

CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS – CESREI
FACULDADE REINALDO RAMOS – FARR
CURSO DE DIREITO

LUCIANO NÓBREGA CAVALCANTI

**ATIVISMO JUDICIAL: TENDÊNCIA JURISPRUDENCIAL E ATUAL ESTRUTURA
DA FAMÍLIA BRASILEIRA**

CAMPINA GRANDE – PB

2018

LUCIANO NÓBREGA CAVALCANTI

**ATIVISMO JUDICIAL: TENDÊNCIA JURISPRUDENCIAL E ATUAL ESTRUTURA
DA FAMÍLIA BRASILEIRA**

Trabalho correspondente à exigência
para a conclusão do curso de
Bacharel em Direito pela Faculdade
Reinaldo Ramos de Campina Grande.
Professora

Orientadora: Vyrna Lopes Torres de
Farias Bem.

CAMPINA GRANDE – PB

2018

LUCIANO NÓBREGA CAVALCANTI
ATIVISMO JUDICIAL: TENDÊNCIA JURISPRUDENCIAL E ATUAL
ESTRUTURA DA FAMÍLIA BRASILEIRA

Aprovada em: 12 de DEZEMBRO de 2018.

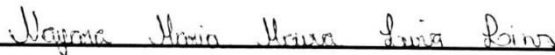
BANCA EXAMINADORA



Profa. Ms. Vyrna Lopes de Farias Bem

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

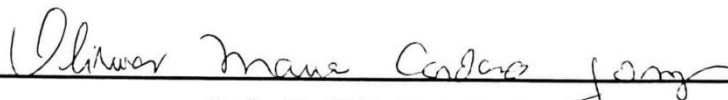
(Orientador)



Prof. Esp. Nayara Maria Moura Lira Lins

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(1º Examinador)



Profa. Ms. Olívia Maria Cardoso Gomes

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(2º Examinador)

C376a Cavalcanti, Luciano Nóbrega.
Ativismo judicial: tendência jurisprudencial e atual estrutura da família brasileira / Luciano Nóbrega Cavalcanti. – Campina Grande, 2018.
49 f.

Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Reinaldo Ramos-FAAR, Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI, 2018.
"Orientação: Profa. Ma. Vyrna Lopes Torres de Farias Bem".

1. Poder Judiciário – Brasil. 2. Ativismo Judicial Brasileiro. 3. Direito de Família – Brasil. I. Bem, Vyrna Lopes Torres de Farias. II. Título.

CDU 342.56(81)(043)

*“O preço a pagar pela tua não
participação na política é seres
governado por quem é inferior.”
(Platão)*

AGRADECIMENTOS

À minha orientadora, professora Vyrna Lopes, pela orientação, dedicação, paciência e pela amizade durante todo o processo.

Aos professores Rodrigo Araújo Reul, Renata Sobral e Jardon Maia.

À Faculdade Reinaldo Ramos.

À todos àqueles que, de maneira direta ou indireta, contribuíram para a conclusão desse trabalho e, conseqüentemente, da graduação.

DEDICATÓRIA

Este trabalho é dedicado, especialmente, aos meus pais Luiz Alexandre Sobrinho (in memorian) e Avani Almeida Nóbrega (in memorian).

À minha esposa, Samara Rosana Rodrigues dos Santos Nóbrega.

Ao meu filho, Ryan Lucas dos Santos Nóbrega.

Ainda, aos meus irmãos e família, que de forma indireta puderam contribuir e somar para mais esta conquista.

RESUMO

A família vem passando por intensas e profundas modificações ao longo do tempo e, do decorrer de tais modificações emergem da população casos que, muitas vezes, requerem respaldo judicial e que são levados a extremidade, necessitando da atuação do Poder Judiciário, que pode fazer uso de práticas como o ativismo judicial para a resolução destes casos. Assim, o principal objetivo desse trabalho foi analisar o ativismo judicial em relação à edição de normas e resoluções no direito de família, sobrepondo-se ao que é previsto na Constituição Federal e leis infraconstitucionais prevista em todo o ordenamento. Realizou-se pesquisa qualitativa através de revisão bibliográfica e estudo de casos. Foi possível compreender que o ativismo judicial é recorrente e decorre, principalmente, da retração de poderes do Legislativo e da necessidade do Judiciário de atuar sobre matéria que não deveria ser tão rapidamente de sua responsabilidade, o que decorre em objeções ao direito de família em casos que podem por em cheque o delineamento deste instituto frente ao que é determinado pela Constituição e pelo Código Civil, como o que é questionado na discussão de casos trazidos no último capítulo desse trabalho, que reforçam a atuação do judiciário em decisões favoráveis a casos de reconhecimento de multiparentalidade e união homoafetiva e a pesquisas com células-tronco embrionárias. Conclui-se, então, que o ativismo é uma prática que, além de demonstrar a ineficiência e ineficácia de poderes, principalmente o Poder Legislativo, revela a instabilidade e susceptibilidade sobre as quais a sociedade está exposta, sobretudo quando do trato com questões relacionadas ao direito de família.

Palavras-chave: Ativismo. Judicialização. Família. Judiciário. Retração de poder.

ABSTRACT

The family is going by intense and deep modifications along the time and, of elapsing of such modifications they emerge of the population cases that, a lot of times, they request judicial backrest and that they are taken the extremity, needing the performance of the Judiciary Power, that can make use of practices as the judicial activism for the resolution of these cases. Like this, the main objective of that work was to analyze the judicial activism in relation to the edition of norms and resolutions in the family right, being put upon to the that is foreseen in the Federal Constitution and laws infraconstitucionais foreseen in the whole ordering. He/she took place researches qualitative through bibliographical revision and study of cases. It was possible to understand that the judicial activism is appealing and it elapses, mainly, of the retraction of powers of the Legislative and of the need of the Judiciary to act on matter that should not be so quickly of his/her responsibility, what elapses in objections to the family right in cases that can for in check the delineamento of this institute front to the that is certain for the Constitution and for the Civil Code, as what it is questioned in the discussion of cases brought in the last chapter of that work, that reinforce the performance of the judiciary in favorable decisions to cases of multiparentalidade recognition and union homoafetiva and to you research with embryonic cell-trunk. It is ended, then, that the activism is a practice that, besides demonstrating the inefficiency and inefficacy of powers, mainly the Legislative Power, he/she reveals the instability and susceptibilidade on which the society is exposed, above all when of the treatment with subjects related to the family right.

Word-key: Activism. Judicialização. Family. Judiciary. Retraction of power.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
Art	Artigo
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código Processual Civil
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
EUA	Estados Unidos da América
MP	Ministério Público
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPITULO I.....	14
1 FAMÍLIA: CONCEITO, EVOLUÇÃO HISTÓRICA E DIREITO.....	14
1.1 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA ATRAVÉS DO TEMPO.....	14
1.2 A FAMÍLIA ANTES E APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	18
1.3 DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	21
CAPITULO II.....	26
2 ANALISANDO O ATIVISMO JUDICIAL.....	26
2.1 O ATIVISMO JUDICIAL EM RELAÇÃO À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	28
2.2 O PODER LEGISLATIVO: SUA AUSÊNCIA E O EMPONDERAMENTO DO JUDICIÁRIO.....	32
CAPITULO III.....	36
3 ESTUDO DE CASOS SOBRE ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO DE FAMÍLIA.....	36
3.1 DECISÃO FAVORÁVEL AO CASAMENTO HOMOAFETIVO.....	38
3.2 RECONHECIMENTO DE MULTIPARENTALIDADE.....	40
3.3 PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS.....	42
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	45
REFERENCIAS.....	47

INTRODUÇÃO

Continuamente a vida social, caracterizada por regras e princípios conjugados entre os valores universais e individuais, passa por uma evolução tanto política como institucional, condicionando os costumes da coletividade aos princípios que rege a humanidade. Com o passar do tempo, e, em face da celebração de inúmeros acordos, mudanças sociais e vários fatores como fundamento da mudança, o legislativo, como fonte primária na construção das leis, as quais conduzem toda a sociedade, tem pouco produzido em se tratando de acompanhar a evolução social, sobretudo, em relação ao direito de família, haja vista as consequências sobre os principais litígios os quais interferem no interesse diretamente no conceito de família.

Contudo, apesar dos preceitos constitucionais em seu art. 226,§3º, do direito civil, art. 1.514, dos tratados que regem os direitos humanos, como o Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 17 (item 2), o Poder Judiciário tem proporcionado amplas mudanças sob as tomadas de suas decisões, as quais divergem completamente das normas sobre o tema. O reconhecimento que envolve a criação de novos vínculos familiares, como a família homoafetiva.

Em síntese, no âmbito da constituição federal e do direito privado e, especificamente, do direito civil, encontra-se normas norteadoras do poder familiar. Tais normas representam a estabilidade e segurança jurídica da coletividade, pois encontram-se positivadas e com eficácia perante a ordem jurídica. Entretanto, com o relevante cenário político atual, o ativismo judicial incorporou-se, e o Poder Judiciário tornou-se protagonista em vários casos polêmicos, devido a inercia do legislativo, como a criação da resolução 175/2013, do CNJ, que autoriza a união homoafetiva como entidade familiar. Ponto de determinadas críticas, já que tal mecanismo se sobrepõe as normas infraconstitucionais como também à carta magna.

Portanto, entende-se que, com as leis e demais normas em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, é preciso analisar a atuação dos magistrados através do Poder Judiciário, diante da incompetência do Estado na concretização dos direitos a serem implantados pela política pública, sem, no entanto que se tenha o início de abusos dos poderes, o que se caracteriza como o principal problema dessa pesquisa.

O ativismo judicial consiste no exercício da função do poder judiciário para além dos limites impostos pelo ordenamento que o incumbe ou, ainda, a adoção de uma postura proativa significativa e regular que interfere na atuação dos demais poderes.

Entende-se, que o ativismo judicial não é um papel do poder judiciário, pois está expandindo seu papel e partindo para a natureza política. O Judiciário além de mais espaço, também vem atuando de forma discricionária, pois, embora seu dever seja aplicar a lei existente ao caso concreto, ele vem substituindo a atuação do legislador. Como exemplo, pode-se citar conforme previsto na Constituição Federal, as formas para constituição da família legítima; pelo casamento, da união estável e a família monoparental. Contudo, diante de fatos sociais apresentados na sociedade, e, pela ausência de lei específica, o Poder Judiciário, através do ativismo judicial, regulamentou a união homo afetiva, criando assim, mais uma forma de família.

