

# ESPECTROS DE NONET E SELZNICK NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: OS SISTEMAS JURÍDICOS REPRESSIVO, AUTÔNOMO E RESPONSIVO

## SPECTRA OF NONET AND SELZNICK IN THE SUPREME FEDERAL COURT AND IN THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE: THE REPRESSIVE, AUTONOMOUS, AND RESPONSIVE LEGAL SYSTEMS

**José Ricardo Cunha**

Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ – (Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil)

**Evandro Monteiro de Barros Junior**

Grupo de Pesquisa Interinstitucional de Desenvolvimento Municipal e Regional – UENF/UNIFLU/CNPQ – (Campos dos Goytacazes, Rio de Janeiro, Brasil)

Recebimento: 12 nov. 2018

Aceitação: 11 jul. 2019

**Como citar este artigo / How to cite this article (informe a data atual de acesso / inform the current date of access):**

CUNHA, José Ricardo; BARROS JUNIOR, Evandro Monteiro de. Espectros de Nonet e Selznick no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça: os sistemas jurídicos repressivo, autônomo e responsivo. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 64, n. 2, p. 37-60, maio/ago. 2019. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/62771>. Acesso em: 31 ago. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v64i2.62771>.

### RESUMO

O presente artigo aborda os modelos de direito criados por Nonet e Selznick, presentes no livro *Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo* – respectivamente, direito repressivo, direito autônomo e direito responsivo –, para investigar se tais modelos poderiam encontrar correspondência em parte da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF) (Brasil). Os modelos de direito criados por Nonet e Selznick são tipos ideais que podem ser úteis no esforço de entendimento da diversidade do fenômeno jurídico decorrente do comportamento dinâmico de seus agentes, porém é preciso saber se existe alguma correspondência empírica na prática do sistema de justiça. De efeito, o artigo possui dois objetivos: 1) apresentar de forma sintética os modelos de direito propostos por Nonet e Selznick; e 2) apontar decisões no âmbito da jurisprudência dos tribunais superiores (STJ e STF) que identifiquem e revelem perfis correspondentes aos referidos modelos de direito.

### PALAVRAS-CHAVE

Philippe Nonet. Philip Selznick. Direito Repressivo. Direito Autônomo. Direito Responsivo.

### ABSTRACT

This article deals with the legal models created by Nonet and Selznick, present in the book *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law* – respectively, repressive law, autonomous law, and responsive law –, to investigate if such models could find correspondence in part of the jurisprudence of the Superior Court of Justice (STJ) and the Supreme Federal Court (STF) (Brazil). The law models created by Nonet and Selznick are ideal types that can be useful in the effort to understand the

diversity of the legal phenomenon that is due to the dynamic behavior of its agents, but it is necessary to know if there is any empirical correspondence in the practice of the justice system. In effect, the article has two objectives: 1) to present in a synthetic way the models of law proposed by Nonet and Selznick; and 2) to point out decisions within the jurisprudence of the higher courts (STJ and STF) that identify and reveal profiles corresponding to said models of law.

## KEYWORDS

Philippe Nonet. Philip Selznick. Repressive Law. Autonomous Law. Responsive Law.

## INTRODUÇÃO

A vida social no mundo contemporâneo tem sido marcada pela expansão do protagonismo institucional e político dos tribunais em processos decisórios (TATE; VALLINDER, 1995). A dinâmica dos acontecimentos ao longo do século XX e início do século XXI, bem como a complexificação crescente das relações institucionais tem produzido uma série de questões e de demandas que inevitavelmente são direcionadas ao sistema de justiça, especialmente o Poder Judiciário. Dentre alguns fatores mais gerais que corroboram para esse processo, podemos falar nas aceleradas transformações econômicas que geram sempre conflitos novos e que demandam soluções novas, ou mesmo na própria consolidação do ideário democrático que reafirma a importância da representação política, mas, também, ressalta o valor de uma cidadania jurídica em que as pessoas e grupos sociais podem reivindicar direitos ou sustentar pretensões perante as cortes de justiça. Esse processo se torna especialmente intenso no contexto de países que vivem sob o império de constituições com uma extensa pauta de direitos e/ou uma cultura jurídico-política de combinação de elementos formais com elementos materiais do direito. Esses tipos de contexto e cultura são favoráveis à produção de uma consciência cidadã que se manifesta por intermédio de uma cidadania ativa que não raro adota o Judiciário como mais um campo de luta por direitos.

Além desses fatores, o argumento da independência e de imparcialidade do Poder Judiciário também é decisivo para que ele seja visto tanto pela sociedade quanto por diversos agentes públicos como uma arena não apenas válida, mas útil no processo de disputa por interesses. Até mesmo os políticos profissionais e suas agremiações partidárias recorrem com frequência ao Poder Judiciário como uma forma de manter vivas batalhas políticas que são perdidas nos tradicionais espaços do debate parlamentar. Em outros casos, ocorre de os parlamentares terem receio de deliberarem sobre temas sediciosos, especialmente aqueles que são moralmente intrincados, e, dessa forma, transferem, por inércia, a decisão para as cortes de justiça, já que juízas e juízes são obrigados a decidir, por força da legislação processual.

Por todas as razões apresentadas, e várias outras que não cabem ser debatidas aqui,

assistimos a um vigoroso protagonismo do Poder Judiciário na vida social, em que as decisões da magistratura, especialmente dos tribunais superiores, afetam de forma mais ou menos significativa a vida da totalidade da população. Com isso, a compreensão dos especialistas acerca do direito não se mantém restrita às leis que são produzidas pelo parlamento. A maneira como o sistema de justiça lida com a Constituição e com as leis passa a ser relevante para se compreender o próprio fenômeno jurídico. Particularmente relevante é o modo como o Poder Judiciário atua tanto no plano processual como nas relações institucionais, isto é, como a magistratura interpreta e aplica a constituição e as normas e como as lideranças judiciárias estabelecem suas relações com outros agentes políticos e econômicos. Por essa razão, parece haver uma certa convergência temática entre teoria do direito, sociologia jurídica e filosofia do direito no estudo do comportamento dos agentes do sistema de justiça para a produção de certos modelos que possam de forma razoavelmente simplificada explicar a complexidade desses comportamentos e apresentá-los como a base de um conhecimento decisivo acerca do direito. Essa forma de raciocínio, a partir dos modelos, tão comum no pensamento científico, tornou-se mais popular no mundo jurídico a partir da análise de perfis operacionais da magistratura ou de modelos de juízes. Não há dúvidas de que o Juiz Hércules, de Ronald Dworkin (2002), é o modelo mais conhecido e debatido, porém existem outros modelos analíticos como os juízes Júpiter, Hércules e Hermes, de François Ost (1993), e os juízes heróis, soldados, minimalistas e mudos, de Cass Sunstein (2015).

Todavia a produção de modelos para se compreender e explicar comportamentos de agentes do sistema de justiça não se restringe ao perfil da magistratura quanto ao modo de decidir. Esse trabalho pode se dar num espectro mais amplo que envolva a atuação dos agentes do sistema de justiça, de suas respectivas formas de lidar com as normas do ordenamento jurídico e, também, com as relações que estabelecem com os demais agentes políticos e até mesmo com a sociedade civil. Essa proposta de análise, com um escopo mais amplo, parece mais promissora como meio de compreensão da dinâmica institucional e social que constitui o fenômeno jurídico, especialmente a partir da relação, sempre tensa, entre direito e política. Essa é a perspectiva analítica adotada por Philippe Nonet e Philip Selznick no livro *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, publicado pelos autores no ano de 1978. Embora o livro tenha gerado repercussão imediata quando de sua publicação, a tradução em língua portuguesa se deu apenas no ano de 2010, época em que a Constituição brasileira de 1988 já havia se consolidado o suficiente para que as práticas institucionais do sistema de justiça pudessem corresponder aos três modelos analíticos propostos pelos autores. Infelizmente o livro de Nonet e Selznick não é debatido com mais intensidade no âmbito da graduação e da pós-graduação em direito no Brasil, pois trata-se de um marco analítico que guarda impressionante atualidade.

