

O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES

THE PHENOMENON OF JUDICIALIZATION OF FAMILY RELATIONS

Janice Pessoa Garcia¹

Resumo: A entidade familiar, influenciada por diferentes aspectos sociais, culturais e religiosos, a entidade familiar é o instituto jurídico que mais sofreu transformações no decorrer do tempo. Passou por um período conservador e patriarcal, onde o casamento era a única forma de constituição legítima de família, não se reconhecendo à época, nenhuma outra entidade familiar a não ser a advinda do matrimônio. Com a transformação dos relacionamentos familiares a família deixou de ser fundamentada na manutenção da linhagem e do patrimônio e passou a valorizar o afeto, o que possibilitou o surgimento de outras espécies de família e provocou uma alteração das leis no sentido de atender essa nova realidade social. Recentemente, ganharam proteção jurídica, outros modelos de organização familiar, como as uniões homoafetivas, as famílias socioafetivas e as famílias monoparentais, que eram uma realidade social, mas não eram legitimadas pelo Estado. Atualmente já se discute inclusive, a possibilidade da família poliafetiva. Observa-se nessa dinâmica, que após uma transformação social, com a mobilização da comunidade e uma consequente ação legislativa, a aspiração social se transforma em direito, que naturalmente passa por uma resistência inicial à mudança, sendo necessário recorrer ao Poder Judiciário, em busca da tutela desses interesses. Com o Poder Judiciário no centro intensa mudança do instituto familiar, surgiu o fenômeno conhecido como “judicialização das relações familiares”, que proporcionou um aumento significativo das demandas nas Varas de Família, bem como fez surgir questões inéditas, que ainda não estão abarcadas pela legislação.

¹ Mestranda do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito do Centro Universitário Internacional – UNINTER. Linha de pesquisa Jurisdição e Processo na Contemporaneidade. Advogada. Professora do Curso de Graduação em Direito da Uniandrade. E-mail: janice.pessoa@hotmail.com

Palavras-Chave: Evolução da Família. Relações familiares. Judicialização. Controvérsias.

Abstract: The family entity, influenced by different social, cultural and religious aspects, the family entity is the legal institution that has undergone the most changes over time. It went through a conservative and patriarchal period, where marriage was the only form of legitimate family constitution, not recognizing at the time, any other family entity other than the one arising from marriage. With the transformation of family relationships, the family was no longer based on the maintenance of lineage and heritage and began to value affection, which allowed the emergence of other types of family and caused a change in the laws in order to meet this new social reality. . Recently, other models of family organization have gained legal protection, such as same-sex unions, socio-affective families and single-parent families, which were a social reality, but were not legitimized by the State. Currently, the possibility of the polyaffective family is already being discussed. It is observed in this dynamic that after a social transformation, with the mobilization of the community and a consequent legislative action, the social aspiration becomes a right, which naturally goes through an initial resistance to change, being necessary to resort to the Judiciary, in search of the protection of those interests. With the Judiciary at the center of an intense change in the family institute, the phenomenon known as "judicialization of family relationships" emerged, which provided a significant increase in demands in the Family Courts, as well as raised unprecedented issues, which are not yet covered by legislation.

Keywords: Family Evolution. Family relationships. Judicialization. Controversies.

Sumário: 1- Introdução. 2. Judicialização: controvérsias teóricas. 3. Judicialização das relações familiares. 3.1 Breve histórico da evolução da família. 3.2 O fenômeno da judicialização das relações familiares. 4. Considerações finais. 5. Referências Bibliográficas.

Summary: 1- Introduction. 2. Judicialization: theoretical controversies. 3. Judicialization of family relationships. 3.1 Brief history of the evolution of the family. 3.2 The phenomenon of judicialization of family relationships. 4. Final considerations. 5. Bibliographic References.

1. INTRODUÇÃO

Por encontrar-se em constante evolução e influenciada por diferentes aspectos sociais, culturais e religiosos, a entidade familiar é o instituto jurídico que mais sofreu transformações no decorrer do tempo.

Na sociedade conservadora e patriarcal, o casamento foi instituído como única forma de constituição legítima de família, não se reconhecendo à época, nenhuma outra entidade familiar a não ser a advinda do matrimônio.

