



MARIA LUÍSA BORGES DA SILVA

**O RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242/SP *versus* A TEORIA DA DECISÃO: O
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA COMO APLICADOR DO
“EMPURRÃOZINHO”**

Santa Maria

2021

O RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242/SP *versus* A TEORIA DA DECISÃO: O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA COMO APLICADOR DO “EMPURRÃOZINHO”

Maria Luísa Borges da Silva¹
Jaci Rene Costa Garcia²

RESUMO

Este artigo tem como objetivo identificar e analisar o REsp 1.159.242/SP à luz da Teoria da Decisão, trazendo para o estudo a atuação do magistrado em relação a um caso paradigmático, mais especificamente sobre a responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo. Nesse contexto, ficam aparentes as chamadas lacunas legislativas e, sequenciado a isso, o ativismo judicial é “ativado”. A discussão entre decisões criativas ou ditatoriais ainda gera divergência entre operadores do Direito e, em tal ponto, a problemática da pesquisa aparece: quais seriam os limites dessas decisões na área do Direito das Famílias, em que já há pressuposto de proatividade dos julgadores e, portanto, um maior dever de cuidado no que tange à Teoria da Decisão? Ainda, o método de abordagem utilizado no presente artigo identifica-se com a metodologia dedutiva, uma vez que a pesquisa é iniciada a partir de conceitos gerais da Teoria da Decisão e análise doutrinária para se desenvolver, no decorrer da pesquisa, em um estudo casuístico, ou seja, do raciocínio amplo para o particular, em sua conclusão. Em relação ao método de procedimento utilizado, será o de pesquisa bibliográfica, que é desenvolvido com base em materiais já elaborados. No caso presente: obras e conceitos advindos de doutrinadores da área escolhida, para que sejam lidos, analisados e interpretados, serão colocados no ponto inicial. Em seguida, a apresentação do Recurso Especial (objeto desta pesquisa) contará com a análise dos principais pontos de sua fundamentação, para, daí então, contrastar o primeiro e segundo capítulos e responder à problemática estabelecida e já referenciada.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial. REsp 1.159.242/SP. Superior Tribunal de Justiça. Teoria da Decisão.

ABSTRACT

This essay has the objective of identifying and analyzing the Special Appeal 1.159.242/SP in the light of Decision Theory, bringing to the study the performance of the magistrate regarding a paradigmatic case, more specifically, under the civil responsibility stemming from emotional neglect. In this context, the so-called loopholes become apparent, and following this, the judicial activism is “activated”. The discussion between creative or dictatorial decisions still generates divergence among legal professionals, and here, the study’s problematic appears: which would be the limits of these decisions in the area of Family Law, where there already is the assumption of proactivity of judges and, therefore, a greater duty of care regarding Decision Theory? Further, the method of approach employed in the present essay is that of the deductive methodology, since the research starts from general concepts of Decision Theory and doctrinal analysis to develop, during its progress, into a casuistic study, that is, from broad to particular reasoning, in its conclusion. Concerning the method of procedure to be used, it will be that of bibliographic research, which will be developed based on materials already prepared. In the present case: works and concepts from scholars of the chosen area that will be read, analyzed, and interpreted, will be located at the starting point. Next, the presentation of the Special Appeal (the object of this research) will be provided with an analysis of the main points of its rationale, so that we may, subsequently, contrast the first and second chapters and answer the established problematic already referenced.

¹ Maria Luísa Borges da Silva

² Doutor em Direito. Professor Adjunto do Curso de Direito da Universidade Franciscana.

KEYWORDS: Judicial Activism. Special Appeal 11.159.242/SP. Superior Court of Justice. Decision Theory.

INTRODUÇÃO

A Teoria da Decisão é alvo de análises e críticas no contexto jurídico brasileiro há algum tempo, e a discussão entre decisões criativas ou meramente normativas perturba o Poder Judiciário e tantos operadores do Direito, haja vista uma crescente atuação das Cortes Superiores, como aquelas legitimadas a “empurrar a história” quando o Poder Legislativo ou o Poder Executivo omitem-se. A expressão em destaque é utilizada pelo ministro Luís Roberto Barroso (2015) em artigo acadêmico na defesa de uma visão proativa da corte constitucional, motivando a presente investigação [i] por se tratar de um constitucionalista importante e [ii] por ocupar um lugar privilegiado no âmbito da produção da decisão judicial.

Nessa perspectiva, a problemática trazida à pesquisa seria a delimitação do “empurrãozinho”, como o ministro Luís Roberto Barroso já expressou, à luz do REsp 1.159.242/SP, o qual versa sobre uma das áreas do Direito – a das Famílias –, em que os magistrados, muitas vezes, sentem a necessidade de serem ainda mais proativos. Assim, nessa orientação, este trabalho organiza-se da forma seguinte: [i] identificar e analisar o REsp 1.159.242/SP à luz da Teoria da Decisão; [ii] identificar a Teoria da Decisão no direito brasileiro; [iii] relacionar a Teoria da Decisão e o caso já referenciado.

