

# AVÓS PODEM ADOTAR NETOS? ATIVISMO JUDICIAL E LIMITES DA LEGALIDADE: ANÁLISE CRÍTICA DO JULGAMENTO DO RESP 1.448.969/SC PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CAN GRANDPARENTS ADOPT GRANDCHILDREN? JUDICIAL  
ACTIVISM AND LIMITS OF THE LEGALITY: CRITICAL ANALYSIS  
OF THE TRIAL RESP 1,448.969/SC BY THE STATE OF SANTA  
CATARINA SUPERIOR COURT OF JUSTICE

**João Luiz de Carvalho Botega**

*Promotor de Justiça*

*Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí*

**RESUMO:** O artigo propõe-se a analisar criticamente um julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no ano de 2014 (REsp n. 1.448.969/SC), em que a referida Corte autorizou a adoção pelos ascendentes do adotando, não obstante a existência de expressa proibição legal (ECA, artigo 42, § 1º). São problematizados, então, à luz das categorias da legalidade estrita e do ativismo judicial, os fundamentos jurídicos invocados e utilizados no voto do Ministro relator, verificando-se se esses fundamentos se sustentam em um exame crítico a partir de critérios de integridade e coerência ou se na verdade se trata de argumentos retóricos ou *ad hoc* para justificar uma decisão solipsista, incompatível com o Estado Democrático de Direito. Trata-se, pois, de um artigo sobre Teoria do Direito e não sobre Direito da Criança e do Adolescente.

**PALAVRAS-CHAVE:** Legalidade estrita. Ativismo judicial. Positivismo. REsp n. 1.448.969/SC.

**ABSTRACT:** This paper aim is to critically analyze a trial ruled by the Superior Court of Justice in 2014 (REsp n. 1,448.969/SC – a special kind of appeal concerning federal law) in which that Court has authorized the adoption by the ancestors of the adopted, in despite of the existence of an express legal prohibition (ECA, article 42, § 1º). The problematization remains in the legal grounds used in the Judge or Minister's vote; however, in the light of the categories of strict legality and judicial activism, in order to verify if his arguments can be sustained on a critical examination based on criteria of integrity and coherence or if his allegations are in fact rhetorical or ad hoc arguments to justify a decision based on a solipsistic philosophy, considered incompatible with the democratic state. This is, therefore, a paper about the Theory of Law and not only about the Rights of Children and Adolescents.

**Keywords:** Strict legality. Judicial activism. Positivism. REsp n. 1,448.969/SC.

Enviado em: 30-1-2018

Aceito em: 5-2-2018

## 1 INTRODUÇÃO

É muito pouco difundida, na academia brasileira, a prática da análise crítica de julgados dos Tribunais Superiores (ou de qualquer decisão judicial), embora não faltem motivos para tanto: nossa jurisprudência é, em regra, bastante vacilante e, mesmo quando consolidada, apresenta-se como tarefa verdadeiramente hercúlea buscar o fundamento teórico que embasou a posição daquelas Cortes, uma vez que os julgados costumam apenas repetir, *ad nauseam*, decisões “nesse mesmo sentido” (geralmente com base em ementas que retratam com pouquíssima fidelidade o caso concreto), tornando inexecutável perscrutar os argumentos jurídicos que formataram o *leading case*. É, portanto, praticamente impossível realizar uma reconstrução racional das decisões judiciais<sup>1</sup> no Brasil.

A ausência dessa crítica doutrinária à atuação jurisdicional concreta é geratriz de um duplo efeito bastante perverso. Primeiramente, no campo da “prática”, alimenta o solipsismo e o decisionismo judicial e, pior, fomenta a utilização indiscriminada de argumentos de autoridade – “decido assim porque essa é a minha consciência ou porque essa é a jurisprudência do tribunal, pouco importando o que diz a doutrina ou a ciência jurídica”<sup>2</sup> –, já que não se realiza nenhum tipo de constrangimento epistemológico às decisões judiciais nem sempre coerentes ou razoavelmente fundamentadas.

Em segundo lugar, no campo da “teoria”, estimula um certo comodismo doutrinário, pois a doutrina abandona uma de suas funções, que é a crítica científica e descompromissada (com o caso concreto) aos fundamentos do sistema de justiça, passando a atuar sempre a reboque da jurisprudência. Basta olhar

<sup>1</sup> Sobre o tema, Luís Greco e Alaor Leite escrevem, em artigo que faz uma análise crítica de um dos fundamentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da AP 470 (caso “mensalão”) – a chamada teoria do “domínio do fato”: “Na teoria do Direito, fala-se usualmente em uma reconstrução racional de decisões judiciais. Identifica-se, na decisão judicial, um fundamento e uma conclusão e, em seguida, tenta-se entender a conclusão como consequência lógica, isto é, baseada em razões, do fundamento. Os trechos da decisão que conduzem logicamente ao resultado podem ser identificados como *rationes decidendi*; a decisão pode, assim, ser mais facilmente compreendida, e idealmente, torna-se possível reconstruir a decisão como um simples condicional: ‘dado A, segue B’. Em regra, as decisões dos tribunais alemães deixam-se reconstruir de forma racional, e costumam conter fundamentação razoável” (GRECO; LEITE, 2015).

<sup>2</sup> Marco desse pensamento é a conhecida a passagem do voto do Ministro Humberto Gomes de Barros, do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgReg em ERESP n. 279.889/AL: “Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico — uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja”.

para boa parte dos livros jurídicos produzidos no Brasil hoje para constatar que se trata de meras compilações de julgados, em que o pesquisador se dedica muito mais a sistematizar os entendimentos dos Tribunais Superiores (às vezes, com breves comentários que apenas confirmam o posicionamento adotado pelas Cortes) do que a efetivamente aprofundar-se no estudo das bases históricas ou epistemológicas daquele determinado instituto jurídico. Os chamados doutrinadores, hoje – com exceções, é claro –, são uma espécie de “glosadores de jurisprudência”, ou seja, meros comentadores dos julgados que analisam. Enfim, na feliz síntese de Lênio Streck, “no Brasil, a doutrina não doutrina”<sup>3</sup>.

É certo que a supremacia da jurisprudência na contemporaneidade do Direito brasileiro não é fruto única e exclusivamente dos problemas da própria doutrina, justo porque está inserida num contexto muito mais amplo de crise das formas de ingresso nas carreiras jurídicas – os concursos públicos – e até mesmo do ensino jurídico no Brasil, marcado pelo “respeito excessivo ao argumento de autoridade” e pela “falta de uma cultura acadêmica que fomente a análise crítica e a livre discussão de ideias”, nas palavras de Virgílio Afonso da Silva e Daniel Wei Liang Wang em artigo cujo título – bastante apropriado ao caso – é “Quem sou eu para discordar de um Ministro do STF? O ensino do direito entre argumento de autoridade e livre debate de ideias” (SILVA; WANG, 2010).

