

**PESQUISA EMPÍRICA E ESTADO DE DIREITO:  
A DOGMÁTICA JURÍDICA COMO CONTROLE DO PODER SOBERANO.**

EMPIRICAL RESEARCH AND THE RULE OF LAW:  
LEGAL DOGMATICS AS A TOOL TO CONTROL SOVEREIGN POWER

**José Rodrigo Rodriguez\***

**RESUMO**

As pesquisas empíricas que tratam do Direito costumam ser classificadas no Brasil como de Ciência Política, Sociologia ou Antropologia jurídica, nunca como pesquisas em Direito, muito menos como parte integrante do pensamento dogmático. O objetivo deste texto é mostrar que este tipo de pesquisa é parte do trabalho dogmático. Para realizar este objetivo, partimos de uma citação de Franz Neumann que trata da relação entre pesquisa empírica e poder soberano. São trazidas à análise as afirmações iniciais de Niklas Luhmann em sua *Sociologia Jurídica* e o conceito de Dogmática do Aulis Aarnio de *O Racional como Razoável*, autores contemporâneos que discutem os problemas que Neumann levanta. Para ilustrar estas análises, o texto discute um exemplo concreto de pesquisa empírica, explicitando sua função de controlar o poder e sua relação com a Dogmática Jurídica. Finalmente, o texto mostra a importância da pesquisa dogmática empírica para o Estado de Direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** DIREITO - DOGMÁTICA JURÍDICA - PESQUISA EMPÍRICA  
- ESTADO DE DIREITO -, FRANZ NEUMANN

**ABSTRACT**

Empirical researches on Law in Brazil are normally classified as pieces of Political Science, Sociology of Law or Anthropology of Law, never as works of Legal Dogmatics. This text demonstrates that empirical research on Law is part of Legal Dogmatics. It starts discussing

---

\* Pesquisador do Núcleo Direito e Democracia, CEBRAP/SP. Editor da Revista Direito GV.

Franz Neumann's view on the relation between empirical research and the control of sovereign power and compares his conception with Niklas Luhmann's *Sociology of Law* and Aulis Aarnio's *The Rational as Reasonable*. To illustrate the points it makes, the article analyses a concrete example of empirical research on Legal Dogmatics and shows its role in the control of sovereign power and its importance to the Rule of Law.

**KEYWORDS:** LAW - LEGAL DOGMATICS - EMPIRICAL RESEARCH - RULE OF LAW - FRANZ NEUMANN

## 1. Introdução

As pesquisas empíricas que tratam do Direito costumam ser classificadas como de Ciência Política, Sociologia do Direito ou Antropologia Jurídica, nunca como pesquisas em Direito; muito menos como parte integrante do pensamento dogmático. O objetivo deste texto é mostrar que esta espécie de pesquisa pode ser incluída no âmbito da Dogmática. Além disso, mostraremos que a Dogmática pode ser pensada tanto da perspectiva *ex parte populi* quanto da perspectiva *ex parte principii*, ou seja, não apenas como tecnologia à serviço do poder soberano (FERRAZ JR, 1980), mas também como um instrumento para controlá-lo e participar da formação de sua vontade. Pensada desta maneira, a Dogmática Jurídica tem na pesquisa empírica um elemento essencial para o controle do poder soberano.

Para realizar este objetivo, partimos de uma citação de Franz Neumann que trata da relação entre pesquisa empírica e poder soberano para, em seguida, identificar a inscrição disciplinar que Neumann pressupõe, estreitamente dependente desta relação. Traremos à análise as afirmações de Niklas Luhmann no início de sua *Sociologia Jurídica* e a concepção de pesquisa sobre a Dogmática de Aulis Aarnio de *O Racional como Razoável*; autores que discutem explicitamente a relação entre pesquisa empírica e Dogmática Jurídica. A seguir, analisaremos um exemplo concreto de pesquisa empírica para explicitar sua função de controle do poder e sua relação com a Dogmática Jurídica.

Para concluir, afirmaremos a importância da pesquisa empírica da dogmática jurídica para o aperfeiçoamento do Estado de Direito.