A Teoria da Decisão é parte da rotina do Poder Judiciário, um dos poderes da tríade que contempla a Constituição Federal de 1988. Sendo estes independentes entre si, até certo ponto, tal poder é responsável pela aplicação legislativa da melhor maneira possível, e o fenômeno já referido – empurrãozinho – é crucial para os casos paradigmáticos e, conseqüentemente, para outros tantos que o utilizarão como precedentes.

Tal fenômeno está relacionado ao modo como devem ser feitas as escolhas dos magistrados, como devem funcionar suas interpretações, em que devem ser pautadas e sob quais condições e circunstâncias estas devem aparecer, mais especificamente nos conhecidos “casos difíceis” ou, simplesmente, casos complexos.

Parte do Judiciário tem acatado tal possibilidade e, mesmo que haja controvérsias em relação a sua utilização, a doutrina vem cedendo cada vez mais importância ao assunto, uma vez que existe intuito secundário para expandir a interpretação, o encaixe e o alcance nos dias atuais da comunidade. É, portanto, de suma importância o desenvolvimento, a análise e o estudo desse fenômeno para que o objetivo principal seja cumprido com êxito, qual seja o de preencher as inevitáveis lacunas jurídicas, auxiliando a população na formulação de respostas que, até então, não existiam.

Ademais, o REsp 1.159.242/SP envolve uma das áreas do Direito em que mais se pede proatividade e ulterior inclusão da Teoria da Decisão, na pessoa do magistrado, considerando que a Família é uma parte sensível deste, contendo ampla série de princípios constitucionais e infra, tendo uma gama de casos difíceis e situações complexas, o que demonstra notável relevância desta pesquisa para a comunidade.

1 DA ANÁLISE DE BASE QUE CONTEMPLA A TEORIA DA DECISÃO APLICADA AO DIREITO BRASILEIRO

A Teoria da Decisão tem tido papel importante desde que a Constituição Federal de 1988 entrou em vigor, já que esta foi o marco histórico para o foco adentrar no Poder Judiciário brasileiro, sendo o neoconstitucionalismo a “chave mestra” para tanto. Assim que o magistrado começou a ter função principal dentro da resolução de conflitos, tal fenômeno enraizou-se e ganha mais adeptos todos os dias.

Consequência de uma série de fatores pós ditadura, redemocratização e flexibilização do Direito como ciência, o fenômeno do século XX, chamado neoconstitucionalismo, deu ao Judiciário o seu ponto de ascensão, colocou a Constituição como centro e criou uma nova hermenêutica constitucional. No Brasil, foi difundido e muito bem aceito no final do século passado. O Ministro Luís Roberto Barroso (2015, p. 24) discorre sobre tal acontecimento:

2. Advento de uma cultura jurídica pós-positivista. Nesse ambiente em que a solução dos problemas jurídicos não se encontra integralmente na norma jurídica, surge cultura jurídica pós-positivista. Se a solução não está toda na norma, é preciso procurá-la em outro lugar. E, assim, supera-se a separação profunda que o positivismo jurídico havia imposto entre o Direito e a Moral, entre o Direito e outros domínios do conhecimento. Para construir a solução que não está pronta na norma, o Direito precisa se aproximar da filosofia moral — em busca da justiça e de outros valores, da filosofia política — em busca de legitimidade democrática e da realização de fins públicos que promovam o bem comum e, de certa forma, também das ciências sociais aplicadas, como a economia e a psicologia. [...]

Assim como inclina o estudo sobre matéria constitucional, Barroso traz a Teoria da Decisão para a aplicação no direito brasileiro. Ele explicita que a sociedade contemporânea é marcada por complexidade, fato que o Direito adepto ao positivismo não poderia dar conta, pelo fato de os casos difíceis aparecerem cada vez mais num país completamente judicializado, em que tal ciência tão sensível “corre atrás” de preenchimento de lacunas todos os dias.

A Teoria da Decisão, de forma sintética, é representada pelos modelos construídos a partir do paradigma pós-positivista, ou seja, teorias construídas após o segundo pós-guerra e que se apropriaram dos avanços da teoria da linguagem.

Para Barroso (2015, p. 32), os novos modelos de interpretação permitem a construção de solução para casos complexos, revelando a existência de um espaço importante para o intérprete:

[...] casos difíceis, isto é, casos para os quais não existem respostas pré-prontas à disposição do intérprete. A solução, portanto, terá de ser construída lógica e argumentativamente pelo juiz, à luz dos elementos do caso concreto, dos parâmetros fixados na norma, dos precedentes e de aspectos externos ao ordenamento jurídico. Daí se fazer referência a essa atuação, por vezes, como sendo criação judicial do direito. Em rigor, porém, o que o juiz faz, de verdade, é colher no sistema jurídico o fundamento normativo que servirá de fio condutor do seu argumento. Toda decisão judicial precisa ser reconduzida a uma norma jurídica. Trata-se de um trabalho de construção de sentido, e não de invenção de um Direito novo. Casos difíceis podem resultar da vagueza da linguagem (dignidade humana, moralidade administrativa), de desacordos morais razoáveis (existência ou não de um direito à morte digna, sem prolongamentos artificiais) e colisões de normas constitucionais (livre iniciativa *versus* proteção do consumidor, liberdade de expressão *versus* direito de privacidade). Para lidar com uma sociedade complexa e plural, em cujo âmbito surgem casos difíceis, é que se criaram ou se refinaram diversas categorias jurídicas novas, como a normatividade dos princípios, a colisão de normas constitucionais, o uso da técnica da ponderação e a reabilitação da argumentação jurídica.

