quantitativa é a bem conhecida investigação feita por Farber e Matheson (1985) sobre a doutrina do interdito promissório (*promissory estoppel*), na qual os autores revisaram todas as decisões judiciais publicadas citando a seção 90 do primeiro ou segundo “*Restatements of Contracts*” em um período de dez anos – 222 casos no total – e elaboraram conclusões acerca de quais fatores objetivos impulsionaram as determinações do tribunal acerca da responsabilidade do promitente perante o promissário.

Em direção ao centro da escala de sofisticação quantitativa, estão estudos que usam estatísticas descritivas para identificar os fatores que influenciam as decisões judiciais. Por exemplo, Robert Hillman (1998), seguindo o estudo de Farber e Matheson, elabora conclusões acerca de todas as decisões judiciais tratando de interdito promissório (*promissory estoppel*), por um período de dois anos.¹⁷ Hillman, entretanto, codificou as decisões de acordo com uma série de fatos objetivos, incluindo o assunto em disputa, os tipos de litigantes, a postura procedimental dos casos, e as razões identificadas pelo tribunal para a sua decisão, o que possibilitou que ele oferecesse uma imagem quantitativa de quais fatores são correlacionados com diferentes resultados nas decisões sobre interdito promissório (*promissory estoppel*). Utilizando uma abordagem parecida, Peter Whitmore (1990) analisou 105 decisões judiciais em que se julgava a executabilidade de cláusulas de não-competição em contratos de trabalho.

No ápice da escala de sofisticação quantitativa estão estudos que fornecem uma análise estatística mais complexa das decisões judiciais. Surpreendentemente, há pouquíssimos exemplos dessa abordagem. O melhor exemplo no contexto do direito contratual é o estudo de Fred McChesney (1999), que usou 134 casos para entender quando o direito reconhece uma causa de pedir em casos de interferência ilícita na relação contratual.¹⁸ Para a sua análise, McChesney codificou os casos da sua amostra baseando-se na presença ou ausência de vários fatos relevantes para uma série de diferentes hipóteses sobre os interesses protegidos pela doutrina da interferência ilícita. Ele então conduziu uma análise de regressão múltipla para determinar quais fatos preveem melhor que o tribunal irá determinar a responsabilidade por interferência ilícita.

17 Veja também Hillman (1999, p. 5-6), usando o mesmo conjunto de dados para comparar a frustração da expectativa de contrato no cenário das relações de emprego com a frustração da expectativa de contratar em outros contextos.

18 O artigo de McChesney examina aspectos da responsabilidade civil, mas ele é incluído nessa análise sobre contratos porque a existência do ato ilícito afeta diretamente nosso entendimento sobre a doutrina contratual – em particular, se as tutelas do direito contratual encorajam rescisões contratuais eficientes.

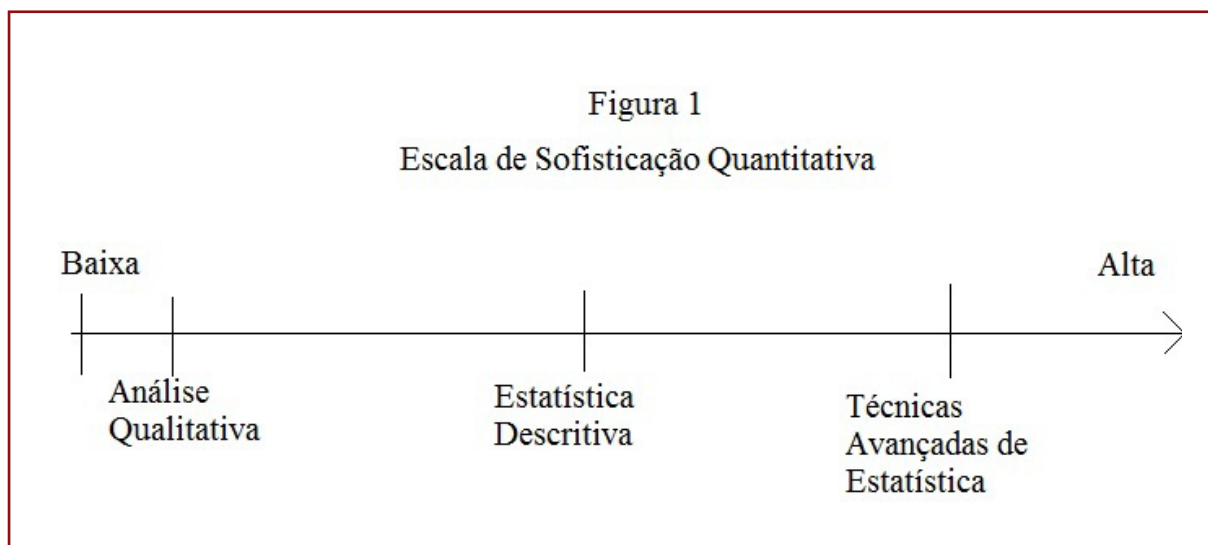


Figura 1. *Escala de Sofisticação Quantitativa.*

O que todos esses tipos de estudos têm em comum é que eles tentam usar fatos objetivos encontrados em decisões judiciais como dados em suas análises ao invés de pesquisar a lógica interna ou a motivação das decisões, como é mais comum na pesquisa jurídica em geral e na pesquisa em direito contratual em particular.

3.1.2 Práticas contratuais reais

Uma segunda fonte de dados para o estudo empírico do direito contratual – e uma fonte mais exclusiva para o estudo do direito contratual – são as práticas contratuais reais dos indivíduos ou dos grupos que rotineiramente contratam e, portanto, estão sujeitas às restrições jurídicas impostas pela doutrina. Essa fonte de dados pode ser subdividida em três distintas subcategorias.

O primeiro tipo de estudo sobre as práticas contratuais reais, tenta descrever em profundidade os padrões contratuais e as normas geralmente seguidas por um tipo particular ou por um grupo de partes contratuais. Esse tipo de estudo é normalmente descritivo e não fornece necessariamente alguma análise quantitativa. O melhor exemplo dessa abordagem no campo do direito contratual pode ser encontrado na pesquisa de Lisa Bernstein sobre as práticas de uma variedade de associações de comércio, incluindo aquelas cujos membros envolvem-se no comércio de diamantes (1992), grãos e cereais (1996; 1999), feno, tecidos e seda (1999).

Um método um pouco mais quantitativo para compreender o verdadeiro comportamento contratual, utilizado por diversos pesquisadores, é entrevistar um número relativamente grande de tomadores de decisão contratual e basear suas conclusões nas respostas típicas recebidas. Essa foi a abordagem utilizada por Stewart Macaulay no seu estudo de 1963 sobre o comportamento contratual, que ficou famoso por ter concluído que o direito contratual parecia ter baixo impacto em como os empresários ordenavam suas relações privadas, e que a maioria dos empresários envolvidos em processos de contratação tinham pouco conhecimento de direito contratual. Dado o renome do estudo de Macaulay, é surpreendente que apenas uma pequena quantidade dos artigos sobre direito contratual publicados nos últimos quinze anos tenha se baseado nessa metodologia. Seguindo os passos de Macaulay, Daniel Keating (1997) entrevistou treze contratantes que habitualmente se envolviam em transações comerciais a respeito das suas práticas contratuais, e posteriormente (2000) entrevistou os funcionários que lidam com as contratações em vinte e cinco empresas para um estudo específico sobre o problema da *battle of forms*¹⁹. Russell Weintraub (1992) entrevistou oitenta e quatro diretores de departamentos jurídicos de empresas sobre

19 O termo “*battle of forms*” refere-se à disputa judicial que se muitas vezes se verifica quando dois contratantes adotam termos contratuais padrão (standard form contracts) diferentes e, embora concordem acerca da existência de um contrato, discordam sobre quais termos padrão devem ser aplicáveis à relação contratual.

uma gama de práticas contratuais, incluído o seu uso das cláusulas de *contingent price*, a sua disposição em modificar cláusulas em contratos de longa duração à luz de alterações circunstanciais, e a sua propensão a agir a ofertas que não foram ainda aceitas com confiança.²⁰ Usando uma amostra ainda maior, mas focando em um problema mais delimitado, J. Holt Verkerke (1995) entrevistou 221 empregadores para saber se os seus contratos com os empregados especificavam que o empregado poderia ser dispensado ao livre-arbítrio do empregador ou se os contratos poderiam ser rescindidos apenas por justa causa.

Alguns pesquisadores também tentaram estudar práticas contratuais reais através da análise direta de um grande número de contratos ao invés de se basear nos relatos de advogados e de empresários a respeito de seus comportamentos contratuais. Por exemplo, em um artigo, Kahan e Kausner (1997) estudaram um tipo específico de cláusula, as cláusulas restritivas de “*event-risk*”, que determinam quais eventos futuros dão direito aos detentores de debêntures de vendê-las ou convertê-las em ações, embutidas em 101 debêntures diferentes, emitidas em um período de cinco anos. Em outro artigo, os mesmos autores estudaram cláusulas em uma amostra similar de 122 debêntures (Kahan & Klausner, 1993, p. 950-951). John Burke (2000) analisou as implicações para o direito contratual de um estudo de 1996, feito pela *New Jersey Law Revision Commission*, o qual havia examinado as cláusulas de cinquenta contratos de adesão, tipicamente usados em contratos de consumo.

3.1.3 Experimentos de negociação

Como notado acima, há uma vasta quantidade de estudos experimentais acerca de como negociadores celebram contratos e sobre as cláusulas contratuais, em sua maioria conduzidos por psicólogos ou economistas experimentais.²¹ Um número pequeno desses estudos é conduzido por professores de direito, que elaboram conexões explícitas entre a celebração do contrato e a

doutrina de direito contratual.

Em um experimento, Stewart Schwab (1998) pediu a participantes que fizessem o papel do sindicato ou da gerência de uma empresa e, então, que negociassem entre si uma série de cláusulas de um acordo coletivo hipotético. Manipulando as cláusulas contratuais padrão entre as duplas de negociadores,²² Schwab foi capaz de testar o impacto das normas contratuais dispositivas nos contratos. Em um experimento um pouco diferente, eu pedi a participantes que se colocassem no papel de um advogado que representava uma empresa de transporte em negociação com um grande cliente e pedi que determinassem o valor máximo de desconto ou o valor adicional mínimo que eles recomendariam que a empresa exigisse do seu cliente para fechar um contrato com cláusulas em desacordo com regras jurídicas dispositivas (Korobkin, 1998a; 1998b). Como no experimento de Schwab, as conclusões sobre o efeito das normas dispositivas sobre o comportamento contratual foram elaboradas por meio da comparação das respostas fornecidas por sujeitos que dispunham de informações diferentes sobre o conteúdo dispositivo da norma (Korobkin, 1998b, p. 633-637).

Em um estudo interessante utilizando contratantes reais, ao invés de sujeitos atuando como partes contratuais hipotéticas, Ian Ayres (1995) treinou figurantes para negociar o preço de carros novos com vendedores de verdade.²³ Cada figurante negociou com o vendedor de acordo com o mesmo roteiro; a manipulação experimental consistia na alteração da origem racial e do gênero dos figurantes. Com isso, Ayres foi capaz de elaborar conclusões sobre os efeitos da origem racial e do gênero do potencial comprador no comportamento negocial do vendedor.