Este pequeno texto que agora se inicia, todavia, não se propõe a enfrentar o tema da decadência da doutrina nacional nem da crise da academia e da ciência jurídica brasileiras. O objetivo do artigo é, animado e desafiado por esta cultura doutrinária acrítica – quase bovina – em relação às decisões judiciais, analisar criticamente um julgado específico proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no ano de 2014, em que a referida Corte chancelou decisão de tribunal estadual que permitiu a adoção de uma criança que era neta dos autores da ação, isto é, o STJ autorizou a adoção pelos ascendentes do adotando, não obstante a existência de expressa proibição legal (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, artigo 42, § 1º). Mais que isso, o propósito do artigo não é discutir se o acórdão acertou ou errou em sua conclusão, ou seja, se o recurso

<sup>3</sup> “Há uma admoestação, comum em nossos trabalhos que afirma o seguinte: no Brasil, a *doutrina não doutrina*. Trata-se, por certo, de uma assertiva provocatória. Todavia, ela carrega consigo intenções teóricas que indicam uma gramática conceitual mais profunda. Quer a expressão significar que a doutrina, enquanto um saber dogmático que procura justificar suas próprias razões oferecendo-lhes um fundamento de autoridade, no contexto cultural atual do pensamento jurídico brasileiro se apresenta como refém de outras instituições que agenciam o conhecimento jurídico. No caso, estamos falando, mais especificamente, da jurisprudência. Desse modo, a admoestação em epígrafe poderia também ser mencionada da seguinte forma: a doutrina brasileira, em sua enorme e numerosa maioria, é caudatária da jurisprudência dos tribunais” (STRECK; OLIVEIRA, 2014).

especial deveria ser provido ou desprovido, mas sim se os fundamentos jurídicos invocados e utilizados no voto do Ministro relator se sustentam em um exame crítico a partir de critérios racionais e coerentes ou se se trata de argumentos retóricos ou *ad hoc* para justificar uma decisão solipsista. Não é, pois, um artigo sobre Direito da Criança e do Adolescente ou mesmo sobre Direito Civil, mas sobre Teoria do Direito.

Para realizar esse objetivo, o texto iniciará com a apresentação do caso concreto, passando depois por algumas considerações sobre o ativismo judicial em terras brasileiras e, por fim, criticando juridicamente a *rationes decidendi* do acórdão analisado.

## 2 APRESENTAÇÃO DO CASO: O ACÓRDÃO DO RESP. N. 1.448.969/SC

Por se tratar justamente de um artigo que pretende discutir os fundamentos de um julgado do Superior Tribunal de Justiça e não o acerto ou desacerto da própria decisão, não se mostra necessário esmiuçar as questões fático-probatórias do caso concreto. Em outras palavras, não será imprescindível a leitura integral das alegações das partes ou dos depoimentos das testemunhas, pois partir-se-á da premissa de que os fatos mencionados no voto do relator aconteceram efetivamente na forma em que lá estão narrados. Assim sendo, a leitura do acórdão é material suficiente para os propósitos do texto.

O caso levado a julgamento no Superior Tribunal de Justiça é um recurso especial interposto pelo Ministério Público em face de decisão de tribunal local proferida em ação de adoção cumulada com destituição de poder familiar.

Os autos dão conta, em resumo, da seguinte situação: a mãe do adolescente adotando foi (também e primeiramente ela) adotada aos oito anos de idade pelos autores da referida ação judicial. A menina (mãe do adotando), à época da adoção, já estava grávida em decorrência de abuso sexual por ela sofrido. Como a pequena genitora, por óbvio, não possuía condições mínimas de exercer a maternidade com tão pouca idade, a criança que veio a nascer dessa violação sexual – registrada apenas no nome da mãe – foi cuidada e criada, desde o seu nascimento, pelos pais (adotivos) dela. Vale dizer: os avós criaram o neto (adotivo) como se filho fosse.

Passado certo tempo, quando o neto já havia alcançado a adolescência, esses avós (os nomes das partes não são divulgados em razão do segredo de

justiça) então tiveram por bem ingressar em juízo com uma ação de adoção cumulada com destituição do poder familiar, no bojo da qual, depois de produzidas todas as provas, inclusive colhido o consentimento da genitora biológica, foi julgado procedente o pedido para deferir a adoção do neto dos autores a eles.

Contra essa decisão de piso, insurgiu-se o Ministério Público, que, em seu apelo, alegou que: a) a criança já residia com a mãe biológica e os avós adotivos, não havendo alteração na situação fática; b) há expressa vedação no Estatuto da Criança e do Adolescente à adoção de descendentes por ascendentes, já que seu artigo 42, § 1º, é bastante claro ao estabelecer que “Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando”; e c) ocorreria verdadeira “contrariedade” da ordem familiar, pois o adotando passaria a ser filho de seus avós e não mais neto.

O acórdão proferido pelo tribunal local “mitigou” a aplicação do mencionado dispositivo legal, em razão das peculiaridades do caso concreto e em homenagem ao “princípio” da dignidade humana, com vistas ao melhor interesse do adolescente adotando. O julgado da Corte estadual defendeu, ainda, segundo o acórdão do STJ, a aplicação de uma teoria neoconstitucionalista do Direito, “a qual pugna que o Direito necessita ser compreendido como uma ferramenta de promoção da dignidade humana e integração social, devendo amoldar-se à realidade na qual está inserido”. Manteve-se, pois, a decisão que conferiu a paternidade do adolescente aos avós adotivos.

Depois de rejeitados os embargos de declaração, seguiu-se novo recurso do Ministério Público – agora dirigido ao STJ –, que basicamente reeditou os argumentos já apresentados em sua apelação, com ênfase na negativa de vigência ao artigo 42, § 1º, do ECA.

A Procuradoria-Geral de República, chamada a intervir no feito, manifestou-se pelo desprovimento do recurso ao argumento de que a vedação imposta pelo Estatuto da Criança e do Adolescente “não deve ser aplicada de forma absoluta”.

Foi esse, em síntese, o caso que chegou ao julgamento da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, cuja relatoria coube ao Ministro Moura Ribeiro.

O relator, em seu voto, manteve a decisão proferida pelo tribunal estadual, no que foi acompanhado, por unanimidade, pelos Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva (que presidia o julgamento) e Marco Aurélio Bellizze.

O acórdão recebeu a seguinte ementa:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ADOÇÃO C/C DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR MOVIDA PELOS ASCENDENTES QUE JÁ EXERCIAM A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. SENTENÇA E ACÓRDÃO ESTADUAL PELA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. MÃE BIOLÓGICA ADOTADA AOS OITO ANOS DE IDADE GRÁVIDA DO ADOTANDO. ALEGAÇÃO DE NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. SUPOSTA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 39, § 1º, 41, CAPUT, 42, §§ 1º E 43, TODOS DA LEI N.º 8.069/90, BEM COMO DO ART.

267, VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INEXISTÊNCIA. DISCUSSÃO CENTRADA NA VEDAÇÃO CONSTANTE DO ART. 42, § 1º, DO ECA. COMANDO QUE NÃO MERECE APLICAÇÃO POR DESCUIDAR DA REALIDADE FÁTICA DOS AUTOS.

PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DA GARANTIA DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. ART. 6º DO ECA. INCIDÊNCIA.

INTERPRETAÇÃO DA NORMA FEITA PELO JUIZ NO CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE. ADOÇÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Ausentes os vícios do art. 535, do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração.

2. As estruturas familiares estão em constante mutação e para se lidar com elas não bastam somente as leis. É necessário buscar subsídios em diversas áreas, levando-se em conta aspectos individuais de cada situação e os direitos de 3ª Geração.

3. Pais que adotaram uma criança de oito anos de idade, já grávida, em razão de abuso sexual sofrido e, por sua tenríssima idade de mãe, passaram a exercer a paternidade socioafetiva de fato do filho dela, nascido quando contava apenas 9 anos de idade.

4. A vedação da adoção de descendente por ascendente, prevista no art. 42, § 1º, do ECA, visou evitar que o instituto fosse indevidamente utilizado com intuítos meramente patrimoniais ou assistenciais, bem como buscou proteger o adotando em relação a eventual “confusão mental e patrimonial” decorrente da “transformação” dos avós em pais.

5. Realidade diversa do quadro dos autos, porque os avós sempre exerceram e ainda exercem a função de pais do menor, caracterizando típica filiação socioafetiva.

6. Observância do art. 6º do ECA: na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

7. Recurso especial não provido. (REsp 1448969/SC, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/10/2014, DJe 3/11/2014)

Para fundamentar sua conclusão, o relator, em seu voto, invocou – embora não de forma sistematizada – uma série de fundamentos jurídicos, que podem ser assim resumidos:

a) o caso não trata de aplicação do artigo 42, § 1º, do ECA, “visto que o referido dispositivo visa atingir situação distinta da aqui vivenciada”: o voto sustenta que há, na verdade, uma “filiação socioafetiva” e não uma adoção propriamente dita;

b) em cada oportunidade na qual o adolescente precisa apresentar seus documentos, ele é submetido a um “altíssimo constrangimento”, “já que, para a sociedade, ele é filho dos requerentes”;

c) citando a sentença, sustenta que “se o vínculo socioafetivo estabelecido entre avô e neto, ou entre irmãos, não corresponde ao biológico, beira à hipocrisia, ou falta de bom senso, impedi-los de, legalmente, formalizar a adoção, limitando-os a se contentarem com uma guarda ou tutela”;

d) depois de realizar uma análise histórica do instituto da adoção no Brasil, afirma que esta, à luz da doutrina da proteção integral, deve ser vista atualmente como um instituto de “solidariedade social, com conteúdo predominantemente humano e ênfase no vínculo afetivo, objetivando amparar o adotado”;

e) diz que a evolução histórica da adoção no País só ocorreu porque o Direito está “em sintonia com o elemento basilar do constitucionalismo moderno, que é o da observância a Princípios”. Sobrevém, então, menção ao “princípio” da dignidade humana, com citações aos textos das Constituições italiana, portuguesa e espanhola, além de manifestação da Assembleia Geral das Nações Unidas, bem como das Constituições brasileiras de 1934 e 1988. Faz-se referência à dignidade humana como “supraprincípio constitucional”, que deve ser “observado em todas as prestações jurisdicionais de um Estado Democrático de Direito”;

f) depois de citar um acórdão do STJ lavrado no ano de 1981 (muito anterior, portanto, à entrada em vigor do ECA), refere que, embora com motivos justos, o legislador, ao editar o § 1º do artigo 42, desconsiderou o próprio artigo 1º do ECA, que dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente;

g) menciona também o artigo 6º do ECA, que trata da forma de interpretação da lei infanto-juvenil, para discorrer longamente, com diversas citações doutrinárias, acerca da “premissa do melhor interesse da criança ou adolescente”;

h) refuta a aplicação de uma suposta “mutação constitucional” (até porque não se trata de norma constitucional), propugnando, contudo, uma nova

“hermenêutica do direito”, em que os magistrados poderão ver “um outro viés do significado de um texto legal, sem que se altere a norma”, fazendo referência à distinção entre texto e norma;

i) afirma que não permitir a adoção no caso concreto é, então, “não observar os interesses básicos do menor e o Princípio da Dignidade Humana”;

j) cita o estudo social para dizer que não haverá “confusão mental e emocional” para o adolescente, pois este sempre foi tratado como filho pelos adotantes, bem como que não há risco de haver interesses econômicos latentes no pedido formulado;

k) afasta-se, pois, segundo o voto, a aplicação da mencionada proibição legal, já que “nenhum dos argumentos trazidos pelo legislador originário do ECA, art. 42, § 1º, é aplicável ao caso concreto”;

l) destaca que a família moderna deve ser compreendida “como um todo e em constante mutação”;

m) reitera, ainda, que “o que buscam os adotantes agora é apenas a adequação legal de situação de fato vivida pelo menor desde seu nascimento, há mais de 16 anos, e, como consequência, o reconhecimento de sua filiação socioafetiva”;

n) menciona, por fim, o parecer do Subprocurador-Geral da República, que, por sua vez, se refere a uma espécie de “teoria do fato consumado” para dizer que “o texto legal, admitindo ou não a possibilidade de adoção pelos avós, não pode mudar a realidade”; e

o) conclui, então, que o Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade ao aplicar o artigo 42, § 1º, do ECA, pois “perpetuar a interpretação restrita de tal artigo, aplicando-o de forma estrábica, é pactuar com a injustiça”.

Feito o resumo do caso e do acórdão do Superior Tribunal de Justiça, pode-se concluir que todo o problema gira em torno da aplicação do artigo 42, § 1º, do ECA – vedando, sem margem para dúvidas, a adoção a ascendente do adotante –, o que representaria, ao menos na visão dos julgadores, uma injustiça na situação fática colocada em julgamento. A 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, então, “para não fechar os olhos” para a injustiça, deixou de aplicar (“mitigação” foi o eufemismo utilizado no voto) um dispositivo democraticamente aprovado pelo Poder Legislativo, utilizando-se de uma série de argumentos jurídicos e até metajurídicos para fundamentar seu posicionamento.

Essa decisão (e seus fundamentos), todavia, somente poderá(ão) ser compreendida(os) – e criticada(os) – se primeiramente se entender o fenômeno do ativismo judicial brasileiro.

### **3 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ATIVISMO JUDICIAL**

#### **3.1 O ATIVISMO JUDICIAL E AS FASES DA EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**

Não há dúvidas de que o ativismo judicial é um fenômeno inadequadamente compreendido no Brasil, já que geralmente vem atrelado à judicialização da política, embora os institutos não guardem nenhuma semelhança entre si. Longe de representar um “avanço” ou uma “evolução hermenêutica”, como pregam alguns, na verdade, o ativismo judicial é um “beco sem saída” interpretativo.

Com efeito, o ativismo judicial, para além de um problema da teoria política, é um problema da Teoria do Direito: está ligado a um desejo (GARAPON, 1998, p. 54), a um ato de vontade do julgador ou do intérprete no momento da concreção do direito (OLIVEIRA et al., 2013), um julgamento fundamentalmente discricionário, em regra desvinculado dos textos legais e fora dos limites da Constituição.

