

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO PELA VIA JURISDICIONAL E A QUESTÃO DA MULTIMATERNIDADE COMO NOVO PARADIGMA DE REGISTRO CIVIL

Jorge Renato dos Reis

Monique Pereira

Resumo: O ativismo judicial, compreendido por alguns autores como uma “invasão” do Poder Judiciário no Poder Legislativo e/ou no Poder Executivo, é associado a diversas decisões paradigmáticas caracterizadas como ativistas. Nesse ínterim, debruçando-se e embasando-se com teorias de diversos autores acerca dos fenômenos da judicialização e do ativismo judicial, procurou-se no presente trabalho enquadrá-la ou não como ativista. Assim, o trabalho divide-se em quatro partes: no primeiro item apresenta-se um apanhado histórico sobre a evolução do Estado e sua relação com o Poder Judiciário. Na segunda parte, aborda-se os fenômenos “ativismo judicial” e “judicialização”. Já na terceira parte do trabalho, apresenta-se a decisão proferida na cidade de Santa Maria na Ação de suprimento de registro civil com multimaternidade, que, ao final, é objeto de crítica da autora e enquadrada como decisão ativista ou não ativista.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Jurisdição Constitucional; Multimaternidade; Princípio da Afetividade;

Abstract: The judicial activism, understood by some authors as an "invasion" of the judiciary in the legislature and / or the executive branch, is associated with several paradigms decisions characterized as activists. Meanwhile, leaning and provide input with theories of several authors about the phenomena of legalization and judicial activism, he tried to work in this frame it or not as an activist. Thus, the work is divided into four parts: the first item presents a historical overview on the evolution of the state and its relationship with the judiciary. In the second part, the phenomena "judicial activism" is approached

and "legalization". In the third part of the work, the decision presents delivered in the city of Santa Maria in the civil registry supply multiple motherhood action, which in the end is the object of criticism of the author and framed as an activist or not activist decision.

Keywords: Judicial Activism; Constitutional jurisdiction; Multiple Motherhood; Principle of Affection;

1 INTRODUÇÃO

A evolução da jurisdição constitucional no Brasil guarda íntima relação com o desenvolvimento da sociedade e do Estado. O Poder Judiciário nem sempre foi protagonista na relação Estado-sociedade: hoje, é esse poder que está incumbido da guarda da Constituição e dos direitos fundamentais dos cidadãos – tão caros e necessários.

No exercício de suas funções, por vezes, o Poder Judiciário acaba exercendo algumas práticas que vão um pouco além dos que lhe foram conferidos pela Constituição, surgindo, assim, fenômenos conhecidos como “ativismo judicial” e “judicialização”, termos esses que por vezes se confundem no senso comum teórico dos juristas, mas que detêm características, causas e efeitos diferentes.

O ativismo judicial, compreendido por alguns autores como uma “invasão” do Poder Judiciário no Poder Legislativo e/ou no Poder Executivo, é associado a diversas decisões paradigmáticas caracterizadas como ativistas.

Para o presente trabalho, será analisada a decisão proferida na Ação de Suprimento de Registro Civil com pedido de reconhecimento de Multimaternidade, na qual o juiz sentenciou precedentemente, declarando a multipaternidade e obrigando o Registro Civil de Pessoas Naturais da cidade de Santa Maria que registrasse, então, os três pais (e, conseqüentemente, seis avós).

Nesse ínterim, debruçando-se e embasando-se com teorias de diversos autores acerca dos fenômenos da judicialização e do ativismo judicial, procurou-se, ao final, chegar a conclusão: tal decisão é ativista ou não?

Assim, o trabalho divide-se em quatro partes: no primeiro item apresenta-se um apanhado histórico sobre a evolução do Estado e sua relação com o Poder Judiciário. Na segunda parte, aborda-se os fenômenos “ativismo judicial” e “judicialização”. Já na terceira parte do trabalho, apresenta-se a decisão proferida na cidade de Santa Maria na Ação de suprimento de registro civil com multimaternidade, que, ao final, é objeto de crítica da autora e enquadrada como decisão ativista ou não ativista.