20 Weintraub (1992, p. 2) discute os resultados de um questionário sobre a prática contratual em empresas dos Estados Unidos da América. Weintraub enviou seu questionário para diretores de departamentos jurídicos em 182 corporações geograficamente distintas de variados tamanhos, das quais aproximadamente quarenta e seis por cento retornaram o questionário completo.

21 Veja *supra* texto acompanhando a nota 8.

22 Por exemplo, no experimento de Schwab, metade das duplas recebeu a informação de que a norma dispositiva fornecida pelo direito permitia à gerência realocar trabalho para outras plantas sem necessidade de justificativa, a menos que o acordo coletivo entre os trabalhadores e a administração da empresa especificasse o contrário, enquanto que a outra metade das duplas recebeu a informação de que a norma dispositiva fornecida pelo direito impedia a realocação de trabalho (Schwab, 1998, p. 249).

23 Veja também Ayres (1991, p. 825-826).

3.1.4 Opiniões de leigos sobre o direito

Finalmente, um pequeno número de artigos empíricos sobre direito contratual se baseia em pesquisas com leigos sobre as suas percepções acerca do que o direito contratual exige e/ou deveria exigir das partes contratantes. Possíveis fontes dessas opiniões são as pessoas que celebram contratos rotineiramente ou indivíduos representativos de uma classe de pessoas que tendem a celebrar certos tipos específicos de contratos. Pauline Kim (1997) usou este segundo tipo de fonte ao entrevistar 330 trabalhadores desempregados e identificar quais fundamentos eram legalmente admitidos, de acordo com a sua percepção, para justificar a demissão de um empregado. David Baumer e Patricia Marschall (1992, p. 164-172) utilizaram a primeira fonte, perguntando a opinião de executivos de 119 empresas acerca das implicações éticas envolvidas no descumprimento intencional de uma obrigação contratual com o objetivo de obter uma melhor oportunidade de negócio; da mesma forma fez Keating (2000, p. 2704-2712), que perguntou a opinião de parte dos contratantes pesquisados sobre as propostas para reformar a seção 2-207 do U.C.C, além de investigar suas práticas contratuais.

3.2 Destinação dos dados empíricos

Assim como as fontes de dados empíricos em pesquisas de direito contratual podem ser classificadas, também a destinação desses dados pode ser classificada. Aqui, eu divido a destinação dos dados empíricos em três grupos: compreender os contornos da doutrina do direito contratual (a “análise jurisprudencial do direito”), compreender o efeito das normas no comportamento das partes contratantes privadas (“o efeito das normas”), e para auxiliar propostas de mudança no direito (“propostas de mudanças no direito”).

Dois comentários iniciais sobre esse esquema de classificação são necessários. Primeiro, é claro que há algum grau de correlação entre as fontes dos dados empíricos e a maneira como eles são utilizados. Tomando o exemplo mais óbvio, apenas uma fonte – decisões judiciais – é utilizada para análise jurisprudencial do direito. Classificar a pesquisa empírica primeiro pela fonte e, depois, pela destinação dos dados não é redundante, contudo, pois os acadêmicos têm usado os quatro tipos de fontes para mais de um

propósito. Por exemplo, autores por vezes se utilizam das decisões judiciais para fins primários diversos de uma análise jurisprudencial do direito.

Em segundo lugar, a pesquisa empírica frequentemente tem mais de um propósito. Alguns artigos, por exemplo, são usados para análise jurisprudencial do direito ou para compreender o efeito das normas, bem como para auxiliar os clamores de mudança no direito. Consequentemente, dividir a destinação em três classificações sugere uma divisão bem ordenada, quando a realidade não é tão organizada. De todo modo, ao observar o conjunto das pesquisas empíricas através das lentes desse esquema de classificação, espera-se que os futuros pesquisadores empíricos de direito contratual percebam mais claramente de que maneira a coleta de dados empíricos pode fortalecer os seus trabalhos.

3.2.1 Análise jurisprudencial do direito

Como anotado acima, a análise jurisprudencial do direito é um dos usos da pesquisa empírica em direito contratual derivada de uma única fonte de dados: decisões judiciais. Embora possa ser dito que todas as discussões acadêmicas sobre decisões judiciais tenham como um de seus objetivos ao menos a descrição do estado de arte do direito, a maioria das discussões jurisprudenciais buscam fundamentalmente explicar ou criticar a fundamentação de uma decisão (ou algumas poucas decisões) e, talvez, prever como casos diferentes poderão vir a ser decididos se a lógica da decisão em questão for seguida nos casos futuros.

Análises jurisprudenciais empiricamente conduzidas, sejam baseadas em avaliações qualitativas de um grande número de casos ou em avaliações quantitativas, tem o seguinte objetivo diferencial: poder olhar além das razões professadas pelos juízes, identificando quais fatores objetivamente reconhecidos realmente determinam o resultado do caso. Esses artigos frequentemente começam com duas ou mais descrições inconsistentes sobre quais fatores orientam a jurisprudência, duas ou mais teorias normativas inconsistentes acerca de quais fatores deveriam orientar a jurisprudência, ou alguma combinação dessas duas, e então usam a análise de um grande número de casos para determinar qual das descrições concorrentes da realidade é mais adequada. Por

exemplo, Farber e Matheson (1985) concluíram que, contrariamente às afirmações doutrinárias de que as obrigações pré-contratuais decorrentes apenas da expectativa de contratar (*promissory estoppel*) só geram direitos e deveres se houver uma quebra de confiança (*detrimental reliance*), a regra que os tribunais de fato aplicam é a de que “qualquer promessa feita como desenvolvimento de uma atividade econômica é passível de ser obrigatória” (Farber & Matheson, 1985, p. 904-905). Hillman discorda, citando que, nos casos analisados por ele em um período de dois anos, noventa e três por cento das ações envolvendo frustração da expectativa de contratar (*promissory estoppel*) que foram julgadas procedentes no mérito incluíam a descrição e o reconhecimento judicial da existência de grande confiança e da sua quebra (Hillman, 1998, p. 597).

McChesney (1999) tentou verificar quais fatores hipotéticos, de um conjunto de seis, tendiam a fazer com que um tribunal considerasse um réu responsável por interferir indevidamente na liberdade de contratar (*tortious interference*).²⁴ Ele descobriu que os dois fatores observáveis mais importantes para prever a responsabilização sugeriam que os tribunais estavam preocupados com a proteção dos direitos de propriedade da parte que não descumpria o contrato, ao invés de encorajar o descumprimento contratual eficiente enquanto desencoraja o descumprimento ineficiente (McChesney, 1999, p. 176-184). Whitmore analisou quais circunstâncias factuais estavam correlacionadas com a aplicação pelos tribunais de cláusulas de não-competição em contratos de trabalho, e descobriu que, dentre muitos fatos relevantes, o acesso de um empregado à lista de clientes do empregador era a mais correlacionada com a aplicação da cláusula (Whitmore, 1990, p. 526).

Análises jurisprudenciais empiricamente dirigidas são mais esclarecedoras em dois tipos de situação.

24 (1) O tribunal declarou o réu culpado por um ilícito independente; (2) garantias contratuais padrão teriam ressarcido de forma insuficiente a parte que não inadimpliu o contrato; (3) a parte que adimpliu o contrato realizou um grande investimento contratual; (4) a parte que inadimpliu estava insolvente ou pequenos danos tornaram a possibilidade de indenização contratual inviável; (5) O contrato não era “ao livre-arbítrio”; (6) O réu sabia que estava interferindo em um contrato já existente. (McChesney, 1999, p.173-76).

Primeiro, esse tipo de análise tem um impacto dramático quando se trata de questionar a precisão descritiva de direito evidente e consolidado. A análise de Farber e Matheson sobre expectativa frustrada de contratar (*promissory estoppel*) atraiu atenção, em parte, porque os autores alegaram ter determinado que um requisito normativo claro – a grande quebra de confiança²⁵ – na verdade não tinha um papel significativo nos casos decididos (Farber & Matheson, 1985, p. 910). O estudo de Jason Johnston (1996) acerca de todas as decisões relacionadas ao Statute of Frauds publicadas no *U.C.C Reporter 2d* em um período de cinco anos é notável pela mesma razão. Embora não haja indicação na doutrina de que a relação entre contratantes seja relevante para definir se um contrato escrito é necessário para ser executável,²⁶ Johnston descobriu que quando “estranhos” (parceiros contratuais apenas por uma vez) apresentavam uma defesa em uma ação de execução contratual com base no *Statute of Frauds*, os tribunais declaravam (exceto em um único caso) que um contrato assinado era necessário, enquanto que quando contratantes habituais apresentavam uma defesa com base no *Statute of Frauds*, os tribunais sempre declaravam que uma exceção ao requisito escrito era aplicável (Johnston, 1996, p. 1868). Portanto, Johnston concluiu que a natureza da relação dos contratantes é de central importância para a aplicação do Statute of Frauds pelos tribunais.²⁷

Em segundo lugar, a análise jurisprudencial do direito pode também esclarecer quando o direito é um

25 De acordo com o *Restatement (Second) of Contracts*, a frustração da expectativa de contratar requer “(uma) promessa na qual o promitente devesse razoavelmente esperar uma ação ou omissão do promissário ou de uma terceira pessoa, e que a promessa efetivamente induza a tal ação ou omissão” *RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS* § 90 (1981) (ênfase dada pelo autor); veja também Holmes, E. M. (1996) *Formation of Contracts*. In J. M. Perrillo (Ed.), *Corbin on Contracts* (§ 8.9, p. 30) Eagan, MN: West Publishing; Lord, R. A. (1992) *Williston on Contracts* (4th ed, Vol. 4). Eagan, MN: Thomson West. § 8.4, p. 41.

26 Veja, por exemplo, *RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS* (1981), § 110 (listando as classes de contratos sujeitas ao *statute of frauds*).

27 Johnston (1996) também faz a reivindicação normativa de que a relação das partes deveria, de fato, influir se um documento escrito é necessário para a obrigatoriedade dos contratos, porque as partes em relações continuadas têm mecanismos extrajudiciais de punir parceiros contratuais, e portanto, menor necessidade de formalidades como documentos escritos. (1863-1864).

“padrão” vago ao invés de uma “norma” clara.²⁸ O estudo de Whitmore (1990) sobre os fatores que afetam a aplicação da cláusula de não-competição é útil em grande medida porque é o único guia, para os tribunais e para os contratantes, que indica que referidas cláusulas são permitidas quando forem “razoáveis”.²⁹ Contra esse pano de fundo, uma análise estatística acerca de quais variações factuais são mais correlacionadas com a exequibilidade fornece um entendimento sobre o direito mais profundo do que qualquer afirmação que a doutrina possa fornecer.

3.2.2 O efeito das normas

O artigo de referência de Macaulay sobre o comportamento contratual dos empresários é talvez o mais notável no mundo da pesquisa jurídica, pelas suas conclusões de que as regras do direito contratual tinham pouquíssimo efeito no comportamento contratual efetivo (Macaulay, 1963, p. 58–60). Macaulay descobriu, por exemplo, que empresários de modo geral não se preocupavam em seguir as formalidades necessárias para garantir que suas negociações fossem juridicamente exigíveis e raramente se serviam de seus direitos subjetivos, normativamente garantidos, para chegar a um acordo com parceiros comerciais.³⁰ Vários estudos empíricos recentes seguem a direção de Macaulay para investigar se as práticas contratuais privadas são moldadas pelo direito posto.