Consoante se depreende dos ensinamentos de Maria Berenice Dias:

Em uma sociedade conservadora, para merecer aceitação social e reconhecimento jurídico, o núcleo familiar dispunha de perfil hierarquizado e patriarcal. Necessitava ser chancelado pelo que se convencionou chamar de matrimônio. A família tinha formação extensiva, verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes, formando unidade de produção, com amplo incentivo à procriação. Tratava-se de uma entidade patrimonializada, cujos membros representavam força de trabalho. O crescimento da família ensejava melhores condições de sobrevivência a todos.²

Contudo, com a natural transformação dos relacionamentos familiares ocorridos a partir da Idade Média, a família deixou de ser fundamentada na manutenção da linhagem e do patrimônio e passou a valorizar o afeto, tornando-o pressuposto fundamental de união familiar.

O ilustre doutrinador Zygmunt Bauman, ao descrever o mundo líquido moderno narra que:

Com a nova fragilidade das estruturas familiares, com a expectativa de vida de muitas famílias sendo mais curta do que a de seus membros, com a participação em determinada linhagem familiar tornando-se rapidamente um dos elementos "indetermináveis" da líquida era moderna e com a adesão a uma das diversas redes de parentesco disponíveis transformando -se, para um crescente número de indivíduos, numa questão de escolha — e uma escolha, até segunda ordem, revogável —, um filho pode ser ainda "uma ponte" para algo mais duradouro. Mas a margem a que essa ponte conduz está coberta por uma neblina que ninguém espera que venha a se dissipar, e portanto é improvável que provoque muita emoção, menos ainda que alimente o desejo inspirados da ação. Se uma súbita rajada de vento

² DIAS, Maria Berenice. Direito das famílias. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 48

viesse a afastar a neblina, ninguém sabe ao certo que tipo de margem iria se revelar, nem se da névoa emergiria uma terra suficientemente firme para sustentar um lar permanente. Pontes que levam a lugar nenhum, ou a nenhum lugar em particular: quem precisa delas? Para quê? Quem perderia seu tempo e seu bom dinheiro para planejá-las e construí-las?³

Essa evolução, possibilitou o surgimento de outras espécies de família e provocou uma alteração da legislação no sentido de atender a essa nova realidade social.

Em outras palavras, o instituto familiar evolui e desdobrou-se em diferentes formas de constituição de vínculo afetivo e o direito se viu obrigado a determinar os pressupostos basilares acerca das repercussões jurídicas desses novos modelos de famílias.

Mais recentemente, ganharam proteção jurídica, outros modelos de organização familiar, como as uniões homoafetivas, as famílias socioafetivas e as famílias monoparentais, que eram uma realidade social, mas não eram legitimadas pelo Estado. Atualmente já se discute inclusive, a possibilidade da família poliafetiva (família formada por uma tríade ou grupo maior de pessoas), dentre outras possibilidades.

Vale destacar que na família tradicional do século XIX, os conflitos originados no âmbito doméstico, ali mesmo eram resolvidos, sem que fosse aceita a intervenção de terceiros. Sendo assim, não permitia-se o envolvimento do Estado, uma vez que o mesmo não era chamado a intervir nestas questões, em regra. Tratava-se de um problema da esfera particular dos integrantes daquele grupo.

Já com relação à família do final do século XX e do século XXI, houve um expressivo aumento dos direitos e de seus titulares. O Estado-legislador atribuiu aos integrantes do grupo familiar uma série de novos direitos.

Nesse contexto, houve um choque entre as expectativas dos sujeitos desses novos direitos e a resistência e perplexidade dos titulares do poder familiar, o que fez surgir uma considerável demanda pelo reconhecimento judicial dos novos direitos.

Pode-se observar nessa dinâmica, que após uma transformação social, com a mobilização da comunidade e uma conseqüente ação legislativa, a

³ BAUMAN, Zygmunt. Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. p. 43.

aspiração social se transforma em direito, que naturalmente passa por uma resistência inicial à mudança, sendo necessário recorrer ao Poder Judiciário, em busca da tutela desses interesses.

Por conseguinte, o Judiciário se tornou parte central dessa intensa mudança no rumo do instituto familiar, na medida em que até ele chegam todos os conflitos e controversas que despontam na famílias contemporâneas.

Esse fenômeno, que atribui maior poder ao Estado no que se refere à regulação do convívio familiar, vem sendo denominado de “judicialização das relações familiares”, que proporcionou um aumento significativo das demandas nas Varas de Família, bem como fez surgir questões inéditas, que ainda não estão abarcadas pela legislação.