2 Breves considerações acerca da evolução do Estado Constitucional: do liberalismo ao Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito, realidade da sociedade moderna, em especial e, como objeto da análise do presente trabalho – a sociedade brasileira - é resultado de lutas, mudanças e evoluções surgidas com as necessidades da própria sociedade. Apesar disso, mesmo que com a evolução das concepções de Estado e direito, os fenômenos que serão analisados na sequência possuem algumas características básicas desses momentos históricos que ainda se fazem presentes na da sociedade, como a própria figura do Estado e a repartição de poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário).

Inicialmente, após o advento da Revolução Francesa, em meados de 1789, deu-se espaço à concretude da teoria do contrato social (que já existia, desde meados de 1651, com o Leviatã), que institui um pacto entre homens que delegam poderes ao Estado (de Direito) para salvaguarda de seus direitos e liberdades. (LEAL, 2007) Assim, ficaria o Estado a serviço de todos os homens. Tudo isso (o não querer mais a lógica monárquica na ideia perspectiva de direitos subjetivos de defesa) acaba dando espaço para a instauração de um Estado liberal.

No modelo de Estado liberal, uma das características marcante é a liberdade (quase) ilimitada do indivíduo, com a separação entre público-privado. O Estado atua na vida privada tão somente quando necessário, conforme Leal (2007, p. 9):

o que se tem, pois, em decorrência, é a liberdade dos cidadãos como regra e a autoridade e intervenção do Estado como exceção [...] o poder político (esfera pública), não deve intervir em nenhum âmbito concreto ou particular tido como privado. Ao mesmo tempo, o privado, o particular, se apresenta como apolítico, ou seja, como irrelevante para o âmbito do público.

Além da liberdade do cidadão, outra característica originada no Estado liberal é o princípio da separação de poderes, o que caracteriza também o limite do poder estatal. Assim, com o advento dos três poderes e de sua separação, o Estado passou a ter competências, deveres e obrigações bem específicos e delimitados. Nesse contexto, o Poder Legislativo passou a cumprir a principal função estatal da época, ficando o judiciário com a função “secundária” de aplicar a lei, característica imposta pela escola do Empirismo Exegético (império da lei e interpretação acrítica e engessada).

Segundo esta escola, o juiz aparece proibido de interpretar a lei, cabendo a ele, tão-somente, a tarefa de aplicar a norma (geral) ao caso concreto (subsunção). Trata-se, portanto, de um verdadeiro silogismo lógico, em que a primeira desempenha o papel de premissa maior, enquanto o fato consiste na premissa menor, podendo-se extrair, daí, uma conclusão de caráter dedutivo. Nessa atividade, não cabe ao magistrado qualquer atividade criativa [...] (LEAL, 2007, p. 24)

Nessa organização de Estado, o juiz era considerado “boca da lei”. Assim, sua atuação é estendida também à Constituição, que nesse estágio era concebida como norma jurídica. É a partir daí que se lançam condições para que, futuramente, surja o controle de constitucionalidade: se consiste ao poder judiciário aplicar as normas infraconstitucionais, então cabe à mesma instituição a aplicação das normas constitucionais, sopesando sua prevalência em relação às demais normas do direito vigente. Aqui vale lembrar que a figura do controle de constitucionalidade surgiu no Direito Americano, no famoso caso *Marbury vs. Madison*, nos Estados Unidos: Como a Constituição é a base de todas as demais normas e leis do ordenamento jurídico, John Marshall sustentou a tese de que a Constituição não poderia ser modificada em detrimento de atos legislativos contrários ao seu conteúdo.

A partir dessa “revolução” no direito constitucional ocorrida no direito americano, surgiram na década de 20, Cortes Constitucionais.