Embora não seja um fenômeno apenas brasileiro – podem ser citadas as experiências estadunidense (as “Eras” de interpretação da Constituição americana pela Suprema Corte, na conhecida análise de Christopher Wolfe: Era Tradicional; Era de Transição e Era Moderna (WOLFE, 1994 apud OLIVEIRA et al., 2013) e a alemã (a jurisprudência dos valores, “uma das primeiras respostas jurídicas à crise de paradigma inaugurada após a queda do Terceiro Reich” (TRINDADE, 2012, p. 112) –, é no Brasil que o ativismo ganhará contornos próprios, impulsionado por uma má recepção e compreensão de teorias estrangeiras, pela utilização indiscriminada de princípios jurídicos (pan-principiologismo) e pelo solipsismo judicial, o que levou a doutrina a chamar o fenômeno de “ativismo judicial à brasileira” (VERÍSSIMO, 2008).

Nessa linha, Trindade (2012, p. 115) observa, em um balanço crítico, que, desde a promulgação da Constituição Federal, a jurisprudência constitucional brasileira evoluiu em três fases ou estágios bastante distintos, assim sintetizados pelo autor: a) fase da ressaca: iniciada ainda em 1988, revela a dificuldade

dos atores jurídicos em lidar com a nova ordem constitucional vigente e em operar a filtragem constitucional das normas então existentes, o que acabou por encobrir algumas das inovações trazidas pela Carta Política; b) fase da constitucionalização: surge no final da década de 1990 e é marcada pelo “descobrimen- to” da Constituição e seus princípios, quando os tribunais deixam de ser meros aplicadores da lei para compreender a sua função de intérpretes dessa mesma Constituição; e c) fase ativista: a partir, simbolicamente, da edição da Emenda Constitucional n. 45/2004, é quando o Supremo Tribunal Federal passa a adotar posturas pró-ativistas, o que, por óbvio, reflete nas instâncias inferiores da jurisdição.

É nessa terceira fase que permanece a jurisdição constitucional brasileira – daí a importância de se estudar e de se estabelecerem limites claros a esse ativismo judicial, sobretudo quando essa ideia é alimentada pela falácia de que uma postura judicial ativista é imprescindível para a efetivação dos direitos fundamentais no Brasil. Por isso, o ativismo judicial à brasileira, “quando entendido como a recusa dos tribunais de se manterem dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício do poder a eles atribuídos pela Constituição” (TRIN- DADE, 2012, p. 116), torna-se perigoso e altamente explosivo em uma jovem democracia constitucional como a brasileira.

Um dos maiores sintomas dessa forma de julgar é o surgimento e a pro- fusão de uma série de princípios jurídicos que não são extraídos diretamente da Constituição, assim como a utilização indiscriminada daqueles já existentes, es- pecialmente os “princípios” da razoabilidade e da proporcionalidade, além de um certo “supraprincípio” (nunca bem explicado) da dignidade humana, “que exer- cem a função de verdadeiros curingas, servindo de muleta para todo e qualquer argumento jurídico” (TRINDADE, 2012, p. 119). Essa simbiose entre a criação de princípios inexistentes e a aplicação indistinta da proporcionalidade e da dig- nidade humana apontam para o fortalecimento da discricionariedade judicial, ou seja, mascaram um subjetivismo e um decisionismo que não são compatíveis com uma democracia constitucional: é a lógica do “primeiro decido, depois fun- damento”<sup>4</sup>, vale dizer, a racionalização do irracional.

<sup>4</sup> Em referência a uma entrevista concedida pelo Ministro Marco Aurélio de Mello, citada por Fábio Tullio Correia e Henrique Costa Cavalcante Ribeiro, em que este teria dito que “o juiz primeiro decide no seu íntimo e só depois vai buscar os fundamentos de sua decisão” (CORREIA; RIBEIRO, [200-]).

### 3.2 ATIVISMO JUDICIAL *VERSUS* JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA NECESSÁRIA DISTINÇÃO

É preciso assentar, ademais, antes de prosseguir, que ativismo judicial não se confunde com outro fenômeno bastante significativo no Brasil contemporâneo: a judicialização da política. Barroso (2009), por exemplo, sustenta que há uma relação de parentesco próximo entre os fenômenos estudados, dizendo que os dois “são primos”, que “vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares”<sup>5</sup>.

Embora acertadamente mencione que ativismo judicial e judicialização da política não têm origens comuns, Barroso acaba por estimular esse embaralhamento e essa simbiose entre os fenômenos, que diferem entre si não apenas em sua ancestralidade, mas também em sua atualidade e em suas consequências práticas e jurídicas. Aliás, não por outro motivo é que o mencionado professor vê o ativismo judicial com bons olhos, afirmando que ele tem sido parte da solução, não do problema. É justamente essa equivocada associação entre ativismo e judicialização que tem sido uma das causas do perigoso fenômeno chamado “ativismo judicial à brasileira”, o qual tem estimulado decisões puramente subjetivas e solipsistas que pululam diariamente pelo Brasil.

A judicialização é um fenômeno puramente político e não é um mal em si: decorre da própria expansão da sociedade, da eleição de um modelo de constitucionalismo dirigente e da crise da democracia, que vem acompanhada da degeneração da política, tão evidente na contemporaneidade. O Judiciário, então, não pode evitá-la: em maior ou menor medida, a depender do funcionamento dos outros Poderes e da efetividade dos direitos fundamentais em uma determinada sociedade, é inexorável que demandas sociais e políticas cada vez mais complexas sejam levadas à decisão judicial.

Já o ativismo judicial constitui-se muito mais em um problema da Teoria do Direito, isto é, da hermenêutica jurídica, do que efetivamente em um problema político. Esse fenômeno pode ocorrer tanto no espaço da judicialização da política quanto fora dele – embora seja mais comum no primeiro –, pois o ati-

<sup>5</sup> Segundo Barroso (2009, p. 6), “A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”.

vismo está ligado ao desejo, a um ato de vontade do juiz, que culmina com uma decisão democraticamente ilegítima, já que acaba por se intrometer na esfera de atuação de outro Poder.

É de se concordar, pois, com a conclusão de Oliveira et al. (2013, p. 304), quando escrevem que:

A judicialização quando mantida em níveis aceitáveis pode até ser benéfica para a sobrevivência democrática das instituições e para a garantia efetiva do pacto constitucional. Já o ativismo representa sempre uma autorização indevida do judiciário na esfera política. Sempre há uma boa causa a ser defendida por um juiz ativista. O problema é que, num contexto de pós-modernidade onde tudo se torna relativo, a determinação do bom e do mal, tornou-se ainda mais complicada. Como diz Guimarães Rosa – pela boca de Riobaldo, nosso filósofo do Sertão – “querer demais o bem e de incerto jeito, pode se estar fazendo o mal por principiar”. Assim, se é uma boa causa que queremos, optamos pela defesa intransigente da democracia e dos direitos fundamentais. Isso significa: menos ativismo e mais interpretação!