## 2. A pesquisa jurídica empírica como controle do poder soberano.

Em *O Império da Lei*, Franz Neumann afirma o papel da pesquisa jurídica *vigiar* constantemente os órgãos de aplicação tendo em vista possíveis reformas legislativas:

If we discover by a sociological analysis that a certain activity of the state is structurally and functionally administration and not justice, we might postulate in certain circumstances the allocation of this matter to administration or to administrative tribunals, and not to ordinary courts (NEUMANN, 1986:238).

Deixemos de lado, por enquanto, a expressão *sociological analysis* presente nesta citação e nos fixemos na relação estabelecida entre pesquisa e poder. Para compreender o que Neumann está dizendo é preciso explicar como ele concebe as atividades administrativa e jurisdicional, problema estreitamente ligado à sua visão da aplicação das normas jurídicas.

Uma observação preliminar. Em *O Império da Lei*, a diferença entre jurisdição, administração e legislação deve ser compreendida dinamicamente, pelo movimento de todo o sistema jurídico, partindo-se da criação da norma pelo Parlamento até os atos de aplicação pelos órgãos executivos e jurisdicionais. A identificação precisa dos momentos de criação e aplicação se dará *a posteriori*, pela observação de uma série de atos de aplicação pretéritos. Haverá casos em que a edição da norma pelo Parlamento não abrirá muito espaço para a ação do órgão aplicador e outros em que sua indeterminação fará da aplicação uma verdadeira atividade legislativa. De qualquer maneira, trata-se sempre de seguir os procedimentos para a tomada de decisão, conforme as normas substantivas e adjetivas. Manter a separação entre legislação e aplicação se confunde com seguir o procedimento decisório desenhado para cada caso, independentemente do órgão responsável por criar ou aplicar a norma jurídica.

Seguindo explicitamente o conceito de Kelsen, Neumann afirma que administrar e julgar são atos de aplicação de normas jurídicas. Estes atos serão mais ou menos indeterminados conforme o desenho institucional que resultar da articulação entre normas substantivas e adjetivas, na terminologia atual, normas substantivas e processuais. A variação deste grau de indeterminação dará o critério para diferenciar administração e jurisdição.

Veremos adiante o alcance desta distinção. Por hora, basta dizer que administrar é agir sobre os indivíduos sem que exista um conflito entre eles. A jurisdição, de outro lado, é a ação do Estado na solução de conflitos entre os cidadãos (NEUMANN, 1986:236). Conforme esta definição, a ação administrativa é dotada de alto grau de indeterminação e a ação jurisdicional de baixo grau indeterminação:

We define as administrative disputes those disputes between individuals which are *exclusively or overwhelmingly decided on the basis of legal standards of conduct; that is to say, by free discretion.* (NEUMANN, 1986:238).

A definição é propositadamente vaga. Neumann não fornece nenhum critério formal que possibilite, *a priori*, diferenciar precisamente jurisdição de administração. A distinção entre as duas funções estatais não é de natureza (como já sustentava Kelsen), mas quantitativa. Trata-se de saber a extensão da indeterminação envolvida em cada ato, mas não em abstrato. É preciso saber, examinando séries de atos de aplicação reais, o grau de liberdade com que o agente público lida com os conflitos que se lhe apresentam.

Juízes e administradores, no limite, estão sujeitos a normas jurídicas, afinal, num Estado de Direito todo ato de poder deve ser referido a uma norma geral, substantiva ou adjetiva. A diferença é que as normas que regulam a atividade dos juízes tendem a atribuir-lhes a competência para julgar conforme o texto de uma lei. Os administradores, de outro lado, têm o poder de mediar interesses sem referir-se a textos de lei que estabeleçam hipóteses de comportamento nas quais estes conflitos devam encaixar-se.

É interessante observar que, na visão de Neumann, a distinção entre administração e jurisdição, essencial para o funcionamento de um Estado de Direito, não tem qualquer garantia *a priori*. Desta distinção, lembremos, depende também a distinção entre legislação e jurisdição. Quando o juiz age como administrador, ele destrói a força das normas gerais, ao ignorar seu texto em favor da ação de mediar os interesses sociais sem o seu intermédio. O texto de Neumann apresenta esta arquitetura como uma espécie de castelo de cartas, garantido, no limite, pela ação de reforma institucional constante fundada na observação permanente do funcionamento das instituições.