Outrossim, para o ministro, o juiz contemporâneo tem a inafastável atribuição de interpretação jurídica, na qual o papel é muito mais que proferir leis de forma excessivamente formal: requer do magistrado mais proatividade, que inclui conferir nexos a princípios abstratos e conceitos jurídicos indeterminados, bem como ponderações. Sendo agradável, ou não, o intérprete judicial adentra o ordenamento jurídico com valores próprios, que são sempre acompanhados do dever de justificação. Ou seja, de nada adiantam suas valorações se não puderem ser justificadas na legislação, na hora de proferir decisão.

Para aqueles que julgam o ativismo judicial como uma criação do Direito, como algo absurdo ou como algo arbitrário, o ministro mostra-se enfático ao não concordar. Em suas palavras (2015, p. 33):

Com efeito, o Direito é informado por uma pretensão de correção moral, pela busca de justiça, da solução constitucionalmente adequada. Essa ideia de justiça, em sentido amplo, é delimitada por coordenadas específicas que incluem a justiça do caso concreto, a segurança jurídica e a dignidade humana. Vale dizer: juízes não fazem escolhas livres, pois são pautados por esses valores, todos eles com lastro constitucional.

Em contrapartida, tem-se Ronald Dworkin, autor estadunidense, o qual faz uma crítica aos chamados “casos difíceis” e ao positivismo normativista. O mesmo autor que defende o neopositivismo discorre sobre os magistrados possuírem um poder discricionário desnecessário, visto que estariam legislando sobre novos direitos jurídicos, inexistentes, e

aplicando-os de forma arbitrária.

Tal autor (2007, p. 451) assinala, também, que o ativismo judicial é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico, e, para os que defendem a mesma corrente de pensamento, em âmbito nacional, o entendimento é de que toda manifestação desse ativismo é danosa para o regime democrático, ao passo que consiste um estilo de degeneração ideológica da atividade interpretativa em que é aplicada a decisão judicial.

Para demonstrações afetuosas ao pensamento Dworkiano, tem-se Abboud e Lunelli (2016, p. 21) em falas específicas, quando apontam no ativismo problemas hermenêuticos que se relacionam com invasões das preferências ideológicas dos julgadores em suas decisões.

Para mais, Elival da Silva Ramos (2010, p. 129) traz uma fala indispensável sobre o tema, designando o ativismo como um exercício da função jurisdicional que tenha ultrapassado os limites impostos pelo ordenamento jurídico. O autor entende que, quando há ato ativista do magistrado, a discricionariedade desponta, invadindo uma esfera de deliberações públicas reservadas ao Poder Legislativo e Executivo.

Dito isso, volta-se ao jurista Dworkin, que vai além: para ele, mesmo nos casos ditos complexos, o juiz precisa encontrar uma solução que já está prescrita no ordenamento jurídico. Assim, há de descobrir o judiciário quais são os direitos a serem colocados no processo, não criar novos. Ainda que nenhuma regra encaixe-se no caso concreto, o juízo terá de encontrar uma regra cabível, mesmo que não entre em concordância, ou que não seja exatamente o que está à disposição. É necessário enfrentar o risco de que nem sempre haverá as mesmas respostas para o mesmo tipo de questão. Os magistrados não têm delegação para criar nova legislação, e esse será o limite de Dworkin. Há uma verdade.

Sobre os argumentos que amparam a corrente de pensamento de Ronald Dworkin, o autor Lucio Picanço Facci (2012, pág. 9) discorre:

Dois argumentos se combinam para sustentar o ideal de que a decisão judicial deve ser o menos original possível: (i) uma comunidade deve ser governada por pessoas eleitas pela maioria e responsáveis perante ela, como ocorre com os legisladores e não é o caso dos juízes, o que o impede de criar leis; (ii) se um juiz criar uma nova lei ao aplicá-la retroativamente ao caso concreto, a parte perdedora será punida por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato. Para Dworkin, essas duas objeções são muito fortes se oferecidas contra decisões judiciais geradas por políticas.

Sobre a teoria de Dworkin, Luís Roberto Barroso tem sua versão: a discussão da única resposta correta no caso concreto acaba por remeter à questão da verdade, ou seja, crê-se que exista mesmo a única resposta correta, a qual seria a verdade, pois está atrelada ao mais amplo

sinal de justiça. Porém, a pergunta que o ministro faz é: “quem tem o poder de validar a verdade proclamada pelo intérprete?” Com a pergunta retórica, a questão deixa de ser sobre a efetiva existência de uma verdade ou a única resposta correta; o ponto central versa sobre quem tem a autoridade de proclamá-la.

Em sua conclusão sobre o tema, Barroso crê que um intérprete judicial jamais poderá chegar ao final de sua análise e declarar que houve um empate, ou que não há solução para o conflito. Mesmo nos casos difíceis, achará a única resposta correta para ele, visto que há, para cada intérprete, um pensamento, uma vivência e seus princípios morais e éticos. Claramente, o intérprete tem deveres de integridade, não podendo ignorar o sistema jurídico, os conceitos aplicáveis, os precedentes na matéria e até mesmo sua coerência com as próprias decisões anteriores, assim como as premissas que vieram a estabelecer suas decisões.