Após o advento da jurisdição de Constituições estatais, ou seja, com a delimitação do poder estatal e da garantia de direitos fundamentais individuais, a sociedade começou a clamar por uma atuação mais segura e ativa por parte do Estado. Surgiu então, nas duas primeiras décadas de 1900, a necessidade de um constitucionalismo que abrangesse não somente o Estado, mas sim toda sociedade.

A partir daí, nasceu um novo modelo de Estado, denominado de Estado de Social, voltados para o bem estar (dinâmicas de Welfare State):

Há, aqui, uma certa retomada da intervenção do Estado, tanto pela imperiosidade da reconstrução social quanto pela ineficácia da espécie liberal em garantir os direitos ansiados pelas pessoas, resultando na exigência de uma conduta positiva por parte do Executivo, que toma para si a dianteira nas nações estatais. (DIAS, GERVASONI, 2011, p. 260)

Segundo Bolzan de Moraes (1999), o caráter principal desse novo modelo de Estado, é, sem dúvidas, a intervenção estatal e a promoção de serviços por parte deste. Tanto é que se pode dizer que o poder protagonista nessa organização de Estado é o Executivo. Isso porque o Estado deixa de adotar uma postura inerte e de espectador da vida privada, passando a adotar medidas de intervenção positiva, através da promoção de bens e serviços.

Nessa esteira, segundo Leal (2007, p. 33) “constitucionalizam-se catálogos mais ou menos amplos de direitos econômicos, sociais e culturais – direitos estes que, contrariamente aos direitos de liberdade, não são meros poderes de agir, mas poderes de exigir”. Todavia, em que pese os avanços trazidos por esse modelo de organização de Estado, faltou forças a este para materializar e concretizar todos os objetivos que lhe eram inerentes.

Ansiada por mudanças e por concretizações de direitos fundamentais, principalmente após a 2ª Guerra e com o fim dos regimes totalitários (Alemanha, Itália e Espanha), bem como com o advento das ideias de direitos humanos universais (Leal, 2007), surge um novo e contemporâneo modelo de

estado: o Estado Democrático de Direito. Nesse cenário, o Poder Judiciário (res)surge como uma potência de força estatal, devolvendo à sociedade a confiança na justiça constitucional e a garantia da efetivação dos direitos (fundamentais) positivados na Carta Magna.

Mesmo quando se fala em centralidade dos direitos fundamentais, o que está em questão são os deveres de abstração ou de atuação promocional do Poder Público. Superados os preconceitos liberais, a doutrina publicista reconhece o papel indispensável do Estado na entrega de prestações positivas [...] O Estado, portanto, ainda é protagonista na história da humanidade [...] (BARROSO, 2007, p. 7)

No Brasil, o Estado Democrático de Direito surge com o advento da Constituição de 1998, com o objetivo de construir uma sociedade justa, igualitária e solidária, lutando pela erradicação da pobreza e fundamentando-se da dignidade da pessoa humana como o cerne do Estado Constitucional Democrático. Assim, também abriu-se espaço para a hermenêutica (através do princípio da legalidade), segurança jurídica e fundamentos de direitos fundamentais tanto coletivos, difusos e individuais. (STRECK; MORAIS, 2001, p. 93)

Numa expressão mais simples, pode-se afirmar que o Estado Constitucional Democrático da atualidade é um Estado de abertura constitucional radicado no princípio da dignidade do ser humano. É, assim, uma instituição de ilimitada absorção das aspirações e conquistas sociais, que faculta os canais pacificadores da mediação jurídica à generalidade dos focos de tensão e dos multiformes projetos de dignificação humana” (CASTRO, 2005, p. 20)

Verifica-se, a partir daí, que o papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito é indispensável para a efetivação e materialização das propostas de direitos e princípios abarcados na Constituição. A partir desse preceito de necessidade (ou dever do Estado) de materialização dos direitos garantidos pela Constituição, segundo Leal (2007, p. 53),

“demanda, por sua vez uma atividade criativa por parte dos Tribunais, de natureza notadamente hermenêutica e dependente de decisões que definam a extensão de cada um desses direitos, especialmente quando em conflito com outros direitos também fundamentais [...]”.