Posto isso, é possível compreender o que Neumann quer dizer com a expressão *sociological analysis*, mencionada acima. Podemos afirmar que a diferença entre administração e jurisdição é “sociológica”, ou seja, resolve-se no processo de funcionamento das instituições (NEUMANN, 1986:238); depende da percepção dos envolvidos no processo e da observação constantemente efetuada por pesquisas empíricas. Nesse sentido, é uma diferença *produzida* pelos inúmeros atos de aplicação e pela observação científica dos mesmos pela Ciência do Direito. Esta, encontra aqui uma dimensão empírica destinada a reconstruir os atos de aplicação realizados pelos órgãos de poder, ação que, na verdade, é um dos momentos da descrição do direito positivo. Ora, como veremos logo adiante, se considerarmos que os atos de aplicação são criativos e, por isso mesmo, relevantes para a Ciência do Direito, estamos diante de uma pesquisa sobre uma das fontes de direito.

A separação entre jurisdição e administração não está garantida de antemão: é algo pelo qual é preciso zelar. A supressão da jurisdição, ou seja, a decisão de todos os conflitos com base *essencialmente* em *standards*, pode resultar na perda da racionalidade do direito. De outro lado, a juridificação de todas as decisões, submetidas a normas e procedimentos decisórios rígidos, pode inviabilizar a ação do Estado em determinados casos em que for necessária uma certa flexibilidade para o administrador. Esta equação não tem uma solução prévia: é um processo em que a criação e a aplicação das normas jurídicas assumem configurações variadas conforme o assunto tratado. Também administração e jurisdição podem variar seus limites em função do objeto regulado e, mais ainda, em função da passagem do tempo.

A análise sociológica do funcionamento das instituições implica na pesquisa empírica da ação dos órgãos de poder, inclusive todos aqueles que praticam atos jurisdicionais. Ora, se considerarmos que o modo de pensar dogmático é o instrumental de que os órgãos jurisdicionais se utilizam para tomar suas decisões, descrever seu funcionamento por meio de pesquisas empíricas é reconstruir a maneira pela qual estes órgãos realizam raciocínios dogmáticos com o fim de controlar o grau de indeterminação que caracteriza seus julgamentos e, nos termos de Neumann, propor, eventualmente, reformas institucionais para realocar certas matérias para órgãos de natureza administrativa.

### 3. Pesquisa Empírica e Dogmática Jurídica

Para que possamos dar este passo na análise e incluir a Dogmática Jurídica no âmbito de significação da expressão *sociological analysis*, é preciso algumas mediações. Acreditamos que, ao utilizar esta expressão, Neumann quer se referir à necessidade de reconstruir “sociologicamente” o funcionamento do ordenamento jurídico, para nossos fins, o funcionamento da administração e da jurisdição. Apesar desta afirmação não estar explícita no texto, parece convincente afirmar que Neumann defende a necessidade de estudar “sociologicamente” o funcionamento dos atos jurisdicionais e administrativos, ou seja, pesquisar empiricamente estas formas de agir do poder soberano. Ora, se considerarmos que a racionalidade da jurisdição é dogmática, podemos concluir que Neumann afirma a necessidade de analisar sociologicamente a Dogmática Jurídica.

Seria esta uma atividade especificamente jurídica ou algo que cabe à Sociologia do Direito e à Ciência Política? No registro de Neumann, sem dúvida nenhuma, trata-se de um objeto de estudo da Ciência do Direito que abarca o estudos das normas e do comportamento dos responsáveis por aplicá-las.

Sua descrição do direito liberal defende que este modo de regular os fatos sociais implica na articulação de normas adjetivas e substantivas, ou seja, normas materiais e processuais. Neumann distingue duas espécies de racionalidade das normas substantivas; as normas que regulam condutas. Tais normas podem ser *formalmente racionais* caso suas conseqüências jurídicas estejam ligadas a certas características ou a normas gerais abstratas,

definidas sem ambigüidades. De outro lado, serão *materialmente racionais* caso sua aplicação seja baseada em generalizações não lógicas ou em normas pertencentes a domínios como religião, ética e política (NEUMANN, 1986:31).