2 DA DECISÃO PARADIGMÁTICA: REsp 1.159.242/SP

A partir da teoria basilada anteriormente, apresentada e contextualizada, faz-se necessária a exposição do Recurso Especial 1.159.242/SP, sobre o qual será produzido o artigo referente a este projeto de pesquisa, analisando e relacionando-o, de forma posterior. Tal decisão cabe perfeitamente no que se pretende estudar ulteriormente, um vez que o recurso traz de forma cabal o que se depreende do magistrado quando se utiliza a Teoria da Decisão. Passa-se, então, à apresentação do Recurso.

O Recurso Especial nº 1.159.242/SP trata sobre a decisão paradigmática do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que enfrentou requerimento de responsabilização civil por abandono afetivo. A via recursal utilizada decorreu da Ação de indenização por danos morais e materiais, de filha em face do próprio genitor. No Tribunal de Justiça de São Paulo, houve sentença calcando o pai ao pagamento da indenização por dano moral no valor de R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais) à sua filha. No que tange ao recurso, objeto do presente estudo, a 3ª Turma do STJ decidiu, de forma não unânime, pelo seu parcial provimento, somente no tocante à diminuição do valor indenizatório, o qual ficou valorado em R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Em relação à matéria discutida, a responsabilização civil por abandono afetivo oriundo das relações familiares é questão recorrente no sistema judiciário brasileiro. O entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça em decisão do RE nº 757.411/MG, no ano de 2005, afastou a possibilidade de indenização em decorrência do abandono afetivo (OSHIRO, 2017), mas, desde o recurso especial 1.159.242/SP, no qual a ministra relatora Nancy Andrighi

reconheceu a possibilidade de indenização em decorrência do abandono afetivo, tal entendimento diminuiu as divergências nos tribunais.

De forma inicial, a relatora explicita as questões pertinentes à aplicação do dano moral no que tange à Família e reconhece que as regras para tal tipo de indenização podem ser aplicadas no âmbito de proteção do Direito das Famílias, já que não existe restrição à sua aplicação em relação à responsabilidade civil.

É das mais comezinhas lições de Direito, a tríade que configura a responsabilidade civil subjetiva: o dano, a culpa do autor e o nexa causal. Porém, a simples lição ganha contornos extremamente complexos quando se focam as relações familiares, porquanto nessas se entremeiam fatores de alto grau de subjetividade, como afetividade, amor, mágoa, entre outros, os quais dificultam, sobremaneira, definir, ou perfeitamente identificar e/ou constatar, os elementos configuradores do dano moral. (BRASIL, 2012)

Tal reconhecimento acaba por retirar a limitação legal que inviabiliza a responsabilização do abandonador, pois entendeu-se que o instituto da responsabilidade civil – oriundo do Direito das Obrigações – pode ser aplicado ao Direito das Famílias, de modo que, mesmo de forma não detalhada, o dever de cuidado, funcionando como tópico argumentativo, fosse o ponto central para orientar a decisão.

Abarcado na legislação brasileira, o dever de cuidar constitui valor objetivo, como diz-se em votação do Recurso objeto da presente pesquisa. Veja-se o que diz a Constituição Federal:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988)

Ocorre que, quando usada tal fundamentação, o desfecho foi se utilizar da omissão desse dever – o de cuidar – para incorrer no ilícito civil, um dos requisitos para implementação do dano moral requerido.

Ademais, a Constituição Federal e o Código Civil Brasileiro tratam o tema da responsabilidade civil de maneira abrangente. A ministra destaca que a perda do poder familiar, apontada como a única punição cabível aos pais que descumprem seus deveres legais, não obsta, sequer suprime a possibilidade de indenização ou compensação pelo dano moral sofrido. Para complementação de seu voto, foram considerados os seguintes artigos do Código Civil de 2002:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência,

violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (BRASIL, 2002)

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (BRASIL, 2002)

Ainda, falou-se sobre o afeto e a inclusão deste no dever de cuidado, trazendo-o para uma espécie de obrigação legal. Afirmou que “[...] a par desses elementos intangíveis, é possível se visualizar, na relação entre pais e filhos, liame objetivo e subjacente, calcado no vínculo biológico ou mesmo autoimposto – casos de adoção –, para os quais há preconização constitucional e legal de obrigações mínimas” (BRASIL, 2012).

No que diz respeito à caracterização de dano moral e responsabilidade civil subjetiva, a relatora discorre sobre cada um de seus elementos. Reitera-se o fato de o cuidado ser obrigação legal que traz para o caso concreto a caracterização do ato (ou, como se vê na situação estudada, a omissão) ilícito civil, quando da inexistência do afeto, ou do abandono afetivo. Já sobre o requisito da culpabilidade, Nancy Andrighi afirma que, mesmo havendo possibilidade de existirem situações que extingam a culpa do abandono afetivo, não se excluirá o dever de cuidado com o descendente (BRASIL, 2012).