No entanto, a jurisdição constitucional contemporânea, encarregada de guardar e zelar pela Constituição e seus princípios, vem sofrendo algumas críticas quanto ao limite de sua atuação – daí nasceram fenômenos como “judicialização” e “ativismo judicial”. Tais expressões nasceram de algumas práticas mais evasivas (mas às vezes muito bem “fundamentadas” em sentido totalmente contrário à Constituição) por parte dos Tribunais Constitucionais quando das suas atuações enquanto guardiões do direito e da Constituição. Assim, faz-se necessário alguns apontamentos acerca dessas práticas, sob as quais se debruça o tópico a seguir.

3 Judicialização do direito e ativismo judicial: breves apontamentos

Conforme se apresentou no tópico anterior, no atual modelo de Estado o Poder Judiciário detém um papel de controle jurisdicional negativo. No entanto, com o passar dos anos, a instituição passou a exercer uma prática mais evasiva, mais criativa, “onde figuras como as sentenças interpretativas e as sentenças manipulativas tornam-se cada vez mais frequentes” (Leal, 2013, p. 220).

Barroso (2009) refere que a Constituição é um elo entre direito e política, confirmando a tese de Streck (2002) de que o fenômeno da constitucionalização de um determinado tema enfrentado, nada mais é do que transformar a política em direito. Assim, pode-se concluir que há, inevitavelmente, certas intersecções entre Judiciário, Legislativo e o Executivo. Nesse contexto, surgem críticas acerca da judicialização e do chamado “ativismo judicial”, exercido pelo judiciário.

Mister referir o conceito de judicialização construído por Leal (2013, p. 221):

Sua principal característica reside, portanto, num protagonismo do Judiciário, que resulta de uma confluência de fatores que conduzem a uma transferência de decisões estratégicas sobre temas fundamentais (tradicionalmente reservadas à esfera política e deliberativa) a este Poder, fazendo com que o direito seja, cada vez

mais, um direito judicial, construído, no caso concreto, pelos magistrados.

Nesse sentido, pode-se dizer que, em busca da garantia de valores, princípios e normas fundamentais estabelecidas pela Carta Magna, o judiciário toma para si a responsabilidade de transformar o direito através da integração da norma constitucional com o caso concreto (com o influxo da hermenêutica).

A judicialização pode se dar de duas formas: a judicialização da política, e a judicialização do direito. A judicialização do direito e da política acontece mormente quando da necessidade de decisões que envolvam temas polêmicos e políticos (que seriam, a priori, de competência do Poder Legislativo), bem como de garantir a supremacia de direitos fundamentais, de ampliar o alcance da Constituição, impor condutas positivas e negativas ao Poder Público, bem como de aplicar e interpretar as normas infraconstitucionais conforme à Constituição. (Leal, 2013)

Tal conduta do Poder Judiciário remete à crítica acerca da influência das próprias convicções e princípios do juiz na decisão concreta, determinada por seus pré-juízos e sua pré-compreensão histórica.

sustenta-se que os juízes exercem atividade política em diferentes sentidos: por serem integrantes do aparato de poder do Estado, que é uma sociedade política, e por aplicarem normas do Direito, que são necessariamente políticas. Ademais, antes de tudo, o juiz é cidadão e, portanto, também vota. Assim, não se pode ignorar que possui suas próprias preferências políticas, embora não as externe por considerar-se “apolítico”, condição que se reputa indispensável para o reconhecimento de sua imparcialidade e independência. Isso se deve, contudo, ao já relatado equívoco se de atribuir à palavra “política” o sentido estreito de “política partidária. (GERVASONI, LEAL, 2013, p. 77)

Grimm (2006) sustenta que a separação entre a política e o direito é tão somente institucional, e não real. Logo, é lógico que há relação entre a decisão tomada e as próprias convicções do juiz que a toma.