Para mitigar os efeitos do ativismo judicial e reduzir a produção de decisões judiciais solipsistas, a doutrina comprometida com a democracia tem proposto uma série de medidas, que vão desde mudanças na forma do ensino jurídico e das provas em concursos públicos até o reforço da teoria da argumentação e da hermenêutica jurídica. Além dessas, destaca-se o resgate – e o respeito – ao princípio da legalidade estrita como limitador democrático do ativismo judicial.

## **4 A LEGALIDADE COMO LIMITADOR DEMOCRÁTICO AO ATIVISMO JUDICIAL: ANÁLISE CRÍTICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

### **4.1 APLICAÇÃO DA LEI, POSITIVISMO(S), INJUSTIÇA(S) E A METÁFORA DA VÊNUS DE MILO**

“Aplicar a lei é uma atitude positivista?”, pergunta-se Lenio Streck em um artigo (STRECK, 2010). Essa questão vem bem a calhar no Brasil, em que artificialmente se dividem os juízes – e atores jurídicos em geral – em duas castas. A primeira seria daqueles que, “retrógrados”, apegam-se à legalidade e aplicam, independentemente das “peculiaridades do caso concreto”, a “letra fria” da lei (seriam espécies – em extinção – de juízes pós-revolução francesa, ainda atuando

do como meras “bocas-da-lei”). Na outra ponta, estariam os (pós-)modernos, que julgam não por leis, mas com base em princípios, estes que representam nada mais que a introdução dos valores no Direito, de modo que os juízes estariam autorizados, sempre que entenderem conveniente, a fazer “justiça” ao caso concreto, independentemente do que dispuser a regra. Os primeiros seriam os positivistas, descendentes de Kelsen e Hart; os segundos, os neoconstitucionalistas, que leem (e aplicam como se fossem a mesma coisa) Alexy e Dworkin.

Essa, por óbvio, é uma falsa dicotomia. Não há mais (quase) ninguém que defenda o modelo de “juiz-boca-da-lei” dos revolucionários franceses, embora haja muitos que defendam hoje que o juiz decida apenas de acordo com a sua consciência, com seu “senso de justiça”. Grau (2013) se insurge contra isso ao dizer que os juízes devem decidir não subjetivamente, de acordo com este senso de justiça pessoal, mas aplicando o Direito, isto é, a Constituição e as leis, o que não significa, logicamente, que toda decisão seja matematicamente previsível. De forma incisiva – e um tanto polêmica –, Grau defende que “os juízes aplicam o direito, os juízes não fazem justiça! Vamos à Faculdade de Direito aprender *direito*, não justiça. *Justiça* é com a religião, a filosofia, a história” (GRAU, 2013, p. 22).

De toda forma, não é objetivo deste texto abordar as grandes questões que circundam a hermenêutica e a teoria da argumentação jurídica hoje. Mas o fato é que, em decorrência desse e de outros muitos fatores, vive-se hoje uma verdadeira “crise de legalidade”, como denunciou, entre outros, Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, apoiado em Luigi Ferrajoli, já que o decisionismo e o solipsismo judicial comprometem “aquilo que o princípio da legalidade tem na sua versão mais pura e de mais precioso: a vinculação de todos às normas legais” (OLIVEIRA NETO, 2011, p. 555).

Daí a necessidade do resgate da legalidade como limitador democrático ao ativismo judicial. Em outras palavras, longe de qualquer paleo-positivismo, é certo que, num Brasil marcado pelo pan-principiologismo, a lei deve valer alguma coisa, isto é, ela deve representar algo (importante) no momento da aplicação do Direito, no mínimo um ponto de partida, um referencial semântico. Uma lei democraticamente aprovada pelo Parlamento, sobre a qual não recai a pecha de inconstitucionalidade, não pode ser simplesmente descartada pelo juiz no momento da decisão, ainda que isso possa representar eventual “injustiça” no caso concreto.

Como destaca Streck (2010), “cumprir a lei”, no interior de um regime democrático como o brasileiro, representa por si só um avanço considerável. Por outro lado, utilizar princípios jurídicos para contornar a Constituição ou ignorar dispositivos legais – sem lançar mão da jurisdição constitucional (difusa ou concentrada) – pode representar, aí sim, uma atitude positivista, pois “é uma forma de prestigiar tanto a irracionalidade constante no oitavo capítulo da TPD de Kelsen, quanto homenagear, tardiamente, o positivismo discricionarista de Herbert Hart” (STRECK, 2010, p. 171).

É lugar-comum hoje falar da distinção – de fato existente – entre texto e norma. Ocorre que, mesmo se tratando de coisas distintas, o texto é uma “condição de possibilidade” para a norma e, por isso, não pode ser negado, ignorado ou simplesmente contornado. “A distinção entre as palavras do texto e o conteúdo normativo não pode levar a uma negação da relação entre ambas as coisas”, sintetiza Saldanha (2000, p. 204). E complementa Streck (2005, p. 35):

E é exatamente por isso que a afirmação “a norma é (sempre) produto da interpretação do texto”, ou que “o intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto”, nem de longe pode significar a possibilidade de o intérprete poder dizer “qualquer coisa sobre qualquer coisa”, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se norma e texto estivessem separados (e, portanto, tivessem *existência* autônoma). Ou seja, a norma – assim entendida – não pode superar o texto; ela não é superior ao texto.

Nessa linha, o filósofo e semiólogo (além de brilhante romancista) Eco (2000, p. 22) afirma que:

Em suma, dizer que um texto é potencialmente sem fim não significa que todo ato de interpretação possa ter um final feliz. Até mesmo o desconstrucionismo mais radical aceita a idéia de que existem interpretações clamorosamente inaceitáveis. Isso significa que o texto interpretado impõe restrições a seus intérpretes.

Segundo Grau (2013, p. 45-46), “o intérprete compreende o sentido originário do texto e o mantém (deve manter) como referência de sua interpretação”. Aliás, para explicar sua posição, o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) utiliza-se da metáfora da *Vênus de Milo*:

Suponha-se a entrega, a três escultores, de três blocos de mármore iguais entre si encomendando-se a eles três *Vênus de Milo*. Ao final do trabalho, desses três escultores teremos três *Vênus de Milo* per-

feitamente identificáveis como tais, embora distintas entre si: em uma, a curva do ombro aparece mais acentuada; noutra, as maçãs do rosto despontam; na terceira, os seios estão túrgidos e os mamilos enrijecidos. Não obstante, são, definidamente, três *Vênus de Milo* – nenhuma *Vitória de Samotrácia*.

Esses três escultores produziram três *Vênus de Milo*. Não gozaram de liberdade para, cada um ao seu gosto e seu estilo, esculpir as figuras ou símbolos a que a inspiração de cada qual aspirava – o princípio de existência dessas três *Vênus de Milo* não está neles.