2. JUDICIALIZAÇÃO: CONTROVÉRSIAS TEÓRICAS

Observa-se que, pelo viés do senso comum, compreende-se o fenômeno da judicialização como um mero recurso à atuação do Poder Judiciário, ou seja, uma possibilidade de ajuizamento de uma ação, ou como é popularmente dito “abrir um processo”.

Entretanto, a questão é bem mais complexa, e sobre essa problemática, Lenio Luiz Streck discorre que:

(...) é preciso compreender que, nesta quadra da história, o direito assume um caráter hermenêutico, tendo como consequência um efetivo crescimento no grau de deslocamento do polo de tensão entre os poderes do Estado em direção à jurisdição (constitucional), pela impossibilidade de o legislador (a lei) poder antever todas as hipóteses de aplicação. Na medida em que aumentam as demandas por direitos fundamentais e na medida em que o constitucionalismo, a partir de preceitos e princípios, invade cada vez mais o espaço reservado à regulamentação legislativa (liberdade de conformação do legislador), cresce a necessidade de se colocar limites ao “poder hermenêutico” dos juízes.⁴

⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017. p. 1

Nesse contexto, vale destacar que a Constituição da República de 1988 viabiliza uma atuação extensiva do Poder Judiciário no campo de conflitos sociais, porquanto o seu texto trata de assuntos de cunho social de forma abrangente. Somado a isso, o fato dos Poderes Executivo e Legislativo não acompanharem a evolução das questões de ordem política, social e moral que se apresentam na sociedade, postulou que o Judiciário atuasse cada vez mais como instância reguladora desses conflitos.

Lecionando sobre a matéria a ilustre professora Estefânia Maria de Queiroz Barboza nos ensina que:

A escolha de Constituições democráticas e rígidas, com catálogo de direitos fundamentais supremos e protegidos contra as majorias parlamentares, acarretou um novo modo de interpretar e aplicar o Direito, o que, por sua vez, implicou um aumento da atividade do Poder Judiciário e uma preponderância deste Poder nas decisões políticas do Estado. Esta questão é, então, trazida ao centro do debate jurídico e político atual, levando a notáveis consequências no plano da compreensão e da operacionalização da teoria jurídica, que, a seu turno, deve ser repensada para dar conta dessa nova realidade.⁵

Sobre a participação cada vez maior do judiciário nos conflitos sociais, Ran Hirschl, defende que:

Uma das principais manifestações dessa tendência tem sido a judicialização da política — o recurso cada vez maior a tribunais e a meios judiciais para o enfrentamento de importantes dilemas morais, questões de política pública e controvérsias políticas. Com recém-adquiridos mecanismos de controle de constitucionalidade, tribunais superiores ao redor do mundo têm sido frequentemente chamados a resolver uma série de problemas — da extensão das liberdades de culto religioso e de expressão, dos direitos à igualdade e à privacidade e da liberdade de reprodução, a políticas públicas relacionadas à justiça criminal, à propriedade, ao comércio, à educação, à imigração, ao trabalho e à proteção ambiental. Manchetes sensacionalistas sobre decisões judiciais importantes a respeito de temas controversos — casamento entre pessoas do mesmo sexo, limites para o financiamento de campanhas e ações afirmativas, para dar apenas alguns exemplos — tornaram-se fenômeno comum.⁶

⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica**. São Paulo, Saraiva, 2014. p. 21

⁶ 6 HIRSCHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. Revista de Direito Administrativo. 2006. p. 140.

Dessa forma, pode-se entender que a judicialização se caracteriza pela atuação do Poder Judiciário em questões políticas ou sociais de grande repercussão, na medida em que os poderes Executivo e Legislativo, responsáveis por apresentar resoluções para os conflitos sociais que emanam da evolução da sociedade não conseguem fazê-lo.

Alguns autores definem a judicialização como uma ampliação da atuação do Poder Judiciário e do número de processos nos tribunais, uma expansão dessa instância no processo de decisão das democracias contemporâneas para resolução de conflitos e demandas.

Nesse contexto haveria um aumento na acessibilidade à justiça para resolução de controvérsias sociais, principalmente no âmbito coletivo, com a tutela da sociedade por um poder apolítico que garantiria o exercício da cidadania.