Já o ativismo judicial vai muito além da postura política do magistrado – aqui, há uma postura proativa do magistrado. Para Barroso (2010), que trabalha o fenômeno do ativismo de uma forma eminentemente positiva, o fenômeno do ativismo judicial é “uma atitude, a escolha de um modo

específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”. O mesmo autor ainda refere que o ativismo se revela quando da “declaração de inconstitucionalidade com base em critérios mais abertos da Lei e a imposição de condutas ao Poder Público, normalmente, relacionadas às Políticas Públicas”.

Ramos (2010, p. 129) em uma visão mais crítica acerca do tema, refere que o explicar o fenômeno do ativismo judicial é uma tarefa deveras difícil, por se tratar se um conceito amplo, o compreendendo da seguinte forma:

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem a desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes.

Logo, percebe-se que é difícil encontrar um conceito chave para o fenômeno do ativismo judicial. O constitucionalista norte-americano Mark Tushnet, em sua obra acerca do fenômeno, revela ser difícil o estabelecimento de critérios para se identificar uma decisão ativista ou não. Por esse motivo, o autor deixa claro que a utilização do conceito “ativismo” exige que se especifique a linha de base contra a qual o “ativismo” será medido (TUSHNET, 2009, p.416-417).

Para efeitos do presente trabalho, adotar-se-á a medida e a ideia de Barroso para reflexão do “ativismo” ou não de uma determinada decisão:

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (Barroso, 2010, p. 6)

Dadas essas informações, pretende-se, com o presente trabalho, verificar a conduta ativista ou não da decisão do Juiz singular Rafael Pagnon Silva na Ação de Suprimento de Registro Civil com pedido de reconhecimento de Multimaternidade, ajuizada em Santa Maria, no estado do Rio Grande do Sul, cuja decisão foi muito comentada (e criticada) pelos Tribunais, academia e juristas brasileiros.

4 Ação de suprimento de registro civil com multimaternidade ajuizada em Santa Maria: sentença “tapada de afeto”

No ano de 2014, precisamente no dia 11 de setembro (data que por si só já remete a acontecimentos emblemáticos), o juiz de direito Rafael Pagnon Cunha, magistrado da Comarca de Santa Maria, no estado do Rio Grande do Sul, no uso de suas atribuições jurisdicionais, proferiu decisão na Ação de Suprimento de Registro Civil com pedido de reconhecimento de Multimaternidade, ajuizada por Fernanda, Mariani e Luis Guilherme. A sentença, inédita para o Estado de Direito brasileiro, segundo o próprio magistrado é “moderna, inovadora, mas, fundamentalmente – e o mais importante -, tapada de afeto”.

Em suma, Fernanda e Mariani formam um casal homoafetivo que tinham o desejo, o sonho e a vontade de formar uma família através de uma concepção natural. Para que tal sonho se tornasse realidade, o casal decidiu, então, chamar o amigo Luis Guilherme, que faria vias de genitor. No entanto, ambos tinham um desejo: formar, entre os três e a criança que viria a nascer, Maria Antônia, uma “rede de afetos”. Com isso, intentaram a ação judicial supramencionada, requerendo que na certidão de nascimento de Maria Antônia constasse a multimaternidade: Fernanda e Mariani como mães e Luis Guilherme como pai.

Em um primeiro momento, o pedido analisado (de forma externa) parece indeferido, de plano. No entanto, o magistrado Rafael Pagnon Cunha, surpreendentemente sentenciou a lide da seguinte forma:

“Vistos.

Trata-se de analisar **ação de suprimento de registro civil com multimaternidade**, aviada com o intento de levar a registro anotação de paternidade e de dupla maternidade, articulada por genitores e pela esposa da gestante, em comum acordo. Narraram que a gestação foi concertada pelos três, com concepção natural, intentando fazer constar no registro civil do nascituro os nomes do pai e das duas mães, bem como de seus ascendentes.

MP manifestou-se pela competência do Juízo de Família.

Mantido o feito junto à Direção do Foro.

Novel parecer ministerial, pela realização de estudo social e psi; alternativamente, pela procedência da pretensão.