Em seus dois estudos, Keating, como Macaulay, descobriu que as práticas contratuais dos empresários entrevistados ignoravam muitas das regras do Artigo 2 do Código Comercial Uniforme (*Uniforme Commercial Code - U.C.C.*). Por exemplo, a maioria dos entrevistados frequentemente deixava de redigir os seus acordos, mesmo que o *Statute of Frauds* determinasse que a execução do contrato dependia de um contrato escrito (Keating, 1997, p. 108-110). A maioria dos compradores entrevistados relevava atrasos do vendedor na entrega de mercadorias de-

correntes de imprevistos, mesmo quando as normas que regulam a inexigibilidade da obrigação (*commercial impracticability standard*) do U.C.C., seção 2-615 não permitiam que vendedor se escusasse de pagar perdas e danos pela inexecução do contrato ou pela mora (Keating, 1997, p. 120-121). A maioria dos vendedores fornecia garantias além das suas obrigações jurídicas ou contratuais (Keating, 1997, p. 122-123). Poucas partes chegavam a litigar em razão dos contratos firmados (Keating, 2000, p. 2698-2699). Macaulay, Keating e outros explicam o abismo entre as obrigações jurídicas tais como formalmente concebidas e a prática contratual apontando, entre outros fatores, para as consequências de uma reputação negocial ruim (o que previne os descumprimentos),³¹ os custos de arruinar uma relação lucrativa potencialmente duradoura com a outra parte por causa de uma única transação,³² os altos e proibitivos custos do litígio para todos, exceto as maiores disputas (o que impede a executabilidade dos direitos legais).

É claro que, ao considerar alternativas para a execução de direitos através do Poder Judiciário, os contratantes não estão limitados apenas à renúncia de suas pretensões ou à ameaça de sanções reputacionais. Através da construção de regimes privados de arbitragem, as partes podem criar mecanismos jurídicos que garantam do adimplemento das obrigações fora do sistema judicial público, e elas podem até mesmo substituir *ex ante* direitos substantivos que, de outro modo, seriam de fornecidos pelo sistema jurídico por direitos diferentes. Bernstein utilizou um estudo dos regimes de arbitragem das associações comerciais para descrever algumas das circunstâncias nas quais as partes optam por excluir a aplicação do sistema contratual e substituí-lo por um conjunto de regras concorrentes. Por exemplo, Bernstein observa que o mercado de diamantes tem um sistema de arbitragem obrigatório para os seus membros que, dentre outras diferenças em relação ao sistema jurídico, permite aos árbitros estabelecer multas por violação do contrato (Bernstein, 1992, p. 124-130). Ela afirma que as multas são eficientes no contexto particular do mercado dos diamantes, no qual oportunidades

28 A literatura sobre a distinção entre “normas” e “padrões” é, sem dúvida, vasta. Para a discussão seminal, veja Kennedy (1976). Para uma discussão recente veja Korobkin (2000).

29 Veja, por exemplo, Whitmore (1990, p. 488).

30 Macaulay (1963, p. 58-61) relata que empresários confiavam em “apertos de mão” que não eram juridicamente exigíveis, entravam em “requerimentos contratuais” de legalidade duvidosa ao tempo da contratação, etc.

31 Veja, por exemplo, Weintraub (1992, p. 7) e Keating (1997): “o direito é muito menos significativo do que a reputação” (p. 102).

32 Veja, por exemplo, Keating, 2000, p. 2698-2699.

para inexecução eficiente são raras (e portanto o potencial das perdas e danos para impedir inadimplementos eficientes é irrelevante) e os lucros cessantes quase sempre são muito baixos para compensar adequadamente a parte que não descumpriu o contrato (Bernstein, 1992, p. 134). A partir desses dados, ela faz uma generalização para afirmar que entidades privadas geralmente optam por excluir a aplicação do sistema jurídico em relação aos contratos quando a doutrina é ineficiente para um grupo em particular e conquanto esse grupo tenha os meios (aqui, através de filiação obrigatória à associação) para impor um sistema alternativo aos seus membros (Bernstein, 1992, p. 135).

Dois artigos baseados em dados experimentais estudaram explicitamente o efeito das normas sobre o inadimplemento contratual, testando as previsões teóricas da teoria econômica. O teorema de Coase estipula que, se não houver custos de transação, o direito contratual não terá efeito algum em relação aos termos contratuais efetivamente acordados pelos particulares nos seus contratos privados, pois as partes irão simplesmente escolher contratar em desacordo com regras ineficientes (Coase, 1960, p. 6). Em diferentes estudos, Schwab e eu criamos ambientes com baixos custos de transação para testar essa previsão. Schwab (1988, p. 252) descobriu que os seus negociadores não demonstraram estar mais propensos a concordar com uma cláusula que disciplinava o direito da administração de uma empresa de transferir os seus trabalhadores para outras localidades, independentemente de haver ou não uma norma dispositiva a respeito.³³ Meus sujeitos, em contrapartida, colocaram um valor significativamente superior às cláusulas contratuais, se elas eram identificadas como padrões fornecidos pelo direito, do que se elas não fossem (Korobkin, 1998b, p. 639).

Embora estudos de decisões judiciais sejam naturalmente usados para a análise jurisprudencial, em raras ocasiões elas também têm sido utilizadas para análises do efeito das normas sobre o comportamento contratual. James J. White pesquisou o *U.C.C*

Reporter por um período de seis anos, buscando decisões que lidassem com uma série de temas, incluindo as cláusulas que estipulam a alocação de risco de perda sob a seção 2-319, 2-320 e 2-509 (White, 1988, p. 18). Ao invés de analisar o fundamento das decisões, White identificou as decisões relevantes e descobriu apenas dez durante o período revisado (White, 1988, p. 24). Da existência de um número relativamente pequeno de decisões, White concluiu que a positivação de expectativas comerciais razoáveis nesses dispositivos do *U.C.C.* – em oposição a regras alternativas – teve o efeito de reduzir o conflito entre parceiros contratuais (White, 1988, p. 27).

3.2.3 Propostas de mudanças no direito

Na maioria dos artigos empíricos de direito contratual, a destinação primária dos dados é fornecer auxílio para o argumento do autor em prol de mudança do sistema jurídico ou seu reforço. Mesmo quando os dados empíricos são usados primariamente descrever o direito ou o efeito das normas no comportamento, a maioria dos autores tem um objetivo secundário de usar suas conclusões descritivas como suporte para uma ou mais afirmações normativas sobre como o direito contratual deveria ser. Isto posto, não é surpreendente que todos os tipos de fontes empíricas encontrados na pesquisa de direito contratual sejam usados para fornecer auxílio para argumentos relacionados a mudanças legislativas.

Estudos de práticas contratuais reais são frequentemente usados com o propósito de impulsionar mudanças legislativas, e a conexão entre os dados empíricos e as afirmações sobre o conteúdo das normas é tão variada como as preferências políticas e valorativas dos autores. Consequentemente, é difícil sub-classificar as maneiras pelas quais os autores usam os dados empíricos para auxiliar seus argumentos normativos. Alguns exemplos de diferentes usos, no entanto, podem ao menos fornecer uma amostra do leque de possibilidades disponíveis para os pesquisadores de direito contratual.

Kaham e Klausner estudaram cláusulas restritivas event-risk em debêntures, introduzidas pela primeira vez no final dos anos 1980, como uma resposta à onda de “tomadas hostis” de controle acionário de muitas empresas (Kahan & Klausner, 1997, p. 740). As

³³ Os resultados de Schwab mostraram uma pequena parcialidade a favor das normas dispositivas, embora ela não fosse estatisticamente significativa.

cláusulas restritivas forneceriam direitos contratuais aos detentores de debêntures para vender ou converter em ações suas debêntures em caso de mudança no comando ou administração da empresa (Kahan & Klausner, 1997, p. 741). Os autores descobriram que depois das quatro primeiras emissões de debêntures que incluíam cláusulas restritivas *event-risk*, 90% das debêntures futuras imitaram as disposições chave das inicialmente emitidas (Kahan & Klausner, 1997, p. 747). A partir dessa observação empírica, os autores concluíram que (1) cláusulas contratuais em debêntures desfrutaram de “benefícios de aprendizado” e “benefícios de rede”, o que significa que elas se tornam mais valiosas à medida que mais partes utilizam cláusulas idênticas, e (2) a interpretação judicial das referidas cláusulas em um contrato deve servir como precedente vinculante em casos futuros, de modo que os benefícios da padronização podem ser completamente percebidos (Kahan & Klausner, 1997, p. 764-765).

Verkerke (1995) entrevistou empregadores sobre o conteúdo das cláusulas de rescisão que eles usavam em contratos de trabalho. Ele descobriu que 52% dos entrevistados especificaram que a demissão era feita “ao livre-arbítrio do empregador”, enquanto que apenas 15% especificaram que a rescisão apenas seria permitida por “justa causa”.³⁴ Presumindo: (a) que o direito contratual deveria fornecer termos rescisórios eficientes, e (b) que termos rescisórios “majoritários” – quais sejam, termos preferidos pela maioria das partes – são mais eficientes porque minimizam os custos incorridos pelas partes que não preferem os termos rescisórios e gostariam de contratar fora deles (Verkerke, 1995, p. 871), Verkerke concluiu que a cláusula “ao livre-arbítrio do empregador” era um padrão normativamente desejável (Verkerke, 1995, p. 913).

O argumento normativo com fundamento empírico de Verkerke é questionado a partir de bases empíricas diferentes por Kim (1997, p. 126-146), que entrevistou trabalhadores desempregados sobre o seu conhecimento das regras de rescisão de contratos de trabalho. Ela descobriu que a vasta maioria dos entrevistados acreditava que o direito impedia o em-

pregador de demitir o empregado porque, dentre outras razões, o empregador não gostava dele (89%) ou porque o empregador desejava contratar outra pessoa por um salário menor (82%) (Kim, 1997, p. 133-134). Em outras palavras, a maioria dos trabalhadores entrevistados aparentemente acreditava que as restrições jurídicas sobre a rescisão garantiam a eles um tipo de proteção que eles somente teriam com uma cláusula de “justa causa”. Implicitamente, presumindo que o acesso à informação jurídica é mais necessário para uma ordenação privada eficiente do que para minimizar os custos de transação de contratar fora das regras de rescisão fornecidas pelo direito, Kim argumenta que seria apropriado adotar uma regra padrão de “justa causa” que forçasse os empregadores a explicar aos empregados as implicações de inserir uma cláusula “ao livre-arbítrio do empregador” no contrato (Kim, 1997, p. 147-155).

Artigos baseados em dados experimentais também têm sido utilizados para argumentos normativos. O estudo experimental de Ayres, acerca das negociações para a compra de carros novos, descobriu que, em média, vendedores de carros fazem propostas iniciais e finais mais altas para seus veículos quando estão negociando com afro-americanos do sexo masculino e feminino, ou mulheres brancas, do que quando eles estão negociando com homens brancos (Ayres, 1995, p. 116). Embora o estudo seja equipado mais para compreender a discriminação do que para reformar o direito contratual (Ayres, 1991, p. 841-857), Ayres sugere que seus dados fornecem um argumento para mudanças no direito contratual em relação às exigências normativas de transparência e lisura de informações (Ayres, 1995, p. 143-144). Meu estudo sobre diferentes avaliações que os sujeitos fazem das cláusulas contratuais baseadas em normas jurídicas dispositivas e daquelas que não o são está preocupado primariamente com a investigação do efeito do direito no comportamento contratual. Entretanto, esse estudo também aponta para o fato de que, como a preferência dos contratantes é tendenciosa em favor cláusulas contratuais baseadas em normas jurídicas dispositivas, isso faz com que seja normativamente mais importante para o direito selecionar regras dispositivas majoritárias do que as análises tradicionais de direito e economia sugerem (Korobkin, 1998b, p. 667-668).