Tratando-se de três escultores experimentados – como na metáfora de que lanço mão se trata –, dirão que, em verdade, não *criaram* as três *Vênus de Milo*. Porque lhes fora determinada a *produção* de três *Vênus de Milo* (e não de três *Vitórias de Samotrácia*, ou outra imagem qualquer) e, na verdade, *cada uma dessas três Vênus de Milo já se encontrava em cada um dos blocos de mármore*, dirão que apenas desbastaram o mármore, a fim de que elas brotassem tal como se encontravam (ocultas) em seu cerne. (GRAU, 2013, p. 45-46).

Assim também é – ou deve ser – a atuação do intérprete ao extrair do texto (significante) o seu significado. Hermenêutica não é filologia, já alertava Streck (2005, p. 53), mas o mínimo de coerência entre o texto interpretado e a interpretação realizada (norma) há de existir: “não” deve significar “não”; “vedado” deve significar “proibido”; “inclusive” não pode significar “exclusão” e assim por diante. *Vênus de Milo* não pode ser *Vitória de Samotrácia*.

Não se pode, pois, aplicar a lei só quando ela, na visão do juiz, faça justiça ao caso concreto. Não se pode, também, ignorá-la ou contorná-la quando o motivo for inverso. O mínimo de coerência e integridade deve ser exigido das decisões judiciais – o resto é puro arbítrio e abuso de poder. Um exemplo talvez aclare o que se pretende dizer: a Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006) “cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher” (artigo 1º). A condição, portanto, para ser tutelado pela lei em questão é pertencer ao gênero feminino. Por mais que, eventualmente, um homem possa estar em situação de vulnerabilidade e sofrendo violência doméstica por sua esposa ou companheira (e, por isso, a aplicação de medidas protetivas de urgência fizesse justiça ao caso concreto), ele – por pertencer ao gênero masculino – não pode ser objeto de proteção pela Lei Maria da Penha. O texto legal (no caso, a palavra “mulher”), destarte, vai inexoravelmente impor limites ao intérprete.

Uma advertência, todavia, deve ser feita: o resgate ao princípio da legalidade não significa a aplicação cega da lei, um legalismo rasteiro incompatível com o Estado Democrático de Direito e – por que não? – com o próprio texto da

Constituição. Há, como bem lembra Streck (2010, p. 171-172), casos em que o juiz poderá deixar de aplicar uma lei aprovada pelo Parlamento, desde que o faça de forma fundamentada e coerente, nas seguintes (seis) hipóteses: a) quando a lei for inconstitucional (em controle difuso ou concentrado de constitucionalidade); b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias; c) quando aplicar a interpretação conforme a Constituição; d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto; e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução do texto; e f) quando for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, “entendidos estes não como *standards* retóricos ou enunciados performativos”<sup>6</sup>.

Feitas essas considerações, pode-se agora avançar para o exame da decisão proferida pelo Tribunal da Cidadania.

#### 4.2 AFINAL, AVÓS PODEM ADOTAR NETOS? CRÍTICA AOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O artigo 42, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, com clareza solar, estabelece que “Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando”. O texto legal é simples e direto: não prevê exceções e nem constitui cláusula aberta. O pedido judicial veiculado na ação ao final julgada pelo Superior Tribunal de Justiça, ora objeto de análise, não era outro senão a adoção de um adolescente que era neto (adotivo ou biológico pouco importa, diante da proibição de discriminação dos filhos adotivos) dos autores (tanto é assim que os avós-autores nomearam a ação de “ação de adoção cumulada com destituição do poder familiar” e não de “ação de reconhecimento de filiação socioafetiva” ou qualquer outro nome).

Então, avós não podem adotar netos, e a decisão do STJ está equivocada? Não necessariamente. Como dito, a intenção deste breve artigo não é discutir o acerto ou desacerto da decisão em comento, mas examinar – criticamente – se os fundamentos empregados pela Corte Superior no julgamento são suficientes – e coerentes – para afastar a aplicação do dispositivo legal acima mencionado.

É importante, por isso, reiterar: o juiz (ou o tribunal) pode deixar de aplicar uma lei democraticamente aprovada pelo Congresso Nacional, desde que a

<sup>6</sup> Para explicar o que significa deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, Lenio Streck menciona o caso do “princípio” da insignificância no Direito Penal e conclui: “A aplicação da insignificância – como de qualquer outro princípio jurídico – deve vir acompanhado de uma detalhada justificação, ligando-a a uma cadeia significativa, de onde se possa retirar a generalização principiológica minimamente necessária para a continuidade decisória, sob pena de se cair em decisionismo, em que cada juiz tem seu próprio conceito de insignificância (que é, aliás, o que ocorre no cotidiano das práticas judiciais)” (STRECK, 2010, p. 172).

situação se encaixe em uma das seis hipóteses referidas no final do tópico anterior, e o intérprete/aplicador explicita suas razões de maneira íntegra e coerente com o Direito.

Com efeito, o julgado do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.448.969/SC não faz nenhum tipo de menção à inconstitucionalidade do artigo 42, § 1º, do ECA, nem seria o caso de resolução de antinomia, de interpretação conforme a Constituição, de nulidade parcial sem redução de texto ou de declaração de inconstitucionalidade com redução do texto. Sobra, pois – e parece que foi essa a ideia que guiou o voto do Ministro relator –, a hipótese da não aplicação de uma regra em face de um princípio, no caso o “supraprincípio” da dignidade humana.

O acórdão ora analisado abre sua fundamentação com uma rápida referência de que o caso não trata de aplicação do artigo 42, § 1º, do ECA, pois estar-se-ia diante de uma “filiação socioafetiva” e não de uma adoção propriamente dita. Este é um argumento meramente retórico, que serve apenas para contornar o dispositivo legal: se se tratasse efetivamente de uma mera “filiação socioafetiva”, o Ministro relator não precisaria gastar outras quinze páginas de seu voto para dizer que aplicar o artigo 42, § 1º, do ECA no caso seria “pactuar com a injustiça”. Ademais, o pedido veiculado na ação é de adoção, e o reconhecimento de eventual filiação socioafetiva implicaria um julgamento fora dos limites da lide. Aliás, vale o registro de que o voto não explica o que seria essa “filiação socioafetiva” e no que ela se distinguiria de uma adoção regular.

Há considerações ainda sobre o “vínculo socioafetivo” entre avós e neto – que seria na verdade de pais e filho – e acerca do constrangimento que o adolescente sofre quando apresenta seus documentos. Esses argumentos – e não se discute a existência do vínculo afetivo ou a ocorrência dos constrangimentos –, por si sós, não são suficientes para afastar a aplicação da lei, porque não guardam em si uma generalização mínima para gerar uma cadeia decisória continuativa, ou seja, esses mesmos fundamentos não podem ser utilizados para julgamentos de casos semelhantes ou análogos. Suponham-se, por exemplo, as seguintes situações (todas extraídas do artigo 42 do ECA e seus parágrafos): a) um adolescente de apenas 17 anos de idade pretende adotar o filho de sua companheira, com quem mantém fortes vínculos afetivos (o *caput* do artigo veda a adoção por menores de 18 anos); b) um jovem de 20 anos de idade pretende adotar a filha de sua esposa, mais velha, que tem 16 anos de idade e que é

reconhecida socialmente como sua filha (o § 3º estabelece uma diferença mínima de dezesseis anos entre adotante e adotado); c) duas pessoas que não se conhecem mas mantêm vínculos afetivos com determinada criança pretendem adotá-la conjuntamente (o § 2º exige que para a adoção conjunta os adotantes devem ser casados civilmente ou manter união estável); e d) depois do falecimento da mãe, o irmão mais velho, que criou a criança (irmão mais novo) como se filho fosse, pretende adotá-lo (o § 1º proíbe a adoção entre irmãos). Em todos esses casos, os vínculos socioafetivos existem e não correspondem aos biológicos, mas nem por isso o STJ (ou qualquer outro juiz ou tribunal) autorizaria a adoção nessas circunstâncias, o que quer dizer que o argumento da vinculação socioafetiva não é minimamente generalizável; trata-se, pois, de um argumento *ad hoc*, criado apenas para resolver o caso concreto.