Essa maneira de buscar compreender a realidade a partir de modelos, isto é, construindo uma representação conceitual que simule e explique o funcionamento de um fenômeno empírico, tornou-se mais conhecida no âmbito da sociologia a partir do trabalho de Max Weber (1987) e de sua proposta de tipos ideais. Como é sabido, para Weber, não basta que a sociologia descreva os fenômenos sociais, antes, é necessário *compreender* tais fenômenos. Os tipos ideais são especialmente úteis nesse processo de compreensão. Assim afirma Weber (1987, p. 16-17):

Compreender significa, pois, em todos os casos, compreensão interpretativa de: a) casos concretos individuais, como por exemplo na análise histórica; b) casos médios, isto é, estimativas aproximadas, como na análise sociológica das massas; c) um tipo puro de construção cientificamente formulado de ocorrência frequente.

É importante ter em conta que o tipo ideal é uma construção que parte do sujeito pesquisador. Ele os produz como uma forma de enfatizar certas características consideradas vitais ou estratégicas do objeto ou fenômeno estudado. Com isso é possível ter uma importante ferramenta de análise que não pretende esgotar as possibilidades empíricas de manifestação do objeto, mas se constitui como um quadro de pensamento homogêneo capaz não apenas de explicar a realidade – objeto – com certa precisão, mas de oferecer elementos que ajudem na sua compreensão (WEBER, 1987, p. 33).

Embora Nonet e Selznick não façam referência a Weber ou mesmo ao conceito de tipos ideais, os modelos de direito criados por eles são considerados neste artigo como tipos ideais muito úteis no esforço de entendimento da diversidade do fenômeno jurídico decorrente do comportamento dinâmico de seus agentes. Eles permitem uma compreensão não estática do direito – *Law in action* – que nos ajuda tanto a explicar a realidade jurídica quanto a pensá-la em termos de imaginação institucional. Isso significa que, em certa medida, os autores também atribuem uma dimensão normativa aos modelos, isto é, há argumentos acerca de quanto pode ser desejável um determinado modelo ou, ao menos, algumas características de certo modelo. É importante que se diga que esse aspecto também está de acordo com a ideia de uma interpretação sociologicamente compreensiva da ação de sujeitos que é movida por certos fins ou valores. Particularmente no âmbito político-jurídico a interpretação da ação pode levar em conta uma certa autoridade normativa das ideias, como afirma Weber (1987, p. 24). Em outras palavras, os modelos de Nonet e Selznick são úteis para ajudar a compreender a realidade, mas os autores também defendem que o direito seja orientado a seguir um rumo que permitiria algumas superações até chegar a um modelo mais avançado. Trata-se, então, de uma teoria descritiva, porém com certas pretensões normativas.

Quais são os modelos propostos por Nonet e Selznick? Os autores respondem a essa questão:

A teoria que ora propomos é uma tentativa de clarificar essas conexões sistemáticas e de

identificar as configurações típicas que ocorrem. Distinguimos três modalidades ou “estados” básicos de direito-na-sociedade: (1) o direito como servidor do poder repressivo; (2) o direito como instituição diferenciada capaz de controlar a repressão e proteger sua própria integridade, e (3) o direito como facilitador do atendimento às necessidades e aspirações sociais. (NONET; SELZNICK, 2010, p. 75).

Segundo os autores, o direito como um sistema jurídico contém não apenas um conjunto de normas válidas – direito positivo –, mas uma série de variáveis que “diferem significativamente de acordo com a mudança de contextos” (NONET; SELZNICK, 2010, p. 54). Assim, por exemplo, a coerção é uma variável constante no sistema jurídico, porém ela desenvolve papéis distintos nos três modelos em questão: no direito repressivo ela é extensiva e com poucos limites; já no direito autônomo a coerção é controlada por limites legais; por sua vez, no direito responsivo procuram-se alternativas à coerção que sejam baseadas em incentivos pedagógicos. Em outras palavras, o sistema jurídico é definido e identificado por um conjunto de variáveis definidas pelos pesquisadores. Essas variáveis se comportam de maneira distinta, isto é, reagem de forma diferenciada conforme um determinado contexto marcado, sobretudo, pela relação entre direito e política e pelo sentido que se confere às ideias de autoridade e responsabilidade. Essas diferentes formas de reação dessas variáveis deram a base para Nonet e Selznick cunharem os seus três modelos de direito.

Os modelos propostos por Nonet e Selznick se relacionam a certas concepções de direito. Claro que, em se tratando de direito, também se relacionam com questões de organização de poderes e funções de Estado; todavia eles não se prestam, como parâmetros analíticos, a fazer uma crítica consistente ao princípio da separação de poderes e nem à elaboração de novas configurações institucionais, como o faz, por exemplo, Bruce Ackerman no seu ensaio de teoria constitucional comparada *The New Separation of Powers*. Ackerman está preocupado com ideais de legitimação política contidos no princípio da separação de poderes, especialmente os seguintes: i) a democracia; ii) a competência profissional e especialização funcional dos agentes de Estado; e iii) a proteção dos direitos fundamentais (NONET; SELZNICK, 2000, p. 639-640). Com base nesses ideais, Ackerman critica tanto o modelo americano quanto o modelo inglês de separação de poderes, e propõe aquilo que ele denomina de *constrained parliamentarism*. De acordo com esse modelo, as decisões políticas normais tomadas pelos representantes do povo estariam de alguma forma restringidas: i) por um histórico de decisões populares validadas pelo tribunal constitucional e que constituem a tradição daquela comunidade política (democracia); ii) por um sistema judiciário independente e por órgãos corregedores e de controle que exigem justificação da política e prestação de contas (competência profissional e especialização funcional dos agentes de Estado); e iii) por setores do Estado que assegurem as condições mínimas de vida que tornem viável a possibilidade de os cidadãos atuarem

politicamente para protegerem seus direitos, e pelo tribunal constitucional que deve salvaguardar os direitos humanos fundamentais para todos (proteção dos direitos fundamentais) (ACKERMAN, 2000, p. 723). Por outro lado, Nonet e Selznick estão mais interessados em compreender como se constitui a cultura jurídica e os parâmetros institucionais de produção e aplicação do direito positivo. Para isso focam sua análise no sistema de justiça. Certamente essa análise também envolve uma determinada compreensão acerca da relação das instituições do sistema de justiça com as instituições da política profissional, especialmente o parlamento. Mas em nenhum momento Nonet e Selznick levam em consideração a participação popular ativa como um dos fundamentos da formação da cultura jurídica (questão que é uma das preocupações centrais de Ackerman). Para esses autores, a legitimação democrática da atuação do sistema de justiça acontece em dois tempos: i) pela estrutura formal e imparcial do estado de direito – modelo de direito autônomo; e ii) pela realização dos fins do direito e pela capacidade de os agentes de Estado formularem juízos de equidade que permitam tratar os desiguais de forma desigual – modelo de direito responsivo (NONET; SELZNICK, 2010). Na análise de Nonet e Selznick é pressuposta a forma de separação de poderes que vem da tradição dos Federalistas, porém eles chamam a atenção para o fato de poder haver uma falha no movimento de *checks and balances*, o que pode levar a um predomínio de certas forças políticas sobre as instituições do sistema de justiça, caso típico do modelo de direito repressivo. Apesar de não propor um modelo de separação de poderes, já que essa não é a proposta, Nonet e Selznick atribuem uma certa pretensão normativa à teoria, como dissemos acima, na medida em que sustentam que o modelo de direito responsivo possui vantagens que deveriam ser levadas em conta pelo sistema de justiça, ainda que com constante zelo para que as instituições se mantenham funcionais e independentes.