Sendo assim esse trabalho tem como principal objetivo analisar o ativismo judicial em relação à edição de normas e resoluções no direito de família, sobrepondo-se ao que é previsto na Constituição Federal e leis infraconstitucionais prevista em todo o ordenamento. Ainda, pretende verificar o fenômeno da judicialização da política e do ativismo judicial no STF, em relação à Constituição Federal e leis infraconstitucionais, analisando leis infraconstitucionais sobre casos polêmicos e discutindo casos recentes e nos quais foram utilizados o ativismo.

Metodologia

Trata-se de pesquisa bibliográfica em fontes secundárias, documentos específicos, leis, estudos de casos polêmicos e na internet. Será realizada pesquisa dedutiva e de natureza aplicada básica, que é descrita por André Sonoda:

A pesquisa básica é um tipo de ciência voltada para determinado assunto sem, necessariamente, apresentar relação com sua aplicação tecnológica. Ela também caracteriza-se pela busca de conhecimentos básicos que servem de apoio para formulação de hipóteses de acordo com o problema de pesquisa, portanto, sendo ela diretamente responsável pelo desenvolvimento científico e por consequência influenciando nas pesquisas aplicadas através da aplicações de seus conhecimentos (SONODA, 2008).

Quanto ao método de pesquisa, através de abordagem qualitativa, a pesquisa terá objetivo explicativo e será realizada por meio de procedimentos de revisão bibliográfica e estudo de casos, a fim de alcançar com mais certeza os objetivos do trabalho.

CAPITULO I

1. FAMÍLIA: CONCEITO, EVOLUÇÃO HISTÓRICA E DIREITO

A família, estrutura social que atravessa milhares de anos de evolução, existe de várias formas e possui uma grande capacidade de adaptação, modificando-se através do tempo.

Neste espaço-tempo, com a modificação das relações familiares e a atuação mais presente da justiça, sobretudo os poderes legislativo e judiciário, tende-se a sua recorrência para a resolução de questões e conflitos ligados a conjuntura familiar.

Entretanto, é importante ressaltar que cada instância da justiça exerce uma função e possui um papel específico e, no que diz respeito à família, esta deve ser tratada de acordo com legislação vigente e adequada, submetendo-se à correta instância de poder.

De acordo com Silvio Rodrigues (2004) a família pode ser vista como a pedra fundamental de uma sociedade, pois é a base de sua organização e por isso possui proteção especial do Estado.

Portanto é de suma importância conhecer o conceito e a evolução histórica da estrutura familiar ao longo do tempo, analisando suas especificidades e peculiaridades e descrevendo os processos envolvidos na construção e na modificação dos modelos de família hoje presentes.

1.1 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA ATRAVÉS DO TEMPO

Como é visto nos dias de hoje, a concepção e os modelos de família já não são mais os mesmos de tempos atrás. A este fato são agregados diversos outros que interferem diretamente na atuação do direito, nas atividades judiciais e na presente hierarquia de poderes do Estado.

A família é, em geral, conceituada de diversas maneiras por dicionários como sendo um conjunto de pessoas que vivem sob o mesmo teto, ligadas por laços de parentesco sanguíneos ou não. Grupos de descendentes, ascendentes colaterais e outros de uma mesma linhagem. Pessoas que partilham do mesmo sangue ou não, ligadas entre si por filiação, casamento ou adoção. Conjunto de pessoas unidas por origens, interesses ou convicções em comum (MICHAELIS, 2018).

Etimologicamente, a expressão família deriva do latim *famulus*, e era designada pelo conjunto de escravos e demais servidores que viviam sob a responsabilidade de um pater famílias, o qual possuía jurisdição sobre tais. Posteriormente, com a ampliação do termo, o mesmo se tornou sinônimo de Gens, que seria um conjunto de pessoas submetidas ao poder em detrimento do casamento (agnados) e parentes pelo lado maternal (cognados), conforme explica Nogueira (2007).

De acordo com Caio Mário Pereira (2004 *apud* COSTA, 2017, p. 11):

O pater era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos (penates) e distribuía justiça. Exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*), podia impor-lhes pena corporal, vendê-los tirar-lhe a vida (PEREIRA, 2004, p. 28 *apud* COSTA, 2017, p. 11).

Assim, com o passar do tempo e com a evolução do conceito de família, fez-se necessária a criação de leis para a organização destas estruturas familiares, surgindo então o Direito de Família, que tem como objetivo primordial regular as relações familiares e tentar resolver conflitos advindos dela.

De acordo com o art. 226 da Constituição Federal de 1988 “a família, base da sociedade, tem especial proteção do estado”. E, ainda nos § 3º e 4º respectivamente “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”, “entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”

Ainda de acordo como o art. 1.513 do Código Civil Brasileiro de 2002 “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.”

Atualmente, a concepção e estrutura familiar que se toma como “normal”, “tradicional” ou “adequada” é aquela na qual se têm um pai, mãe e filhos, ou seja, um casal heterossexual, unido pelo matrimônio, e que possui filhos biológicos. Mas, com a evolução dos conceitos de orientação, da busca por direitos e, conseqüentemente, da variação dos modelos de família, tais concepção e estrutura vêm sendo desmistificados ou adaptados à uma nova sociedade (PRADO, 1985).

Por exemplo, de acordo com art. 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), “entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer

deles e seus descendentes”, assim uma mãe com filhos sem designação do pai ou um pai com filhos sem designação da mãe constituem, a toda maneira, uma família.

Portanto, nos dias de hoje, a formação familiar vai se adaptando as características e necessidades da atualidade, do modo de vida e das relações interpessoais, de modo que, ainda que o que se caracterize como família, mesmo não sendo visto como o ideal, possua os mesmos direitos legais.

Para se compreender mais profundamente o conceito e a evolução histórica da estrutura familiar ao longo do tempo, necessita-se buscar entender sua formação desde os tempos mais remotos, antes mesmo do reconhecimento do Estado.

Friederich Engels (1884) ao analisar as fases da pré-história até a formação das primeiras civilizações descreve inicialmente o estado selvagem, que é dividido em três fases: inferior, média e superior.

Na primeira fase do estado selvagem, o homem, primitivo, lutava por sua sobrevivência, dividindo espaço com animais selvagens e se alimentando à base de frutos e raízes. Na fase média, com a descoberta do fogo, o homem passou a incorporar elementos animais e marinhos à sua alimentação, aprimorando assim sua alimentação também com outros elementos de origem vegetal, como tubérculos cozidos. E, por fim, na fase selvagem superior, passou a dominar a construção de armas para caça e de moradias, começando o agrupamento em aldeias e também ao desenvolvimento de utensílios em madeira e de tecidos à base, principalmente, de couro e pelo animal.

O autor ainda classifica as famílias em tipos. Punaluana, sindiásmica e monogâmica. Com o surgimento da família punaluana (que quer dizer associação), passou-se a serem proibidos os casamentos em grupos e o incesto, contribuindo para o desenvolvimento daquelas sociedades. A família sindiásmica, que é descrita por Engels como o limite entre a Barbárie e o Estado, é caracterizada pelas uniões em casal, o homem tinha uma mulher principal entre aquelas de seu grupo e era também seu esposo principal entre todos os outros. Por fim, na família monogâmica prevalece a união de um só casal, com habitação compartilhada entre os cônjuges.

Assim, com a evolução dos modelos de relação e construção familiar, passou-se a vigorar o modelo monogâmico, que é reconhecido e visto como o modelo ‘tradicional’ ainda nos dias de hoje.

Já na idade média, com o surgimento da igreja e seu alto poder de influencia sobre a vida das pessoas, a ideia de família conduzida pelos textos bíblicos foi, sem

dúvidas, um marco para a idealização de sentimentos, valores e deveres relacionados à ideia de família. O modelo patriarcal dominou a sociedade desde então. O pai, como centro da família, como figura de força, proteção e provimento. Símbolo de respeito e autoridade (VIRGILIO; GONÇALVES, 2014).

Mais tarde, com a revolução industrial, que aumentou a necessidade de mão de obra, sobretudo em atividades terceirizadas, houve inicialmente a necessidade da saída dos homens do seio familiar, que era caracterizado por atividades rurais ou manufactureiras, em busca do trabalho, deixando as mães à frente da casa e da família. Logo em seguida, ainda em decorrência da revolução, as mulheres puderam trabalhar fora, contribuindo com o sustento familiar, e, assim, modificando a estrutura familiar que vigorava até então (KUCHAK, 2015).

Sendo assim, principalmente com a expansão das famílias para as cidades e o sentimento de necessidade de apoio, houve então a transição do caráter produtivo e reprodutivo para um mais ligado a afetividade entre os entes familiares, ou seja, a família passou a ser vista mais pelo vínculo afetivo do que somente pelo da sua existência reprodutiva.

No Brasil, o grande marco na conquista de direitos da família foi a promulgação da Constituição Federal de 1988, como explicam Dill e Calderan:

O grande marco histórico, na conquista de direitos da família e da filiação, foi a promulgação da Constituição Federal de 1988. A partir desta foi reconhecida a união estável, como entidade familiar tutelada jurisdicionalmente e também ficou vedada qualquer discriminação em virtude da origem da filiação. Igualmente, a família incorporou o pensamento da contemporaneidade (igualdade e afeto), à luz dos princípios trazidos pela Magna Carta e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (DILL; CALDERAN, 2011, p. 7).

Portanto, com a conquista de direitos, as famílias passaram a ter não apenas um papel, mas também garantias perante a sociedade, com a proteção do casamento, das propriedades e da infância.

Nota-se então que foram necessárias diversas adaptações temporais, influenciadas por questões evolutivas, de comportamento, sociais, de religião e constitucionais, para que a família pudesse se tornar a estrutura que é tida nos dias de hoje.

1.2 A FAMÍLIA ANTES E APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988

No Brasil, ao que diz respeito ao direito familiar, iniciaram na metade do século vinte as sucessivas mudanças que resultaram na Constituição de 1988, surgindo desde então diversas leis que buscaram se adequar à nova sociedade e família.

Muitas foram as mudanças através do tempo para que as famílias pudessem ser reconhecidas pelo Estado como instituição a fim de direitos e deveres. Assim, junto a essa evolução caminhou a justiça, buscando acompanhar as necessidades sociais.