Concluindo, mas não com menos importância, podem ser vistas, no decorrer do REsp 1.159.242/SP, doutrinas utilizadas para o seu enriquecimento e, até mesmo, uma utilização do termo “senso comum” como algo a ser valorado em uma decisão de Superior Tribunal de Justiça. Sobre isso, a relatora faz menção ao cuidado como dever que ultrapassou há muito tempo a mera espontaneidade ou intuição. Nesse contexto, Nancy cita uma doutrina e, logo após, reflete:

Colhe-se tanto da manifestação da autora quanto do próprio senso comum que o desvelo e atenção à prole não podem mais ser tratadas como acessórios no processo de criação, porque, há muito, deixou de ser intuitivo que o cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, não é apenas uma fator importante, mas essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica e seja capaz de conviver, em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania.

Para fins de complementação, o voto – vencido – do ministro Massami Uyeda encontra objeção com o da relatora, justamente no ponto subjetivo da matéria, qual seja o sentimento, o afeto ou, no presente caso, a falta dele. Mensurar o abandono afetivo, para fins de quantificação, implica estar passível a julgar mágoas íntimas e suposições infinitas (BRASIL, 2012). Nesse cenário, Uyeda disserta sobre eventuais consequências do voto que deu sua colega, a ministra relatora. Segue:

O voto de V. Exa. é pioneiro, Sra. Ministra Nancy Andriahi, mas também atento para a seguinte circunstância: se abrimos essa porta como Tribunal de unificação jurisprudencial de interpretação da lei federal – e, aqui, no caso, é o Código Civil –, e V. Exa. também cita a Constituição, na qual um dos pilares do fundamento do Estado é a preservação da dignidade da pessoa humana, também não podemos esquecer que a interpretação dos princípios constitucionais requer razoabilidade, proporcionalidade.

Para mais, o ministro afirma – e reitera a defesa do recorrente (progenitor no caso telado) – que a paternidade exige uma responsabilidade: o pátrio poder, e daí, então, decorre o pátrio dever. Se retirado tal dever, conseqüentemente, é retirado o poder familiar (BRASIL, 2012). Para ele, essa é a limitação jurídica possibilitada ao juízo, e adentrar além dela incorre nos riscos expostos acima.

Ao falar sobre limites jurídicos impostos ao magistrado, há lembrança e contraponto ao ativismo judicial, já que muito do argumento valorativo negativo em relação ao fenômeno dá-se pela ultrapassagem de limites jurisdicionais. Sobre o tema, Elival da Silva Ramos (2010) interpreta o seguinte:

por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo conflitos de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

Por fim, Uyeda refere-se a alguns pontos, também subjetivos, e afirma que não sabe significar tais questões. Mais especificamente, é apontada uma suposta falta de razoabilidade e proporcionalidade no que se refere ao voto da relatora, e ainda entende que, se a autora do processo requereu indenização pecuniária, terá algum valor quando do falecimento de seu progenitor, a título de herança. Entende, ainda, que o recorrente foi negligente, porém não sabe dar significado à negligência quando falada em relação ao dever, daí conclui o resumo do processo em lástimas. Eis, então, a problemática: o magistrado não pode chegar à conclusão de um processo sem encontrar respostas para todas as perguntas feitas *sub judice*.

Em suma, para o fechamento deste tópico, há que se falar que, no Direito das Famílias, na responsabilidade civil subjetiva, nos princípios encontrados no caso em questão, enfim, a proatividade desponta e, em decorrência dela, o ativismo judicial aparece como um auxílio para encontrar a solução do conflito. Foi nesse contexto que a ministra relatora deu o seu voto, e seus colegas ministros (exceto o voto vogal) acompanharam-na.

3 DA RELAÇÃO ENTRE TEORIA E PRÁTICA: A ANÁLISE CASUÍSTICA À LUZ DA TEORIA DA DECISÃO

Apresentando aspectos do caso, ainda que de forma sintética, sobressaem alguns pontos de argumentação que foram considerados, percebendo a diversa gama de métodos interpretativos para fazer valer tal decisão, sejam estas doutrinas, teorias criadas para extração de valor social e, até mesmo, tal valoração em relação à legislação. Os julgadores citados no tópico anterior, assim como um reflexo do judiciário de modo geral, valeram-se ainda da relação entre a hermenêutica e outras ciências, como a psicologia, para pontuar seus argumentos.

Para o ministro Luís Roberto Barroso (2015), é fato inafastável que o juiz tenha papel muito mais proativo nos dias atuais, em que a interpretação jurídica é cumulada com atribuições de princípios abstratos e conceitos jurídicos indeterminados. Sobre o exposto:

Em relação a inúmeras questões, como ficou assentado, a solução dos problemas não se encontra pré-pronta no sistema jurídico. Ela precisará ser construída argumentativamente pelo juiz, a quem caberá formular juízos de valor e optar por uma das soluções comportadas pelo ordenamento. Não é incomum referir-se a essa maior participação subjetiva do juiz como discricionariedade judicial. Não haverá maior problema na utilização da expressão, desde que seu sentido seja previamente convencionado. Discricionariedade judicial é um conceito que se desenvolve em um novo ambiente de interpretação jurídica, no qual se deu a superação da crença em um juiz que realizaria apenas subsunções mecânicas dos fatos às normas, lenda cultivada pelo pensamento jurídico clássico. O juiz contemporâneo, *sobretudo o juiz constitucional*, não se ajusta a esse papel, para desalento de muitos.