Por fim, cabe esclarecer ao leitor nesse espaço introdutório que o problema de pesquisa que orienta o presente artigo pode ser descrito na forma da seguinte pergunta: a jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros, ou ao menos parte dela, apresenta características que correspondem aos modelos de direito apresentados por Nonet e Selznick? Essa foi uma questão debatida no âmbito do grupo de pesquisa Direitos Humanos, Poder Judiciário e Sociedade, vinculado ao Programa de Pós-Graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, e esse é o primeiro artigo referente ao levantamento feito na jurisprudência. De efeito, o artigo possui dois objetivos: 1) apresentar de forma sintética os modelos de direito propostos por Nonet e Selznick; e 2) apontar decisões no âmbito da jurisprudência dos tribunais superiores (STJ e STF) que identifiquem e revelem perfis correspondentes aos referidos modelos de direito. A metodologia utilizada é pertinente e comum ao trabalho de pesquisa no mundo jurídico: a parte conceitual se baseia na pesquisa bibliográfica em que se busca uma visão sintética dos modelos de direito conforme propostos pelos autores no livro de

referência; a parte empírica realiza um levantamento da jurisprudência do STJ e STF para descobrir se há decisões que possam ser descritas de acordo com os modelos propostos por Nonet e Selznick. É importante esclarecer que o artigo não pretende debater ou problematizar a teoria em si, proposta pelos autores, mas investigá-la na prática da jurisprudência a fim de testar o seu potencial explicativo. Com isso, também pretende oferecer uma colaboração para a compreensão de parte da prática jurídica no Brasil a partir de um quadro conceitual baseado nas ideias de direito repressivo, autônomo e responsivo.

## 1 PARA UMA SÍNTESE DOS SISTEMAS JURÍDICOS REPRESSIVO, AUTÔNOMO E RESPONSIVO

Para tentarmos identificar, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, os modelos de direito repressivo, autônomo e responsivo, desenvolvidos por Nonet e Selznick (2010) é necessário, antes de tudo, conceituar os referidos modelos e demonstrar suas principais características.

### 1.1 DIREITO REPRESSIVO

O principal traço distintivo do modelo de direito repressivo é a subordinação do direito ao poder político, conforme os interesses dos grupos dominantes. Afirmam os autores: “o poder governante é repressivo quando não dá importância aos interesses dos governados, isto é, quando tende a desprezar esses interesses ou negar-lhes legitimidade. Em consequência disso, aquele que é sujeito ao poder fica relegado a uma posição precária ou vulnerável” (NONET; SELZNICK, 2010, p. 71). Nesse sentido, as normas legais e os juízes que as aplicam legitimam e servem aos interesses dos politicamente poderosos, para os quais as restrições da lei são menos obrigatórias (NONET; SELZNICK, 2010, p. 13). Esse sistema apresenta características marcantes. São elas:

- 1- As instituições judiciárias têm acesso direto ao poder político; o direito é identificado como o Estado e subordinado à *raison d'état*.
- 2- A preservação da autoridade é uma preocupação dominante no mundo do oficial do direito. Nessa “perspectiva oficial”, o benefício da dúvida cabe ao sistema, e a conveniência administrativa tem enorme peso.
- 3- Os organismos especializados de controle, como a Polícia, são independentes dos centros de poder, isolados dos contextos sociais moderadores e capacitados a resistir à autoridade política.
- 4- Um regime de “direito dual” institucionaliza uma justiça de classe consolidando e legitimando padrões de subordinação social.
- 5- O código penal reflete costumes dominantes; o moralismo legal prevalece (NONET; SELZNICK, 2010, p. 75).

A finalidade do sistema repressivo é, basicamente, manter a ordem, tendo o referido sistema, como fonte de pretensão de sua legitimidade, a segurança social e, sobretudo, a razão de Estado. Essa busca pela ordem se manifesta na forma de um movimento de repressão por meio de agentes públicos que possuem uma alargada faixa de discricionariedade, aumentando a vulnerabilidade daqueles que estão sob o arbítrio das autoridades do sistema de justiça (NONET; SELZNICK, 2010, p. 81).

O sistema normativo que vigora no modelo de direito repressivo tende a ser pouco elaborado, ainda que detalhado, como afirmam Nonet e Selznick: “pouco capaz de sujeitar governantes”, e, sua racionalidade jurídica pode ser classificada como casuística e particularista; enquanto sua discricionariedade é difusa e oportunista. Outra característica de suma importância encontrada em tal sistema é sua coerção extensiva, com poucos limites, cumulada com uma moralidade comunal pautada no legalismo moral, ou seja, “moral de coação” (NONET; SELZNICK, 2010, p. 57). Esse sistema, poroso à vontade de seus agentes, acaba por traduzir a pretensão de busca de uma obediência incondicional, sob pena de punição por rebeldia, e a crítica ao sistema é rotulada como manifestação de deslealdade. Invoca-se um moralismo jurídico, mas em vez de esse moralismo proteger valores, ele os cristaliza e impede a reflexão livre e adesão crítica. Por isso as resistências ao moralismo professado pelo sistema são vistas não apenas como deslealdade, mas como conduta desviante que deve ser punida (NONET; SELZNICK, 2010, p. 94).

Por tudo isso, a representação simbólica do modelo de direito repressivo, sem dúvida, é a autoridade policial, que se vale do sustento que lhe fornecem os demais agentes públicos do sistema de justiça. Esse apelo por lei e ordem se converte, na verdade, na subordinação das instituições jurídicas às elites governantes, seja para preservar a autoridade ou para garantir privilégios. Para isso, o direito convive com uma extrema discricionariedade oficial, sempre justificada por razões de Estado, que produz uma significativa maleabilidade do sistema jurídico (NONET; SELZNICK, 2010, p. 97).

## 1.2 DIREITO AUTÔNOMO

Devido à incapacidade do modelo de direito repressivo em garantir aquilo que Nonet e Selznick chamam de estabilidade fundada no consentimento (NONET; SELZNICK, 2010, p. 98), surge no cenário da discussão o modelo de direito autônomo com a justificativa de que seria o meio próprio para sanar tal incapacidade. O direito autônomo proporciona uma espécie de *conversão da ordem legal em recurso para domar a repressão*. Segundo Nonet e Selznick, “o estado de direito



nasce quando as instituições judiciárias adquirem autoridade e independência suficientes para impor limites ao exercício do poder governamental. Em outras palavras: não é possível haver um estado de direito sem que haja um judiciário independente” (NONET; SELZNICK; 2010, p. 98).

De acordo com os autores, o Estado de Direito deve ser compreendido como um sistema institucional singular, algo muito diferente de um ideal abstrato. As instituições do sistema de justiça possuem, nesse modelo, funções concretas e bem especializadas, a serem exercidas com relativa autonomia dentro de uma esfera de competência delimitada. (NONET; SELZNICK, 2010, p. 99). Eis as principais características do direito autônomo:

- 1- Separação entre direito e política. O sistema declara a independência do judiciário e estabelece uma clara linha divisória entre as funções legislativas e judiciárias.
- 2- A ordem jurídica adota o “modelo normativo”. A ênfase nas normas ajuda a impor certo grau de responsabilidade oficial e, ao mesmo tempo, limita a criatividade das instituições judiciárias e o perigo de invadirem o domínio da política.
- 3- “O procedimento é o coração do direito”. Regularidade e a equidade, não a justiça substantiva, são os fins prioritários e a principal competência da ordem jurídica.
- 4- “fidelidade à lei” significa estrita obediência às normas do direito positivo. A crítica das leis existentes deve ser canalizada através do processo político (NONET; SELZNICK, 2010, p. 100).