De acordo com Luciano Barreto (2013) antes da atual constituição, as leis que vigoravam eram direcionadas a sistematizar o modelo patriarcal, que excluía da jurisdição demais modelos familiares e filhos de relações extraconjugais, por exemplo. Portanto, nessa perspectiva, o matrimônio era a única forma legalmente reconhecida de construção familiar, tornando ilegítima qualquer outra forma de relação, ainda que afetiva.

A Constituição do Império de 1824 assim dispunha:

Art. 5º A Religião Católica Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de Templo (CONSTITUIÇÃO DO IMPÉRIO, 1824).

Portanto, à época do império, era reconhecido somente o casamento religioso e católico, sendo assim, qualquer família que não fosse formada a partir da união matrimonial de um homem e uma mulher perante a igreja, não era reconhecida como modelo familiar legal. A Constituição do Império tratou de direitos e garantias do cidadão brasileiro, no entanto não expunha nada específico sobre a família e o casamento.

Já a Constituição Republicana de 1891 passou a reconhecer somente o casamento civil, onde no § 4º do art. 72 dispôs “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.” Também sem maiores especificidades relacionadas à família.

A promulgação do Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071 de 1 de janeiro de 1916) foi o marco histórico no que diz respeito a legislação voltada para a família. Tal

legislação, que apreciava e valorizava bastante o patrimônio e relacionava o ser de direito com o termo “sujeito de patrimônio”, era totalmente patriarcal.

Esse código designou que o matrimônio era indissolúvel e ainda colocava a mulher como ser responsável apenas pelas atividades domésticas. O marido era o único chefe da sociedade conjugal, conforme artigo 233. O Código Civil de 1916 foi o primeiro a dar ênfase ao casamento e as relações familiares, como explica Costa:

O Código Civil de 1916, cujo projeto Bevilacqua (1955) fora de 1899, regulou exaustivamente o casamento civil em todas as suas formalidades, requisitos e efeitos, inclusive a sua nulidade e anulação e a simples dissolução da sociedade conjugal pelo desquite (arts. 180 e segts) (COSTA, 2006, p. 14).

Anos à frente, com a promulgação da Constituição de 16 de julho de 1934, o casamento apenas religioso passou a ter o mesmo efeito que o casamento civil, conforme art. 146, no entanto ainda indissolúvel.

Tal indissolubilidade só veio ocorrer mais de quarenta anos após, quando já vigorava a Constituição de 1967, com a Emenda Constitucional nº 9 de 28 de junho de 1977, que pôs fim ao caráter indissolúvel do casamento civil e instituiu o divórcio no Brasil. Meses mais tarde foi sancionada a Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977, a chamada Lei do Divórcio, que regulou os casos de dissolução de casamentos, seus efeitos e respectivos processos.

Assim, podemos notar que antes da promulgação da Constituição de 1988, vários processos legislativos foram de extrema importância para o reconhecimento e a correta legitimação do casamento, influenciando diretamente nos modelos familiares posteriores.

Após um intenso período político caracterizado, principalmente, pelo golpe militar de 1964, no qual a liberdade de expressão e a relação familiar, sobretudo o afeto parental, estavam cada vez mais expostos as pretensões do poder do Estado, foi promulgada então a Constituição Federal de 1988. Nela, a família passou a ter visibilidade especial, principalmente anos mais tarde com a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

A Constituição, mais especificamente no art. 226 nos § 1 a 8, tratou com mais abrangência e notoriedade as questões familiares, desde a celebração do casamento civil e religioso até a igualdade de direitos entre homens e mulheres e, ainda, a assecuração proteção e da assistência à família garantida pelo Estado.

O casamento civil, que já tinha caráter indissolúvel desde Constituição anterior junto à Lei do Divórcio teve, portanto, suas características reforçadas como a efetividade civil do casamento religioso, por exemplo. Ficou reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, mas entendendo também como entidade a formação por qualquer dos pais e seus descendentes.

Na Constituição de 1988 ficou expresso que os direitos e deveres referentes ao casamento são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. Ainda que o divórcio poderia ocorrer após mais de um ano de separação judicial ou por separação comprovada por mais de dois anos, conforme § 5 e 6.

Também ficou expresso o dever do Estado em propiciar recursos para que a família possa ter acesso a direitos básicos como educação e saúde de qualidade, de acordo com o § 7.

Conforme art. 227 ficou assegurado também aos menores à proteção pela família e o Estado:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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 (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Tais direitos foram reforçados e ganharam maior notoriedade dois anos após a promulgação da CF, com a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme a Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990.

O Estatuto, que garantiu proteção integral aos menores, não dispunha somente a este questionamento, mas também sobre o papel da família com relação aos direitos das crianças e dos adolescentes, como a responsabilidade, acesso a educação, saúde e da tutela.

De acordo com parágrafo único do art. 25 da seção II do Estatuto “Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.”

Ainda de acordo com art. 19 da seção I do referido Estatuto “É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e

comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.” A redação desse artigo foi dada em 2016 pela Lei nº 13.257 de 2016.

Portanto, o ECA foi imprescindível para determinar as relações familiares após a CF, sobretudo pela proteção dos menores e a responsabilização dos pais quanto as infrações cometidas por eles.

Junto a Constituição Federal e ao ECA, o Código Civil de 2002 , promulgado pela Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, veio contribuir para a formatação do direito de família, versando sobre questões familiares mais específicas como por exemplo o reconhecimento de paternidade de filhos fora do casamento.

Assim, embalados pelas mudanças trazidas pela CF de 1988, muitos foram os avanços no direito de família, influenciando diretamente as relações familiares, seus direitos, deveres e formação. Atualmente, a família vem passando por diversas adaptações e transformações evolutivas e sociais, junto a isso cresce a demanda por modificações que acompanhem tal evolução, o que requer do poder legislativo olhar mais específico acerca do seu papel no Estado.

1.3 DO DIREITO DE FAMÍLIA

Desde 1916, a partir da publicação da Lei nº 3.071, que o Brasil passou a adotar um Código Civil (CC), que vigorou por quase um século até a promulgação do novo código civil brasileiro, que passou a entrar em vigor no ano de 2003, após período de *vacatio legis*.

Diante da promulgação do novo Código Civil Brasileiro por meio da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 o direito de família passou a abranger o direito pessoal, união estável, direito patrimonial, tutela e curatela. Antes disso, o direito de família se dividia somente no que diz respeito às relações de casamento, parentesco e as diferentes formas de tutela.

O direito de família está presente no novo CC em matéria expressa no livro quatro da parte especial do código, na qual se encontram também o direito das obrigações, direito de empresa, direito das coisas e direito das sucessões.

Para Carvalho (2012, p. 121) “a família como elemento sociológico e cultural muda”. E, sendo assim, o direito de família que, segundo o autor, nasce antes de tudo dos direitos humanos, ganhou significativa evolução com o novo Código Civil. Explica ainda que a Constituição Federal de 1988 teve grande influencia nisso e que o atual código conseguiu abranger os preceitos constitucionais.

“As relações de família são, portanto, amplamente afetadas pelas transformações da globalização, que abre espaço para as manifestações plurais de comportamento”, revela Carvalho (2012, p. 147).

De acordo com Maria Helena Diniz (2015), todos os institutos do direito de família, abrangidos pelo Código Civil nos artigos 1.511 a 1783, podem ser englobados pelo seguinte conceito:

Constitui o *direito de família* o complexo de normas que regulam a celebração de normas do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas do matrimônio, a dissolução deste, a união estável, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e curatela (DINIZ, 2015, p. 17).

Para Carlos Roberto Gonçalves:

O direito de família é, de todos os ramos do direito, o mais intimamente ligado à própria vida, uma vez que, de modo geral, as pessoas provém de um organismo familiar e a ele conservam-se vinculadas durante a sua existência, mesmo que venham a constituir nova família pelo casamento ou pela união estável (GONÇALVES, 2016, p.17).

Assim, é possível observar que o direito de família expressa grande importância diante da conjuntura atual da sociedade que fora construída sobre pilares oriundos da valorização das relações familiares e, por esse motivo, passa a exercer importância também em outros setores correlacionados.

Conforme a sua finalidade ou o seu objetivo, as normas do direito de família ora regulam as relações pessoais entre os cônjuges, ou entre os ascendentes e descendentes ou entre parentes fora da linha reta; ora disciplinam as relações patrimoniais que se desenvolvem no seio da família, compreendendo as que se passam entre cônjuges, entre pais e filhos, entre tutor e pupilo; ora finalmente assumem a direção das relações assistenciais, e novamente tem em vista os cônjuges entre si, os filhos perante os pais, o tutelado em face do tutor, o interdito diante do seu curador. Relações pessoais, patrimoniais e assistenciais são, portanto, os três setores em que o direito de família atua (GONÇALVES, 2016, p. 19).

Entretanto, enfatiza Maria Helena Diniz:

Porém é preciso deixar bem claro que o direito de família, em qualquer uma de suas partes (direito matrimonial, convivencial, parental ou tutelar), não tem conteúdo econômico, a não ser indiretamente, no que concerne ao regime de bens entre os cônjuges ou conviventes, à obrigação alimentar entre parentes, ao usufruto dos pais sobre os bens dos filhos menores, à administração dos bens

dos incapazes, e que apenas aparentemente assume a fisionomia de direito real ou obrigacional (DINIZ, 2015, p. 18, 19).

Portanto, devido à complexidade das relações no âmbito familiar e aos diversos fatores envolvidos nisso, o direito de família não é tratado como matéria isolada, inferindo direta ou indiretamente em outros setores civis.

O direito de família tem como principal objeto a própria família, que no vocabulário jurídico possui inúmeros sentidos, podendo ser tratada através de acepções como amplíssima, lata e restrita.

O termo *amplíssima* se refere a todos os indivíduos que são interligados por meio de vínculo consanguíneo ou de afinidade. *Lata* se trata dos parentes em linha reta ou colateral de parentesco, além dos cônjuges com companheiros e seus filhos, bem como parentes do cônjuge ou companheiro. Já o termo *restrita*, por fim, trata das pessoas unidas por laço matrimonial e de filiação, e ainda a entidade familiar formada pelos casais que vivem em união estável ou por seus descendentes (DINIZ, 2015).