³⁴ Os trinta e três por cento restantes não forneceram uma cláusula de rescisão, o que significa que os contratos seriam regulados pela regra dispositiva dominante “ao livre-arbítrio do empregador”.

4 Crítica da pesquisa empírica em direito contratual: os problemas da empiria

Há uma crença difundida de que a pesquisa empírica pode melhorar tanto o nosso entendimento sobre as normas e a sua relação com os comportamentos das pessoas, quanto embasar nossas opiniões sobre as decisões judiciais – crença que é refletida na devoção desse simpósio inteiro ao esforço da pesquisa empírica, bem como nos chamados de outros numerosos pesquisadores.³⁵ Se isso é verdadeiro em relação ao direito em geral, então é provavelmente duplamente verdadeiro quanto ao direito contratual em específico, à luz do número demasiadamente pequeno de artigos de direito contratual empiricamente dirigidos, publicados nos últimos quinze anos.³⁶ Portanto, parece desnecessário lançar uma defesa da pesquisa empírica em direito de modo geral, ou especificamente em relação à pesquisa empírica em direito contratual.

É importante, no entanto, levantar a questão dos custos de oportunidade. Isto porque, dado que o tempo e os recursos são limitados – a pesquisa empírica é tipicamente mais cara e consome mais tempo do que os trabalhos puramente teóricos ou que realizam análise jurisprudencial tradicional – deveriam os pesquisadores de direito contratual dedicar mais energia para o estudo empírico? E, se a resposta for

afirmativa, que tipos de pesquisa empírica têm mais potencial para agregar ideias valiosas ao nosso conhecimento compartilhado sobre o direito contratual? Para ajudar no enfrentamento dessas questões, essa parte do trabalho apresenta três críticas amplas que podem ser feitas à pesquisa empírica em direito contratual, avalia a força dessas críticas e sugere os passos que os pesquisadores empíricos de direito contratual podem dar para minimizar a força dessas críticas e, portanto, maximizar a utilidade de suas pesquisas empíricas.

Como esse tópico trata da aplicação de métodos empíricos ao estudo do direito contratual, e não da metodologia empírica em si, críticas metodológicas às pesquisas empíricas em direito contratual já realizadas estão além do seu escopo. Empiristas cuidadosos seguem diversas práticas, incluindo, (mas sem se limitar) as seguintes: definem claramente suas hipóteses no começo da pesquisa, coletam dados que podem negar suas hipóteses, controlam as hipóteses concorrentes, evitam chegar a conclusões sobre causalidade quando os dados provam apenas uma correlação e evitam chegar a conclusões universais quando os dados sustentam conclusão apenas sobre um conjunto do mundo. Quando coletam os dados, eles medem os dados de uma maneira que é confiável (*i.e.*, outros medindo os mesmos dados, da mesma maneira, irão obter as mesmas medidas) e válida (*i.e.*, a medida é relevante para a característica que o autor deseja medir), e eles descrevem os seus métodos de coleta de dados em detalhes suficientes, de modo que o processo possa ser replicado por outros pesquisadores.³⁷

Mesmo essa lista parcial de boas práticas sugere que as análises empíricas podem ser feitas de uma maneira boa ou ruim. Certamente, muita pesquisa empírica em direito não é feita da maneira adequada,³⁸ e seria possível encontrar falhas em muitos dos artigos incluídos nesse estudo em variadas frentes. Mas com um pouco de leitura sobre métodos e com algumas

35 Veja, por exemplo, Bok (1983, p. 581-582), alertando para que os professores de direito prestem atenção em estudos empíricos de professores de outras disciplinas que podem afetar o direito, e para que se juntem a cientistas sociais para realizar pesquisas empíricas acerca da utilidade de procedimentos jurídicos; Heise (1999, p. 813-815), tecendo um argumento normativo a favor do aumento da pesquisa empírica em direito; Nard (1995, p. 247-251), argumentando que mais pesquisas empíricas poderiam diminuir a lacuna entre “as abstrações da sala de aula das faculdades de direito e as exigências de práticas jurídicas mais realistas”; Posner (1998, p. 11-12), argumentando que os professores de direito deveriam focar mais esforços na pesquisa empírica para sustentar suas teorias jurídicas e para ter mais impacto no desenvolvimento do direito constitucional; Schuck (1989, p. 333-335), defendendo um aumento de estudos empíricos estatísticos entre os professores de direito. Chamadas para mais pesquisas empíricas em direito não são apenas um fenômeno moderno. Schuck (1989) observa que críticas acerca da falta de estudos empíricos “têm um longo e distinto pedigree, remontando, no mínimo, ao final do século passado” (p. 324) e cita tanto Oliver Wendel Holmes e Roscoe Pound em suas chamadas por estudos empíricos na pesquisa jurídica. Veja também Heise (1999, p. 811), citando Holmes e Pound.

36 Como observa Daniel Keating (1997), ao introduzir seu modesto estudo empírico sobre comportamento contratual, “em terra de cego, quem tem olho é rei” (p. 99).

37 Como uma excelente introdução das convenções de pesquisa empírica e que traz artigos de periódicos jurídicos como exemplo de como não fazer uma pesquisa empírica, veja Epstein & King (2002).

38 Para uma crítica particularmente dura das práticas atuais, veja Epstein & King (2002, p. 12), concluindo que cada um dos artigos empíricos de periódicos jurídicos analisados pelos autores sofria de pelo menos uma falha metodológica.

consultas a colegas empiristas não há razão para que um pesquisador de direito contratual cuidadoso tenha grande dificuldade para desenhar um estudo metodologicamente satisfatório, mesmo que não tenha um treinamento formal em técnicas empíricas. Portanto, meus comentários nas próximas três subseções são restritos à questão de como a pesquisa empírica “bem feita” pode, ainda assim, falhar em atingir as altas aspirações que tantos de nós compartilham, e como os pesquisadores empíricos podem tentar minimizar essas críticas.

4.1 Capacidade generalizante dos achados empíricos

Embora o direito contratual seja tecnicamente direito estadual [nos Estados Unidos, onde o artigo foi originalmente publicado], com exceção de um Estado, todos os outros adotaram o U.C.C.,³⁹ e com algumas exceções, até mesmo a *common law* dos contratos é relativamente consistente em diferentes tribunais. Adicione a isso o fato de que os periódicos jurídicos preferem artigos que tenham um público alvo o mais amplo possível (Lindgren, 1994, p. 532), e a consequência inevitável é que a maioria da pesquisa em direito contratual tenta fornecer descrições ou sugestões normativas aplicáveis a uma série de contratos diferentes celebrados nas mais diversas jurisdições americanas.⁴⁰ Nenhum dos artigos empíricos revisados nesse estudo apresenta dados provenientes de uma amostra verdadeiramente representativa da população (i.e., contratantes ou disputas contratuais em geral) a partir qual o autor pudesse sugerir generalizações. Como consequência, os críticos em geral podem legitimamente suscitar questões acerca do alcance das conclusões descritivas ou das prescrições de política pública que são inferidas dos resultados empíricos. A questão pode ser alternativamente rotulada como uma questão de “validade externa”,⁴¹ de possível “seleção parcial”,⁴² ou um problema de “capacidade generalizante”.⁴³

39 Com exceção do Estado da Luisiana, que adotou alguns artigos do código, todos os estados adotaram o U.C.C., embora haja algumas variações entre os estados sobre a adoção das versões mais novas. Veja, U.C.C. §§ 1-101-2-210, 1 U.L.A. 1-2 (1989 & Supp. 2001).

40 Exceções incluem os artigos de Kahan e Klausner, focados especificamente em cláusulas restritivas de debêntures, e os artigos de Berns-stein, focados especificamente em associações comerciais coesas.

41 Veja, por exemplo, Korobkin & Guthrie (1994, p. 126-128).

42 Veja, por exemplo, Epstein & King (2002, p. 69).

43 Veja, por exemplo, Siegel (1994, p. 1036).

Estudos experimentais, como aqueles conduzidos por Schwab e por mim mesmo, são vulneráveis a críticas de validade externa surgidas da identidade dos sujeitos e das condições experimentais. Quando estudantes são chamados a atuar no papel de contratantes⁴⁴ ou de seus advogados,⁴⁵ é sempre possível que, em decorrência das diferenças de idade, nível educacional, expectativa de vida, ou algum outro fator, os sujeitos da pesquisa – os estudantes – não tomem decisões da mesma maneira que os advogados e os empresários que de fato contratam tomariam.⁴⁶ Além disso, devido ao fato de os sujeitos estarem apenas atuando no papel de contratantes, eles podem ou não tomar as mesmas decisões que os contratantes de verdade tomariam e que possuem consequências reais. Portanto, embora nós possamos especular que os resultados experimentais sejam generalizáveis ao mundo real da formação do contrato, eles não podem servir como prova dessa afirmação.

Ao utilizar contratantes de fato em situações contratuais reais como os seus sujeitos do experimento, o estudo de Ayres (1995) sobre a negociação de carros novos se resguarda dessas preocupações de validade externa, mas fica vulnerável a outras preocupações de validade externa. Seus sujeitos são todos membros de um tipo particular de contratantes, negociadores de carros novos, estabelecidos em uma área geográfica específica, Chicago. É possível que os negociadores de carro ou os habitantes de Chicago se diferenciem de outros varejistas ou vendedores em maneiras que façam com que eles se comportem de forma distinta em negociações contratuais. Assim, as conclusões interessantes a que chegou Ayres podem não ser generalizáveis para outras negociações no varejo, ou mesmo para outras negociações de venda de carros em outras partes do país.

Estudos não-experimentais acerca do comporta-

44 Os sujeitos de Schwab (1988) eram 222 universitários no início de seus estudos, chamados a atuar no papel de negociadores do sindicato e da gerência de uma empresa, tentando chegar a um acordo coletivo.

45 Os sujeitos de Korobkin (1998b, p. 634) eram 151 estudantes de direito chamados a atuar no papel de advogado de um contratante.