A interpretação aparece anterior à fundamentação, exigindo raciocínio combinado entre dois ou mais elementos para arrematar um argumento, enquanto a fundamentação objetiva demonstrar que há no meio externo tal conhecimento, completando assim o juízo valorativo (DIAS, 1994). Enfim, não somente de interpretação, a conclusão das decisões é eleita, trazendo a técnica para o ponto, se não central, ao menos essencial em todas as deliberações.

É sabido que o dever de fundamentar decisões é um exercício complexo e exige do magistrado um maior ônus argumentativo, portanto. Tal dever tem por objetivo encaixar a norma na realidade prevista, relacionando-a com pressupostos abstratamente já definidos, gerando uma cadeia argumentativa que provoque a decisão. Porém, qual o dever das cortes constitucionais? Se for considerado o que disserta Barroso (2015), tanto o Supremo Tribunal Federal (STF) quanto o Superior Tribunal de Justiça (STJ) têm papel representativo (juntamente aos papéis iluminista e contramajoritário), com atribuições de “empurrar a história”, indo de encontro à posição clássica de autocontenção contramajoritária e acolhendo os anseios sociais, exatamente como se observa no julgado objeto do presente estudo.

Logo, quando se fala em deveres, atribuições e objetivos, vem à mente o ativismo judicial, objeto, também, de estudo da presente pesquisa. A autoexpansão de que faz parte o

judiciário é núcleo comportamental desse ativismo, e seu “espaço nobre” são as questões políticas ou morais complexas, que envolvem normas constitucionais diversas, de difícil determinação e alta carga axiológica, ou seja, os casos difíceis já mencionados. É o que discorre o autor Azevedo Campos (2014). Ainda, este acredita que, dentro das cortes constitucionais, criam-se repetidamente oportunidades para que seja praticado tal fenômeno, e as relações institucionais estariam centradas no debate constitucional ou moral. Aqui não caberia, pois, afirmar se é legítima ou correta a decisão judicial, mas, sim, focar em um conceito relacional.

Para Campos (2014), o ativismo judicial tem várias dimensões, e, para o presente estudo, concentra-se no ativismo metodológico ou interpretativo, o qual se desenvolve a partir do modo de interpretação e aplicação dos dispositivos constitucionais, dimensionando significados para além dos sentidos dados à primeira vista.

É o que ocorre quando a ministra relatora do REsp 1.159.242/SP apropria-se da responsabilidade civil, instituto eminentemente patrimonial, para reparar um dano decorrente de abandono afetivo, ou seja, assunto ligado diretamente aos princípios da proteção integral da criança e do adolescente e da dignidade da pessoa humana. Ela aposta na irrestrição do instituto para fazer caber o Direito das Famílias; amplia o sentido do dever de cuidar; coloca o abandono afetivo em patamar principiológico, e não mais como valor axiológico, e quantifica-o.

Acrescendo, Torrano (2019) acredita que o ativismo aparece em duas formas, quais sejam o ativismo substantivo e o procedimental. Em relação ao substantivo, é atribuído ao judiciário a competência de substituir juízos políticos e morais do legislador, por respostas consideradas – pelo magistrado – mais justas, eficientes e desejáveis. Isso também pode ser observado no caso concreto do estudo presente, quando Nancy conta que há muito tempo o cuidado deixou de ser intuitivo, passando para um papel essencial dentro do dever de cuidado, utilizando o senso comum como força que deve ser valorada dentro da decisão.

Faz parte da Teoria da Decisão aplicada no Brasil a questão de vontade identificada no ativismo, em que o modo proativo de interpretação expande seu sentido e alcance, e é possível encontrar isso no papel iluminista das cortes supremas, desenvolvido pelo maior disseminador de tal Teoria no país (Barroso, 2009). Além do ministro, as autoras Barboza e Kozicki (2016) agregam um olhar positivo ao ativismo judicial, identificando-o como um jeito de enfrentar questões de direitos fundamentais.

O ponto central da pesquisa dá-se na lacuna jurídica que sempre existirá, pois a lei “corre atrás” dos fatos da vida humana, ou seja, não andam lado a lado, estando sempre em atraso. Não aleatório a esse fato, a judicialização é um fenômeno ligado diretamente a essas lacunas e crescente no mundo jurídico. Barroso (2018) explica:

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico, embora mais comum em países como os Estados Unidos, constitui uma mudança drástica no modo de se pensar e de se praticar o Direito [...].

Para o autor (2018), a judicialização decorre do desenho institucional adotado na maior parte dos países democráticos – no Brasil, portanto –, onde o acesso à justiça, a definição constitucional dos direitos fundamentais e a existência de cortes constitucionais estruturam a ocorrência do fenômeno. Daí, então, que a decisão do Recurso Especial 1.159.242/SP criou vida: no encaixe perfeito entre a eterna falta a ser suprida e quem tem legitimidade para supri-la.