No Código Civil, o direito de família tem como princípios: respeito à dignidade da pessoa humana; igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros; igualdade jurídica de todos os filhos; paternidade responsável e planejamento familiar; comunhão plena de vida baseada na afeição; e da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar.

No primeiro capítulo do Livro IV do CC, no qual é expressa a matéria do direito de família, é tratado primeiramente do direito pessoal. Neste, são reguladas as relações de proteção à pessoa, de casamento, quanto à sua celebração, validade, dissolução e da proteção dos filhos.

Ressalte-se que a definição de união legal é a celebrada com a observância das formalidades exigidas na lei. Através do casamento origina-se a família legítima, embora tal adjetivo jurídico tenha esvaziado-se no tempo, no que tange à produção de efeitos, vez que o texto constitucional vigente no Brasil decretou a igualdade entre os filhos e estendeu à união estável (concubinato puro) praticamente os mesmos direitos que concedeu aos cônjuges (LEITE, 2007).

No capítulo II é tratado o direito patrimonial que decorre do casamento, enfatizando os alimentos e regime de bens entre parentes, cônjuges e sua prole. Gonçalves (2016) explica que quanto aos alimentos, no CC de 2002 são traçadas regras que englobam os devidos em razão do parentesco, do casamento e da união

estável, inovando ao trazer a transmissibilidade da obrigação aos herdeiros, sendo assim a obrigação alimentar pode alcançar ainda somente os irmãos em linha reta e todos os parentes em linha colateral.

A Constituição Federal de 1988 trouxe como inovação o reconhecimento da união estável e seus efeitos, que é tratada no capítulo três do livro dedicado ao direito de família no código civil.

No capítulo é tratado dos aspectos de efeitos da união estável, seu reconhecimento, bem como dos aspectos pessoais e patrimoniais. O direito das sucessões passa a ter efeito patrimonial sucessório. Entretanto, o casamento ainda é considerado a união de maior importância, ainda que existam relações familiares foram do casamento.

O reconhecimento da união estável como entidade familiar, instituído pela constituição de 1988 no art. 226, retrotranscrito, e sua regulamentação pelo novo Código Civil possibilita essa opção aos casais que pretendem estabelecer uma comunhão de vida baseada no relacionamento afetivo. A aludida Carta Magna largou o conceito de família, passando a integrá-los as relações monoparentais, de um pai com seus filhos (GONÇALVES, 2016, p. 25).

No quarto e último capítulo da matéria de direito de família do código civil são normatizados os institutos protetivos de tutela e de curatela. Assim, embora não haja o vínculo de filiação, esta forma parental passa a ser regulada. Quanto a isto, Carlos Roberto Gonçalves (2016) enfatiza:

Os institutos de proteção ou assistência desdobram-se em tutela dos menores que se sujeitam à autoridade de pessoas que não são os seus genitores, e curatela, que, embora não se relacione com o instituto da filiação, é regulada no direito de família pela semelhança com o sistema assistencial dos menores (GONÇALVES, 2016, p. 21).

Assim, portanto, o direito de família está centrado na ordem pública, na imposição de deveres e direitos, nessa imposição o primeiro mais do que o segundo. As alterações realizadas nesse contexto ao longo da história demonstraram ter como objetivo principal ressaltar a função da família na sociedade e no direito.

Especificamente no Brasil, as transformações trazidas pela mais recente constituição federal no âmbito familiar contribuiu para a consolidação e modificações do direito familiar no novo código civil. As alterações referentes, principalmente, ao casamento e ao reconhecimento da união estável foram passos extremamente

importantes para abranger no direito as diversas modalidades familiares que passam a surgir com as mudanças que ocorrem na estrutura social com o passar do tempo.

Portanto, o direito de família se caracteriza como matéria fundamental para a garantia da ordem e do reconhecimento dos direitos concernentes das relações sociais e afetivas que dão origem a família e, conseqüentemente, as demandas e faculdades que também decorrem disto.

CAPITULO II

2. ANALISANDO O ATIVISMO JUDICIAL

Das questões que por ventura envolvem o direito de família decorrem diversas situações nas quais se faz necessário recorrer as instancias superiores do poder. Nestes casos, estas questões passam a ser responsabilidade do Poder Legislativo e/ou do Poder Judiciário, o que torna possível a abertura de precedentes para a interpretação da matéria através do uso de ativismo.

É ponto de discussão, atualmente, a extrapolação das funções que são inerentes ao Poder Judiciário, sobretudo ao Supremo Tribunal Federal (STF), tendo em vista seu espectro de atuação e sua autoridade frente aos demais poderes, instâncias e competências das instituições de justiça no cenário do direito brasileiro.

Esta extrapolação do poder quer seja feita de forma autônoma pelo poder judiciário, quer seja feita por vias indiretas ou em decorrência de judicialização, caracteriza o acometimento de ativismo judicial.

A judicialização, por exemplo, é explicada por Luís Roberto Barroso:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo — em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro (BARROSO, 2009, p. 19).

Barroso (2009) explica, ainda:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. 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 (BARROSO, 2009, p. 21).

Nesse sentido, a judicialização e, conseqüentemente o ativismo, é exercida principalmente pela transferência de responsabilidades entre as instâncias de poder, dada a magnitude da repercussão do caso, bem como da especificidade da matéria e do cabimento de recursos.

Segundo Andrei Koerner:

Ativismo judicial é um termo que tem sido utilizado para apreciar as instituições e agentes judiciais nas democracias contemporâneas. O termo tem distintas designações, como modelo ou programa para a decisão judicial, atitude ou comportamento dos juizes, ou ainda tendência das decisões judiciais em conjunto. Tal como o seu oposto, a contenção judicial, ele tem sido criticado por sua ambigüidade, dificuldades de utilização para analisar e classificar decisões particulares e carga valorativa. As controvérsias sobre sua utilidade foram acompanhadas de tentativas de teorização e refinamento conceitual em diversas disciplinas (KOERNER, 2013, p. 69).

O ativismo judicial pode ser entendido, nesse contexto, não apenas como a exacerbação do poder de decisão de uma instância sobre outra, mas também de um fenômeno decorrente de tantos outros, tal como a judicialização. Ainda, também, como a influência de questões infraconstitucionais nas decisões tomadas.

Tassinari (2013) explica que “o juiz deve ser neutro, aplicar a lei, enfim, não pode realizar qualquer atividade de criação de normas jurídicas”. Sendo assim, o ativismo também pode, ainda, caracterizar-se nesse sentido, quando da criação de normas jurídicas que demonstram, de alguma maneira, tratamento da matéria com parcialidade.

Embora tenha caráter polêmico, o termo “ativismo judicial” passou a ser comumente utilizado e difundido na prática jurídica desde seu surgimento nos Estados Unidos e, no Brasil, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, nas discussões acerca da judicialização política e também, principalmente, sobre a prática no STF (KROENER, 2013).

Em relação ao Supremo Tribunal Federal, discute-se a prática do ativismo especialmente nas matérias nas quais estão envolvidas questões familiares e o direito de família. O que se discute é, sobretudo, a constitucionalidade das decisões tomadas pelo STF, tendo em vista o que está expresso em Carta Magna e demais leis.

Para Clarissa Tassinari (2013):

Nos últimos anos, a atuação do Supremo Tribunal Federal tem ganhado cada vez mais destaque. Não apenas porque o número de demandas judiciais aumentou significativamente, caracterizando um cenário de intensa judicialização, mas também porque os temas levados a Plenário envolvem diretamente a atuação da cúpula dos demais Poderes (TASSINARI, 2013, p.3).

Ao legislar de forma isolada em casos específicos, o Supremo abre precedentes para que se questionem as prerrogativas e jurisprudências que ora são concedidas e ora retiradas, o que passa a causar divergências no âmbito jurídico. Essa divergência, no entanto, por si só, demonstra claramente a retração de poderes que, segundo Barroso (2009), dificulta o atendimento das demandas sociais, distanciando a sociedade civil do poder legislativo.

2.1 O ATIVISMO JUDICIAL EM RELAÇÃO À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Com o advento da promulgação da Carta Magna de 1988, que marcou sumariamente o processo de redemocratização do Brasil à época, o novo texto constitucional passou a apresentar inúmeros direitos garantidos aos cidadãos, sobretudo àqueles relacionados aos quesitos sociais.

Nesse novo contexto, o Supremo Tribunal Federal passou a controlar o cumprimento da Constituição, o que abriu margem para que o mesmo começasse a passar a revisar e legislar sobre matérias dos demais Poderes, o que culminou na disseminação da discussão acerca do ativismo judicial, que já era reconhecido internacionalmente, nesta instância do Poder, como explica Tassinari (2012):

Reunindo a forma de controle de constitucionalidade inaugurada por Ruy Barbosa quando da fundação da República (em 1890) com o modelo implantado pela Emenda Constitucional n. 16/65, *é prevista, textualmente*, a possibilidade de revisão judicial dos atos dos demais poderes, assumindo o Supremo Tribunal Federal a função de zelar pelo cumprimento da constituição. A partir disso, começam os primeiros debates sobre *ativismo judicial* no país (TASSINARI, 2012, p. 13).

Assim, também, explica Andrei Koerner (2013):

O caráter polêmico do termo “ativismo judicial” não impediu seu uso. Pelo contrário, ele é crescentemente usado desde sua emergência nos Estados Unidos após a Segunda Guerra Mundial. Ele foi incorporado ao debate brasileiro após 1988, inicialmente como parte da problemática da judicialização da política e mais recentemente

nas discussões jurídicas sobre o Supremo Tribunal Federal (stf). Em ambos os países, é usado em sentido crítico ou elogioso, a partir de diversos marcos intelectuais e posições políticas (KOERNER, 2013, p. 70).

Para Luis Roberto Barroso (2009):

As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial e para a invalidação das leis sociais em geral, culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal. A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros, acusados em processo criminal e mulheres, assim como no tocante ao direito de privacidade e de interrupção da gestação (BARROSO, 2009, p. 22).

A autonomia dos Poderes de agir conforme devida substancialidade em cada esfera de atuação passou, portanto, a ser questionada quando, principalmente, da possibilidade, garantida por Emenda, do Supremo passar a interferir em diferentes matérias, o que pode tornar o ativismo um risco ao cumprimento das leis, sobretudo por parte da sociedade civil, tendo em vista as interpretações dadas para cada caso por parte do STF.

Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2013):

As grandes transformações institucionais, políticas, sociais e jurídico-culturais, que gradualmente se seguiram ao marco constitucional de 1988, tiveram, como um dos efeitos mais visíveis, a ascensão institucional do Poder Judiciário e, especialmente, do Supremo Tribunal Federal. Na realidade, a Corte foi reinventada em diferentes aspectos: na abrangência dos temas julgados – temas de alta voltagem política e moralmente hiper-controversos ao lado de muitas questões não tão importantes assim; no tipo de argumentos de decisão – redução progressiva do positivismo formalista para a adoção de uma metodologia mais criativa e orientada a valores; no alcance das decisões – julgamentos que repercutem sobre todo o sistema político e por toda a sociedade; na própria afirmação da identidade institucional – os ministros passaram a defender como nunca, inclusive fora dos autos, o valor de suas funções e a relevância do Supremo (CAMPOS, 2013, p. 19).

Campos (2013) explica também que, com as mudanças, o STF passou a interagir de forma mais ampla com os Poderes Executivo e Legislativo, e passou

também a inferir diretamente na participação e na formulação de políticas públicas e, também, na manutenção da democracia.

O autor explica ainda que, com o advento da constituição, a dinâmica do arranjo constitucional sofreu importantes mudanças que, quando comparadas com o padrão histórico antecedente, ganharam novos patamares de relevância e autoridade, em especial o STF, que antes era caracterizado como uma Instituição submissa ao executivo, quase isolada e distante das questões sociais e políticas.

Esta aproximação com assuntos mais ligados à sociedade, em parte, passa a favorecer a judicialização e a prática de ativismo, principalmente quando da atuação do Supremo em questões que, na maioria das vezes, demonstram requerer interpretações controversas da Constituição, seja para favorecer uma parte, seja para chegar a uma conclusão sobre aquilo que ainda não está previsto, revisando a matéria.

Por meio de muitas práticas de decisões e interpretações expansivas o Supremo tem legislado em muitos casos que, em tese, não deveriam ou não poderiam ser de sua competência.

Através dessas mudanças em seu formato de trabalho, trazidas pelas modificações nas normas constitucionais após a nova Constituição, a instituição passa a agir por meio de ativismo suprimindo lacunas legislativas, expandindo o alcance e significado de enunciados normativos constitucionais que se mostrem indeterminados, afirmando direitos que são definidos vagamente na Constituição, alterando o sentido de normas infraconstitucionais e leis a fim de adequá-los a Constituição, interferindo na formulação e aplicação de políticas públicas, bem como amplificando os próprios poderes e os efeitos de suas decisões (CAMPOS, 2013).

Desse modo, o Supremo Tribunal Federal passou a exercer atividades, no geral, de forma autônoma e deliberativa, sem a obrigatoriedade de responder aos demais poderes de acordo somente com o que está previsto. Entretanto, se por um lado esta característica contribuiu para que o STF aumente o seu espectro de atuação e a sua vigilância quanto ao cumprimento das normas constitucionais, por outro lado contribuiu também para a ampliação da prática do ativismo quando da sua interferência em assuntos que cabem a outras instâncias do Poder, como o legislativo, por exemplo.

No que diz respeito às questões que envolvem o Direito Civil e de família, o ativismo judicial tem se caracterizado quando da necessidade de serem levados ao

STF àqueles casos de recorrência que não obtêm correta resolução nos tribunais inferiores ou no legislativo e que são levados ao mais alto grau da instância de Poder.

Questões como direitos civis decorrentes da união homoafetiva, alienação parental, poligamia e tantas outras relacionadas ao casamento e a família tem sido principal matéria a qual o STF tem tido a necessidade de atuar. Tais questões decorrem, principalmente, de lacunas legislativas e de direitos que não se caracterizam como claramente expressos em texto constitucional, o que leva o Supremo a necessidade de buscar resolução interpretando-o, na maioria das vezes, de forma isolada e específica em cada situação, como observado em jurisprudências.

O fato é que o ativismo judicial no Brasil, embora seja utilizado pelo STF como ferramenta, tem interferido diretamente em questões sociais e causa questionamentos acerca da subjetividade da resolução dos casos, bem como sensação de extrapolação de poder mediante a interpretação da Constituição e de normas infraconstitucionais com base nos próprios princípios.

Bruno Miola da Silva (2015) relata a preocupação e os problemas para o direito que a prática do ativismo tem trazido:

Este direito novo criado pelo órgão julgador nos casos difíceis é que vem trazendo sérias preocupações e problemas para o direito, pois como diz Oliveira, aos casos difíceis são aplicadas as teorias semânticas, como a “moldura da norma” de Kelsen e a “textura aberta” de Hart, identificando nisto um problema, porque atribui ao juiz uma discricionariedade, uma subjetividade no momento de resolução da demanda (SILVA, 2015, p. 247).

Sendo assim, a prática do ativismo judicial no STF geral, principalmente, subjetividade no momento do julgamento e resolução dos casos. Além disso, subjugar e interpretar o texto Constitucional mediante princípios pessoais é uma prática danosa ao direito brasileiro e, também, vai contra o que se é priorizado em um estado democrático de direito, no qual todos os poderes constituídos devem exercer sumariamente suas atividades em prol do cumprimento daquilo que é vigente. Nesse sentido, o Poder Judiciário tem papel relevante quando, na ausência da atuação do poder Legislativo e Executivo, esse deve tomar para si a responsabilidade de se fazer cumprir o exposto, a democracia e responder as demandas sociais. Entretanto, até mesmo esta tomada de responsabilidades deve ser exercida com cautela.

2.2 O PODER LEGISLATIVO: SUA AUSÊNCIA E O EMPONDERAMENTO DO JUDICIÁRIO

Com a inobservância do poder de resolução de determinadas matérias por parte do Poder Legislativo, este passa a depender ou recorrer ao Judiciário para tratar de questões de ampla disseminação e que requerem tratamento especial para que possam, enfim, serem correspondidas corretamente.

Segundo Ricardo Filho e Alessandra Rinaldi (2018):

No Brasil há uma divisão entre os poderes do estado em âmbito jurídico, legislativo e executivo. Cada um destes poderes exerce uma função específica para o efetivo exercício da constitucionalidade e democracia no país. Entretanto, destaca-se que em escala crescente, os tribunais judiciais têm interagido com o sistema político, de forma a evocar um processo de mudança no que se refere à definição do papel institucional do poder judiciário (FILHO; RINALDI, 2018, p. 30).

No Brasil, o Poder Legislativo atua, principalmente, em detrimento da aprovação de legislações e projetos de leis que visem atender as necessidades da sociedade civil, reclamando direitos e, assim, promovendo a manutenção da democracia através da representação popular.

Entretanto, ao surgirem nos Tribunais casos que não se resolvem por não se adequarem a legislação vigente ou que possibilitam aproveitar-se de lacunas e do que não se demonstra claro na Constituição, cabem aos tribunais de justiça de maior instância buscar, quando do caso, solução adequada.

O Legislativo, ao desconsiderar a necessidade de readequação do texto constitucional e de normas infraconstitucionais, obriga o STF, em decorrência da alta demanda, a exercer interpretação subjetiva, muitas vezes, garantindo direitos por meio de injunção, por exemplo, como explica Said Farhat 1996:

Ao conceder o mandato de injunção, o Judiciário garante o direito, embora em tese lhe falte o poder de injugir (obrigar) o Legislativo a elaborar em prazo certo a lei pedida na CF, a fim de consagrar o direito reclamado. Para essa corrente de pensamento, o Tribunal ficaria restrito a garantir a aplicação do princípio constitucional – não acessível a todos por falta de norma legal adjetiva – ao caso concreto do impetrante (FARHAT, 1996, p. 613).

Assim, o Legislativo, embora não tenha obrigatoriedade de cumprir com o que foi estabelecido, tem aberto precedentes para a prática do ativismo judicial em que o Supremo atua em causas não previstas, o que, de forma geral, favorece esta prática

e desfavorece o cumprimento de seu poder sobre causas específicas, tais como aquelas relacionadas ao direito civil e de família, que tem ganhado grande repercussão nos últimos anos.

Em decorrência do panorama sociopolítico atual, as questões relacionadas ao casamento, à família e a sociedade em geral, que ganham notoriedade e amplo espaço de discussão, passam a exigir do legislativo um olhar e atitude críticas e técnicas acerca destas questões. Cabe a ele discuti-las e, quando possível, estabelecer leis e legislações pertinentes que supram a demanda para que não necessitem ficar a cargo do Poder Judiciário, o que interfere na Questão Social. Entretanto, na prática, o que acontece é diferente, como revela Alexandre Zarias (2010):

No direito brasileiro, a legitimidade de certos aspectos das relações de família deslocou-se da norma para o âmbito das decisões judiciais. Atualmente, as questões que cercam o casamento, a separação, o divórcio, os alimentos, entre tantas outras da mesma espécie, encontraram no sistema judiciário um espaço institucionalizado de definição do que é a família, com sentidos que vão muito além daqueles possíveis de serem deduzidos a partir do Código Civil. Tal fato fez com que a questão social, antes enraizada nos textos legais referentes à família, ganhasse novos contornos em face da procura e da oferta de serviços na Justiça (ZARIAS, 2010, p. 61).

Trata-se, dessa maneira, de uma transferência de âmbito, de instância, na qual a resolutividade da questão fica a cargo, essencialmente, de interpretações do judiciário sobre o texto constitucional e normas infraconstitucionais, principalmente. Nesse sentido trata-se, majoritariamente, de prática de ativismo judicial, onde o Judiciário, proativamente, interpreta a Constituição estendendo seu sentido e alcance, o que resulta na "retração do Poder Legislativo de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sejam atendidas de maneira efetiva" (BARROSO, 2009, p. 366).

Desse modo, o político se distancia também da execução de seu principal papel, o de representar o povo na Assembleia Legislativa, tendo seu poder retraído ou subtraído quando da não resolutividade das questões relacionadas aos anseios da sociedade civil.

Além disso, há também a acumulação de demandas por parte do STF, o que desacelera e prejudica o andamento de suas atividades, corroborando também com

não execução do julgamento de processos extremamente importantes no contexto judiciário do país.

Segundo Luis Roberto Barroso (2009, p. 2) esta interferência do judiciário em questões do legislativo demonstram “a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo”. Dessa maneira, compreende-se que as atividades do legislativo e do judiciário são delimitadas de forma muito tênue, onde as questões se tornam interdependentes.