No entendimento de Dirley da Cunha Junior⁷, o Judiciário passou de um simples aplicador da lei para assumir o papel de regulador das normas, adequando-as à realidade social e atuando como um terceiro imparcial. Com isso, transformou em um órgão com capacidade de fiscalizar o Estado, garantindo a execução das leis e evitando abusos, porquanto possui a característica de ser independente da política. Sendo relegado a ele, inclusive, parte da responsabilidade pelo sucesso do Estado Democrático de Direito, com a concretização das premissas constitucionais, de modo a proporcionar a justiça social.⁷

Nesse perspectiva, a Constituição de 1988 concedeu ao Poder Judiciário o papel de receptor das insatisfações da sociedade para com o Poder Executivo e Legislativo, convocando-o a responder questões que o assentaram como guardião da constituição e dos direitos fundamentais:

Contudo, o abismo existente entre a concreta efetividade das normas constitucionais e as necessidades advindas de uma sociedade desigual, carente de atendimento de necessidades básicas, dos mais diversos direitos sociais e, até mesmo, individuais, há um “deslocamento do polo de tensão entre os poderes do Estado em direção à jurisdição (constitucional)”, conferindo, conseqüentemente,

⁷ 7 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Interpretação constitucional e criação judicial do direito**: contributo para a construção de uma doutrina da efetividade dos direitos fundamentais. Disponível em: . Acesso em: 14 out. 2022.

uma abertura das atribuições conferidas ao Poder Judiciário, uma vez que, agora, o intérprete deixa de apenas aplicar a lei, tal como no modelo estatal positivista, próprio da Modernidade, para dizer o direito no caso concreto, a partir do desenvolvimento de uma (re)leitura hermenêutica constitucionalmente adequada e em conformidade com a realidade social na qual a norma encontra-se inserida.⁸

A Judicialização, se caracteriza pela resolução pelo Poder Judiciário de conflitos de ordem política ou social em detrimento das instâncias políticas tradicionais, como Congresso Nacional e Poder Executivo e deveriam estar atuando de forma mais efetiva nestas questões.

Com efeito, a Judicialização no Brasil é uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou:

A primeira grande causa da expansão do Poder Judiciário no Brasil é, sem dúvida, a promulgação da Constituição de 1988, pois, além de consolidar a democracia, positivou inúmeros direitos e princípios, reconhecidos e elencados ao longo de seu texto. A CR/88 reavivou a cidadania, possibilitou que grande parcela da população adquirisse um nível maior conhecimento sobre seus direitos e garantiu meios para que os cidadãos fossem capazes de buscá-los perante juízes e tribunais.⁹

Alguns doutrinadores defendem que a judicialização da política e das relações sociais seria um embate de força entre os poderes políticos e o Poder Judiciário, onde este último termina por interferir e definir normas que competem às outras instâncias. Enxergam a judicialização como um desvio de função, porquanto o Judiciário extrapola o seu campo de atuação específico e interfere nos conflitos sociais.

É o que se extrai do texto “O Núcleo do Caso Contra a Revisão Judicial” de Jeremy Waldron:

Não fornece, como muitas vezes se afirma, uma maneira de uma sociedade se concentrar claramente nas questões reais em jogo quando os cidadãos discordam sobre os direitos; pelo contrário, distrai-

⁸ 8 SILVA FILHO, Edson Vieira da. MEDEIROS, Juliana Helena Almeida. **O protagonismo do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito: a diferença entre escolha e decisão judicial.** Revista Eletrônica Direito e Sociedade, Canoas, v. 10, n. 1, p. 125, abr. 2022.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.24. Disponível em: . Acesso em: 14 out. 2022.

os com questões secundárias sobre precedentes, textos e interpretação. E é politicamente ilegítimo, no que diz respeito aos valores democráticos: ao privilegiar o voto majoritário entre um pequeno número de juízes não eleitos e irresponsáveis, priva os cidadãos comuns e deixa de lado princípios acarinhados de representação e igualdade política na resolução final de questões sobre direitos.¹⁰

No que se refere à judicialização das relações sociais, as discussões ecoam principalmente em como os conflitos que surgem na sociedade vêm sendo dirimidos à luz do direito, no âmbito do conhecimento e da prática jurídica.

Coloca-se como cerne dessa discussão, o poder dado a uma autoridade judiciária em resolver os referidos conflitos, deixando os sujeitos sociais frequentemente à margem do seu direito de autogoverno.