Incluso ao exposto, há o protagonismo judicial como consequência do marco teórico já mencionado (o neoconstitucionalismo), em que o juiz precisa, não raramente, atuar de forma incisiva para garantir o direito aos cidadãos que buscam a resolução de conflitos no âmbito jurídico. Quem explicita tal fato é Boaventura de Souza Santos (2009), o qual acrescenta diversos graus de protagonismo, dependendo da posição do país na situação mundial em relação à economia e à sociedade. Para o autor, o protagonismo judicial advém do tempo presente como um pilar para a efetividade do direito, uma reestruturação que “arranca” o Poder Judiciário da neutralidade e coloca-o junto ao ativismo judicial e à judicialização como processos afirmativos para a guarda das promessas constitucionais.

Por conseguinte, o protagonismo judicial coloca o magistrado no centro da atuação judicial e atribui-lhe responsabilidade última de efetividade do texto constitucional, enquanto o ativismo judicial indica uma atitude desse juiz, que escolhe um modo específico e proativo para interpretar a Constituição, expandindo seu alcance e sentido. O ativismo manifesta-se de forma usual em situações nas quais o Poder Legislativo omite-se.

No plano nacional, mesmo sendo alvo de críticas severas, o ativismo judicial tem aceção positiva quando faz referência a (i) decisões judiciais que busquem efetivar direitos fundamentais; (ii) decisões judiciais orientadas à garantia da supremacia da Constituição; (iii) decisões judiciais fundamentadas em princípios jurídicos, sobretudo em princípios constitucionais (ABBOUD; LUNELLI, 2016, p. 21).

Todavia, também em doutrina brasileira, o ativismo judicial é visto de maneira problemática, demonstrado a partir de breve conceito declarado por um de seus críticos mais ferrenhos, qual seja Lênio Streck: “Um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir

de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados)” (2011, p. 598).

Assim, para o encerramento dos contrapontos, Viana e Viana (2016) estabelecem:

A atuação do julgador socialmente responsável, portanto, precisa ser transformadora, na busca da atribuição de maior grau de efetividade possível ao Texto Constitucional. O protagonismo que daí resulta não pode, contudo, servir de justificação para sobreposição dos valores e convicções pessoais de cada julgador (ou de um conjunto deles, no caso de órgãos colegiados) às escolhas legitimamente realizadas nos espaços tradicionais da arena política (no Parlamento, sobretudo). Apenas a utilização de adequada fundamentação, que considera o momento histórico em que se dá a atividade de interpretação do texto e construção da norma do caso concreto, é capaz de legitimar atuação judicial protagonista.

Diante da total explanação, nota-se que tal assunto ainda é controverso, seja entre os ministros dos Tribunais Superiores, seja na doutrina. O que não muda, ao menos por agora, é o fato de tais decisões acontecerem, principalmente quando o assunto se trata de algo tão sensível quanto os relacionados às famílias, aos sentimentos, à subjetividade. Talvez a resposta certa nas mãos de outrem fosse diferente, mas a decisão tomada não deixa de ser legítima por isso. Enfim, como dita o escritor francês André Gide, e utilizado sabiamente pelo ministro Luís Roberto Barroso, na obra “A razão sem voto” (2015): “Cria nos que procuram a verdade. Duvide dos que a encontram”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise de base que contempla a Teoria da Decisão aplicada no Brasil, a apresentação do Recurso Especial nº 1.159.242/SP, juntamente aos principais pontos de argumentação e fundamentação da decisão por parte dos ministros da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, bem como a identificação do voto vogal e seus respectivos argumentos para a não concordância com o voto da relatora, sucederam-se no terceiro tópico, talvez o mais importante do artigo presente: a relação entre ideia e prática quando da utilização da Teoria da Decisão. Tal seção deu espaço para o questionamento estabelecido na introdução deste estudo e mais: fez-se presente a resposta para a problemática da pesquisa.

Em relação ao que se pretendeu pesquisar e responder, os limites das decisões que dão causa ao fenômeno do ativismo judicial e, por decorrência, o surgimento da Teoria da Decisão, tomam forma na ética, no que é de direito às partes e na aplicação da legislação de forma coerente.

Não há entendimento sobre supostas criações de direito, invasão do judiciário ao

legislativo ou arbitrariedade, já que o ativismo – como fenômeno legítimo quando utilizado de forma correta – encontra espaço no preenchimento de lacunas jurídicas, ou seja, de espaços vazios que o legislador não conseguiu ocupar, por mais diversos que sejam os motivos.

O que ocorreu no caso estudado e desenvolvido de forma bastante coesa foi a possibilidade que o magistrado encontrou, de forma legal e proativa, para solucionar o conflito que restou em sua competência. A responsabilidade civil subjetiva decorrente do abandono afetivo foi resposta encontrada para um caso difícil, em que, nas primeiras instâncias, cuidaram-se de comprovação de fatos, danos causados, ilicitude de atos e cada um dos requisitos para indenização moral do sujeito. Quando da chegada em Tribunal Superior, perceberam-se outros aspectos, quais sejam os que ultrapassam a fase de provas. A questão subjetiva e o entendimento do magistrado, relacionando legislação, doutrina e saberes interdisciplinares, somente demonstraram a capacidade para o encontro da resposta que foi buscada ao ingressar o Poder Judiciário.