Quando se trata do direito de família e as questões relacionadas ao direito civil, além do distanciamento político-civil, existe também o impasse entre a moralidade e o direito, refletido também no legislativo, quando da execução de um resultado mediante julgamento de matéria com base em princípios por parte da bancada, o que, em tese, não reflete o estado democrático de direito preconizado em nossa Constituição.

Além disso, ao cruzar questões pessoais com decisões a serem tomadas em comum acordo em benefício da sociedade, o legislador deixa de exercer seu papel natural e passa a agir em detrimento de suas ideologias e crenças, por exemplo. Nesse sentido, também tem atuado o judiciário passa a deliberar, buscando interpretar o texto da Carta Magna e demais normas, o que é a principal causa da prática do ativismo judicial em questões relacionadas ao direito de família.

Diante disto, passou-se a questionar nos últimos anos até mesmo a necessidade da criação de um Supremo Tribunal Legislativo, ao qual seriam encaminhadas tais questões, comunicando-se diretamente com o Poder Legislativo, a fim de contribuir para a resolução de diversos conflitos, além de diminuir a quantidade de demandas no STF. A criação deste Tribunal se tornou proposta a ser analisada e aprovada pela Câmara dos deputados, dependendo de aprovação do escopo do Projeto de Lei. Entre as suas funções estaria a função interpretativa, com fins de controle da constitucionalidade conforme paradigma constitucional e legislativo, além desta, também a função legislativa, própria para a criação e controle de leis.

De acordo com José Júnior e Maria dos Remédios Silva (2013):

A criação ou o reconhecimento de um Tribunal Constitucional transfere poderes de legislação para o judiciário, politizando-o e desajustando o equilíbrio do sistema constitucional do Estado de Direito. Daí a necessidade de uma observância maior frente aos dois

recentes fenômenos da judicialização e do ativismo judicial (JUNIOR; SILVA, 2013, p. 2).

Dessa maneira, perante a retração do Poder Legislativo frente às causas sociais e outras, busca-se, então, resolutividade e isto, poder decorrer na atuação do judiciário, sucinta a discussão de tal situação. Portanto, neste contexto, o ativismo judicial é praticado de forma consequente à omissão desta esfera do Poder.

CAPITULO III

3. ESTUDO DE CASOS SOBRE ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO DE FAMÍLIA

Sendo o ativismo judicial uma prática oriunda, principalmente, da omissão do Poder Legislativo frente às questões que lhe devem competir, transferindo esta obrigação, na maioria dos casos, ao Poder Judiciário, passe-se então a ser necessária a discussão a respeito disto trazendo a luz do conhecimento alguns exemplos que possam ilustrar com maior exatidão tal assunto.

Antes disso, no entanto, é importante ressaltar que a prática do ativismo, embora seja alvo recente de discussões no Brasil, tornou-se comum e caracteriza-se, muitas vezes, como o resultado de uma suposta habilidade de juízes de criar um poder normativo diante da rigidez do Poder Legislativo, o que não se caracterizaria como uma problemática senão pelas complicações decorrentes do ativismo judicial que acaba sendo envolvido nisto, como explica Anderson Vichinkeski Teixeira:

[...] a compreensão acerca do poder criador (normativo) do juiz, atuando como instrumento em condições de atribuir dinâmica a um direito estático produzido pelo legislador, não apresenta grandes dificuldades quando comparado à vasta gama de complicações postas pelo ativismo judicial (TEIXEIRA, 2012, p. 38).

Desse modo, é possível constatar que atuar na prática judicial de forma ativa pode ser também decorrência da necessidade do atuante frente a retração do Estado por meio da ausência do Legislativo no cumprimento daquilo que está sob sua competência, bem como, ainda, da vasta possibilidade de recursos que permissivamente são cabíveis nas mais diversas matérias.

Pode-se então, também, tratar do ativismo judicial como a consequência de diferentes intercorrências no julgamento de um processo, tendo em vista os inúmeros instrumentos jurídicos pelos quais esta prática pode vir a ser desenvolvida, necessitando para isto apenas a disposição em dar trato especial à determinada matéria.

Sendo então o ativismo judicial caracterizado e posto em discussão por meio de diferentes vertentes, ressalta-se a necessidade de trazer ao conhecimento a aplicação deste em determinados casos, para que dessa maneira seja possível compreender tal forma de “criação judicial do direito” posta na prática.

De acordo com Anderson Teixeira (2012) a origem do ativismo judicial se deu em Nova Iorque (EUA), precisamente no ano de 1905, quando da invalidação de

uma Lei por um tribunal americano num caso de repercussão relacionado ao direito do trabalho, conforme explica:

Mais precisamente, na decisão *Lochner vs. New York* a Suprema Corte daquele país entendeu que o princípio de liberdade contratual estava implícito na noção de devido processo legal (due process of law) consagrada pela seção 1 da 14ª Emenda à Constituição dos EUA. No caso em tela, a Corte declarou inconstitucional uma lei do Estado de Nova York que estabelecia 60 horas como limite para a jornada de trabalho semanal dos padeiros, alegando ser “irrazoável”, desnecessária e arbitrária” tal limitação à liberdade individual de contratar (TEIXEIRA, 2012, p. 38).

No referido caso, questionava-se uma lei conhecida como *Lei Bakeshop Act*, que à época proibia os padeiros de trabalharem por mais de 60 horas semanais ou mais de 10 horas por dia. Em síntese, Joseph Lochner foi acusado de permitir que um de seus funcionários trabalhasse por mais de 60 horas em uma semana, o que resultou, inicialmente, na aplicação de uma multa no valor de 25 mil dólares e, posteriormente, numa segunda multa de 50 mil dólares, sobre a qual ele apelou, chegando o caso a Suprema Corte.

A defesa do caso alegou então que a Décima Quarta Emenda deveria ter sido interpretada como contendo a liberdade de contratar os direitos abrangidos pelo devido processo substantivo, o que fez se levantar o seguinte questionamento: “a *Lei Bakeshop* viola a liberdade protegida pela Cláusula do Devido Processo da Décima Quarta Emenda?”.

Como conclusão, por cinco votos a quatro, a Suprema Corte invalidou a *Lei Bakeshop Act* de Nova Iorque. De acordo com o arquivo multimídia judicial da Suprema Corte americana (Oyez):

[...] a maior parte sustentou que o estatuto interferia na liberdade contratual e, portanto, no direito à liberdade concedido à Décima Quarta Emenda ao empregador e ao empregado. O Tribunal ainda sustentou que a lei de Nova York falhou no teste de base racional para determinar se a ação do governo é constitucional. A maioria argumentou que o *Bakeshop Act* não tinha base racional, porque longas jornadas de trabalho não prejudicam dramaticamente a saúde dos funcionários, e a panificação não é particularmente perigosa (OYEZ, 2018).

Um dos juízes do caso, em sua dissidência, interpretando de forma ampla a autoridade do Estado americano a fim de regulamentar sob seus poderes policiais, foi o articulador do raciocínio, que passou a influenciar as decisões de casos posteriores, exigindo que a parte desafiasse a lei a fim de provar que esta não foi

cumprida, ao invés de exigir que o governo provasse que a lei tinha determinada racionalidade em seu embasamento.

Sobre a esta decisão concluiu, então, Anderson Vinchinkeski Teixeira (2012):

Além de representar aquilo que veio a ser chamado de “Era Lochner” (1897–1937), na qual as intervenções estatais no domínio econômico foram continuamente invalidadas pela Suprema Corte dos EUA, pode ser considerado também um dos primeiros casos de flagrante ativismo judicial exercido por aquela Corte (TEIXEIRA, 2012, p. 38).

O autor considera desse modo, que a partir da repercussão da decisão sobre o referido caso, o ativismo judicial passou a ser conhecido internacionalmente, entrando para o léxico jurídico, político e popular. O que possibilitou a abertura de discussões acerca do assunto, sobre até que ponto a sua prática desempenha um papel afirmativo na promoção do bem-estar social ou se o Judiciário não deve ir além do seu espaço limitado dentro do sistema judicial, respeitando a Constituição e a hierarquia.

Em relação ao Brasil, nos últimos anos alguns casos vêm sendo de grande repercussão midiática, principalmente pelo fato de se caracterizarem por assuntos polêmicos, tais como a união homoafetiva, o uso de células-tronco embrionárias para pesquisas científicas, multiparentalidade, antecipação terapêutica de gestação por decorrência de má formação congênita, entre muitos outros.

3.1 DECISÃO FAVORÁVEL AO CASAMENTO HOMOAFETIVO

Em sua obra “Direito de família e direitos humanos: pluralidade familiar e dignidade humana como centro das relações familiares” (2012), Dimitre Braga Soares de Carvalho traz à luz do conhecimento a discussão de um caso brasileiro no qual houve a decisão favorável ao casamento homoafetivo entre duas mulheres.

No presente caso, recorrido ao Ministério Público do Estado do Rio Grande do sul, por meio do recurso especial nº 1.183.378 – RS (2010/0036663-8), duas mulheres alegaram se relacionar de maneira estável por mais de três anos, requerendo assim habilitação para casamento em dois Cartórios de Registros Civil da cidade de Porto Alegre, os quais foram negados.

Posteriormente, alegando inexistir óbice no ordenamento jurídico a que pessoas do mesmo sexo se casem, foi ajuizado pleito de habilitação para o casamento na vara municipal, que foi julgada improcedente justificada pela

impossibilidade devido ao que é disciplinado pelo Código Civil de 2002. A sentença foi mantida também em grau de apelação.

De acordo com Dimitre Carvalho (2012):

Ao contrário da legislação de alguns países, como é o caso, por exemplo, da Bélgica, Holanda e da Espanha, e atualmente o estado de Massachussetts, nos USA, que preveem o casamento homossexual, o direito brasileiro não prevê o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo (CARVALHO, 2012, p. 232).

Julgada a improcedência e negada a apelação, sobreveio então recurso especial que se apoiou na alínea “a” do permissivo constitucional ao alegar ofensa ao artigo 1.521 do Código Civil de 2002, o qual trata:

Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte (CÓDIGO CIVIL, 2002).

Desse modo “aplicar-se ia a regra segundo a qual, no direito privado, o que não é expressamente proibido é permitido, conclusão que autoriza as recorrentes a se habilitarem para o casamento” Carvalho (2012, p. 233). O recurso especial foi, então, admitido.