Na visão de Robert Cover:

Dito de outro modo, todo o sistema pode ser prejudicado simplesmente porque não se pode esperar que os juízes entendam e sintam empatia por aqueles que são julgados. Ou seja, não se pode esperar que magistrados se importem com as consequências das suas decisões, eventualmente por não terem condições de interpretar eficientemente a condição/contingência do outro. Tais problemas interpretativos emergem justamente no âmbito da resolução da disputa, quando normas jurídicas relevantes estão sob desacordo semântico. Nesses casos é que as diferenças ideológicas apresentam maior potencial danoso.¹¹

Dessa forma, torna-se imprescindível debater sobre esse fenômeno, buscando incentivar as práticas alternativas de garantir direitos e resolver conflitos, constituídas como maneiras de possibilitar que as famílias e os outros segmentos da sociedade possam resgatar o controle da resolução de seus conflitos, sem recorrer a priori a um terceiro (Poder Judiciário) para decidir de forma especializada, mas alheia acerca de divergências próprias das relações sociais.

3. JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES

¹⁰ 10 WALDRON, Jeremy. **The Core of the Case Against Judicial Review**. The yale law journal, 2006, p. 1353(Tradução nossa)

¹¹ 11 COVER, Robert. **Narrative, Violence and the Law – The Essays of Robert Cover**. University of Michigan press, 1995. p. 1-93 (tradução nossa).

3.1 Breve histórico da evolução da família

Por encontrar-se em constante evolução e influenciada por diferentes aspectos sociais, culturais e religiosos, a entidade familiar é o instituto jurídico que mais sofreu transformações no decorrer do tempo.

Na família patriarcal tradicional do século XIX, a mulher exercia o papel de coadjuvante, e juntamente com os filhos eram totalmente submissos à autoridade paterna, não havendo espaço para homossexualidade, uniões informais ou filhos havidos fora do casamento.

Não se pode olvidar da grande influência do Direito Canônico na estruturação das famílias, que determinava que somente poderiam ser formadas a partir de cerimônias religiosas.

Para isso, a igreja elevou o casamento à categoria de sacramento¹². Assim, o homem e a mulher se uniam sob as bênçãos de Deus e se transformavam em um único ser físico e espiritual.

Vale destacar que o sacramento do casamento trazia consigo o dogma de que “o que Deus uniu, o homem não separa”, ou seja, somente a morte poderia separar o casal unido pelo matrimônio.

Nessa época, a igreja dedicava-se em atacar e proibir tudo aquilo que pudesse desagregar a família, como o aborto, o adultério e o concubinato, este último com existência de fato, entretanto de forma discreta.

Nas palavras de Conrado Paulino da Rosa, “inserida em nosso ordenamento jurídico somente pela Constituição Federal de 1988, as famílias que não eram constituídas segundo os laços do matrimônio enfrentaram décadas de negativas de direitos e preconceito social¹³”.

Malgrado o empenho da igreja na manutenção desse modelo de família, com o passar do tempo e a evolução da sociedade, formou-se um novo conceito

¹² Os sacramentos são sinais eficazes da graça, instituídos por Cristo e confiados à Igreja, por meio dos quais nos é dispensada a vida divina.

¹³ ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 66

de formação familiar, que passou a aceitar como fundamento para sua constituição, o elo do afeto, fazendo nascer a família moderna.

Consequentemente, o que era aceitável em épocas pretéritas, hoje, é intolerável pela sociedade, como o poder do pai sobre a vida e a morte dos filhos, anulação de casamento pelo marido se constatada a esterilidade da mulher.

Nesse sentido, em razão da evolução da sociedade e a consequente ampliação dos direitos e garantias inerentes a pessoa humana, que elimina qualquer forma de preconceito e discriminação, os costumes e a questão da moral vem evoluindo, sobretudo no que se refere a questão dos relacionamentos amorosos.

Pode-se vislumbrar os denominados relacionamentos abertos, os relacionamentos casuais, além da prática sexual sem vínculo afetivo, que em tempos anteriores era uma questão tratada com preconceito pela sociedade, que exigia da mulher a virgindade como requisito de dignidade e indispensável para a solenidade do casamento.

Sobrelevando as mudanças do instituto familiar, com o reconhecimento de diferentes formas de constituição de vínculo afetivo, ganharam proteção jurídica várias formas de organização familiar, como as uniões entre homossexuais, as famílias socioafetivas, monoparentais, unipessoais e multiespécies, que já existiam de fato, mas careciam de legitimação estatal.

Atualmente, é possível se deparar com discussões sobre a existência das famílias poliafetivas (famílias formadas por três ou mais pessoas), dentre outras possibilidades.