É O RELATO.

PASSO A MOTIVAR.

Procede a pretensão.

Moderna, inovadora, mas, fundamentalmente – e o mais importante -, tapada de afeto.

Na riquíssima experiência de um lustro de Jurisdição exclusiva de Família, pronunciava às pessoas, diária e diuturnamente, das poucas certezas que tinha: que afeto demais não é o problema; o problema é a falta (infinda, abissal) de afeto, de cuidado, de amor, de carinho.

O que intentam Fernanda, Mariani e Luis Guilherme, admiravelmente, é assegurar à sua filha uma *rede de afetos*.

E ao Judiciário, Guardador das Promessas do Constituinte de uma sociedade fraterna, igualitária, afetiva, nada mais resta que dar guarida à pretensão – por maior desacomodação que o novo e o diferente despertem.

Não vislumbro necessidade de providências outras na espécie, embora louvável o cuidado do sensível Promotor de Justiça.

As Mães são casadas entre si, o que lhes suporta a pretensão de duplo registro, enquanto ao Pai igualmente assiste tal direito.

A desatualização do arcabouço legislado à velocidade da vida nunca foi impediente ao Judiciário Gaúcho; a lei é lampião a iluminar o caminho, não este, como já se pronunciou outrora; a principiologia constitucional dá guarida à (re)leitura proposta pela bem posta inicial.

Muito haveria a ser escrito.

Serviria o presente *case* ao articular de erudita e fundamentadíssima sentença.

Não é o que esperam, entretanto, Fernanda, Mariani, Luis Guilherme e, mui especialmente, Maria Antônia (lindo nome); aguardam, sim, célere e humana decisão, a fim de adequar o registro civil da criança ao que a vida lhe reservou: um *ninho multicomposto*, pleno de amor e afeto.

Forte, pois, na ausência de impedientes legais, bem como com suporte no melhor interesse da criança, o acolhimento da pretensão é medida que se impõe.

Isso, posto, **julgo procedente o pedido**, para o fim de determinar a expedição de mandado ao Registro Civil, anotando-se a paternidade e a dupla maternidade (e respectivas ascendências), nos termos do pedido.

No mandado deverá constar que os interessados fazem jus à gratuidade dos serviços extrajudiciais.

Expeça-se, de pronto, mandado, dada a urgência da situação.

Registre-se.

Intimem-se.

Santa Maria, 11 de setembro de 2014.

Rafael Pagnon Cunha

Juiz de Direito” (grifo e caixa alta do texto original original)

Conforme se denota na leitura da sentença, a decisão foi no mínimo ousada. Inédita para o instituto do direito de família brasileiro, a decisão que permitiu o registro de três genitores na certidão de nascimento da menina Maria Antônia, o que acarreta, também, no registro de seis avós, abriu precedentes para outras decisões da mesma espécie – causou uma mudança de paradigma das atividades do Colégio Registral Gaúcho – uma vez que o registrador do Registro Naturais da cidade de Santa Maria foi obrigado a adaptar-se a um novo modelo de certidão de nascimento – eis que até o momento da decisão só se registrava, no máximo, dois genitores – seja heterossexual ou homoafetivo.

É nesse contexto – inovador, surpreendente e inédito – de tomada de decisão, que emerge a dúvida acerca da atuação do magistrado no caso concreto: se trata de uma sentença ativista? Se sim, quais são os critérios para assim conceituá-la?

5 Análise crítica da decisão proferida em Santa Maria: ativista ou não?

Finalmente, cumpre realizar a análise crítica da emblemática sentença anteriormente exposta.