Em caráter extraordinário, considerando a atualidade da Constituição Federal de 1988; considerando o estado democrático de direito, consolidado pela Carta Magna; considerando os ideais de gênero e de direito a vida privada; considerando também a evolução das decisões acerca do casamento tomadas em diferentes países, em especial àquela tomada pelo Estado de Massachussetts (EUA); o ministro do Supremo Tribunal de Justiça Luís Felipe Salomão concedeu provimento ao recurso, afastando o óbice relativo à diversidade de sexos para determinar o prosseguimento do processo de habilitação de casamento.

Questiona-se, no referido caso, a criação de direito material, tendo em vista a interpretação dada à Constituição Federal e ao Código Civil de 2002, para a permissão do prosseguimento do processo de habilitação de casamento, o que, em

tese, configura a prática de ativismo judicial para o beneficiamento positivo das requerentes.

Desse modo, a prática do ativismo abre precedentes para a criação de uma forma de família que, apesar da óbvia existência, sobretudo nos dias atuais, ainda não é reconhecida legalmente, sobretudo na Constituição Federal, o que retrata a criação de matéria que deveria ser, primariamente, tarefa do Poder Legislativo e ponto de discussão junto à sociedade. Além, também, de incorrer em pontos como a sucessão, adoção, patrimônio, entre outros, afetando outras áreas do direito.

3.2 RECONHECIMENTO DE MULTIPARENTALIDADE

É fato que ao longo do tempo o instituto reconhecido como família passou por modificações significativas, tanto estruturalmente quanto na sua figura perante a sociedade e na conformação do estabelecimento dos papéis no seu seio.

Através do reconhecimento do valor jurídico da afetividade como fator relevante para a composição familiar, estas modificações ficaram ainda mais evidentes e inevitáveis, deixando de lado a antiga definição baseada apenas em uma definição biológica.

Assim, passa-se a haver uma flexibilização do sistema familiar, estreitando o espaço de distinção entre a legitimidade das famílias, considerando que o fato de ser filho de alguém independe de estabilidade de uma união, de vínculo conjugal ou mesmo de relação amorosa (SUZIGAN, 2015).

Nesse sentido, ao aprovar em 21 de setembro de 2016 a fixação de uma relevante tese acerca do direito de família, o STF contribuiu significativamente “para a tradução contemporânea das categorias da filiação e parentesco, sendo um paradigmático leading case na temática” Calderón (2016). A tese tratou da responsabilidade de pais biológicos e socioafetivos.

O teor da tese tratou-se do seguinte: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”.

Proposto pelo ministro e, então relator, Luiz Fux, o texto foi aprovado em maioria e explicitou a afirmação da possibilidade da acumulação de uma paternidade biológica concomitante a uma paternidade afetiva, admitindo, portanto o reconhecimento jurídico de dois pais. De acordo com o Ministro durante seu voto “Do contrário, estar-se-ia transformando o ser humano em mero instrumento de

aplicação dos esquadros determinados pelos legisladores. É o direito que deve servir à pessoa, não o contrário” (STF, 2016).

Sem dúvidas, com a fixação da referida tese, o Supremo alcançou um grande avanço no que diz respeito à possibilidade jurídica da multiparentalidade, que se tornou objeto de diversos debates e um dos novos temas do direito de família.

Segundo Ricardo Calderón (2016):

Essas situações de manutenção de dois pais ou duas mães já vinham sendo objeto de algumas decisões judiciais e estavam figurando com intensidade na doutrina. [...] O acolhimento da possibilidade dessa multiplicidade de vínculos familiares, exclusivamente pela via de uma decisão da nossa Corte Constitucional, coloca – mais uma vez – o STF na vanguarda do direito de família (CALDERÓN, 2016).

Em julgamento colegiado, a primeira decisão que reconheceu a multiparentalidade ocorreu no Rio Grande do Sul, em 2015, conforme segue:

DECLARATÓRIA DE MULTIPARENTALIDADE. REGISTRO CIVIL. DUPLA MATERNIDADE E PATERNIDADE. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA. JULGAMENTO DESDE LOGO DO MÉRITO. APLICAÇÃO ARTIGO 515, § 3º DO CPC. A ausência de lei para regência de novos - e cada vez mais ocorrentes - fatos sociais decorrentes das instituições familiares, não é indicador necessário de impossibilidade jurídica do pedido. É que "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil). Caso em que se desconstitui a sentença que indeferiu a petição inicial por impossibilidade jurídica do pedido e desde logo se enfrenta o mérito, fulcro no artigo 515, § 3º do CPC. Dito isso, a aplicação dos princípios da "legalidade", "tipicidade" e "especialidade", que norteiam os "Registros Públicos", com legislação originária pré-constitucional, deve ser relativizada, naquilo que não se compatibiliza com os princípios constitucionais vigentes, notadamente a promoção do bem de todos, sem preconceitos de sexo ou qualquer outra forma de discriminação (artigo 3, IV da CF/88), bem como a proibição de designações discriminatórias relativas à filiação (artigo 227, § 6º, CF), "objetivos e princípios fundamentais" decorrentes do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Da mesma forma, há que se julgar a pretensão da parte, a partir da interpretação sistemática conjunta com demais princípios infra-constitucionais, tal como a doutrina da proteção integral o do princípio do melhor interesse do menor, informadores do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), bem como, e especialmente, em atenção do fenômeno da afetividade, como formador de relações familiares e objeto de proteção Estatal, não sendo o caráter biológico o critério exclusivo na formação de vínculo familiar. Caso em que no plano fático, é flagrante o ânimo de paternidade e maternidade, em conjunto, entre o casal formado pelas

mães e do pai, em relação à menor, sendo de rigor o reconhecimento judicial da "multiparentalidade", com a publicidade decorrente do registro público de nascimento. Deram provimento. (TJRS, AC 70062692876, 8ª Câmara Cível, Rel. José Pedro de Oliveira Eckert, j. 12/02/2015).

Na referida decisão, reconheceu-se a multiparentalidade tendo em vista um filho concebido pela decisão igualitária de três genitores, os quais decidiram constituir família, unidos por laços de afeto.

“[...] a justiça começa a enxergar esta realidade, abrindo caminho para que os arranjos familiares plurais se legitimem enquanto detentores de direitos e deveres” Dias e Oppermann (2016, p. 10).

No caso da multiparentalidade, questiona-se a presença do ativismo judicial ao considerar que, em determinados casos, possa haver a interferência da opinião pessoal, bem como da interpretação própria da matéria em julgado. Ainda, é possível questionar o conceito de afetividade, adotado pelo STF, visto que é amplo e aberto e diversas interpretações, pois poder ser interpretado de diferentes maneiras a depender da ótica e do indivíduo.

Além disso, deve-se avaliar com cautela adoção deste conceito, tendo em vista que, por ser algo extremamente subjetivo, pode ser utilizado de maneira duvidosa ou ilícita, objetivando benefícios pessoais ou coletivos que podem decorrer de casos deste tipo.

Entretanto, após a aprovação e fixação da tese acerca do reconhecimento da paternidade por meio da afetividade pelo Supremo Tribunal Federal, o que culminou no reconhecimento indireto da multiparentalidade em matéria específica, o questionamento a este tipo de caso deixa de ser visto apenas pela ótica do ativismo judicial.

3.3 PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS

As células embrionárias são, segundo Carlos Augusto Takeuchi e Uenis Tannuri (2006):

[...] células indiferenciadas e não especializadas com as características de auto-renovação ilimitada, ou seja, de gerar células iguais a si mesmas durante toda a vida e também diferentes tipos celulares com funções específicas. As pesquisas mostram a existência de células-tronco adultas em diversos tecidos como hematopoiético, hepático, muscular, epitelial e nervoso. As células-tronco de linhagem hematopoiéticas já são usadas, com sucesso, no

tratamento de linfomas, leucemias e algumas doenças lisossomais (TAKEUCHI; TANNURI, 2006, p. 63).

Por serem células com amplo poder de diferenciação e de grande magnitude nos seus possíveis usos para o tratamento e prevenção de diversas doenças, tem sido nos últimos anos alvo de inúmeras pesquisas, tanto no Brasil quanto no mundo, o que já gerou muitas controvérsias. Nesse sentido, muitas são as recorrências ao judiciário pela liberação de pesquisas e do uso terapêutico de células-tronco embrionárias.

No Brasil, as pesquisas envolvendo as células com fins de pesquisa e terapias passaram a ser regulamentadas pela Lei Federal 11.105, de 24 de março de 2005. De acordo com a Lei, as células devem ser obtidas de embriões humanos fertilizados *in vitro*, não utilizados no procedimento e devem ser embriões inviáveis e que tenham sido mantidos congelados por mais de três anos. Também de acordo com a Lei é obrigatória a obediência de determinadas condições como haver consentimento dos genitores e a prévia submissão dos projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. Segundo a Lei é vetada a comercialização de material biológico para esse uso.

Em 29 de maio de 2008 o Supremo Tribunal Federal decidiu, em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3510), que as pesquisas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida, nem a dignidade da pessoa humana. A presente ação solicitava o reparo do artigo 5º da Lei de Biossegurança – Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 -, entretanto, para a maioria dos ministros à época foi considerado que o artigo não merece reparo.

O artigo 5º da Lei de Biossegurança trata do seguinte:

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997 (LEI 11.105, 2005).

Embora a decisão não tenha sido tomada por unanimidade, visto que os outros ministros votaram em desfavor, o Supremo, ao interpretar o referido Artigo pôde concluir pela manutenção do mesmo conforme já estava.

Sobre o presente caso, para o ex-presidente da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Marcus Vinicius Furtado Coelho:

Por maioria, o tribunal constitucional entendeu que a Lei de Biossegurança não fere o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana. Antes disso, o Supremo decidiu que a lei é medida importante na garantia desses direitos a um número cada vez maior de indivíduos em razão das pesquisas com células-tronco embrionárias na busca pela cura de doenças (COELHO, 2017).

Nesse sentido, apesar da sensibilidade da questão e, apesar da existência de uma Lei específica e bem definida sobre o referido caso, o STF ao tratar da matéria necessitou, mais uma vez, de realizar a interpretação de determinado artigo, a fim de chegar numa conclusão.