O que está por trás do modelo de direito autônomo é um ideal de autonomia que deve alcançar tanto o direito como a política. Em outras palavras, o poder político é limitado pelas normas do direito positivo e, ao mesmo tempo, legitimado na medida em que é restringido pelo sistema de justiça que assegura o cumprimento das normas de forma independente. Assim, o próprio direito se legitima ao se comprometer exclusivamente com as normas jurídicas, e não com os interesses dos grupos políticos dominantes. As normas do direito decorrem de fontes socialmente reconhecidas e aceitas, e o uso dessas normas pelos agentes públicos está pautado em procedimentos equânimes e com decisões justificadas (NONET; SELZNICK, 2010, p. 102-103). Esse movimento decorre do que os autores denominam de “barganha histórica”, isto é: “as instituições judiciárias adquirem autonomia procedimental em troca da subordinação substantiva” (NONET; SELZNICK, 2010, p. 105). Isso significa que o mundo político aceita a independência do mundo jurídico desde que os agentes do sistema de justiça se comprometam em aplicar as leis aprovadas pelos políticos.

Essa barganha histórica se reflete nos dois polos: tanto do direito quanto da política. Por um lado, as lideranças políticas tomam as suas decisões nos limites do ordenamento jurídico e, caso exista alguma controvérsia, ela deve ser resolvida em outra arena, ou seja, no âmbito do Poder Judiciário, mas exclusivamente com base nas regras do jogo, isto é, nas normas aprovadas pelos legisladores. Por outro lado, da perspectiva dos agentes do sistema de justiça, isso significa, basicamente, a adesão a um princípio de autolimitação. Essa autocontenção é, ao mesmo tempo, requisito de sua

legitimidade e autoproteção diante da ordem política. Por isso Nonet e Selznick asseveram que, nesse modelo, o procedimento é o coração do direito e forma mesmo o *ethos* do sistema jurídico autônomo (NONET; SELZNICK, 2010, p. 113). O devido processo legal é a maior virtude do direito autônomo e a magistratura, especialmente, deve cultivar suas virtudes passivas como forma de manter sua legitimidade.

Essa perspectiva de apego à lei e ao procedimento acentua no direito tanto o legalismo quanto o formalismo, porém essas características acabam se constituindo como base para a busca de pretensão de obediência à ordem jurídica. Esse modelo de direito autônomo se apresenta como restritivo da discricionariedade dos agentes do sistema de justiça e, até mesmo, da capacidade de coerção do Estado, também ela submetida às normas e aos procedimentos. Por isso os cidadãos estariam, em tese, protegidos da pura repressão de natureza polícial e controladora, assim como as suas próprias obrigações são também limitadas (NONET; SELZNICK, 2010, p. 118).

Em síntese, no modelo de direito autônomo, vige uma moralidade institucional, que está preocupada com a eticidade do processo legal e, acima de tudo, cuida-se de um direito independente da política, buscando assegurar a separação entre os poderes. Nesse ínterim, a expectativa de obediência em tal sistema é condicionada, podendo a desobediência ser justificada, porém em casos que sejam, de alguma forma, amparados pela legalidade. Por último, quanto às regras de participação no sistema jurídico autônomo, o acesso é limitado pelos procedimentos estabelecidos e leva muito em conta a emergência da crítica ao sistema jurídico. Se no modelo de direito repressivo a representação simbólica se dava por meio da autoridade policial, no modelo de direito autônomo essa representação simbólica ocorre por meio do juiz neutro e imparcial, delimitado pelas regras do processo.

### 1.3 DIREITO RESPONSIVO

De acordo com Nonet e Selznick, o modelo de direito responsivo encontraria dois precedentes fundamentais na teoria do direito: i) o realismo jurídico de Jerome Frank; e ii) a teoria sociológica do direito de Roscoe Pound. Ambos possuem em comum a ideia de que o direito em geral e o sistema de justiça em particular devem levar em consideração o contexto fático dos casos e as consequências possíveis de uma decisão de natureza normativa; além disso, também asseveram a importância de considerar as exigências da realidade para garantir justiça substantiva. Nesse sentido, qualificam o direito responsivo da seguinte maneira: “A boa lei deveria oferecer mais que justiça

formal, deveria ser tanto competente quanto equânime, ajudando a definir o interesse público e empenhando-se na concretização da justiça substantiva” (NONET; SELZNICK, 2010, p. 121-122).

Essencialmente, ser responsivo significa assumir duas características básicas: por um lado, 1) sentir-se responsável pela realidade e pelos problemas que afetam as pessoas. Isso não quer dizer sentir-se culpado, mas exercer qualidades empáticas que o aproximem do outro, especialmente do outro que sofre certo embaraço ou infortúnio. Por outro lado, 2) buscar respostas e soluções para os problemas que são diretamente apresentados ou que subjazem as controvérsias que chegam aos agentes públicos, particularmente aos agentes do sistema de justiça. Afirmam os autores que “as instituições jurídicas deviam abandonar a estreita segurança do direito autônomo e serem convertidas em instrumentos mais dinâmicos do ordenamento e da mudança social” (NONET; SELZNICK, 2010, p. 122).

Não há dúvida de que no modelo de direito responsivo se diminui a barreira antes colocada pelo sistema jurídico autônomo entre o direito e a política. Essa maior porosidade entre o ambiente jurídico e o ambiente político é alvo de muitas críticas, pois poderia, segundo esses críticos, conduzir a um retorno ao direito repressivo. Em última instância estamos falando do conflito entre “integridade” e “abertura” que, segundo Nonet e Selznick, é um dilema que afeta não apenas o mundo jurídico, mas as instituições em geral. Assim explicam:

há integridade quando uma instituição está fortemente comprometida com determinada missão ou pode ser responsabilizada por esta mediante controles externos. Contudo, instituições muito engajadas em determinadas missões geralmente acabam tão comprometidas com sua maneira de fazer e ver as coisas que perdem a sensibilidade para o ambiente social (NONET; SELZNICK, 2010, p. 124).

Os autores estão atentos a esse dilema que afeta o desenvolvimento do direito quando se chega nessa etapa responsiva; todavia, as reflexões teóricas que desenvolvem apostam na capacidade de as instituições jurídicas lidarem de forma adequada com tal dilema. Obviamente, os extremos a serem evitados já estão anteriormente revelados pelas debilidades dos modelos anteriores: no caso do sistema jurídico repressivo ocorre uma adaptação passiva e oportunista das instituições judiciárias ao ambiente social e político. Por isso o direito acaba por servir aos interesses dos grupos políticos e econômicos dominantes. Já no caso do sistema jurídico autônomo, como uma reação contrária à abertura indiscriminada do direito repressivo, ocorre um esforço acentuado na preservação da própria integridade, de tal forma que o sistema se fecha em si mesmo e reduz em grande escala sua responsabilidade com o ambiente social, podendo, no limite, recair em um tecnicismo ou formalismo cego (NONET; SELZNICK, 2010, p. 125).

Para Nonet e Selznick (2010, p. 125), uma instituição responsiva “conserva a capacidade de

compreender o que é essencial à sua integridade e ao mesmo tempo leva em consideração as novas forças do ambiente social”. Por isso o modelo de direito responsivo é aquele que “percebe as pressões sociais como fontes de conhecimento e de oportunidades de autocorreção” (NONET; SELZNICK, 2010, p. 126). Os argumentos apresentados pelos autores acerca do direito responsivo transitam entre uma dimensão descritiva e uma dimensão prescritiva e são expostos pelas seguintes linhas gerais:

- 1- A dinâmica do desenvolvimento do direito aumenta a predominância do viés propositivo na argumentação jurídica;
- 2- A finalidade tensiona a autoridade do direito, atenua a exigência de obediência e abre a possibilidade de uma concepção da ordem pública menos rígida e mais civil;
- 3- À medida que o direito adquire abertura e flexibilidade, a defesa jurídica de causas públicas assume uma dimensão política, gerando forças que ajudam a corrigir e modificar as instituições legais, mas ameaçando destruir a sua integridade (NONET; SELZNICK, 2010, p. 127).