A decisão de Cunha abriu precedente para que mais famílias com essa formação se introduzam no estado democrático de direito de forma natural. Como ele mesmo refere na sentença,

a desatualização do arcabouço legislativo à velocidade da vida nunca foi impediante ao Judiciário Gaúcho; a lei é lâmpião a iluminar o caminho, não este, como já se pronunciou outrora; a principiologia constitucional dá guarida à (re)leitura proposta pela bem posta inicial

Os parâmetros utilizados para verificar o ativismo da decisão, além dos que são utilizados por Barroso, já citados no presente trabalho, utilizar-se-á, também, os critérios construídos por Gervasoni e Leal (que a partir de Barroso, ampliam, em sua obra, o rol de posturas ativistas):

(a) O alargamento da aplicabilidade do texto constitucional, a abarcar, inclusive, casos não expressos; (b) o abrandamento das exigências para a declaração de inconstitucionalidade; (c) a definição de políticas públicas quando não se verifica a exigência e/ou previsão constitucional acerca da sua criação, mas, apenas uma norma programática e de eficácia limitada, de modo a interferir no espaço de discricionariedade do poder público quanto à forma de efetivação de determinado direito social; e (d) a eventual prolação de decisões cujo fundamento não é deduzido (nem pode ser reconduzido) a um elemento normativo-constitucional. (GERVASONI, LEAL (2013, p. 179)

Já pode-se, a priori, enquadrar a decisão como ativista tão somente pelo critério de letra “a” (alargamento da aplicabilidade do texto constitucional, a abarcar, inclusive, casos não expressos). Há também uma postura ativista reconhecida na letra “d” dos critérios acima - invocando a “dignidade humana”, o do princípio da afetividade, trazida pelo magistrado na sentença, é questionável, como se observará na sequência.

Além disso, quando da leitura da sentença pode-se verificar características do ativismo judicial tais como: a avocação do próprio juiz a fim de garantir direitos fundamentais, desempenhando funções que seria do legislativo (é função do legislativo modificar a lei de Registros Públicos!); a imposição de uma conduta ao Poder Público (que, agora, terá que se readequar quando do registro de nascimento de famílias que queiram, igualmente, registrar seus filhos de forma multipaternal); relativização (e porque não “violação”) do princípio da separação dos poderes;

Além disso, o magistrado não se ateu em fundamentar de forma profunda a sua decisão. Se debruçou, apenas, sobre os princípios da fraternidade, igualdade e afetividade. Nesse sentido, cabe trazer à baila a crítica de Streck para decisões fundamentadas com base no princípio da afetividade:

Se os princípios constitucionais são deontológicos, como retirar da “afetividade” essa dimensão normativa? Trata-se, na verdade, de mais um alibi para sustentar/justificar decisões pragmatistas. É evidente que a institucionalização das relações se dá por escolhas pela relevância delas na sociedade. As decisões devem ocorrer a partir de argumentos de princípio e não por preferências pessoais, morais, teleológicas, etc. No fundo, acreditar na existência deste

“princípio” é fazer uma profissão de fé em discursos pelos quais a moral corrige as “insuficiências ônticas” das regras jurídicas. (STRECK, 2011, p. 523)

Assim, pode-se confirmar o ativismo da decisão, também, na visão de Lenio Streck, pois o juiz, fundamentando a decisão de tal forma, corrigiu (utilizou) o princípio da afetividade segundo seu próprio entendimento (e de modo pragmático, apenas para solucionar o caso que diante dele estava), utilizando-o como álibi para ultrapassar o sentido semântico do texto constitucional (ou seja, a hipótese “d” construída por Leal e Gervasoni).

Conclui-se, portanto, tratar-se de uma decisão ativista.

Essa interferência pelo Poder Judiciário - atuando como legislador positivo - decorre da necessidade de enquadrar casos reais dentro do ordenamento jurídico, com o intuito de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, ou seja, quando o legislador deixa um espaço em branco e os casos emblemáticos surgem, cabe ao Judiciário à decisão de como aplicar a lei ou de como enquadrar o caso no ordenamento jurídico – de como solucionar o fato – o que aconteceu no caso concreto.