Sobre a democratização da família, Rolf Madaleno, leciona que:

Família larga ou estreita, de formatação variada, conforme os costumes, crenças, e ideologias de cada tempo. Qual a sua melhor e mais apropriada definição? Melhor expressa conceituá-la como família legítima ou legítima família? Absorveu traços da família romana, carregou conotações da Revolução Industrial e galgou estágios de uma modernidade e de pós modernidade. Durante muito tempo família de respeito no Brasil era aquela formada sob os bons desígnios da lei, através do casamento civil e sempre quando possível, fazia gosto fosse acrescido da cerimônia religiosa, num entusiástico acontecimento envolvendo duas animadas famílias. Como legítima modelagem familiar desse extenso território pátrio, pelo menos, a última Carta da República espantou a trava cultural de a família ser legítima por ter sido construída pela união do casamento civil, como também divorciou-se da noção nociva de que família só poderia ser formada por pais que tivessem se recebido em justas núpcias, dela advindo a prole. Jogava

para a marginalidade a família natural, largamente difundida e sem levar em linha mínima de consideração, ignorava solenemente a gritante realidade da família monoparental.¹⁴

Essas possibilidades de constituição familiar têm gerado inúmeras demandas, levando ao Poder Judiciário litígios que buscam dos novos direitos oriundos dessa diversidade de expectativas.

Essa é uma dinâmica natural sempre que os anseios se transformam em direitos, quando se considera que o reconhecimento legislativo por vezes encontra resistências, que são levadas ao Poder Judiciário.

Como resultado, observa-se que atualmente, houve um aumento na judicialização dos conflitos familiares. Todas as situações que anteriormente eram discutidas e resolvidas no âmbito privado das famílias, hoje é levado ao judiciário.

Diante desse cenário e dos problemas enfrentados pelos tribunais do país, em razão da avalanche de processos que buscam ao tutela do Estado nas questões familiares.

3.2. O fenômeno da judicialização das relações familiares

O processo de redemocratização da sociedade brasileira, reclamou uma crescente participação do Poder Judiciário, na tomada de decisão sobre questões variadas, envolvendo desde questões políticas até conflitos familiares.

Para acompanhar os avanços dos anseios sociais, principalmente no que se refere às relações familiares, foi necessário que o Direito tutelasse essas transformações, respaldando legalmente as novas situações que surgiram como a união estável, a adoção, a investigação da filiação, a guarda e o direito de visitas.

Essas mudanças ampliaram a gama de direitos e deveres, mas igualmente houve um aumento dos conflitos e das inquietudes familiares levados ao crivo do judiciário.

¹⁴ 14 MADALENO, Rolf. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 149.

Vale lembrar que o interesse jurídico só contempla os casos em que há insatisfação com a dinâmica funcional da família, aqui compreendida como uma divergência de pretensões.

A legislação brasileira, impõem a responsabilidade do cuidado sobre a família aos seus integrantes. Esse conjunto de normativas, regulado juridicamente, intervêm nas relações familiares e objetivam disciplinar e regular os direitos e deveres que compõem esse instituto.

Essa intervenção cada vez mais diligente nas referidas relações acabou por desencadear o fenômeno conhecido como judicialização, cujo resultado é um Poder Judiciário submerso em um número cada vez mais expressivo de ações que buscam resultados objetivos para conflitos permeados de elementos subjetivos, tarefa que se configura em um trabalho árduo para os juízes.

Consoante nos ensina Ronald Dworkin, toda interpretação do direito é uma interpretação construtivista, no sentido de permitir uma atuação “criativa dos juízes” para decidir os casos concretos como forma de atualização do próprio ordenamento, não poderá desconsiderar as regras do ordenamento em si e nem as interpretações que os outros juízes deram a casos semelhantes, sob pena de a “obra” apresentar-se fragmentada, ou seja, sem coerência.¹⁵

No campo das relações familiares, a judicialização é atribuída múltiplas causas, desde o vácuo deixado pelos poderes Executivo e Legislativo até a falta de efetividade dos pais no exercício da paternidade e da maternidade, transferindo esse poder para juízes e tribunais.

As questões referentes ao direito das minorias, como o respeito às escolhas individuais, têm destaque no fenômeno da judicialização, como as demandas das entidades familiares compostas por cônjuges do mesmo sexo fundamentadas no princípio da dignidade da pessoa humana. Os avanços no reconhecimento destas entidades ocorreu a princípio por decisões isoladas de alguns tribunais no Brasil, formando precedentes que acabaram por institucionalizá-la.