Sobrevém, então, menção ao “princípio” da dignidade humana, um verdadeiro “supraprincípio constitucional”, que deve ser “observado em todas as prestações jurisdicionais de um Estado Democrático de Direito”. Ocorre que o acórdão não explica o que é dignidade humana para o STJ nem a conceitua, não permitindo um controle mínimo acerca da coerência e integridade deste julgado com outros já realizados ou ainda por realizar na mesma Corte. Sem saber o que o tribunal entende por dignidade humana, o “princípio” é transformado automaticamente em mero *standard* retórico ou enunciado performativo, pois não se sabe como e de que forma os juízes recorrerão a ele quando enfrentarem outra alegação de violação à dignidade humana. Aliás, como se desconhece o conteúdo jurídico da dignidade humana no acórdão, alguém poderia muito bem argumentar, sem nenhum risco de incoerência, que o mencionado “princípio” se realizaria quando uma lei democraticamente aprovada pelos representantes do povo, lei esta inclusive considerada uma das mais avançadas e progressistas do mundo, é aplicada em sua inteireza, ainda que isso resulte em algumas injustiças pontuais. A dignidade humana, assim, efetivar-se-ia também quando a lei é aplicada para todos, de forma segura e sem qualquer distinção. Haveria, portanto, uma “aplicação inversa” da dignidade humana, sem que isso tornasse o julgamento incoerente com seus fundamentos.

Segue-se a isso o argumento de que o legislador, ao inserir o artigo 42, § 1º, do ECA, haveria “desconsiderado” os artigos 1º e 6º da mesma legislação. Além da pouco provável hipótese de um “legislador esquecido”, o que se tem, na verdade,

é que as disposições preliminares do Estatuto são normas gerais as quais não têm o condão de derrogar os dispositivos que tratam de temas específicos (como as hipóteses de vedação à adoção), pois, caso contrário, não haveria sentido editá-los; bastaria um artigo que dissesse que “é assegurado o melhor interesse da criança” e tudo se resolveria. Atento a isso, Oliveira Neto (2011, p. 557-558) observa, de forma perspicaz, que a complexidade e a especificidade, cada vez maior, das legislações visam justamente a diminuir os espaços de discricionariedade judicial, como aconteceu com o direito à saúde e o direito da criança e do adolescente:

Exemplo disso foi o que ocorreu com o direito à saúde e o direito da criança e do adolescente. Ambos foram objetos de legislações que buscaram especificar critérios de atendimento das demandas que chegam ao Poder Judiciário. Seu objetivo é claro: diminuir os espaços entregues à livre discricionariedade do juiz, tornando-a mais democrática e menos pessoal, privilegiando a compreensão de que o fato de ser instrumento para a garantia de direitos fundamentais não autoriza qualquer agente do Estado a se arvorar em detentor de uma legitimidade inexistente em nosso sistema político, cuja marca fundamental é o equilíbrio no exercício do poder. (OLIVEIRA NETO, 2011, 557-558)

Restam, por fim, três argumentos utilizados no acórdão, mas que possuem menos força que os demais, razão por que serão examinados mais sinteticamente. O primeiro deles diz respeito à distinção entre texto e norma, ponto já abordado no item anterior. Não custa recordar, todavia, que, embora verdadeira a distinção, isso não quer dizer que o intérprete possui um “cheque em branco” em mãos, podendo preenchê-lo como bem entender. O texto legal, no caso, nega peremptoriamente a possibilidade de adoção avoenga, e a distinção entre texto e norma não apaga essa circunstância nem transforma a vedação em permissão.

Há certa referência a uma suposta “vontade do legislador”, pois, segundo o acórdão, “nenhum dos argumentos” que levaram à edição do artigo 42, § 1º, do ECA se aplicaria ao caso. Para rebater o “espírito” ou a “intenção” do legislador, não é necessário nem mesmo recorrer aos hermeneutas mais modernos, pois até Maximiliano (1957, p. 48), falecido em 1960 (e coincidentemente referenciado no acórdão), já refutava a ideia com enorme contundência: “Com a promulgação, a lei adquire vida própria, autonomia relativa; separa-se do legislador; contrapõe-se a ele como um produto novo; dilata e até substitui o conteúdo respectivo sem tocar nas palavras; mostra-se, na prática, mais previdente que o seu autor”.

O último argumento faz referência à situação consolidada do núcleo familiar para dizer que “o texto legal, admitindo ou não a possibilidade de adoção pelos avós, não pode mudar a realidade”. O princípio da segurança jurídica poderia ter sido mais explorado no acórdão, mas não o foi. Assim, em regra, situações fáticas consolidadas, porém ilegais, não podem servir de fundamento para a não aplicação de lei expressa. Foi o que decidiu o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, no tema referente à posse e ao exercício do cargo, com base em decisão liminar, de candidato reprovado em concurso público<sup>7</sup>. Um exemplo talvez banal sirva para elucidar melhor a questão: a Constituição Federal veda a usucapião de imóveis públicos (artigo 183, § 3º); uma pessoa que tenha como seu um imóvel público por toda a sua vida, mesmo se consolidada a sua posse, jamais poderia receber o título de propriedade da área, de modo que o texto legal, nesse caso, pode, sim, mudar a realidade (certamente o possuidor, depois de ingressar com a ação de usucapião, seria despejado do imóvel).

Enfim, esses foram os argumentos empregados pelo Superior Tribunal de Justiça para afastar a aplicação do artigo 42, § 1º, do ECA e para não “pactuar com a injustiça”. Ocorre, como visto, que o único “princípio” constitucional mencionado no voto – a dignidade humana – que poderia ensejar o afastamento dos rigores da regra prevista no ECA, no caso, serviu apenas de álibi teórico para justificar uma decisão solipsista do Tribunal da Cidadania.

Não havia, portanto, a presença de nenhuma das seis hipóteses que permitem a não aplicação de uma lei pelo juiz, ou, se elas (as hipóteses) existiam, não foram adequadamente explicitadas no acórdão do STJ. Enfim, para retomar a metáfora de Eros Grau, pode-se dizer que ao “escultor” Superior Tribunal de Justiça foi entregue um bloco de mármore com a encomenda de uma Vênus de Milo; o STJ, no entanto, esculpiu uma Vitória de Samotrácia (mas, infelizmente, sem a mesma beleza da escultura grega).