The most frequent case of such a material rationality of substantive law is provided by legal standards of conduct (*Generalklausen*) such as provisions to the effect of decisions of judges must be made on the basis of “good faith” (*Treu und Glauben* – Sect.242 of the German Civil Code); or violations of “good morals” renders liable to damage (Sect.826); or that a contract is void if it violates good morals (Sect.138); or that restrictions of free competition which are “unreasonable” or “against public policy” are void and renders liable to damages; in all these cases the legal norms represent “blank norms” (*Blankellnormen*) – they refer to general norms which are not legal norms; i.e. to evaluations which can only be elevated to the position of legally relevant clauses by the roundabout method through the legal standards of conduct (*Generalklausen*) (NEUMANN, 1986:31).

Neste trecho, Neumann deixa claro que mesmo as normas substantivas materializadas podem ser racionais. A presença de cláusulas gerais não impossibilita a produção de certeza e segurança jurídica, apenas muda a forma de fazê-lo. Para nosso autor, a indeterminação das normas torna-se elemento essencial do ordenamento jurídico. A racionalidade do direito liberal está na articulação entre normas substantivas e adjetivas, capazes estas últimas de compensar a indeterminação das primeiras com a construção de critérios e procedimentos rígidos para a decisão de casos concretos.

No entanto, todas estas normas precisam ser aplicadas por órgãos de poder. Alguma autoridade, ou seja, um ser humano ou um grupo deles, será competente para seguir as regras do procedimento e utilizar as normas substantivas para solucionar os casos. Esta autoridade é o primeiro juiz, por assim dizer, do sentido que deve ser emprestado a elas. Mesmo que suas ações estejam sujeitas à revisão por outra autoridade, no limite, será sempre uma determinada pessoa ou pessoas o órgão competente para decidir sobre o sentido de uma norma jurídica, seja ela material ou processual.

As normas jurídicas não são capazes de aplicar a si mesmas. Mesmo que o ato de aplicação seja simples e aparentemente repetitivo, trata-se sempre de inovar o ordenamento

jurídico, acrescentando mais um ato de autoridade a uma série anterior (RODRIGUEZ, 2002). Por esta razão, a racionalidade da aplicação das normas abre uma problemática própria, que não se resolve na descrição em abstrato da racionalidade do direito liberal como articulação entre normas substantivas e adjetivas. Trata-se aqui de discutir a especificidade da jurisdição e do ato de aplicação em função de sua configuração institucional.

O problema tem alta transcendência para a Ciência do Direito. Para propor uma solução para ele, Neumann terá de modificar o conceito kelseniano que excluía o problema da aplicação das normas dessa ciência. Se este ato é essencialmente político, ou seja, não sujeito a critérios jurídicos, a ciência do direito não pode julgar sua racionalidade. Para o jurista, trata-se de observar de fora os atos de aplicação, sem esperar abarcar sua racionalidade específica (RODRIGUEZ, 2002). Outras ciências podem figurar esta racionalidade e procurar descrevê-la em termos de interesses de classe, gênero, etnia, personalidade do aplicador etc. Mas não o Direito, a quem está vedado o acesso a uma atividade essencialmente não-jurídica, que não se resolve na aplicação de normas postas por certa autoridade, competente para tal.

Neumann pretende trazer este problema para o interior do estudo do direito e, para isso, precisará incluir nesse campo o estudo do comportamento dos aplicadores das normas determinados pela estrutura social e por suas características pessoais (NEUMANN, 1986:234). Fique claro: mesmo para a Ciência do Direito, o acesso a estas determinações se dá por meio da pesquisa empírica (NEUMANN, 1986:236). Neumann afirma:

The science of law is just as much a science of norms as of reality. As a science of norms it has as its subject-matter the objective meaning of legal norms. As a science of reality it investigates the relations between legal norms, the social substructure (*Substrat*), the social behavior of the legal subjects, and of legal administrators (NEUMANN, 1986:13).

Não há espaço para explorar aqui todas as conseqüências desta reformulação do conceito de Ciência do Direito, que torna problemática a separação entre os domínios da Filosofia do Direito, Sociologia do Direito e Dogmática Jurídica, bem como a separação entre os diversos ramos dogmáticos. Para ficar apenas num exemplo, Neumann dirá que a

separação entre público e privado, essencial para a manutenção da forma direito, depende de um exame de toda a ordem jurídica e não pode ser traçada sem a dimensão da aplicação. O Estado decide, em diversas instâncias, quais são os assuntos que devem ficar sob seu controle direto e quais ficam à disposição dos súditos. Portanto, os contornos precisos do limite entre público e privado surgem *a posteriori* (NEUMANN, 1986:21).