Na medida em que o sistema de direito responsivo se propõe a desenvolver sua capacidade de resolver problemas e busca sua legitimidade no ideal de realização de justiça substantiva, passa a levar bem mais a sério os fins que estão estabelecidos na própria ordem jurídica. A realização de valores e programas de ação previstos no âmbito do direito positivo se coloca como tarefa de primeira grandeza, e para que seja realizada passa a ser mais recorrente o recurso aos princípios como base para decisões no âmbito do sistema de justiça. Há uma integração crescente dos princípios às regras para que essas não sejam aplicadas de maneira isolada e descontextualizada dos princípios que informam o sistema. Lembrem Nonet e Selznick que “quando um direito dá ênfase aos princípios e fins, introduz um recurso proveitoso para criticar a autoridade de normas específicas” (NONET; SELZNICK, 2010, p. 132). De efeito, uma regra não se sustenta apenas por sua validade, mas pela sua capacidade de realizar certos fins. Isso elevaria o grau de racionalidade no processo de argumentação jurídica, pois a fundamentação das decisões não dependeria apenas da utilização correta da técnica jurídica e exigiria também uma justificação convincente de que aquela decisão é a melhor decisão, ou seja, é a que melhor concretiza princípios, a que mais realiza os fins do direito e, portanto, a que produz as externalidades e consequências mais positivas naquele dado contexto. Como ressaltam os autores, “o pensamento jurídico consequencialista contrabalança a tendência de magistrados a se esconderem atrás de regras e a se esquivarem de sua responsabilidade” (NONET; SELZNICK, 2010, p. 133).

Esse aumento da discricionariedade resultante da combinação de regras com princípios e da busca de realização de fins mais ou menos amplos produz, como resultado inevitável, uma certa erosão da autoridade. Isso implica que nesse modelo de direito responsivo a ideia de civilidade seja muito mais importante e rica. Não se trata apenas de manter a ordem por intermédio da lógica binária

coerção/obediência, mas da necessidade incontornável de as autoridades públicas apresentarem boas razões para as suas decisões, ou seja, mostrarem aquelas justificativas que possam ser aceitas como argumentos convincentes baseados numa razão pública. Daí que Nonet e Selznick (2010, p. 140) afirmem que “num sistema mais desenvolvido, a lógica da decisão judicial é congruente com a lógica do julgamento moral e prático. À medida que o direito adquire maior plasticidade, enriquece suas fontes, e cresce em competência cognitiva, o seu casuísmo legal perde centralidade”. Nesse modelo, o estilo de coerção é exercido como busca de alternativas baseadas em incentivos pedagógicos, exemplos e por um sistema de obrigações autossustentadas. No lado popular da mesma moeda em que se inscreve a coerção, está a questão da obediência. Para o modelo de direito responsivo é possível conciliar civilidade com o exercício de algum nível de desobediência, desde que esta seja percebida como portadora de temas emergentes e legítimos para os quais os agentes públicos precisam oferecer respostas razoáveis. Por essa razão percebe-se nesse modelo uma maior participação e integração de grupos defensores de causas sociais na esfera da política com os grupos que atuam com o mesmo propósito na esfera judicial. Ocorre uma “social and legal advocacy” (NONET; SELZNICK, 2010, p. 150).

Para o sistema jurídico responsivo, as soluções apresentadas pelo sistema de justiça devem levar em consideração o indivíduo prejudicado, contudo o âmago das propostas deve possuir natureza estrutural. Em outras palavras, “o foco da interpretação jurídica deve ser nos padrões sociais e nos arranjos institucionais que frustram o atendimento dos fins legais” (NONET; SELZNICK, 2010, p. 161). De maneira geral, os problemas que são levados à apreciação judicial e a reivindicação por direitos devem ser entendidos como avisos de desvios, bloqueios ou mau funcionamento do sistema e, com efeito, trabalhados como forma de autocorreção. Não se trata de dar menos importância ao indivíduo, mas de compreender que muitas vezes a voz individual é reveladora de um conflito social. Por isso o direito responsivo não dissocia justiça individual de justiça social. O olhar sobre um caso individual deve ajudar na análise que favoreça a procura de respostas para os entraves e dilemas mais amplos. Nessa esteira asseveram Nonet e Selznick (2010, p. 162):

É necessário empenhar esforços para diagnosticar os problemas e para reformular os arranjos institucionais. Novos métodos de supervisão, novas formas de aumentar a visibilidade das decisões, novas unidades organizacionais, novas estruturas de autoridade, novos incentivos – são esses os remédios propostos pelo direito responsivo.

Isso não significa um descompromisso com a legalidade, mas que essa não pode se confundir com padrões burocráticos imobilizadores e nem com formalismo.

Para o sistema jurídico responsivo, a responsabilidade não se limita à mera aplicação da lei.

Os agentes públicos são chamados a exercer, ainda que com limites, algum nível de imaginação institucional que permita respostas que sejam integradoras e fortaleçam o tecido social. Para evitar acusações de excessiva discricionariedade, as decisões são fundamentadas não apenas na maneira de uma explicação – lógico-formal –, mas também de uma justificação – razão prática – baseada em uma razão pública. Esse ambiente de civilidade deve alcançar tanto os agentes públicos quanto a sociedade como um todo. E o mais importante: não se trata de uma panaceia. De forma eloquente advertem os autores:

O direito responsivo pressupõe uma sociedade dotada de capacidade política suficiente para enfrentar seus problemas, definir prioridades e estabelecer os compromissos necessários. O direito responsivo não faz milagres no campo da justiça. Suas conquistas dependem da vontade e dos recursos da comunidade política. Sua grande contribuição é promover um sentido de bem público e inserir no processo de governar um espírito de autocorreção (NONET; SELZNICK, 2010, p. 170).

Dissemos que o direito repressivo pode ser simbolicamente representado pela polícia, enquanto o direito autônomo pode ser simbolicamente representado pela magistratura. A importância que o direito responsivo oferece aos valores e aos fins do direito torna impossível encontrar uma figura institucional que funcione como sua representação simbólica, de forma equivalente às figuras dos modelos anteriores. Assim, a representação simbólica estaria mais no campo abstrato dos valores e no esforço argumentativo da justificação.

Por fim, e para uma boa síntese, segue a transcrição de um quadro apresentado pelos próprios autores (NONET; SELZNICK, 2010, p. 57):

TRÊS TIPOS DE DIREITO			
	Direito Repressivo	Direito Autônomo	Direito Responsivo
Finalidades do Direito	Ordem	Legitimação	Competência (capacidade de resolver problemas)
Legitimidade	Segurança social e razão de Estado	Procedimentos equânimes	Justiça substantiva
Sistema Normativo	Pouco elaborado ainda que detalhado; pouco capaz de sujeitar governantes.	Elaborado, obrigando a sujeição tanto de governantes quanto de governados.	Subordinado a princípios e políticas institucionalizadas.
Racionalidade Jurídica	Casuística e particularista	Forte aderência à autoridade legal; vulnerável ao formalismo e ao legalismo.	Orientada aos fins; ampliação da competência cognitiva.
Discrecionariade	Difusa, oportunista	Restrita à interpretação das normas; baixa delegação.	Ampla, mas subordinada à justificação dos fins.
Coerção	Extensiva, com poucos limites	Controlada por limites legais.	Busca de alternativas baseadas em incentivos pedagógicos; exemplo: sistema de obrigações autossustentadas.
Moralidade	Moralidade comunal; legalismo moral; “moral de coerção”	Moralidade institucional; preocupada com a eticidade do processo legal.	Moralidade civil; “moral de cooperação”
Política	Direito subordinado ao poder político	Direito independente da política; separação entre poderes.	Integração de aspirações legais e políticas; combinação entre os poderes.
Expectativas de obediência	Incondicional; desobediência punida como rebeldia.	Condicional; desobediência justificada somente com amparo legal.	Desobediência avaliada em termos de danos efetivos; percebida como portadora de temas emergentes a serem legitimados.
Participação	Consentimento passivo; crítica como manifestação de deslealdade.	Acesso limitado pelos procedimentos estabelecidos; emergência da crítica ao sistema jurídico.	Acesso ampliado pela integração dos grupos defensores de causas sociais na esfera da política com os grupos que atuam com o mesmo propósito na esfera judicial ( <i>social and legal advocacy</i> ).