Logicamente, há de se respeitar o princípio da separação dos três poderes e encarar essas decisões (onde há a intervenção por parte do judiciário), como exceções no ordenamento jurídico. Porém, esse exercício tem o seu lado deveras positivo para a sociedade. Gomes assim os refere:

a) proporciona a consciência de um Estado Democrático de Direito; b) consagra uma nova importância ao constitucionalismo; c) realça os reais valores da Constituição; d) garante acesso ao Judiciário; e) preserva e oportuniza o exercício de direitos e garantias fundamentais; f) amplia as conquistas sociais via determinação judicial; g) maximiza os direitos em geral; h) efetiva o sistema de freios e contrapesos, entre outras. (2013, p. 291)

Mesmo considerando a sentença como ativista, não reconhecer os benefícios dessa decisão para a sociedade como um todo e para o Estado Democrático de Direito. O discurso moralista de que esse seria o fim do instituto da família é deveras machista e ultrapassado. Acertadamente, o juiz

de Santa Maria reforçou através de uma decisão judicial, que não existem limites para o amor e respeito.

6 Conclusão

No decorrer do presente trabalho, pode-se perceber que o fenômeno do ativismo judicial não consegue ser delimitado com clareza e certeza entre os juristas. Realmente se trata de um conceito aberto e/ou vazio de significado, e, portanto, de difícil concretude. No entanto, utilizando-se de alguns critérios e parâmetros para identificação de uma decisão ativista, a tentativa de caracterizar uma decisão como ativista ou não, se faz possível.

Várias são as críticas acerca dessa prática por parte do Poder Judiciário. No entanto, pode-se constatar que por mais das vezes essa postura por parte dos magistrados trás inúmeros benefícios à sociedade, às famílias, aos cidadãos – que, ficam esperando por uma postura ativa por parte do Poder Legislativo, que no mais das vezes permanece inerte até ser provocado – como foi o caso da família declarada multipaternal em Santa Maria – RS.

A decisão “tapada de afeto” considerada ativista no presente trabalho, acabou reforçando laços afetivos da família, o respeito às diferenças sociais – seja de raça, de orientação sexual – e a tolerância social com o diferente.

Portanto - e com o perdão da audácia – apesar de ativista (e aqui trata-se de uma prática perigosa, ante a insegurança em razão da não tratar-se de uma atividade típica do judiciário, em detrimento dos demais poderes), foi uma decisão que reforçou laços e os novos conceitos de família e se têm na contemporaneidade: sorte de Fernanda, Mariani, Luis Guilherme e Maria Antonia, unidos por laços afetivos e registrais até o fim.

7 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Prefácio: o estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público.** In: SARMENTO, Daniel (Organizador). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 14.

_____. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**; 2010. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 18 out. 2014.

BOLZAN DE MORAES, José Luiz. **As funções do Estado contemporâneo: o problema da jurisdição**. In: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira; **A constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.) **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

DIAS, Felipe da Veiga; GERVASONI, Tássia Aparecida. Liberdade de Imprensa Versus Privacidade: a hermenêutica e o papel da jurisdição constitucional na harmonização dos conflitos entre direitos fundamentais no contexto do estado democrático de direito. In: REIS, Jorge Renato; GORCZEVSKI, Clovis (Orgs.). **Cons**, p. 257-278.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 4.ed. Petrópolis, 2002.

GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal**; Curitiba: Multideia, 2013.

GOMES, Gustavo Gonçalves. Juiz Ativista X Juiz Ativo: Uma diferenciação necessária no âmbito do processo constitucional moderno. In: DIDIER JR. Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Orgs.) **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

GRIMM, Dieter. **Constitucionalização e política**; Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Ray, 2006.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional aberta**: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____; A jurisdição constitucional entre judicialização e ativismo judicial. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Mônia Clarissa Hennig; (Orgs.).

Direitos Sociais & Políticas Públicas: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013. p. 217-246.

MURICY, Marília. Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoietico. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs.) **Hemernêutica plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial:** parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____, Lenio Luiz. **Verdade e consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva: 2005.

TUSHNET, Mark. **Judicial Activism in Common Law Supreme Courts**. Oxford: Oxford University Press, 2009.