46 Para uma descrição mais detalhada do problema da validade externa, veja Korobkin (1998b, p. 661-64) e Korobkin & Guthrie (1994, p. 126-128).

mento contratual real e sobre a opinião de leigos no direito estão propensos ao mesmo tipo de críticas. É frequentemente negligenciado o fato de que o revolucionário estudo de Macaulay (1963) sobre o comportamento de contratantes privados limitou-se a uma amostra não-aleatória de advogados e empresários em Wisconsin. Além disso, embora a sua pesquisa tenha incluído quarenta e três empresas diferentes e seis escritórios de advocacia, Macaulay não tentou garantir que sua amostra fosse representativa do mundo de contratantes comerciais em termos de indústria, tamanho do negócio, etc. (Macaulay, 1963, p. 55-56). Exatamente as mesmas críticas podem ser feitas ao estudo de Weintraub (1992), feito com oitenta e quatro diretores de departamento jurídicos de empresas,⁴⁷ ao estudo de Verkerke (1995) com 221 empregadores em cinco estados, e ao estudo de Keating (2000) sobre contratantes corporativos.⁴⁸ O estudo feito por Bauman e Marschall (1992) sobre as opiniões de tomadores de decisão, acerca do direito contratual em 119 empresas da Carolina do Norte não é diferente. A pesquisa de Kim (1997) sobre o conhecimento jurídico de 330 trabalhadores desempregados em St. Louis é vulnerável não apenas às críticas de que o seu estudo é limitado a uma única localidade geográfica, mas também pelo fato de que trabalhadores desempregados possam não ser representativos de todos os trabalhadores. Trabalhadores empregados podem, em média, ter mais conhecimento sobre o direito relacionado a rescisão contratual do que os desempregados.⁴⁹ Em todos esses estudos, nem todas as pessoas que foram chamadas a participar concordaram, levantando assim a preocupação de que as repostas das pessoas que concordaram em gastar o seu tempo para participar

de uma pesquisa podem ser sistematicamente diferentes daquelas que não quiseram participar.

Os estudos empíricos de decisões judiciais também não estão imunes a preocupações de validade externa. Primeiro, a vulnerabilidade sofrida por estudos de comportamento – de que a amostra estudada pelo autor pode não ser representativa do ente que o autor quer estudar – pode estar presente também nos estudos de decisões judiciais. O estudo de McChesney (1999) sobre a doutrina da interferência ilícita em relações contratuais, por exemplo, emprega uma análise estatística cuidadosa, mas os casos utilizados não pertencem a uma amostra aleatória. O autor identificou casos com resultados de “responsabilização” usando uma amostra não aleatória de casos citados em um artigo de período jurídico de 1928,⁵⁰ e então ele adicionou casos de “ausência de responsabilização” aos dados por meio de consulta ao banco de citações Shepard, até que ele encontrou um número suficiente de casos de ausência de responsabilização para formar uma massa crítica de dados.⁵¹

Em segundo lugar, é sabido que casos que terminam em decisões publicadas não são necessariamente uma amostra aleatória de todos os casos ajuizados com relação a um tema, muito menos representa todas as disputas dentro de uma determinada área.⁵² Portanto, conclusões retiradas de decisões publicadas, mesmo que apropriadamente, podem não ser generalizáveis para todas as decisões, muito menos para todos os litígios. Se apenas uma pequena porcentagem das decisões judiciais resultando em responsabilidade (ou ausência de responsabilidade) sob um tema específico tem um certa característica factual que o autor especula ser determinante, o argumento pode sugerir que a hipótese é incorreta, ou, al-

47 Weintraub (1992) identifica algumas diferenças nas respostas da sua pesquisa baseado no tamanho da corporação e do tipo de negócio que ela conduz, mas não há indicação de que a sua amostra tenha sido elaborada para ser representativa da amplitude de tamanhos e linhas de negócio corporativos, e quando diferenças nessas bases são relatadas, não há indicação de que nenhuma delas seja estatisticamente relevante.

48 Veja, por exemplo, Keating (2000, p. 2693-2695) reconhecendo a parcialidade em sua amostra.

49 Kim (1997, p. 141-143) reconhece essa crítica, mas minimiza essa possibilidade. Entretanto, parece ser extremamente plausível que os desempregados tendam a ser menos brilhantes e conhecedores das normas do que os empregados que tenham conseguido manter seus empregos. E, portanto, menos informados acerca da proteção jurídica dos trabalhadores.

50 O artigo mencionado é de Carpenter (1928).

51 McChesney (1999, p. 171-173) adiciona casos a sua análise estatística para a corrigir diante do fato de que a amostra de casos de ausência de responsabilidade estava reduzida. Enquanto isso evita que os casos de ausência de responsabilidade tenham um impacto muito grande nos resultados estatísticos relacionados aos casos de responsabilidade, ele não resolve o problema de que nenhum dos casos de responsabilidade ou ausência de responsabilidade foram aleatoriamente selecionados de suas respectivas populações.

52 Veja, por exemplo, Ashenfelter (1995, p. 259) e Wittman (1988, 314), reconhecendo o problema da seleção imparcial nos estudos sobre decisões judiciais publicadas.

ternativamente, pode também sugerir que o direito é tão claro entre os litigantes quanto as consequências de responsabilização desse fato em específico e que praticamente em todos os casos são feitos acordos ou que eles são decididos sem publicação das decisões.

Por um lado, esses comentários podem parecer levantar uma crítica metodológica aplicável a alguns estudos específicos, para os quais há uma solução técnica relativamente óbvia. Em teoria, o problema da capacidade generalizante poderia ser evitado se os pesquisadores escolhessem seus dados elaborando uma amostra aleatória da população sobre a qual gostariam de tecer conclusões ou sugerir implicações.⁵³ Na verdade, contudo, essa crítica não pode se resolver apenas se os pesquisadores prestarem maior atenção a considerações metodológicas, por duas razões

A razão mais óbvia é que os pesquisadores sofrem restrições de recursos. Quando os pesquisadores desejam utilizar dados empíricos para compreender o comportamento contratual, eles geralmente não têm recursos para estudar contratantes nos cinquenta Estados, de todas as idades, de todas as profissões, de todas as origens, e sem considerar se os sujeitos potenciais irão ou não querer participar no estudo (lembre-se que o fato de algumas pessoas se recusarem a participar do estudo pode criar uma potencial parcialidade amostral). Experimentalistas geralmente utilizam estudantes porque estudantes são relativamente baratos e fáceis de encontrar. Pesquisadores que estudam práticas contratuais reais normalmente escolhem sujeitos da sua região geográfica, pela mesma razão.

O problema mais significativo – porque ele não pode ser resolvido por uma injeção de recursos de alguma universidade generosa, fundação ou agência governamental – é que, quando pesquisadores desejam elaborar inferências para uma ampla população, é normalmente impossível desenhar um conjunto de dados que seja perfeitamente representativo do público alvo mais amplo em cada ponto relevante. Em estudos de comportamento contratual real de comerciantes, por exemplo, seria impossível identificar todas as características de contratantes que podem

afetar o seu comportamento. Claro que o tamanho e tipo da indústria do negócio podem ser relevantes, assim como a região do país na qual o negócio está localizado. Mas e se o negócio é novo ou já estabelecido? Se ele tem múltiplas sedes ou apenas uma? Se as decisões contratuais são tomadas por advogados ou por empresários? A idade, experiência ou características pessoais do tomador de decisões? Nenhum estudo poderia supor ser representativo em todas essas dimensões, muito menos em relação ao número de outros fatores potencialmente relevantes. Desse modo, não há estudo que possa ser completamente imune às críticas de que, o que é verdadeiro para o conjunto dos dados, pode não ser verdadeiro para a população em geral. Mesmo que uma amostra perfeitamente representativa de todos os contratantes em cada ponto relevante pudesse ser estudada, os resultados poderiam estar abertos à conjuntura de que, enquanto aplicáveis ao nível agregado, ainda assim poderiam não ser aplicáveis a qualquer indústria específica, a determinado tamanho de negócio, a uma região geográfica etc., colocando assim uma limitação na utilidade prática dos resultados para advogados ou para formuladores de políticas públicas. É difícil imaginar um estudo empírico que não esteja sujeito a algum grau de críticas quanto ao resultado não ser generalizável.

Então, um problema ao conduzir pesquisa empírica em direito contratual é que o autor não pode esperar descrever completamente o mundo ou definitivamente resolver uma questão de política pública. Nesse sentido, um único estudo empírico pode ser menos satisfatório para o autor do que um artigo apresentando uma teoria que, sem dificuldade e completamente, resolve um problema jurídico em si, sem deixar questões abertas. Entretanto, essa observação não cria um argumento contra o ato de estudar o direito contratual por uma perspectiva empírica. Ao invés disso, esse é um aviso de que estudos empíricos raramente podem sustentar-se por si mesmos, mas ao contrário, eles devem ser vistos como uma contribuição para a literatura que coletivamente aspira compreender um fenômeno ou resolver uma questão de grande importância pública.

A pesquisa empírica normalmente falhará em atingir uma conclusão definitiva, mas ela pode ser uma va-

53 Veja Epstein & Kind (2002, p. 75-76) acerca do processo de amostra aleatória.

liosa contribuição para o conhecimento acadêmico ao apontar na direção de uma certa conclusão, mesmo que ela dependa de estudos futuros para melhor desenvolver a tese e avançar em direção a um conjunto de resultados conclusivos. Portanto, a pesquisa empírica em direito contratual deveria ser valorada pelas hipóteses que ela cria e aperfeiçoa, tanto quanto pelas conclusões a que ela chega. Um estudo das práticas de venda dos fabricantes de mobília no Estado da Carolina do Norte não prova algo sobre todos os tipos de vendedores em todas as regiões do país. Mas se ele é hábil a alcançar fortes conclusões acerca de seu conjunto de dados limitados, esse estudo apresenta uma hipótese plausível acerca de todos os vendedores em nível nacional – sustentando-se a suposição de que outros vendedores devem se comportar como os fabricantes de mobília da Carolina do Norte – que está sujeita a mais testes e desenvolvimento por outros pesquisadores. Ao fazer isso, referido estudo sem dúvida traria uma contribuição valiosa para a pesquisa acadêmica.

O problema da capacidade generalizante, portanto, não deveria desencorajar aspirantes a pesquisadores empíricos, mas talvez deva fazer com que eles julguem o seu trabalho por um padrão diferente daquele usado para julgar trabalhos puramente teóricos. Este problema deveria, ainda, sublinhar a importância de se utilizar pesquisa empírica para desenvolver, refinar e recalibrar hipóteses sobre o mundo – em oposição a atingir conclusões definitivas – e de ser cuidadoso para não apresentar conclusões que ultrapassem as inferências que os dados coletados podem logicamente sustentar. A maioria dos trabalhos empíricos cuidadosos elaborará conclusões sobre um conjunto de dados, sugerirá hipóteses logicamente derivadas dessas conclusões sobre uma população mais ampla ou diferente e descreverá como essas hipóteses podem ser testadas e posteriormente desenvolvidas em pesquisas futuras.

4.2 Qualidade de “encaixe” entre os dados e a tese

Outra crítica importante a se considerar ao se conduzir uma pesquisa empírica sobre o direito em geral e sobre direito contratual especificamente é que frequentemente existe uma lacuna lógica entre os dados apresentados na pesquisa empírica e a tese po-

sitiva ou normativa sustentada a partir desses dados. Na maioria das vezes, os dados empíricos não apontam direta e inequivocamente para uma conclusão específica sobre o direito. Em vez disso, presunções intermediárias são necessárias para sustentar a corrente lógica entre os dados e a conclusão apresentada. Essas presunções intermediárias podem tanto ser presunções empíricas adicionais, não relacionadas aos dados apresentados no artigo, como presunções acerca dos valores ou da hierarquia de valores que embasa o direito contratual. Ambas são frequentemente contestáveis.⁵⁴ Quanto maior o número de presunções intermediárias necessárias, e quanto mais contestáveis elas forem, mais questionável será o valor dos dados empíricos que embasam o artigo.