Isso posto, seguimos com o material empírico resultante de um levantamento feito em algumas decisões emblemáticas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, na

tentativa de identificar decisões que possam ser descritas de acordo com os modelos propostos por Nonet e Selznick.

## **2 DECISÕES DO STF E DO STJ ESCOLHIDAS TENDO EM VISTA A IDENTIFICAÇÃO COM OS MODELOS DE DIREITO DE NONET E SELZNICK**

Para a análise no presente artigo, foram escolhidas as decisões apresentadas a seguir, mescladas entre o STF e o STJ. Elas serão apresentadas e identificadas com o modelo de direito correspondente, conforme objetivo proposto para o presente artigo.

### **2.1 STF – HC 98712 – A TRANSMISSÃO INTENCIONAL DO VÍRUS HIV NÃO INDICA DOLO DE MATAR**

Na referida decisão, especificamente no voto do Ministro Marco Aurélio (relator), constam os seguintes trechos: “Descabe cogitar de tentativa de homicídio na espécie, porquanto há tipo penal específico, considerada a imputação – perigo de contágio de moléstia grave” (STF – HC 98712). Prossegue ainda o ministro:

Verifica-se que há, até mesmo, presente o homicídio, a identidade quanto ao tipo subjetivo, sendo que o do artigo 131 é o dolo de dano, porquanto, no primeiro, tem-se a vontade consciente de matar ou assunção de risco de provocar a morte [...] Esses elementos consubstanciam não o tipo do artigo 121 do Código Penal, presente até mesmo dolo eventual, mas o específico do artigo 131 [...] Concedo parcialmente a ordem para imprimir a desclassificação do delito e envio do processo para distribuição a uma das varas criminais comuns no Estado de São Paulo.

No teor da referida decisão é possível identificarmos a característica marcante do direito autônomo, uma vez que se faz presente a estrita fidelidade à lei e estrita obediência às normas do direito positivo.

### **2.2 STJ – HC 160.982 – A TRANSMISSÃO INTENCIONAL DO VÍRUS HIV É DOLO DE LESAR E CONFIGURA LESÃO GRAVÍSSIMA PELA ENFERMIDADE INCURÁVEL**

O presente Habeas Corpus demonstra na própria ementa posição firmada pelo ministro Marco Aurélio no julgamento do HC 98.712, julgado este que fora apresentado no item anterior. Naquele momento o ministro “firmou a compreensão de que a conduta de praticar ato sexual com a finalidade de transmitir AIDS não configura crime doloso contra a vida” (HC 160.982).

Em nossa análise, verificamos que a subsunção do fato à norma aplicada no caso em tela reflete a quarta principal característica do direito autônomo, qual seja, estrita obediência às normas



do direito positivo, o que significa que a crítica das leis existentes deve ser canalizada por meio do processo político (NONET; SELZNICK, 2010, p. 100).

Já no que toca ao teor do voto da ministra Laurita Vaz (relatora), encontramos características do direito autônomo nas seguintes partes:

Com efeito, as conclusões das instâncias ordinárias – soberanas quanto à análise de fatos -, ao examinarem todo o conjunto probatório, não podem ser reavaliadas por esta Corte Superior, a quem compete na via estreita do *habeas corpus*, apenas apreciar matéria de direito [...] Acrescento, ainda, que não me olvido de que a Suprema Corte, ao decidir o já mencionado HC 98.712/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, não definiu a capitulação jurídica da conduta questionada nos autos. Naquele caso, o Pretório Excelso apenas excluiu da atribuição do Tribunal do Juri o julgamento da controvérsia, afirmando, porém, que conferiria ao Juízo Singular a competência para determinar a classificação do delito (HC 160.982).

Identificamos duas características do direito autônomo, já apresentadas, que são:

1- A ordem jurídica adota o “modelo normativo”. A ênfase nas normas ajuda a impor certo grau de responsabilidade oficial e, ao mesmo tempo, limita a criatividade das instituições judiciárias e o perigo de invadirem o domínio da política. 2- O procedimento é o coração do direito. Regularidade e a equidade, não a justiça substitutiva, são os fins prioritários e a principal competência da ordem jurídica (NONET; SELZNICK, 2010, p. 100).

Adiante, ainda no mesmo julgado conferimos também característica peculiar ao direito autônomo nas palavras conclusivas da ministra, ainda em seu voto:

Assim, após as instâncias ordinárias concluírem que o agente tinha a intenção de transmitir doença incurável na hipótese, tenho que a capitulação do delito por ela determinada (art. 129, § 2º, inciso II, do Código Penal) é correta (HC 160.982).

Tal afirmativa proferida pela julgadora parece concretizar uma forma de manter a credibilidade da jurisdição inferior, o que nos remete à característica número 3 do direito autônomo, já demonstrada antes, considerando o procedimento como o coração do direito.

### 2.3 STF 1ª TURMA – HC 124306 – ENTENDIMENTO QUE A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO ANTES DE CONCLUÍDO O 1º TRIMESTRE DE GESTAÇÃO, VIOLA DIVERSOS DIREITOS DA MULHER, AINDA QUE RECONHECIDA A EVIDENTE RELEVÂNCIA DO BEM JURÍDICO: “VIDA POTENCIAL DO FETO”

Ao analisar e julgar o referido HC, o STF entendeu necessidade de interpretação conforme a Constituição de 1988, para excluir do âmbito de incidência (do tipo) a interrupção voluntária da gestação no 1º trimestre. Nesse sentido, os direitos compreendidos como violados seriam: a) autonomia da mulher; b) integridade física e psíquica da mulher; c) direito sexual e reprodutivo da

mulher. Observa-se também certa atenção à proporcionalidade como filtro para a intervenção penal em casos tais, de maneira que assim se manifestou o Ministro Barroso:

[...] é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: *os direitos sexuais e reprodutivos da mulher*, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a *autonomia* da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a *integridade física e psíquica* da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a *igualdade* da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria (STF 1ª TURMA – HC 124306).

Na análise do voto-vista conferimos características do direito responsivo, como “a dinâmica do desenvolvimento do direito aumenta a predominância do viés propositivo na argumentação jurídica”; bem como: “a finalidade tensiona a autoridade do direito, atenua a exigência de obediência e abre a possibilidade de uma concepção da ordem pública menos rígida e mais civil”. Indicamos ainda atenção especial ao perigo da característica de número 3 do direito responsivo, que alerta para a possibilidade de que: “À medida que o direito adquire abertura e flexibilidade, a defesa jurídica de causas públicas assume uma dimensão política, gerando forças que ajudam a corrigir e modificar as instituições legais, mas ameaçando destruir a sua integridade” (NONET; SELZNICK, 2010, p. 127).

No tocante à parte do voto direcionada a imprimir a segunda principal característica do direito responsivo, ou seja, a concepção da ordem pública menos rígida e mais civil, foi possível percebê-la na seguinte afirmação:

[...] tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos (STF 1ª TURMA – HC 124306).

Em sequência, o julgado parece traduzir uma visão mais propositiva no que tange à argumentação jurídica, e isso se faz a partir das seguintes palavras:

[...] é impossível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios (STF 1ª TURMA – HC 124306).

Nesse íterim enquadra-se a dinâmica do desenvolvimento do direito que aumenta a predominância do viés propositivo na argumentação jurídica, conforme a segunda característica marcante do direito responsivo (NONET; SELZNICK, 2010, p. 127). Segue o Ministro Barroso no

seu argumento:

[...] o aborto é uma prática que se deve procurar evitar, pelas complexidades físicas, psíquicas e morais que envolvem. Por isso mesmo, o papel do Estado e da sociedade atuar nesse sentido, mediante oferta de educação sexual, distribuição de meios contraceptivos e amparo à mulher que deseje ter o filho e se encontre em circunstâncias adversas. Portanto, ao se afirmar aqui a incompatibilidade da criminalização com a Constituição, não se está a fazer a defesa da disseminação do procedimento. Pelo contrário, o que se pretende é que ele seja raro e seguro (STF 1ª TURMA – HC 124306).