Esta maneira de conceber a Ciência do Direito tem impacto sobre o pensamento dogmático: não é aceitável construir teorias sobre a separação público e privado sem examinar os vários atos de aplicação pertinentes ao problema. Um dogmático que não examine a dimensão da aplicação faz um trabalho parcial que pode se tornar esquizofrênico caso ignore a efetividade do ordenamento jurídico sob a forma de jurisprudência. Ou seja, caso ignore o direito positivo. Sem pesquisar “sociologicamente” a jurisprudência, não há boa dogmática.

Como já visto acima, Neumann defende a necessidade de pesquisar para descrever e controlar os atos do poder. Com base em tudo o que dissemos até aqui, pode-se concluir que nosso autor identifica dois instrumentos para realizar este objetivo: a *construção de procedimentos decisórios* e a observação dos atos do poder por meio da análise sociológica, ou seja, a *pesquisa empírica Dogmática Jurídica* que permite controlar o espaço de indeterminação de que o poder soberano dispõe.

Ora, a necessidade de controlar a ação do soberano advém de se pensar a Dogmática como instrumento de controle do poder e não apenas como meio de exercê-lo. Neumann afirma que a autoridade que pratica atos jurisdicionais não pode agir em completa indeterminação, pois isso significaria confundir administração e jurisdição, colocando em risco o Estado de Direito. Pesquisar desta maneira e com este objetivo significa cobrar racionalidade do poder, exigindo que ele siga os procedimentos de tomada de decisão e aja de acordo com a racionalidade dogmática, sob pena de se retirar de suas mãos o poder de decidir sobre certas matérias.

Diga-se que o conceito de Estado de Neumann é construído para dar conta do problema da aplicação e seu controle. Para ele, o Estado tem, de um lado, uma dimensão *jurídica*, o poder de estatuir normas individuais e normas gerais. De outro lado, este mesmo

Estado tem uma dimensão *sociológica*: poder de impor suas normas sobre um determinado território (NEUMANN, 1986:23-24). Ele não se reduz ao direito positivado em abstrato, mas se projeta em suas decisões concretas, tomadas pelos poderes e por todas as pessoas, públicas ou privadas, que atuam em seu nome (como universidades, igrejas e corporações, jurados e sindicatos) (NEUMANN, 1986:23). Em todos os casos, estamos diante do objeto de estudo da Ciência do Direito.

A relação entre pesquisa empírica e Dogmática Jurídica também foi pensada por Niklas Luhmann em sua *Sociologia do Direito*:

A análise dos papéis profissionais em nada contribui para a pesquisa de opiniões, e a pesquisa de opiniões não fornece qualquer hipótese para a análise do processo da decisão judicial. Apenas seria possível traçar algumas grosseiras linhas de ligação – como no sentido da hipótese de que juízes eruditos, provenientes de camadas sociais mais elevadas, não produziram uma jurisprudência que tivesse ressonância junto à população. Uma integração convincente daquelas pesquisas empíricas só seria realizável através da reintrodução do direito na sociologia jurídica, por meio de uma sociologia do direito levada a sério (LUHMANN, 1983:12).

[...]

Como seria possível, por exemplo, analisar se a proveniência social de um juiz influencia suas sentenças, se não se puder avaliar se seus argumentos são corretos ou errados, ou utilizados de forma significativamente distorcida, mas ainda sustentável em termos jurídicos? (LUHMANN, 1983:8).

Para abordar empiricamente o direito é preciso reconstruir internamente sua racionalidade (a racionalidade dos órgãos de aplicação e/ou dos particulares que referem seu comportamento às normas jurídicas) a partir de um determinado ponto de vista. Pesquisar os órgãos jurisdicionais significa descrever como eles funcionam, ou seja, como tomam suas decisões utilizando-se da racionalidade dogmática. Foge de nossos objetivos expor detalhadamente a teoria luhmanniana e sua concepção da pesquisa empírica. No entanto, a citação acima parece suficiente para evidenciar a necessidade de levar em conta o problema proposto por Luhmann caso se queira discutir o papel e as características da pesquisa em Direito.