Outras questões familiares como pedidos de adoção de crianças por casais homoafetivos, pedidos de inclusão de companheiro homoafetivo como dependente para efeito de pensão previdenciária ou em planos de saúde,

¹⁵ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. P. 296

pedidos de alteração de registro de nascimento de transexuais, dentre outras demandas, impulsionaram o Judiciário a assumir o papel de agenciador das transformações sociais, legitimando possibilidades antes excluídas socialmente.

Observa-se, nesse sentido, a tendência de atribuir ao Poder Judiciário a função de referendar o que é certo, atribuindo-lhe o poder de quebrar paradigmas e instituir novos conceitos, como por exemplo as ações judiciais decorrentes da nova concepção de vínculo socioafetivo, como os pedidos de adoção por padrastos, pedidos de guarda e visitação ajuizados por tios ou avós e até mesmo pedidos de indenização por abandono afetivo. Referidas ações se fundamentam no novo conceito de família, no qual o vínculo afetivo foi reconhecido como preponderante ao vínculo biológico.

No campo do direito da criança e do adolescente, a “judicialização” segue as diretrizes do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90), por meio do qual o Judiciário passou a disciplinar a conduta dos pais e a proteger o direito dos filhos. Essa interferência, com aplicação de medidas contra pais em conflito com filhos, é vista por muitos como um policiamento da vida privada.

Ato contrário, quando a situação envolve a punição de pais envolvidos em maus-tratos aos filhos, a interferência do Estado através do Poder Judiciário, é exigida pela sociedade e ovacionada quando efetivada.

A questão ficou tão controversa que chegou-se ao ponto de famílias recorrerem ao Judiciário para resolver conflitos domésticos com filhos adolescentes, fundamentadas na obrigação do Estado de protegê-los.

O fenômeno da judicialização familiar está atrelada ao processo de transformação da família ao longo dos séculos. Mudanças ocorridas na legislação privilegiam a vontade do Estado sobre a autoridade paterna no domínio doméstico, levando o juiz para uma posição de árbitro dos conflitos familiares.

Essas mudanças se inserem na linha pós-positivista, caracterizada por uma estrutura de codificação aberta e flexível, na qual o juiz passa a ser o elemento que dá possibilidade à judicialização dos conflitos.

A judicialização implica em consequências como o provável aumento do número de demandas, congestionamento do aparelho judiciário, eternização dos litígios familiares, necessidade de mais juízes, mais funcionários, mais recursos, cidadão insatisfeito, desequilíbrio entre os Poderes e Estado em descrédito.

Ao tratar dessa matéria, Maurizio Fioravanti discorre que o direito é expresso em textos normativos que buscam racionalizar o Estado, estabelecendo vínculos e limites aos poderes instituídos. Os instrumentos normativos são meios pelos quais se regula o Estado, no qual se insere a jurisdição. O pluralismo se insere no estado jurisdicional, com características opostas ao estado absoluto. Em outro aspecto, umas das principais virtudes desse estado jurisdicional é a possibilidade de haver distintas disposições e equilíbrios entre as instituições, estabelecendo com elemento central um aspecto de pluralidade ao princípio norteador da soberania.¹⁶

Em outras palavras, a judicialização dos conflitos familiares é como um vínculo existente entre a vida familiar e a presença do Estado por meio da resolução dos conflitos existentes nessas relações, que surgiram a partir do declínio da família tradicional, do fenômeno da adolescência tardia, da alteração dos conceitos e das funções de paternidade e maternidade, a inclusão das diferentes formas de composição da família legitimadas jurídica, social e economicamente, bem como pela supremacia de alguns direitos individuais sobre o caráter privado da família, principalmente no que se refere ao direito das crianças.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, vale destacar a dificuldade em se abordar o tema família, seja porque estudar esta matéria nos remete a uma realidade particularmente próxima a nós, ou por se tratar de entidade em constante modificação, de modo que as inúmeras possibilidades de arranjos familiares podem gerar inúmeras situações de conflito.

Nesse contexto, as relações familiares possuem uma grande complexidade o que dificulta a sua compreensão, enquanto instituto do Direito de Família que apresenta diferentes dimensões ao mesmo tempo, ora protetiva, ora produtora de conflitos. Na gestão de tais conflitos, o ordenamento jurídico-

¹⁶ FIORAVANTE, Maurizio. **Estado y Constitución**. 2004.

legal brasileiro prevê a intervenção de diversas instituições, inclusive do Poder Judiciário.

Após a redemocratização da sociedade brasileira, houve um aumento expressivo na participação do Poder Judiciário, na tomada de decisão sobre questões variadas, envolvendo desde questões políticas até conflitos familiares.