Analisando o argumento, ele parece corresponder à terceira característica do direito responsivo, qual seja: “À medida que o direito adquire abertura e flexibilidade, a defesa jurídica de causas públicas assume uma dimensão política, gerando forças que ajudam a corrigir e modificar as instituições legais, mas ameaçando destruir a sua integralidade” (NONET; SELZNICK, 2010, p. 127).

Em que pese o conteúdo do voto transmitir cunho fortemente político, logo à primeira vista seu teor passa a confrontar a terceira característica marcante do direito repressivo, que é o fato de o Código Penal refletir costumes dominantes, porém o moralismo legal prevalecer (NONET; SELZNICK, 2010, p. 75). Ocorre ainda que, na medida em que o voto se desenvolve com direcionamento a demonstrar características essenciais dos direitos fundamentais, se coaduna ao direito autônomo. Nas palavras do julgador:

Característica essencial dos direitos fundamentais é que eles são oponíveis às maiorias políticas. Isso significa que eles funcionam como limite ao legislador e até mesmo ao poder constituinte reformador (CRFB, art. 60, § 4º). Continua o magistrado: Além disso, são eles dotados de aplicabilidade direta e imediata, o que legitima a atuação da jurisdição constitucional para a sua proteção, tanto em caso de ação como de omissão legislativa (STF 1ª TURMA – HC 124306).

Nessa linha, as palavras do ministro estão em consonância à conversão da ordem legal em recurso para domar a repressão, como abordado anteriormente (NONET; SELZNICK, 2010, p. 98).

Na parte do voto em que o magistrado apresenta os direitos afetados no caso concreto, mais especificamente a violação à autonomia da mulher, o direito responsivo está mais uma vez presente de maneira marcante (em sua característica segunda): “A finalidade tensiona a autoridade do direito, atenua a exigência de obediência e abre a possibilidade de uma concepção da ordem pública menos rígida e mais civil” (NONET; SELZNICK, 2010, p. 127). Assim se manifestou o julgador quanto a essa característica identificada em nossa análise:

A criminalização viola, em primeiro lugar, a *autonomia* da mulher, que corresponde ao núcleo essencial da liberdade individual, protegida pelo princípio da dignidade humana (CF/1988, art. 1º, III). A autonomia expressa a autodeterminação das pessoas, isto é, o direito de fazerem suas escolhas existenciais básicas e de tomarem as próprias decisões morais a propósito do rumo de sua vida. Todo indivíduo – homem ou mulher – tem assegurado um espaço legítimo de privacidade dentro do qual lhe caberá viver seus valores, interesses e

desejos. Neste espaço, o Estado e a sociedade não têm o direito de interferir. Quando se trata de mulher, um aspecto central de sua autonomia é o poder de controlar o próprio corpo e de tomar as decisões a ele relacionadas, inclusive a de cessar ou não uma gravidez. Como pode o Estado – isto é, um delegado de polícia, um promotor de justiça ou um juiz de direito – impor a uma mulher, nas semanas iniciais da gestação, que a leve a termo, como se tratasse de um útero a serviço da sociedade, e não de uma pessoa autônoma, no gozo de plena capacidade de ser, pensar e viver a própria vida? (STF 1ª TURMA – HC 124306).

Confronta ainda o voto marcante, a quinta característica do direito repressivo, que diz que o Código Penal reflete costumes dominantes e o moralismo prevalece (NONET; SELZNICK, 2010, p. 75), quando nele se afirma que: “Ter um filho por determinação do direito penal constitui grave violação à integridade física e psíquica de uma mulher” (STF 1ª TURMA – HC 124306). Valorizando o direito responsivo e contrariando o direito repressivo, a seguinte parte do voto é proferida visando proteger direitos da mulher:

O tratamento penal dado ao tema, no Brasil, pelo Código Penal de 1940, afeta a capacidade de autodeterminação reprodutiva da mulher, ao retirar dela a possibilidade de decidir, sem coerção, sobre a maternidade, sendo obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada. E mais: prejudica sua saúde reprodutiva, aumentando os índices de mortalidade materna e outras complicações relacionadas à falta de acesso à assistência de saúde adequada (STF 1ª TURMA – HC 124306).

Por fim, o ministro confere, em seu voto, relevância ao direito responsivo diante do caso concreto apresentando o posicionamento das mais altas Cortes de vários países, tais como:

[...] a Suprema Corte dos EUA no caso *Roe V. Wade*, que decidiu que o interesse do Estado na proteção da vida pré-natal não supera o direito fundamental de a mulher realizar o aborto<sup>1</sup>; no mesmo sentido, a decisão da Corte suprema de Justiça do Canadá, que declarou a inconstitucionalidade de artigo do Código Penal que criminalizava o aborto no país, por violação à proporcionalidade<sup>2</sup>. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante a fase inicial da gestação como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália (STF 1ª TURMA – HC 124306).

## 2.4 STF – RHC 61993 – PESSOA JURÍDICA PODE SER SUJEITO PASSIVO NO CRIME DE DIFAMAÇÃO.

Neste julgado do Supremo Tribunal Federal, identificamos forte característica do direito responsivo. Para demonstrar nossa posição quanto ao teor do acórdão, faz-se necessário transcrever sua parte marcante:

A pessoa jurídica pode ser sujeito passivo de crimes contra a honra? Parte da doutrina ensina que ela não tem sentimento de dignidade própria, uma vez que é entidade abstrata. Os seus representantes ou diretores, na qualidade de pessoas físicas, é que se podem dizer lesados em

<sup>1</sup> EUA, Suprema Corte dos EUA, *Roe V. Wade*, 10 U.S. 113 (1973) (Assegurado o direito de a mulher realizar um aborto nos dois primeiros trimestres da gravidez).

<sup>2</sup> Canadá, Suprema Corte de Justiça Canadense, *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 SCR 30.

sua honra, quando a ofensa à entidade os fira. Os autores, em sentido contrário, afirmam que pode ser sujeito passivo de difamação ou injúria, uma vez que possui patrimônio particular e até mesmo honra. Uma terceira corrente entende que a pessoa jurídica não pode ser sujeito passivo de calúnia e injúria, uma vez que não pode ser sujeito ativo do crime (o que a calúnia pressupõe) e nem possui honra subjetiva (objeto jurídico da injúria), podendo ser vítima de difamação, em face de possuir, inegavelmente, reputação, boa-fama (honra objetiva). Seguimos esta última orientação. De fato, a pessoa jurídica não pode ser caluniada. Calúnia é a falsa imputação de fato definido como crime (art.138). Se caluniar é atribuir a alguém a prática de crime, é evidente que só ele pode ser sujeito ativo, é evidente que só ele pode ser caluniado (**STF – RHC 61993**).

Não obstante para boa parte da doutrina no âmbito da dogmática jurídica prevaleça posição contrária (pois para sua maioria a pessoa jurídica possui reputação), o julgado analisado reflete a primeira característica marcante do direito responsivo, a saber: “a dinâmica do desenvolvimento do direito aumenta a predominância do viés propositivo na argumentação jurídica” (NONET; SELZNICK, 2010, p. 127).

## 2.5 STJ – RESP 686965 – O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ENTENDEU NESTA DECISÃO QUE A IMPRESCRITIBILIDADE DO RACISMO ALCANÇA TAMBÉM A INJÚRIA RACIAL

Nesse sentido, segundo a presente decisão do Superior Tribunal de Justiça, este crime, por também traduzir preconceito de cor, atitude que conspira no sentido de segregação, veio a somar-se aos outros definidos na Lei 7.716/89, cujo rol não é taxativo.