Outra referência contemporânea essencial para discutir o papel da pesquisa e sua relação com a Dogmática é Aulis Aarnio. Sua teoria da justificação da decisão, incluída no âmbito da Dogmática Jurídica, é, ao mesmo tempo, descritiva, analítica e normativa (AARNIO, 1991:57).

La teoría descriptiva de la justificación intenta describir la actividad de justificación real. Muestra qué justificación o tipo de justificación fue utilizado y describe las reglas de influencia aplicadas. En este sentido, la teoría descriptiva de la justificación es siempre empírica. Como la teoría es empírica, su validez depende de los datos empíricos presentados en apoyo a las proposiciones. Los datos pueden ser, por ejemplo, decisiones de los tribunales cuidadosamente analizadas. Si el examen está basado en este tipo de datos, toda la teoría se mantiene en el nivel de la especulación.

Una descripción de justificación es realmente valiosa, por ejemplo, para obtener datos comparativos de hasta qué punto la praxis realiza con éxito ciertos ideales de la justificación. Así, el examen puede ser importante para la corrección de la praxis. (AARNIO, 1991, 57-58).

Aarnio está preocupado em identificar as condições que devem ser cumpridas para que uma decisão seja considerada racional e aceitável, dimensão aparentemente ausente do trabalho de Franz Neumann que não desenvolve um modelo de racionalidade para aplicação do direito, alternativo ao modelo da subsunção. Neumann remete o problema ao desenho institucional; à articulação entre normas adjetivas e substantivas. Seria interessante investigar se a teoria de Neumann é compatível com algum modelo de racionalidade para a aplicação das normas jurídicas. Diante do que dissemos acima, fica claro que esta empresa só é possível com um modelo capaz de abarcar, ambas, a atividade dos órgãos administrativos e dos órgãos jurisdicionais, posto que ambos aplicam normas jurídicas e sua distinção precisa só é possível *a posteriori* pela reconstrução das séries de atos de aplicação (RODRIGUEZ, 2006: 114).

### 3.1. Um exemplo: pesquisa empírica sobre responsabilidade civil

A dogmática jurídica não é propriedade do poder soberano. Os casos chegam aos órgãos jurisdicionais traduzidos para os termos jurídicos a partir de uma demanda social qualquer. A linguagem jurídica pode ser utilizada para expressar interesses sociais, dirigidos ao Poder Judiciário em forma de casos ou argumentos em processos judiciais.<sup>1</sup>

O ordenamento jurídico é um sistema aberto e móvel; um conjunto de normas cuja interpretação está em constante movimento. A fixação de sentido é sempre provisória e se modifica a partir de atos interpretativos que variam a ênfase atribuída a esta ou àquela norma, compreendida sempre em sua relação com as outras normas jurídicas do ordenamento. Estes atos interpretativos são praticados em função de problemas construídos pelos vários agentes sociais envolvidos em conflitos. O pensamento dogmático movimentase, ou seja, reconstrói seus sentidos e suas fronteiras, em função dos problemas que lhe são apresentados pela sociedade.

Mesmo na discussão de temas aparentemente técnicos e cerrados, podemos divisar a presença da sociedade figurada em posições doutrinárias sobre o tema estudado. Tomemos um exemplo concreto. Trata-se de um projeto de pesquisa em curso que trata da função punitiva da responsabilidade civil que toca também em temas penais (PÜSCHEL & MACHADO, 2006; PÜSCHEL, 2005, 2006). Para compreendê-lo melhor, gastaremos alguns parágrafos para explicar o problema, cuja formulação é, toda ela, feita na linguagem da dogmática jurídica.

O art. 159 do antigo Código Civil (CC) previa: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. Esta norma está prevista, com algumas alterações de redação, também no Código Civil atualmente em vigor (arts. 186 e 927, *caput*). Esse era o artigo central da responsabilidade civil, isto é, do dever de reparar danos, recolocando a vítima na situação em que estaria, caso o ato ilícito não tivesse ocorrido.

---

<sup>1</sup> Este trecho reproduz parte do texto “O raciocínio jurídico dogmático e suas relações com o funcionamento do Poder Judiciário e a Democracia” de autoria de José Rodrigo Rodriguez e Flávia Portella Püschel, apresentado este ano no 3º. Congresso da Associação Latino-Americana de Ciência Política, realizado na UNICAMP em Campinas, São Paulo.