O envolvimento do sistema jurídico, a apreciação da legislação, bem como da Constituição Federal, não foi ignorado, assim como o direito da parte autora do processo de requerer indenização pecuniária a título de danos morais. A ministra Nancy Andrighi bem explicou a inexistência de restrição na aplicação da responsabilidade civil no Direito das Famílias (advinda de lacuna jurídica ou possibilidade implícita para a inserção do ativismo judicial), além do desenvolvimento abastado sobre hermenêutica jurídica e como tudo se relaciona com os anseios sociais e a motivação da pessoa humana para resolução de conflitos no âmbito da justiça.

De modo bastante claro, não é objetivo dar ao interprete judiciário “poderes sem restrições”. Em suma, devem ser impostos limites aos julgadores a partir de critérios objetivos como forma de controle no que se refere a fundamentações que se baseiem em princípios. Ainda, o fenômeno estudado não deve ser proposto de forma arbitrária e, menos ainda, ir de encontro à norma legal ou aos direitos pessoais das partes.

Dando início à conclusão, o pressuposto de proatividade no Direito das Famílias é recorrente e justificado (ou justificável), tendo em vista ser uma parte do Direito muito complexa e sensível. O dever de cuidado, portanto, no que tange à Teoria da Decisão, deve ser muito maior, pois há, sim, uma linha bastante tênue para o ativismo judicial (aplicado no Brasil) tornar-se arbitrário. Contudo, isso não significa sua exterminação, já que a necessidade de tê-lo na prática judiciária faz-se presente. É um modo de implementação de direitos que pode, assim como deve, ser defendido por sua legitimidade, seu alcance e objetivo.

A título de encerramento, o Recurso Especial nº 1.159.242/SP *versus* a Teoria da

Decisão demonstra a Corte Superior como aplicadora do “empurrãozinho” – nos termos de Luís Roberto Barroso. Esse fenômeno deve ser entendido como método de interpretação alargado, utilizado de forma a auxiliar nos casos necessários, sem cair no esquecimento sobre a ancoragem normativa essencial para toda e qualquer decisão judicial.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, G.; LUNELLI, G. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo: diálogos entre discricionariedade e democracia. **Revista de Processo**. v. 242. São Paulo: RT, 2016.

BARBOZA, E. M. Q., KOZICHI, K. O Judicial Review e o Ativismo Judicial da Suprema Corte Americana na Proteção de Direitos Fundamentais. **Espaço Jurídico Journal of Law**, [EJL], p. 733-752, 2016.

BARROSO, L. R. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de políticas públicas**. 2015. Disponível em: https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/3096/2015_barroso_razao_se_m_voto.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em> 5 jun. 2021

BRASIL. **Código Civil de 10 de janeiro de 2002 – Lei nº 10.406/02**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 8 nov. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 8 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1159242 SP – São Paulo**. Civil e Processual Civil. Família. Abandono Afetivo. Compensação por dano moral. Possibilidade. Relatora Min. Nancy Andrighi, 24 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200901937019&pv=000000000000>. Acesso em: 8 nov. 2021.

CAMPOS, C. A. de A. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

DE PAULA, L. G. M. Abandono afetivo segundo o julgamento do Recurso Especial nº 1.159.242/SP. **Repositório Institucional da Associação Educativa Evangélica**. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/jspui/handle/aee/10042>. Acesso em: 8 nov. 2021.

DIAS, C. A. da C. Contribuição ao estudo da fundamentação das decisões no direito processual. **Repositório Institucional da Universidade Federal de Santa Catarina**. 1994. Disponível em: <http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/76158>. Acesso em: 10 nov. 2021.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge, USA: Harvard University, Press, 1977.

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge, USA: Harvard University Press, 1985.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge, USA: Belknap Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: Taking rights seriously.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Título original: A matter of principle.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Título original: Law 's empire.

FACCI, L. P. **Discricionariedade Judicial**: considerações sobre a perspectiva positivista de Kelsen e Hart e a proposta de Dworkin para sua superação. 2012. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/1915>. Acesso em: 5 jun. 2021.

MACEDO Jr., R. P. A crítica de Dworkin ao convencionalismo e sua relevância: um esquema de crítica conceitual. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 47, p. 128-155, jul/dez 2015.

MACEDO Jr., R. P. A integridade no direito e os protocolos de Hércules: Comentário à integridade no direito (Império do Direito - Capítulo VII). **Revista Direito Mackenzie**, v. 10, n.2, p. 71-103 dez. 2016.

OSHIRO, A. H. Indenização por danos morais decorrentes do abandono afetivo de menores. **Unisanta Law and Social Science**, v. 6, n. 2, p. 238-254, 2017.

RAMOS, E. da S. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, B. de S. **Sociología jurídica crítica**: para un nuevo sentido común en el derecho. Madri: Editorial Trotta/Ilsa, 2009.

STRECK, L. L. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TORRANO, B. **Democracia e Respeito à Lei**. Entre Positivismo Jurídico, Pós-Positivismo e Pragmatismo. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

VIANA, I. C.; VIANA, E. de M. Do ativismo ao protagonismo judicial: por uma atuação transformadora na seara ambiental. **Revista de Direito e Sustentabilidade**. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2525-9687/2016.v2i2.1252>. Acesso em: 21 nov. 2021.