Em nossa análise reconhecemos, na presente decisão, a própria definição de direito responsivo, qual seja: “A boa lei deveria oferecer mais que justiça formal, deveria ser tanto competente quanto equânime, ajudando a definir o interesse público e empenhando-se na concretização da justiça substantiva” (NONET; SELZNICK, 2010, p. 121-122).

## 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por mais que os autores tenham apresentado os modelos de direito repressivo, autônomo e responsivo como modelos evolutivos (NONET; SELZNICK, 2010, p. 60 et seq.), não se pode dizer consistentemente que os usos e condutas do sistema de justiça, especialmente do Poder Judiciário, possam ser apontados como matriz de um processo de desenvolvimento evolutivo. Por outro lado, os próprios Nonet e Selznick admitem que as teorias de desenvolvimento e seus respectivos modelos pretendem mais estudar a dinâmica das instituições do que prever o futuro (NONET; SELZNICK, 2010, p. 65). Nesse sentido, do estudo da dinâmica institucional, o levantamento empírico realizado revela que esses modelos se apresentam na forma de práticas de direito repressivo, autônomo e

responsivo que correspondem a instituições mais ou menos repressivas, autônomas e responsivas. Isso parece ser congruente com o conceito de tipos ideais, já que esses, por serem ideais, não se encontram de forma exata ou pura na realidade.

Ainda que o levantamento empírico não tenha tido o propósito de ser exaustivo e muito menos de caracterizar uma amostra quantitativa, os casos revelam uma dinâmica tal no interior dos tribunais onde todos os modelos estão presentes e se manifestam como abordagens e práticas de agentes públicos em diferentes casos e, até mesmo, em um único caso. Nesse sentido, a classificação da atuação de agentes institucionais por meio dos modelos de direito criados por Nonet e Selznick são realmente úteis na compreensão da diversidade do fenômeno jurídico conforme o comportamento dinâmico de seus agentes. Mas não se poderia com isso classificar tanto o direito como as instituições e seus agentes como se fossem blocos monolíticos a expressarem um mesmo entendimento e comportamento. Curiosamente, isso aumenta o potencial instrumental dos modelos de Nonet e Selznick. Se estivermos dispostos a investigar a realidade usando esses tipos ideais aplicados às práticas dos agentes, ainda que em contextos dinâmicos e heterogêneos, então eles serão bem mais frequentes e o seu potencial explicativo será maior. Podemos pensar, a título de exemplo, que num mesmo julgamento realizado numa câmara sejam prolatados três votos: um repressivo, outro autônomo e outro responsivo. É desse nível de diversidade de práticas institucionais que estamos falando.

Claro que essa conclusão aponta para a necessidade de ampliar a base de pesquisa empírica, uma tarefa que desde já se desdobra como uma próxima fase da pesquisa a ser realizada. Outra conexão interessante que se aponta para a fase seguinte é a que se poderia fazer entre os três modelos de direito de Nonet e Selznick e os estágios do julgamento moral de Lawrence Kohlberg. A pesquisa inicialmente desenvolvida pelo psicólogo americano nas décadas de 1960 e 1970 foi posteriormente aprofundada e publicada em *The Measurement of Moral Judgment*. No volume I desse livro estão apresentados os estágios daquilo que Kohlberg denomina de desenvolvimento do julgamento moral. Kohlberg (1987) fala em três níveis de desenvolvimento da sensibilidade moral das pessoas: pré-convencional, convencional e pós-convencional; em cada um desses níveis existem duas etapas ou estágios, totalizando assim seis estágios. No nível pré-convencional, o juízo moral aparece no estágio 1 orientado pelo binômio obediência-punição, isto é, como agir para evitar a punição. Já no estágio 2 ele surge movido pelo autointeresse, de modo que a obediência à regra não é apenas para evitar a punição, mas para se beneficiar de algo. No nível convencional, temos os estágios 3 e 4. No estágio 3 o juízo moral é orientado pela ideia de acordo interpessoal e de conformidade às normas sociais, implica valores como respeito e lealdade. Já no estágio 4 vige a ideia de manutenção da ordem social.

As obrigações devem ser cumpridas e o correto a fazer é contribuir com a sociedade e com as instituições, preservando as autoridades. Finalmente, temos o nível mais elevado de moralidade, o pós-convencional. Nesse nível temos os estágios 5 e 6. No 5 predomina a ideia de contrato social e prevalência dos direitos individuais. Aqui as pessoas estão conscientes de que os direitos dos outros devem ser respeitados, porém entendem que os direitos são específicos de um grupo social e de uma dada cultura; apenas os direitos considerados mais essenciais, como a vida e a liberdade, são entendidos de forma incondicional. Já no estágio 6 prevalece a ideia de princípios morais universais, ou seja, todas as pessoas são consideradas por sua dignidade intrínseca, e essa dignidade é a base dos seus direitos mesmo quando a lei se opõe a isso (KOHLBERG, COLBY, 1987, p. 18-19).

Este artigo se conclui favoravelmente à hipótese de que os tipos ideais de Nonet e Selznick – modelos de direito repressivo, autônomo e responsivo – são úteis à compreensão do direito, tanto na perspectiva do observador quanto na perspectiva do participante. Todavia, nossas considerações finais apontam para uma outra hipótese a ser investigada, qual seja: é condizente estabelecer uma conexão entre os modelos de Nonet e Selznick e os níveis de moralidade de Kohlberg, em que o modelo de direito repressivo corresponderia ao nível pré-convencional; o modelo de direito autônomo corresponderia ao nível convencional; e o modelo de direito responsivo corresponderia ao nível pós-convencional. É evidente que não se trata de uma correspondência perfeita, e sim ótima, isto é, com níveis de otimização. Certamente alguns aspectos podem predominar e outros serem minimizados, mas os tipos ideais podem assumir alguma correspondência. Se tal hipótese for verificada, será possível elevar o nível da análise a um patamar mais interessante e sofisticado de argumentação. Mas, como dito, é algo que não coube no escopo dessa primeira fase da pesquisa e entrará na agenda do Grupo de Pesquisa como a próxima fase.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. The New Separation of Powers. Cambridge: **Harvard Law Review**, Volume 113, number 3, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KOHLBERG, Lawrence; COLBY, Anne. **The Measurement of Moral Judgment**. Cambridge: Cambridge University Press, 1987.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. **DOXA – Cuadernos de Filosofia**

del Derecho. Madrid, nº 14, 1993.

SUNSTEIN, Cass. **Constitutional Personae: Heroes, Soldiers, Minimalists, and Mutes**. New York: Oxford University Press, 2015.

TATE, Neal; VALLINDER, Torborn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

WEBER, Max. **Conceitos Básicos de Sociologia**. São Paulo: Editora Moraes, 1987.

## CASOS

STF – 1ª TURMA – HC 124306. Disponível em: <https://bit.ly/2gVML1d>.

STF – HC 98712. Disponível em: <https://bit.ly/2M6RcJf>.

STF – RHC 61993. Disponível em: <https://bit.ly/2YSjBbR>.

STJ – HC 160.982. Disponível em: <https://bit.ly/2KokNf5>.

STJ – RESP 686965. Disponível em: <https://bit.ly/2MPpzEa>.

### *José Ricardo Cunha*

Professor Associado na Faculdade de Direito da UERJ. Doutor em Direito pela UFSC. Mestre em Direito pela PUC-Rio. Bacharel em Direito pela UFRJ. Atua na área de Teoria e Filosofia do Direito, Ética, Direitos Humanos, Sistema de Justiça. *E-mail:* jr-cunha@uol.com.br

### *Evandro Monteiro de Barros Junior*

Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Campos – UNIFLU (2011); especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera – UNIDERP (2014); mestre em Cognição e Linguagem pela UENF (2017); advogado, conciliador e mediador de conflitos. Pesquisador no Grupo de Pesquisa Interinstitucional de Desenvolvimento Municipal e Regional – UENF/UNIFLU/CNPQ. *E-mail:* evandroadv2009@hotmail.com