<sup>7</sup> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO REPROVADO QUE ASSUMIU O CARGO POR FORÇA DE LIMINAR. SUPERVENIENTE REVOGAÇÃO DA MEDIDA. RETORNO AO STATUS QUO ANTE. “TEORIA DO FATO CONSUMADO”, DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA E DA SEGURANÇA JURÍDICA. INAPLICABILIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Não é compatível com o regime constitucional de acesso aos cargos públicos a manutenção no cargo, sob fundamento de fato consumado, de candidato não aprovado que nele tomou posse em decorrência de execução provisória de medida liminar ou outro provimento judicial de natureza precária, supervenientemente revogado ou modificado. 2. Igualmente incabível, em casos tais, invocar o princípio da segurança jurídica ou o da proteção da confiança legítima. É que, por imposição do sistema normativo, a execução provisória das decisões judiciais, fundadas que são em títulos de natureza precária e revogável, se dá, invariavelmente, sob a inteira responsabilidade de quem a requer, sendo certo que a sua revogação acarreta efeito *ex tunc*, circunstâncias que evidenciam sua inaptidão para conferir segurança ou estabilidade à situação jurídica a que se refere. 3. Recurso extraordinário provido. (RE 608482, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 7/8/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29/10/2014 PUBLIC 30/10/2014).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Streck (2014) costuma dizer, ironicamente, que é portador de Lesão por Esforço Epistêmico Repetitivo (LEER). O acórdão agora criticado – longe de qualquer interesse específico – foi selecionado de forma aleatória, mas infelizmente há muitos outros exemplos semelhantes em todos os tribunais brasileiros – daí porque o esforço deve ser mesmo repetitivo (e incansável). Independentemente de a decisão agradar ou não ao senso de justiça médio da sociedade ou eventualmente àqueles envolvidos na lide ou mesmo àqueles que estudam o Direito, o dever de fundamentação – íntegra e coerente – das decisões judiciais deve ser exaustivamente reivindicado por todos, porque essa obrigação constitucional representa um dos pilares da democracia e evita arbitrariedades e decisionismos de toda a ordem – para o bem e para o mal.

A lei – a legalidade estrita –, nessa quadra, deve significar alguma coisa para os juízes e para os atores jurídicos. O texto legal é, como dito, uma condição de possibilidade da norma; não pode ser simplesmente descartado com argumentos retóricos ou meramente performáticos; não se podem admitir fundamentações *ad hoc* que apenas mascaram um subjetivismo judicial incompatível com a Constituição. Se algum juiz ou tribunal desejar deixar de aplicar uma lei democraticamente votada e aprovada pelo Parlamento, que o faça de maneira adequada – é só isso que se pede.

A situação se torna mais grave, no caso que agora se examinou, quando se constata que o Superior Tribunal de Justiça tem, entre as suas missões constitucionais, aquela de pacificar a interpretação das normas legais (infraconstitucionais) em todo o território nacional (CF, artigo 103, inciso III, alínea “c”), razão por que as exigências de coerência e integridade são ainda mais relevantes. Por isso, quando o STJ decidir por bem negar vigência a um dispositivo legal – qualquer que seja –, deve fazê-lo com muita responsabilidade.

Enfim, avós podem adotar netos? Talvez possam. O que não se pode, numa jovem democracia que tem a pretensão de se consolidar, é depender de juízes solipsistas – que primeiro decidem e depois fundamentam – para que ocorra a efetivação de direitos constitucional ou legalmente assegurados. Afinal, por melhores que sejam as intenções do juiz ou do tribunal, como brilhantemente questionou Marques Neto (1994, p. 30), “quem nos protege da bondade dos

bons? Do ponto de vista do cidadão comum, nada nos garante, 'a priori', que nas mãos do Juiz estamos em boas mãos, mesmo que essas mãos sejam boas”.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> >. Acesso em: 22 jul. 2015.

CORREIA, Fábio Túlio; RIBEIRO, Henrique Costa Cavalcante. **Realismo jurídico**. [200-]. Disponível em: <[http://www.amatra19.org.br/artigos/\\_henrique\\_cavalcante/007.pdf](http://www.amatra19.org.br/artigos/_henrique_cavalcante/007.pdf) >. Acesso em: 22 jul. 2015.

ECO, Umberto. **Os limites da interpretação**. São Paulo: Perspectiva, 2000.

GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes**. A interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. A “recepção” das teorias do domínio do fato e do domínio da organização no direito penal econômico brasileiro: observações sobre as formas de intervenção no delito na Ação Penal 470 do Supremo Tribunal Federal brasileiro (“Caso Mensalão”). **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**, [S. l.], p. 386-393, jul./ago. 2015. Disponível em: <[http://www.zis-online.com/dat/artikel/2015\\_7-8\\_937.pdf](http://www.zis-online.com/dat/artikel/2015_7-8_937.pdf) >. Acesso em: 27 jul. 2015.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O Poder Judiciário na perspectiva da sociedade democrática: o juiz cidadão. **Revista ANAMATRA**, São Paulo, n. 21, p. 30-50, 1994.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de et al. A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação. In: SIMPÓSIO DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA ABDCONST., 10., 2012, Curitiba. **Anais...**

Curitiba: ABDConst., 2013, p. 266-306. Disponível em <<http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf>>. Acesso em: 27 jul. 2015.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. A estrita legalidade como limitador democrático da atividade jurisdicional. **Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 527-561, jul./dez. 2011.

SALDANHA, Nelson. Racionalismo jurídico, crise do legalismo e problemática da norma. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, Recife, n. 10, p. 203-216, 2000.

SILVA, Virgílio; WANG, Daniel Wei Liang. Quem sou eu para discordar de um Ministro do STF? O ensino do Direito entre argumento de autoridade e livre debate de ideias. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 95-118, jan./jun. 2010.

STRECK, Lenio. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Novos Estudos Jurídicos**, [S. l.], v. 15, n. 1, p. 158-173, jul. 2010. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>>. Acesso em: 30 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo. In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.). **Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos**. Barueri: Manole, 2005. p. 26-63.

\_\_\_\_\_. O ativismo, o justo, o legal e a lesão por esforço epistêmico repetitivo. **Consultor Jurídico**, 31 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-31/senso-incomum-ativismo-justo-legal-lesao-esforco-epistemi-co-repetitivo>>. Acesso em: 30 jul. 2015.

STRECK, Lenio; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. A doutrina precisa de “Taxi Driver” e “Os Imperdoáveis”. **Consultor Jurídico**, 10 maio 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-10/diario-classe-doutrina-taxi-driver-imperdoaveis>>. Acesso em: 27 jul. 2015.

TRINDADE, André Karam. Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK,

Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 95-131.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial à brasileira. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 407-440, jul./dez. 2008.

WOLFE, Christopher. **The rise of modern judicial review**: from constitutional interpretation to judge-made law. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.