Não existia, no entanto, regra expressa que detalhasse o que se devia entender por dano, circunstância que se tornou especialmente relevante a partir do momento em que o Judiciário passou a se confrontar com pedidos de indenização por danos puramente morais, isto é, danos sem repercussão sobre o patrimônio da vítima. E até hoje não há norma expressa sobre esse assunto<sup>2</sup>.

Por sua própria natureza, os danos morais não podem ser indenizados, mas apenas compensados, pois não é possível, por meio do pagamento de uma quantia em dinheiro, colocar a vítima na situação em que estaria caso a lesão não houvesse ocorrido<sup>3</sup>. O recebimento de uma quantia em dinheiro pode apenas oferecer à vítima uma compensação pela agressão sofrida. Esse fato e a falta de critérios legais expressos tornaram o tema da quantificação dos danos morais um dos mais polêmicos e intrincados da responsabilidade civil.

Em seu trabalho de decidir casos concretos, os juízes e tribunais passaram a criar critérios de quantificação de danos morais, dentre os quais alguns chamam a atenção por não se relacionarem de modo nenhum com o objetivo de compensar um dano. Por exemplo, há decisões em que o valor da condenação é determinado de modo a desestimular o ofensor a repetir o ato, ou a evitar que a prática ilícita seja repetida por outras pessoas ou a tornar a condenação adequada ao grau de culpa do autor do ilícito.

A adoção desse tipo de critério remete a objetivos normalmente atribuídos à pena, isto é, à responsabilidade penal e não à responsabilidade civil. A existência dessa tendência jurisprudencial trouxe, portanto, para dentro da responsabilidade civil – cuja função é tradicionalmente a reparação ou compensação do dano sofrido pela vítima – elementos tradicionalmente identificados com o direito penal. Essa situação põe diversos problemas.

Surge, por exemplo, a questão de como conciliar a responsabilidade civil punitiva com o princípio da legalidade, previsto constitucionalmente<sup>4</sup>, segundo o qual não pode

---

<sup>2</sup> O que existe é a determinação de que a reparação se mede pela extensão do dano (CC, art. 944).

<sup>3</sup> Em certos casos, é possível haver uma reparação *in natura*, por exemplo, por meio da publicação de retificação de notícia inexata da qual resultou dano à honra ou à imagem de alguém. No entanto, na maior parte dos casos, a reparação *in natura* é impossível ou insuficiente.

<sup>4</sup> Art. 5º., XXXIX.

haver punição sem prévia previsão legal, uma vez que não há condutas tipificadas para os ilícitos civis. Outro problema é o das garantias de defesa dadas ao réu. Estando sujeito a uma condenação a título punitivo, é preciso verificar se as garantias oferecidas pelo direito civil ao réu são suficientes, ou se seria necessário adotar um maior rigor, a exemplo do direito penal.

Há também a questão da dupla punição por um mesmo ato, que coloca em dúvida a necessidade e a conveniência de responsabilidade civil com caráter punitivo no caso de condutas já punidas pelo direito penal ou pelo direito administrativo. Surge também o problema do enriquecimento injusto da vítima, uma vez que o valor pago em casos de responsabilidade civil, ao contrário das penas de multa, é destinado à vítima e não ao Estado. Além disso, em nosso direito civil é possível haver responsabilidade sem culpa, o que é questionável quando está em jogo a punição do autor do ilícito. Por fim, embora não seja comum para casos de dano moral, é permitido fazer seguro de responsabilidade civil, o que compromete a punição, uma vez que quem paga (a seguradora) não é quem cometeu o ato ilícito.

Os problemas apontados acima são apenas os mais graves e evidentes levantados pela adoção de uma responsabilidade civil punitiva. Na literatura jurídica sobre responsabilidade civil por danos morais encontram-se muitas referências a essa tendência jurisprudencial, mas quase nenhuma discussão sobre as dificuldades que ela suscita. Além disso, não há dados sobre muitos de seus aspectos relevantes. Não há dados que nos permitam ter, por exemplo, a exata dimensão dessa tendência, nem informações sobre os fundamentos que lhe atribuem os tribunais, sobre os objetivos que perseguem ou sobre sua coerência.