Um exemplo rápido pode ser visto na literatura em que os dados demonstram que empresários normalmente ignoram as normas de direito contratual quando estão negociando ou tentando fazer com que as obrigações sejam cumpridas. Estes dados costumam ser usados para sustentar que a doutrina deveria ser revista para melhor refletir as práticas comerciais. Por exemplo, considere dois dos argumentos colocados por Weintraub (1992), com base em seu estudo com diretores de departamentos jurídicos. Weintraub descobriu que a maioria dos diretores de departamentos jurídicos em seu estudo estipulava cláusulas específicas em seus contratos de longa duração para ajustar o preço da contraprestação caso houvesse alteração das circunstâncias negociais de mercado (Weintraub, 1992, p. 17). Um número ainda maior disse que rotineiramente permite que os seus parceiros comerciais modifiquem o preço devido a mudanças nas condições do mercado (Weintraub, 1992, p. 19). Com esses dados, Weintraub sugere que não haveria necessidade de o sistema jurídico contratual estabelecer ônus pelo inadimplemento conforme pactuado antes da alteração das circunstâncias negociais e que “qualquer vestígio” em sentido contrário deveria ser eliminado (Weintraub, 1992, p. 51-52).

Não há nada que levante objeções sobre os dados de Weintraub, mas a conexão entre os dados e a sua

54 Como Dennis Patterson (2000) afirma, dados empíricos não necessariamente conduzem a conhecimento porque “uma coisa é ordenar os fatos e outra é saber o que fazer deles” (p. 2738).

conclusão requer uma presunção que os contratantes são melhor atendidos por um conjunto de normas que reflita suas práticas contratuais diárias. Embora comum,⁵⁵ essa presunção é contestável. É possível que os contratantes escolham ignorar seus direitos subjetivos nas negociações com parceiros comerciais com os quais eles tenham uma relação contínua ou a possibilidade de negociações futuras, mas ainda assim desejem ter um conjunto completamente diferente de regras fornecidas pelo direito com os quais possam contar nos raros casos em que a relação comercial é rescindida, ou quando os benefícios de um comportamento oportunístico possam exceder os custos reputacionais resultantes.⁵⁶ Em outras palavras, as conclusões de Weintraub pressupõem que os contratantes estariam melhores se o direito refletisse as suas práticas costumeiras,⁵⁷ mas isso é uma questão empírica e/ou teórica que a sua pesquisa não aborda.⁵⁸ A dependência das principais conclusões de Weintraub dessas pressuposições intermediárias enfraquece o poder dos dados empíricos que ele coletou.

Como um exemplo bem diferente do problema de “encaixe” que a pesquisa em direito contratual pode encontrar, considere novamente o estudo de Verkerke acerca das cláusulas de rescisão em contratos de trabalho. Verkerke demonstrou empiricamente que a maioria das empresas que ele estudou contrata mais com a cláusula de rescisão “ao livre-arbítrio do empregador” do que com a cláusula de “justa causa” (Verkerke, 1995, p. 867). Desses dados,

ele conclui que a cláusula “ao livre-arbítrio do empregador” é o padrão mais eficiente fornecido pelo direito, porque minimiza o número de partes que têm de sofrer custos de transação para contratar diferentemente da regra geral por preferirem a cláusula oposta (Verkerke, 1995, p. 874-875).

Novamente, nem os dados, nem a prescrição de política pública, são contestáveis. Mas a conexão entre os dois se sustenta em muitas presunções. Uma valiosa presunção, claramente identificada por Verkerke, é que a regra mais eficiente é a regra normativamente mais desejável. Mas há também duas presunções empíricas não identificadas, que podem estar incorretas. Primeiro, a análise pressupõe, como as análises econômicas normalmente fazem, que as preferências dos indivíduos são exógenas ao conteúdo das normas padrão: nesse caso, a preferência da maioria das partes pela regra “ao livre-arbítrio do empregador” é independente do fato de que essa regra é atualmente o padrão fornecido pelo direito. Mas se o *status* jurídico da regra “ao livre-arbítrio do empregador” aumenta a forma como as partes contratuais a almejam – e há evidências sugerindo que isso é plausível (Korobkin, 1998b, p. 637-647) – então é possível que se a regra “justa causa” fosse o padrão fornecido pelo direito, um número ainda maior de empresas poderia contratar com essa norma, tornando o padrão “justa causa” a regra “majoritária” e, portanto, desejável de acordo com o próprio padrão de Verkerke.

Mesmo se a presunção da preferência exógena for empiricamente precisa, há ainda outro problema potencial na conexão entre os dados e as conclusões de Verkerke. Para concluir que a regra preferida pela maioria dos contratantes gerará os mais baixos custos de transação, Verkerke implicitamente pressupõe que o custo de contratar fora de um termo padrão não depende do conteúdo da norma. Mas, se contratar fora do padrão “justa causa” é menos custoso, na média, do que contratar fora do padrão “ao livre-arbítrio do empregador”, é possível que o total de custos de transação fosse minimizado através da seleção do termo “justa causa” como o padrão fornecido pelo direito, mesmo que apenas uma minoria dos contratantes seja favorável a esse padrão.⁵⁹

59 Ayres (1992, p. 1405) faz uma análise crítica do livro de Frank

55 Veja, por exemplo Bernstein (1996, p. 1767-1768), descrevendo a posição largamente aceita de que o direito deveria refletir normas negociais.

56 Bernstein (1996, p. 1796-1802) argumenta que as partes preferem ter normas diferentes daquelas usadas em disputas “relacionais” para regular situações de “fim de jogo”, e que portanto o U.C.C não deveria tentar espelhar práticas comerciais padrão.

57 Weintraub (1992) sustenta que “as normas deveriam reforçar a prática desejada e mudar conforme as práticas mudam” (p. 3). Veja também Keating (1997): “O direito não deveria ser contrário a práticas que a comunidade entende como normais e desejáveis” (p. 103). 58 Se é que seus dados empíricos dizem algo sobre essa suposição, os indícios apontam na direção oposta das conclusões de Weintraub. No fim da entrevista, focada principalmente nas práticas contratuais, Weintraub perguntou sobre a opinião dos entrevistados acerca de algumas questões jurídicas. Apesar de a maioria das partes ter relatado que elas criam as suas próprias condições para lidar com circunstâncias alteradas, muitos relataram que elas aprovavam ajustes nos preços dos contratos feitos pelos Tribunais quando a execução é frustrada por circunstâncias imprevistas (Weintraub, 1992, p. 53).

Nenhum desses exemplos é oferecido para sugerir que, nos estudos empíricos apresentados, as conclusões que não decorrem direta e claramente dos dados coletados não possuam valor. Pelo contrário, referidos estudos são úteis por duas razões distintas. Primeiro, por fornecerem conclusões contingentemente válidas sobre o direito, elas melhoram nosso estoque coletivo de conhecimento. Segundo, por fornecer um novo conjunto de dados e elaborar conclusões com base neles, elas fornecem um impulso para outros pesquisadores elaborarem conclusões concorrentes acerca do mesmo conjunto de dados, avançando, assim, o debate acadêmico.⁶⁰ Mas, visto que escrever um artigo sempre acarreta custos de oportunidade acadêmicos (o autor não pode despendar tempo escrevendo um outro artigo), vale a pena observar que: (1) dados empíricos, mesmo quando se pode evitar a acusação de que eles podem não ser generalizáveis,⁶¹ raramente apontam diretamente para uma única conclusão sobre direito contratual, e (2) que a pesquisa empírica será relativamente mais valiosa se o número de presunções – e especificamente de presunções empíricas – necessárias para sustentar a conexão entre os dados e o argumento for pequeno e não grande.

Consequentemente, pesquisadores de direito contratual considerando projetos empíricos são aconselhados a elaborar sua coleta e análise dos dados cuidadosamente, de forma que os resultados levem a conclusões positivas ou normativas sobre a doutrina contratual com a menor quantidade possível de passos analíticos intermediários. E, é claro, quando as conclusões do autor se sustentarem em uma ou mais presunções intermediárias, a boa conduta acadêmica requer que o autor claramente identifique essas pressuposições e sugira como elas podem ser testadas ou questionadas em trabalhos futuros

4.3 Dados empíricos inconclusivos

Um terceiro problema ao se conduzir pesquisas em-

píricas sobre temas jurídicos, incluindo sobre o direito contratual, é que os dados frequentemente não embasam ou refutam uma hipótese específica sobre o direito, seja ela normativa ou prescritiva. Vale dizer, não apenas é difícil elaborar conclusões acerca de fatos sem pressuposições intermediárias contestáveis, como também é difícil porque frequentemente os dados permanecem obscuros mesmo depois da investigação empírica. Há dois tipos de problema distintos aqui, aos quais eu me referirei como “indeterminância” e “contradição”. O primeiro rótulo refere-se aos acasos em que uma parte ou o conjunto dos dados empíricos não apontam claramente para uma conclusão específica. O segundo rótulo refere-se aos casos nos quais, após a coleta de uma série de dados pelo autor, uma parte desses dados aponta para uma conclusão, enquanto a outra parte enfraquece a primeira conclusão, ou aponta para uma direção diferente. Em ambos os casos, os autores podem elaborar argumentos plausíveis acerca do porquê, na média, os dados dão mais suporte a uma conclusão do que a outra, mas esses projetos empíricos normalmente terão um impacto menor no pensamento acadêmico do que teria um conjunto de dados que apontasse inequivocamente para uma única conclusão.

O problema de dados contraditórios é demonstrado pelo estudo de Kim (1997) sobre a percepção dos trabalhadores desempregados acerca do direito de rescisão do contrato de trabalho. Como descrito acima, a vasta maioria dos entrevistados acreditava que os empregadores não poderiam legalmente demitir os empregados por razões que são claramente permitidas, como para contratar um substituto mais barato ou porque o empregador não gosta do empregado (Kim, 1997, p. 133-134). A partir desses dados, e da presunção de que a informação completa sobre o direito é um requerimento da contratação eficiente, Kim argumenta que “justa causa” deveria ser a regra para a rescisão, de modo a forçar empregadores que querem o poder de demitir empregados “ao livre-arbítrio” a informar seus empregados sobre as consequências de aceitar uma cláusula empregatícia “ao livre-arbítrio do empregador” (Kim, 1997, p. 151-152).

O problema é que, por mais que o achado de pesquisa de que os trabalhadores acreditam que o direito os protege mais do que ele efetivamente protege dê

Easterbrook e Daniel Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, de 1991.

60 Para um bom exemplo disso, veja Craswell (2000), que conclui, a partir das observações empíricas de Keating, que os comerciantes frequentemente contratam em termos próximos ao do problema da ‘battle of forms’ através da negociação de um único ‘acordo mestre’ para governar todas as transações futuras com outras partes.

61 Veja item 4.1 acima.

suporte ao argumento normativo de Kim, uma outra parte dos seus dados enfraquece esse argumento: setenta e quatro por cento dos trabalhadores entrevistados que erroneamente acreditava que o direito oferecia uma proteção de “justa causa” contra a rescisão acreditavam que a demissão seria ilícita mesmo que o contrato de emprego estabelecesse que o empregador se “reserva o direito de demitir o empregado a qualquer tempo, por qualquer razão, com ou sem causa” (Kim, 1997, p. 139). Em outras palavras, sujeitos que acreditavam que a “justa causa” era o direito, também pensavam que a regra era cogente, ao invés de meramente um padrão dispositivo. A consequência natural disso parece ser que, mesmo se a regra para rescisão passasse a ser “justa causa”, forçando os empregadores a incluir explicitamente uma cláusula “ao livre-arbítrio do empregador” em seus contratos de trabalho, de modo a contratar em padrões próximos a tal disposição, essa “informação” adicional não faria a maioria dos trabalhadores mais consciente da proteção limitada que o direito os oferece. Os próprios dados de Kim sugerem que mudar o padrão não serviria para o objetivo normativo dela, pelo menos não de um modo significativo.