Observa-se que com as transformações ocorridas nas relações sociais, principalmente no que se refere às relações familiares, o Direito se obrigou a tutelar esse instituto, respaldando legalmente as novas situações que surgiram como a união estável, a adoção, a investigação da filiação, a guarda e o direito de visitas e por consequência abriu o leque de direitos e deveres e, na mesma medida propiciou o crescimento dos conflitos e das inquietudes familiares levados ao crivo do judiciário.

Nota-se que objetivando disciplinar e regular os direitos e deveres que compõem a família, a legislação brasileira, a despeito de impor a responsabilidade do cuidado sobre esse grupo, aos seus integrantes, estabeleceu um conjunto de normativas, regulado juridicamente, intervêm efetivamente nessas relações.

Essa interferência diligente nas referidas relações acabou por desencadear o fenômeno conhecido como judicialização, cujo resultado é um trabalho árduo para os juízes na medida em que o Poder Judiciário acabou submerso em um número cada vez maior de ações que buscam resultados objetivos para conflitos permeados de elementos subjetivos.

A judicialização no campo das relações familiares é atribuída a múltiplas causas, dentre elas, as lacunas deixadas pelos poderes Executivo e Legislativo e a falta de efetividade dos pais no exercício da paternidade e da maternidade, que transferiram essa responsabilidade para juízes e tribunais.

Da mesma forma, contribuem para a efetivação desse fenômeno, a insuficiência de oferta de políticas públicas que atuem na origem dos conflitos, bem como que possibilitem o acesso a outras formas para sua resolução.

Têm se destacado no fenômeno da judicialização, questões referentes ao direito das minorias, o respeito às escolhas individuais, como as demandas das entidades familiares compostas por cônjuges do mesmo sexo fundamentadas no princípio da dignidade da pessoa humana. Os avanços no reconhecimento destas entidades ocorreu a princípio por decisões isoladas de

alguns tribunais no Brasil, formando precedentes que acabaram por institucionalizá-la.

Nesse sentido, a promulgação da Constituição da República disponibilizou inúmeros direitos que até então eram desconhecidos a seus cidadãos e, para garantir a sua efetivação, reservou ao Poder Judiciário um papel influente nas relações sociais. Com isso, atualmente a sociedade tem buscado, através desse canal, respostas para problemas cada vez mais em âmbitos da vida cotidiana.

Denota-se que com o aumento na judicialização dos conflitos familiares, questões que antes era abordado e elaborado no âmbito privado das famílias, hoje é encaminhado como demanda ao judiciário, em função de inúmeros aspectos e além dos já mencionados neste texto, encontra-se na contemporaneidade uma dificuldade no diálogo, na comunicação entre os integrantes da família.

Não há que se negar, que o Judiciário tem agido como um forte contribuinte à realização das políticas públicas, um fator decisivo para a efetivação dos direitos fundamentais, inclusive no que se refere à proteção do Estado da entidade familiar.

Entretanto, essa flexibilização que ocorre no princípio da separação dos poderes, quando o Judiciário atua no vácuo dos Poderes Legislativo e Executivo, não pode ocorrer de forma excessiva para que não se rompa o sistema de “pesos e contrapesos”.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica. São Paulo, Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.24. Disponível em: . Acesso em: 14 out. 2022.

BAUMAN, Zygmunt. Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

COVER, Robert. Narrative, Violence and the Law – The Essays of Robert Cover. University of Michigan press, 1995.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Interpretação constitucional e criação judicial do direito: contributo para a construção de uma doutrina da efetividade dos direitos fundamentais. 2022.

DIAS, Maria Berenice. Direito das famílias. São Paulo: Juspodivm, 2022.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: família.

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

FIORAVANTE, Maurizio. Estado y Constitución. 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze, FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo curso de direito civil: direito de família. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2021.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Revista de Direito Administrativo. 2006.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Estudos de direito de família e pareceres de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LEITE, Glauco Salomão. Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2017.

MADALENO, Rolf. Direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ROSA, Conrado Paulino da. Direito de Família Contemporâneo. Salvador: Juspodivm, 2020.

SILVA FILHO, Edson Vieira da. MEDEIROS, Juliana Helena Almeida. O protagonismo do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito: a diferença entre escolha e decisão judicial. Revista Eletrônica Direito e Sociedade, Canoas, v. 10, n. 1, p. 125, abr. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. The yale law journal, 2006.