Diante desse estado de coisas, surgiu a idéia de realizar um levantamento por amostragem, a partir de decisões judiciais, que permita dimensionar e conhecer os detalhes dessa jurisprudência<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Pesquisa atualmente em andamento, no âmbito da parceria entre a Direito-GV e o Núcleo Direito e Democracia do CEBRAP, sob coordenação de Flavia Portella Püschel.

O projeto, concebido como um levantamento das posições doutrinárias sobre o assunto para evidenciar a presença da responsabilidade punitiva nos atos de aplicação, pode ser desdobrado em outras direções. Partindo dos resultados desta primeira pesquisa, seria possível tentar descobrir como cada posição doutrinária entrou na dogmática e, eventualmente, qual força social a introduziu neste campo de problemas. Há uma estratégia jurídica concertada das seguradoras para fazer prevalecer seus argumentos? Os consumidores defendem uma posição específica? Como ela chegou até o Poder Judiciário?

#### 4. Conclusão: Pesquisa Empírica e Estado de Direito

A pesquisa empírica da Dogmática, compreendida no registro de Franz Neumann, tem como objetivo central controlar o espaço de indeterminação das normas jurídicas, ou seja, o exercício do poder pelo soberano. Trata-se de incrementar o controle social sobre o exercício do poder com a finalidade de afastar a arbitrariedade e cobrar racionalidade dos órgãos responsáveis por aplicar as normas jurídicas.

Franz Neumann parte do pressuposto de que a indeterminação das normas jurídicas é essencial ao ordenamento jurídico, portanto, sempre haverá várias decisões possíveis para cada caso concreto. O ordenamento é essencialmente instável e variável: trata-se de lidar com este fato com a construção de procedimentos para limitar e controlar os espaços variáveis de indeterminação e pesquisar empiricamente a atividade do soberano, reconstruindo suas decisões para zelar pela distinção entre administração e jurisdição.

Este modo de ver a pesquisa evidencia uma perspectiva *ex parte populi* que compreende a atividade dos órgãos administrativos e jurisdicionais a partir da demanda por controle nascida da sociedade. A Dogmática Jurídica pode ser pensada desta maneira, como instrumento para formalizar o procedimento de tomada de decisão dos órgãos do soberano por meio da criação de critérios de correção e racionalidade. Além disso, a Dogmática pode ser vista como meio de expressão dos vários interesses sociais, traduzidos em interpretações das normas jurídicas apresentadas aos órgãos jurisdicionais sob a forma de demandas ou argumentos em processos judiciais. Não há espaço para desenvolver este tema aqui (v. RODRIGUEZ, 2006).

Neste registro, o Estado de Direito deve ser visto como a estrutura formal que garante os embates entre interpretações jurídicas variadas e como a resultante substantiva dos mesmos. Devido à sua natureza dinâmica e instável, o Estado de Direito necessita de constante pesquisa empírica para identificar sua configuração em cada momento histórico; para investigar seus limites e fronteiras conforme contextos variáveis e, principalmente, para permitir que a sociedade mantenha o soberano sob controle, afastando o perigo do arbítrio.

## 5. Referências Bibliográficas

AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: RT, 1980.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

NEUMANN, Franz L. *The rule of law. Political theory and the legal system in modern society* (1936), Leamington: Berg, 1986.

PÜSCHEL, Flávia Portella. As funções da responsabilidade civil e o artigo 927, § único, do Código Civil. *Revista Direito GV*, v. 1 n. 1, 2005.

———. Função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica acerca das fronteiras entre as responsabilidades civil e penal. 2006. Mimeografado.

———; MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. Questões atuais acerca da distinção entre as responsabilidades civil e penal. In: GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*, São Paulo: Quartier Latin, 2006. No prelo.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. A hermenêutica jurídica como negação do subjetivo. In: ———; BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu (Org.). *Hermenêutica plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

———. *O Direito Liberal para além de si mesmo: Franz Neumann, o Direito e a Teoria Crítica*, Campinas, IFCH-UNICAMP, Tese de Doutorado em Filosofia (Teoria do Direito e do Estado) (mimeo), 2006.

———; PÜSCHEL, Flávia Portella. “O raciocínio jurídico dogmático e suas relações com o funcionamento do Poder Judiciário e a Democracia”, In: *Anais do 3º Congresso Latino Americano de Ciência Política* (CD-ROM), 2006.