Um problema mais simples de dados contraditórios é encontrado no estudo de Keating (1997) sobre contratantes comerciais. Keating descobre que muitos dos seus sujeitos não estabelecem seus contratos por escrito, mesmo cientes do *Statute of Frauds* (Keating, 1997, p. 109), dando assim suporte à tese de que o comportamento contratual não é muito sensível ao sistema normativo contratual. Por outro lado, ele também encontra muitos contratantes que “seguem uma firme política de formalizar todos os contratos de venda por escrito” (Keating, 1997, p. 109). O comportamento é sensível às normas de direito contratual ou não? A resposta mais precisa a essa questão pode ser “sim e não” ou “às vezes”, mas essas respostas produzem um golpe menos poderoso do que produziria uma resposta mais definitiva, e, provavelmente, possuem um impacto correspondentemente menor para o desenvolvimento do pensamento acadêmico sobre a matéria.

O estudo de McChesney (1999) sobre a interferência indevida de terceiros na liberdade de contratar demonstra que o problema da incerteza frequentemente

atormenta os estudos empíricos, reduzindo o poder das conclusões oferecidas pelo autor. McChesney cria um modelo de regressão para testar quais fatores permitem prever melhor quando os tribunais declararão os réus culpados. McChesney conclui que duas hipóteses explicam o conjunto de resultados do tribunal melhor do que as outras, mas em verdade, nenhuma das explicações é definitiva (McChesney, 1999, p. 182-184). O próprio autor reconhece que encontrar uma decisão de condenação “depende de vários fatores”, e que a sua explicação preferida da teoria sobre a interferência indevida de terceiros na liberdade de contratar não é capaz de prever resultados em um grande número de casos (McChesney, 1999, p. 184-185). Essa qualificação necessária, é claro, não torna o estudo de McChesney inútil ou mesmo irrelevante. Entretanto, a incerteza do resultado limita a capacidade do artigo de revolucionar a forma como a comunidade acadêmica pensa a interferência de terceiros na liberdade de contratar, o que foi, presumidamente, o objetivo do autor quando ele começou a conduzir sua pesquisa.

Para um exemplo ainda mais simples, considere-se a proposta de Keating de testar a presunção que embasa a maior parte das pesquisas sobre o problema da *battle of forms* (Keating, 2000, p. 2703), segundo a qual ninguém lê as cláusulas padrão impressas nos contratos. Através de seu questionário com contratantes, Keating observou que alguns dos entrevistados acreditavam que seus parceiros contratuais raramente, ou nunca, liam as minutas, alguns acreditavam que os seus parceiros algumas vezes as liam, a maioria raramente ou nunca as liam, mas alguns as liam em algumas ocasiões, dependendo da situação (Keating, 2000, p. 2703-2704). A partir dos dados de Keating, deveriam os pesquisadores ou formuladores de políticas públicas concluir que o número de leituras de minutas é maior ou menor do que as crenças acadêmicas *ex ante*? Os dados sobre essa questão parecem completamente indeterminados, dificultando tentativas de elaborar qualquer conclusão.

Como no caso dos problemas referentes à capacidade generalizante dos dados e do encaixe entre dados e conclusões, o risco de um projeto empírico produzir resultados inconclusivos – que, com frequência, são produzidos, em algum grau – não deve desencorajar os pesquisadores do direito contratual a se tornarem

pesquisadores empíricos, mas serve para esclarecer que os obstáculos à empiria devem ser sopesados face aos seus benefícios. Na maioria das ocasiões, um estudo que resulte em achados contraditórios ou incertos não será inútil – ele terá algum valor acadêmico ao definir hipóteses que podem ser testadas no futuro. Mas não há dúvida de que há uma relação inversa entre o nível de incerteza ou contradição em uma análise empírica e sua contribuição acadêmica. Ao contrário dos problemas referentes à capacidade generalizante e de encaixe, os quais são de certa forma inevitáveis na análise empírica do direito, o problema dos dados inconclusivos é um risco probabilístico que diminuirá o valor de alguns, mas não de todos os projetos empíricos.

5 Conclusão: uma oportunidade específica

Esse artigo tentou descrever tanto as possibilidades quanto os potenciais problemas de incorporar a pesquisa empírica ao estudo do direito contratual. Os itens 2 e 3 enfatizaram as possibilidades. O item 2 descreveu a surpreendente escassez de pesquisas empíricas em direito contratual, que se apresenta como uma importante oportunidade para que os pesquisadores ajudem a definir este campo emergente. Revisando a literatura existente, o item 3 ilustra a gama de diferentes fontes de dados disponíveis para os pesquisadores empíricos de direito contratual e as várias maneiras como eles podem ser usados em pesquisas relacionadas com a doutrina contratual. O item 4 enfoca os problemas inerentes à pesquisa empírica em direito contratual, sugerindo que mesmo a empiria metodologicamente sólida não é o “santo graal” que solucionará as questões difíceis de políticas públicas que dividem estudiosos, ao mesmo tempo em que argumenta existirem maneiras de os acadêmicos minimizarem esses problemas para maximizar a utilidade dos seus trabalhos.

Para os pesquisadores de direito contratual que escolheram assumir a causa da empiria, é sensato focar

esforços em áreas de estudo que ofereçam as maiores probabilidades de fazer contribuições importantes para a literatura de direito contratual. Embora a quantidade limitada de trabalhos empíricos no campo do direito contratual indique que a gama de áreas em que o potencial de contribuição é amplo, eu concluo descrevendo uma área de investigação potencialmente frutífera, que tem sido quase completamente ignorada pela literatura existente e que é, portanto, uma matéria particularmente merecedora da agenda de pesquisa.

A pesquisa em direito contratual que utiliza dados empíricos para estudar o efeito das normas é direcionada, em geral, para investigar se o direito contratual afeta ou não o comportamento – ou seja, a questão de se os contratantes prestam atenção ao sistema jurídico de direito contratual quando organizam seus acordos. A questão lógica que, surpreendentemente, é pouco investigada em pesquisas empíricas é se regras contratuais específicas têm um efeito diferencial no comportamento privado maior do que regras alternativas.

Muitas pesquisas em direito têm explicado e justificado as regras jurídicas com base nos efeitos de incentivo que essas regras presumidamente têm sobre o comportamento privado. Como o pensamento econômico se tornou uma parte conscientemente integrante da análise jurídica, quase todos estudiosos do direito – mesmo aqueles que não são sequer próximos do direito e economia – pressupõem, sem pestanejar, que normas cogentes afetarão o comportamento das pessoas.⁶² Entretanto, com muita frequência, essas pressuposições sobre fatos empíricos são afirmadas, reafirmadas e algumas vezes até mesmo desafiadas sem qualquer sustentação empírica. Como já discutido, dois estudos têm tentado testar a afirmação de que as normas não têm nenhum impacto no comportamento. Entretanto, nenhum estudo que eu conheça testou se, e em que grau, regras cogentes de direito contratual – incluindo tratativas para os contratos e escusas para o inadimplemento

62 “De fato, é tão amplamente conhecido e aceito que dificilmente vale a pena mencionar na academia jurídica moderna que o direito não existe em um vácuo; ao invés disso, ele tem efeitos reais no comportamento privado, e esses efeitos deveriam ser considerados e contabilizados quando fossem analisados regimes jurídicos alternativos” (Korobkin & Ulen, 2000, p. 1055).

da obrigação – afetam o comportamento privado. A possibilidade de caracterização de prática abusiva para afastar cláusulas excessivamente onerosas nas relações de crédito faz com que os comerciantes evitem vender a prazo para os pobres? A proibição legal de estabelecer contratualmente danos morais punitivos encoraja a quebra de contrato? A possibilidade de um contrato ser declarado nulo em caso de erro sobre o objeto encoraja as partes a deixarem de conferir minuciosamente as características dos bens colocados à venda?

Como o direito contratual varia pouco entre as diferentes jurisdições americanas, estudar o efeito dessas regras cogentes no comportamento é desafiador. A fim de avaliar o efeito comportamental atribuível a uma norma em particular, uma população de controle – com uma norma diferente – é necessária para fins de comparação. Todavia, esse desafio nem sempre é intransponível. Em algumas áreas do direito contratual, há diferenças consideráveis na jurisprudência de diferentes tribunais. O efeito comportamental do *Statute of Frauds* poderia ser estudado, por exemplo, através da comparação do comportamento contratual em tribunais de Estados como a Califórnia, conhecida por abrandar a regra da exigibilidade do contrato escrito quando existe manifesta confiança no acordo verbal,⁶³ com Estados que são mais reservados no que diz respeito às exceções à regra de exigibilidade do contrato escrito.⁶⁴ Em outras áreas do direito contratual, mudanças no direito ao longo do tempo podem permitir que se estude os efeitos das decisões por meio da comparação de comportamentos na mesma jurisdição antes e depois de um caso paradigmático, série de casos ou alteração legislativa. Por exemplo, os efeitos de se reconhecer determinada prática como abusiva na disposição dos comerciantes em fornecer crédito aos consumidores

pobres poderiam ser estudados através da comparação entre o número de varejistas estabelecidos em vizinhanças pobres antes e depois da “*doctrine to cross-collateralization credit clauses*” (regra que proibia que bens já quitados fossem dados em garantia para novas dívidas com o mesmo credor) ter se tornado amplamente conhecida no caso *Williams v. Walker-Thomas Furniture*.⁶⁵

Estudar os efeitos das normas no comportamento contratual através da comparação entre decisões de diferentes tribunais ou diferentes períodos de tempo levanta uma variedade de problemas metodológicos. O mais proeminente deles é como retratar, entre as muitas outras variáveis, conhecidas ou não, aquelas que poderiam determinar diferenças nos comportamentos observados, além das mudanças no direito contratual. Mas, se essas dificuldades puderem ser superadas, a pesquisa empírica poderá aumentar significativamente nosso entendimento sobre o direito contratual, testando as inúmeras presunções sobre o efeito que diversas normas contratuais tem no comportamento humano.

////////////////////////////////////

63 Veja, por exemplo, o caso *Monarco v. Lo Greco*, 35 Cal. 2d 621 (1950) (encontrando uma ampla exceção de “confiança” no *Statute of Frauds*).

64 Veja, por exemplo, os casos: *Josephs v. Pizza Hut of Am.*, 733 F. Supp. 222, 226 (W.D. Pa. 1989) (“a jurisprudência da Pensilvânia apresenta uma inclinação para burlar o *Statute of Frauds*, permitindo a recuperação total das perdas de uma parte apenas quando um acordo ou promessa foi obtido mediante fraude”); e *Thomas v. Prewitt*, 355 So. 2d 657, 661 (Miss. 1978) (“exceções à forma escrita do *Statute of Frauds*, não previstas em lei, não são vistas com bons olhos nesse Estado”).