Assim, questiona-se, mais uma vez e por fim, sobre a prática do ativismo judicial em detrimento da decorrência de interpretação da Lei e do estabelecimento de produção de direito material para benefício de causa.

Percebe-se que, ao executar tal prática, o Supremo não só atua frente as obrigações do Poder Legislativo, mas, também, muitas vezes têm que lidar com questões que exigem conhecimentos extremamente técnicos e específicos para fins de determinação de uma decisão.

Além disso, a prática do ativismo nesse caso abre precedentes para o questionamento da idoneidade dos processos, tendo em vista que podem haver interesses políticos e institucionais envolvidos com a questão, bem como também para o que a decisão favorável, desconsiderando o previsto, pode ocasionar, visto que o uso de células tronco é assunto de extrema delicadeza e que também está sujeito a prática de atitudes ilícitas para diversos fins, tanto na área das pesquisas científicas quanto do “mercado negro”, como o de tráfico de órgãos, por exemplo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família é um instituto antigo e reconhecidamente valorizado na sociedade ao longo do tempo, sobretudo desde que o homem passou a se organizar em grupos e classes e tem passado por inúmeras e intensas modificações conforme a evolução do mundo e, conseqüentemente, dos costumes e do modo de viver.

Nesse sentido, fez-se necessário que os países criassem legislação específica, tanto para tratar das questões inerentes quanto para a garantia de direitos e da proteção das famílias.

No Brasil, especificamente, o direito de família está devidamente representado pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002, que garantem direitos fundamentais e determinam deveres inerentes à inserção da família na sociedade brasileira. Neste contexto, à luz do direito de família, percebe-se que questões decorrentes da inovação tecnológica, da globalização e da modificação dos costumes sociais, têm levado a julgamento situações ainda não previstas em matéria, o que induz ou abre precedentes para a prática do ativismo judicial, quando da necessidade ou da escolha de se julgar em detrimento do ativismo.

É possível compreender, então, que o ativismo judicial decorre, sobretudo da retração de poderes, especialmente do Poder Legislativo, quando este não exerce sua função. Isto não só revela a fragilidade de uma instância do Poder, mas também infere na transferência de responsabilidades para outra, o que possibilita a criação de direito material, por exemplo. E, sendo assim, a prática do ativismo quando em questões relacionadas à conformação da família, como nos casos mencionados nesse trabalho, revela que a família está susceptível de diversas maneiras a sujeitar-se as interpretações do judiciário quando da necessidade de decidir sobre determinado caso.

Em casos como a multiparentalidade, por exemplo, torna-se susceptível o reconhecimento da paternidade/maternidade por vínculo afetivo, tendo em vista as diversas motivações que podem levar a determinado indivíduo a reclamá-la, devendo levar em conta questões como possíveis interesses de cunho financeiro ou material, além da decorrência deste reconhecimento no direito natural dos demais.

Além disso, outros casos podem ter conseqüências ainda mais sérias e de maior magnitude sobre a instituição familiar, como o uso de células-tronco

embrionárias (discutido nessa pesquisa), que além de se tornar um caso de extrema especificidade, dada a área científica na qual está inserido, também interfere diretamente em fatores biológicos, éticos, culturais e religiosos, o que requer maior cuidado.

Conclui-se, portanto, que o ativismo judicial é uma prática que, além de demonstrar a ineficiência e ineficácia de poderes, principalmente o Poder Legislativo, revela a instabilidade e susceptibilidade sobre as quais a sociedade está exposta, sobretudo quando do trato com questões relacionadas ao direito de família.

REFERENCIAS

BARRETO, L. S. **Evolução histórica e legislativa da família**. 10 anos do Código Civil: aplicação, acertos, desacertos e novos rumos. v 1. Série aperfeiçoamento de magistrados. p 205-214. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013.

BARROSO, L. R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**. n 13. p. 17-32. Madrid, 2009.

BRASIL. **Carta de Lei de 25 de março de 1824**. Secretaria de Estado dos Negócios do Império do Brasil. Rio de Janeiro, 22 de abril de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 24 mai 2018.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891**. Sala das Sessões do Congresso Nacional Constituinte. Rio de Janeiro, 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 24 mai 2018.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934**. Sala das Sessões da Assembleia Nacional Constituinte. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 24 mai 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Congresso Nacional. Brasília, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em 24 mai 2018.

BRASIL. **Constituição Federal da República de 1988**. Brasília: Casa civil, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 mai 2018.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977**. Dá nova redação ao § 1º do artigo 175 da Constituição federal. Senado Federal. Brasília, 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc09-77.htm. Acesso em: 24 mai 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o código civil. Brasília: Casa civil, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 19 mai 2018.

BRASIL. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005.** Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm>. Acesso em: 21 nov 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.257 de 8 de março de 2016.** Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Brasília, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm. Acesso em: 25 mai 2018.

BRASIL. **Lei nº 3.071 de 1 de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Congresso Nacional, 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm. Acesso em: 24 mai 2018.

BRASIL. **Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977.** Regula os casos de dissolução de sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Congresso Nacional. Brasília, 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm. Acesso em: 24 mai 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 25 mai 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990.** Dispões sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília: Casa civil, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 19 mai 2018.

CALDERÓN, R. **Socioafetividade e multiparentalidade acolhidas pelo STF.** Migalhas. 2016. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI246906,81042-Socioafetividade+e+multiparentalidade+acolhidas+pelo+STF>>. Acesso em: 18 nov 2018.

CAMPOS, C. A. A. **Dimensões do ativismo judicial do supremo tribunal federal.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CARVALHO, D. B. S. **Direito de família e direitos humanos: pluralidade familiar e dignidade humana como centro das relações familiares.** 1ª ed. São Paulo: EDIJUR, 2012.

COSTA, D. J. A família nas constituições. **Rev Brasília a.** v 43. n 169. p 13-19. 2006.

DIAS, M. B.; OPPERMANN, M. C. **Multiparentalidade**: uma realidade que a justiça começou a admitir. 2016. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_13075\)MULTIPARENTALIDAD E__Berenice_e_Marta.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_13075)MULTIPARENTALIDAD E__Berenice_e_Marta.pdf)>. Acesso em: 18 nov 2018.

DILL, M. A.; CALDERAN, T. B. Evolução histórica e legislativa da família e da filiação. **Rev Âmbito Jurídico.** n 85. Rio grande, 2011.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro.** Direito de família. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família da propriedade privada e do Estado**: Texto Integral. Traduzido por Ciro Mioranza. 2ª ed. rev. Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal, v.2 São Paulo: Escala, 1984.

FARHAT, S. **Dicionário parlamentar e político**: o processo político e legislativo no Brasil. 1ª ed. São Paulo: Melhoramentos, 1996.

FILHO, R. A. C.; RINALDI, A. A. O supremo tribunal federal e a “união homoafetiva”: onde os direitos e as moralidades se cruzam. **Rev Civitas.** v 18. n 1. p. 26-42. Jan-Abr. Porto Alegre, 2018.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro.** Direito de família. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

JUNIOR, A. B.; SILVA, M. R. F. Garantias constitucionais fundamentais ao processo no controle abstrato do sistema híbrido brasileiro: uma análise acerca do supremo tribunal federal como principal fiscal da constituição frente a “crise” do poder legislativo. **Rev Const Garant Dir.** v 3. n 1. p. 1-18. 2013.

KROENER, A. Ativismo judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. Dossiê: 25 anos da constituição de 1988. **Rev Novos Estudos.** n 96. p. 69-85. 2013.

LEITE, G. O novo direito de família. **Rev Âmbito Jurídico.** v 10. n 41. Porto Alegre, 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1778> Acesso em: 24 mai 2018.

MICHAELIS. Dicionário brasileiro da língua portuguesa. **Família.** Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?id=A124>>. Acesso em: 19 mai 2018.

NOGUEIRA, M. B. **A família**: conceito e evolução histórica e sua importância. E-gov. UFSC, Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18496-18497-1-PB.pdf>>. Acesso em: 19 mai 2018.

OYEZ. “Um arquivo judicial multimídia da Suprema Corte dos Estados Unidos”. **Oyez.org**. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1900-1940/198us45>>. Acesso em: 5 nov 2018.

PEREIRA, C. M. S. **Instituição de direito civil**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. *apud* COSTA, B. C. G. **Guarda compartilhada: masculino e feminino**. Trabalho de conclusão de curso. Faculdade de direito. Universidade Federal de Juiz de Fora. 35p. Juiz de Fora, 2017.

PRADO, D. **O que é família**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Brasiliense, 1985.

RODRIGUES, S. **Direito civil: direito de família**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA, B. M. O supremo tribunal federal e o ativismo judicial: uma análise dos reflexos dessa prática no judiciário brasileiro. **Rev Fac Dir Sul de Minas**. v 31. n 1. p. 241-260. Jan-Jun. Pouso Alegre, 2015.

SONODA, A. V. **Pesquisa Básica e Aplicada**. 2008. Disponível em: <<http://sonodapesquisas.blogspot.com/2008/05/pesquisa-bsica-e-plicada.html>> Acesso em: 14 abr 2018.

STF. Supremo Tribunal Federal. Paternidade socioafetiva não exime de responsabilidade o pai biológico, decide STF. **Portal STF**. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325781>>. Acesso em: 18 nov 2018.

TAKEUCHI, C. A.; TANNURI, U. A polêmica da utilização de células-tronco embrionárias com fins terapêuticos. **Rev Assoc Med Bras**. v 52. n 2. p. 63-77. 2006.

TASSINARI, C. **Ativismo judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana**. Dissertação de mestrado. Programa de pós-graduação em direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. 141p. São Leopoldo, 2012.

TASSINARI, C. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TEIXEIRA, A. V. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Rev Direito GV**. v 8. n 1. p. 37-57. Jan-Jun. São Paulo, 2012.

VIRGILIO, J. P. P.; GONÇALVES, D. A. **Evolução histórica da família**. 2014. Trabalho de conclusão de curso (especialização) – Faculdades Santa Cruz de Curitiba, Curitiba, 2014. Disponível em: <www.santacruz.br/ojs/index.php/JICEX/article/viewFile/150/426> Acesso em 24 mai 2018.

ZARIAS, A. A família do direito e a família no direito: a legitimidade das relações sociais entre a lei e a Justiça. **Rev Bras Cienc Soc**. v 25. n 74. p. 61-72. Out. 2010.