65 *Williams v. Walker-Thomas Furniture*, 350 F.2d 445, 449 (D.C. Cir. 1965), no qual se decidiu que uma cláusula de garantia cruzada de crédito seria inexecutável se identificada pelo Tribunal como abusiva (*unconscionable*). [Nota da revisora: o caso *Williams v. Walker-Thomas Furniture* é muito usado por professores nos primeiros anos do ensino jurídico norte-americano. O caso relata a comum prática, até os anos 50 e 60, de que as compras de móveis feitas a crédito fossem contratadas com cláusula que previa a devolução de todos os bens vendidos, quer em outros contratos, quer em um único contrato, mesmo que já tivesse havido pagamento substancial dos valores e o valor da obrigação em mora fosse ínfimo. O precedente foi considerado inovador na época em que enunciado (no ano de 1965) porque reconheceu que cláusulas abusivas, ainda que livremente pactuadas, poderiam ser declaradas nulas.

6 Referências

- Allen, D., & Lueck, D. (1992). Contract Choice in Modern Agriculture: Cash Rent Versus Cropshare. *Journal of Law & Economics*, v. 35, 397.
- Ashenfelter, O. et al. (1995). Politics and the Judiciary: The Influence of Judicial Background on Case Outcomes. *The Journal of Legal Studies*, 24, 257-281.
- Ayres, I. (1991). Fair Driving: Gender and Race Discrimination in Retail Car Negotiations. *Harvard Law Review*, 104, 817-872.
- Ayres, I. (1992). Making a Difference: The Contractual Contributions of Easterbrook and Fischel. *The University of Chicago Law Review*, 59, 1391-1420.
- Blegvad, B. (1990). Commercial Relations, Contract, and Litigation in Denmark: A Discussion of Macaulay's Theories. *Law & Society Review*, 24, 397-412.
- Bok, D. C. (1983). A Flawed System of Law Practice and Training. *Journal of Legal Education*, 33(4), 570-85.
- Burke, J. J. A. (2000) Contract as Commodity: A Non-fiction Approach. *Seton Hall Legislative Journal*, 24, 285.
- Carpenter, C. E. (1928). Interference with Contract Relations. *Harvard Law Review*, 41, 1928.
- Coase, R.H. (1960). The Problem of Social Cost, *Journal of Law & Economics*, 3, 1.
- Craswell, R. (2000). The Sound of One Form Battling: Comments on Daniel Keating's 'Exploring the Battle of the Forms in Action'. *Michigan Law Review*, 98, 2727.
- Epstein, L., & King, G. Exchange: Empirical Research and the Goals of Legal Scholarship: The Rules of Inference. *University of Chicago Law Review*, 69(1), 1.
- Galanter, M. (2001). Contract in Court; or Almost Everything You May or May Not Want to Know About Contract Litigation, *Wisconsin Law Review*, 2001, 577-628.
- George, T. E., & Guthrie, C. (1999). An Empirical Evaluation of Specialized Law Reviews, *Florida State University Law Review*, 26, 813-836.
- Goldberg, V. P., & Erickson, J. R. (1987). Quantity and Price Adjustment in Long-Term Contracts: A Case Study of Petroleum Coke, *Journal of Law & Economics*, 30, 369.
- Hagel, J. H., & Roth, A. E. (1995). *The Handbook of Experimental Economics*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Heise, M. (1999). The Importance of Being Empirical. *Pepperdine Law Review*, 26, 807-834.
- Joskow, P. L. (1988). Price Adjustment in Long-Term Contracts: The Case of Coal. *Journal of Law & Economics*, 31, 47.
- Kennedy, D. (1976). Form and Substance in Private Law Adjudication, *Harvard Law Review*, 89, 1685.
- Korobkin, R. B. (2000). Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited. *Oregon Law Review*, 79(1), 23-60.
- Korobkin, R. B., & Ulen, T. (2000). Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics. *California Law Review*, 88, 1051-1144.
- Korobkin, R. B., & Guthrie, C. (1994). Psychological Barriers to Litigation Settlement: An Experimental Approach. *Michigan Law Review*, 93(1), 107-192.
- Lindgren, J. (1994). An Author's Manifesto, *University of Chicago Law Review*, 61, 527.
- Macaulay, S. (1963). Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study. *American Sociological Review*, 28(1), 55.
- Mann, R. J. (1996). The First Shall Be Last: A Contextual Argument for Abandoning Temporal Rules of Lien Property, *Texas Law Review*, 75, 11-49.
- Mann, R. J. (1997a). Explaining the Pattern of Secured Lending. *Harvard Law Review*, 110, 625.
- Mann, R. J. (1997b). The Role of Secured Credit in Small Business Lending. *Georgetown Law Journal*, 86, 1.
- Mann, R. J. (1997c). Strategy and Force in the Liquidation of Secured Debt. *Michigan Law Review*, 96, 159.
- Mann, R. J. (1999a). Secured Credit and Software Financing. *Cornell Law Review*, 85, 134.
- Mann, R. J. (1999b). Verification Institutions in Financing Transactions. *Georgetown Law Journal*, 87, 2225.
- Mann, R. J. (2000). The Role of Letters of Credit in Payment Transactions, *Michigan Law Review*, 98, 2494.
- Nard, C. A. (1995). Empirical Legal Scholarship: Reestablishing a Dialogue Between the Academy and the Profession. *Wake Forest Law Review*, 30, 347-368.
- Palay, T. M. (1984). Comparative Institutional Econo-

- mics: The Governance of Rail Freight Contracting. *Journal of Legal Studies*, 13, 265.
- Patterson, D. (2000). The Limits of Empiricism: What Facts Tell Us. *Michigan Law Review*, 98, 2738.
- Posner, R. A. (1998). Against Constitutional Theory, *New York University Law Review*, 73(1), 1-22.
- Roth, A. E. (1995). Introduction to Experimental Economics. In J. H. Hagel & A. E. Roth (Eds.). *The Handbook of Experimental Economics* (pp. 17-43). Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Siegel, M. L. (1994). A Pragmatic Critique of Modern Evidence Scholarship. *Northwestern University Law Review*, 88, 995-1045.
- Schuck, P. H. (1989). Why Don't Law Professors Do More Empirical Research?. *Journal of Legal Education*, 39, 323
- Wittman, D. (1988). Dispute Resolution, Bargaining, and the Selection of Cases for Trial: A Study of the Generation of Biased and Unbiased Data. *The Journal of Legal Studies*, 17(2), 313-352.
- 7 Apêndice de pesquisas**
- Artigos empíricos de direito contractual (1985–2000);
A lista abaixo inclui artigos publicados em períodos jurídicos que explicitamente aplicam análises empíricas ao estudo da doutrina contratual:
- Ayres, I. (1995). Further Evidence of Discrimination in New Car Negotiations and Estimates of Its Cause. *Michigan Law Review*, 94, 109-147.
- Baumer, D. & Marschall, P. (1992). Willful Breach of Contract for the Sale of Goods: Can the Bane of Business be an Economic Bonanza. *Temple Law Review*, 65, 159.
- Bernstein, L. (1996). Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code's Search for Immanent Business Norms. *University of Pennsylvania Law Review*, 144, 1765-1821.
- Bernstein, L. (1992). Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry. *The Journal of Legal Studies*, 21(1), 115-157.
- Burke, J. J. A. (2000). Contract as Commodity: A Non-fiction Approach. *Seton Hall Legislative Journal*, 24, 285.
- Carpenter, C. E. (1928). Interference with Contract Relations. *Harvard Law Review*, 41, 728.
- Crystal, N. M. (1988). An Empirical View of Relational Contracts Under Article Two of the Uniform Commercial Code. *1988 Annual Survey of American Law*, 293.
- Frank P. D. (1994). Unconscionability and Price Fairness. *Houston Law Review*, 30, 1819.
- Farber, D. A., & Matheson, J. H. (1985). Beyond Promissory Estoppel: Contract Law and the "Invisible Handshake". *The University of Chicago Law Review*, 52, 903-947.
- Hillman, R. A. (1998). Questioning the "New Consensus" on Promissory Estoppel: An Empirical and Theoretical Study. *Columbia Law Review*, 98(3), 580-619.
- Hillman, R. A. (1999). The Unfulfilled Promise of Promissory Estoppel in the Employment Setting. *Rutgers Law Journal*, 31, 1-27.
- Johnston, J. S. (1996). The Statute of Frauds and Business Norms: A Testable Game-Theoretic Model. *University of Pennsylvania Law Review*, 144, 1859-1912.
- Kahan, M., & Klausner, M. (1992). Antitakeover Provisions in Bonds: Bondholder Protection of Management Entrenchment. *UCLA Law Review*, 40, 931.
- Kahan, M., & Klausner, M. (1997). Standardization and Innovation in Corporate Contracting (or "The Economics of Boilerplate"). *Virginia Law Review*, 83(4), 713-770.
- Keating, D. (2000). Exploring the Battle of the Forms in Action. *Michigan Law Review*, 98(8), 2678-2715.
- Keating, D. (1997). Measuring Sales Law Against Sales Practice: A Reality Check. *The Journal of Law and Commerce*, 17, 99.
- Kim, P. (1997). Bargaining with Imperfect Information: A Study of Worker Perceptions of Legal Protection in an At-Will World. *Cornell Law Review*, 83, 105-160.
- Korobkin, R. (1998a). Inertia and Preference in Contract Negotiation: The Psychological Power of Default Rules and Form Contracts. *Vanderbilt Law Review*, 51, 1853-1651.
- Korobkin, R. (1998b). The Status Quo Bias and Contract Default Rules. *Cornell Law Review*, 83, 608-687.
- McChesney, F. (1999). Tortious Interference with Contract Versus "Efficient" Breach: Theory and Empirical Evidence. *The Journal of Legal Studies*, 28(1), 131-186.
- Rice, W. E. (1998). Insurance Contracts and Judicial

Discord Over Whether Liability Insurers Must Defend Insureds' Allegedly Intentional and Immoral Conduct: A Historical and Empirical Review of Federal and State Courts' Declaratory Judgments—1900–1997. *The American University Law Review*, 47, 1131-1219.

Rice, W. E. (1992). Judicial Bias, the Insurance Industry, and Consumer Protection: An Empirical Analysis of State Supreme Courts' Bad-Faith, Breach-of-Contract, Breach-of-Covenant-of-Good-Faith and Excess-Judgment Decisions, 1900-1991. *The Catholic University Law Review*, 41, 325-382.

Schmedemann, D. A., & Parks, J. M. (1994). Contract Formation and Employee Handbooks: Legal, Psychological, and Empirical Analysis. *Wake Forest Law Review*, 29, 647-687.

Schwab, S. (1988). A Coasean Experiment on Contract Presumptions. *The Journal of Legal Studies*, 17(2), 237-268.

Verkerke, J. H. (1995). An Empirical Perspective on Indefinite Term Employment Contracts: Resolving the Just Cause Debate. *Wisconsin Law Review*, 837-918.

Weintraub, R. J. (1992). A Survey of Contract Practice and Policy. *Wisconsin Law Review*, 1.

White, J.J. (1998). Promise Fulfilled and Principle Betrayed. *1988 Annual Survey of American Law*, 7-48.

Whitmore, P. J. (1990). Empirical Study: A Statistical Analysis of Non-competition Clauses in Employment Contracts. *The Journal of Corporate Law*, 15, 483.