

**ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR**

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA**

**(ASCES-UNITA)**

**CURSO: BACHARELADO EM DIREITO**

**PEDRO HENRIQUE CORDEIRO DA SILVA**

**ATIVISMO JUDICIAL E O DIREITO À LUZ DA MODERNIDADE  
LÍQUIDA EM ZYGMUNT BAUMAN: UMA ANÁLISE**

**CARUARU**

**2019**

PEDRO HENRIQUE CORDEIRO DA SILVA

**ATIVISMO JUDICIAL E O DIREITO À LUZ DA MODERNIDADE  
LÍQUIDA EM ZYGMUNT BAUMAN: UMA ANÁLISE**

Artigo científico apresentado à coordenação do núcleo de trabalhos de conclusão de curso, do Centro Universitário Tabosa de Almeida (ASCES-UNITA), requisito parcial para a aquisição de grau do Curso de Bacharelado em Direito.

Orientador: Saulo Miranda

**CARUARU**

**2019**

## RESUMO

O presente estudo busca analisar o fenômeno do Ativismo Judicial, realizando as devidas ponderações a respeito de outros temas relacionados, como a Autocontenção Judicial e a judicialização, a partir do conceito de Modernidade Líquida trazida pelo filósofo e sociólogo Zygmunt Bauman. Considerando que o direito é historicamente moldado aos anseios de uma dada sociedade é possível avaliar o quanto a sociedade líquida ou pós-moderna exerce influência sobre a cosmovisão jurídica. Como parâmetro analítico, a presente pesquisa serve-se de uma área específica do Direito Civil, o Direito de Família, mais especificamente os conceitos de família do código civil de 1916 em relação o código civil de 2002, e a recente decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito das uniões homoafetivas, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, que ampliou o conceito de família. A pesquisa identifica as metamorfoses do conceito de família a partir dos processos de mudança social e cultural, tendo como pano de fundo a perspectiva da sociedade pós-moderna associado à ideia da Modernidade Líquida. O trabalho está fundamentado na aplicação do método indutivo e utiliza como instrumentos de pesquisa a revisão bibliográfica, análise legislativa e jurisprudencial.

**Palavras-chave:** Ativismo Judicial. Autocontenção Judicial. Judicialização. Modernidade Líquida. Direito de Família. Conceito de Família.

## ABSTRACT

The current study aims to analyze the phenomenon of judicial activism, performing the appropriate ponderations regarding other related issues, such as judicial self-restraint and judicialization, from the concept of liquid modernity brought by the philosopher and Sociologist Zygmunt Bauman. Considering that the law is historically shaped to the desires of a given society it is possible to assess how much the net or postmodern society exerts influence on the legal worldview. As analytical parameter, this research makes use of a specific area of civil Right, family Right, more specifically the concepts from the Civil Code family of 1916 compared to the Civil Code of 2002, and the recent decision of the Supreme Federal Court about homoaffective unions, in the direct action of unconstitutionality 4277 and in the discompliance of Fundamental Precept 132, that amplified the concept of family. The research identifies the metamorphoses of the concept of family from the processes of social and cultural change, having as background the perspective of the postmodern society associated to the idea of the liquid modernity. This work is based on the application of the inductive method and uses research, Literature review, legislative and case law analysis.

**Keywords:** Judicial activism. Judicial self-restraint. Judicialization. Liquid modernity. Family Rights. Family concept.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>5</b>
<b>2 ATIVISMO JUDICIAL.....</b>	<b>6</b>
2.1 ORIGENS, CONCEITOS E CONTROVÉRSIAS.....	6
2.2 RELAÇÕES E DIFERENÇAS ENTRE ATIVISMO JUDICIAL, JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO E A AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL.....	10
2.3 ORIGEM DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL.....	14
<b>3 MODERNIDADE LIQUIDA EM ZYGMUNT BAUMAN.....</b>	<b>16</b>
3.1 MODERNIDADE LIQUIDA E O DIREITO.....	18
3.2 MODERNIDADE E O ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE DO CONCEITO DE FAMÍLIA.....	20
<b>4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>25</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>28</b>

## 1. INTRODUÇÃO

O Ativismo Judicial é um assunto debatido constantemente por doutrinadores, juristas e estudantes, gerando em uma escala global numerosas controvérsias acerca do tema. Há aqueles que concordam, tendo por base argumentativa, concretização de direitos e a criação de novos não abarcados pelo ordenamento jurídico; e aqueles que discordam que consideram-no como instrumento jurídico invasivo da competência legislativa inerente ao Poder Legislativo. Em face científica, expandimos o debate sobre o Ativismo Judicial a uma nova escala.

Buscamos no trabalho levar à luz as diferentes correntes sobre o tema, para tanto traçamos os momentos históricos de sua origem no Brasil e no restante do mundo. Como forma de melhor elucidação, realizamos as devidas ponderações a respeito de outros assuntos relacionados com o tema, como a judicialização do direito e a Autocontenção Judicial, sem deixar de abordar as linhas doutrinárias que posicionam-se de maneira contrária ao tema. Tivemos como panorama, estabelecer ligações entre o Ativismo Judicial e a Modernidade Líquida proposta pelo filósofo e sociólogo Zygmunt Bauman.

Vivemos em meio à pós-modernidade, e junto dela vieram constantes transformações. O que antes era considerado sólido socialmente deixou de ser, a regra agora é o constante estado de liquidez e fluidez das regras sociais. O direito como instrumento representativo dos anseios da sociedade em um dado momento histórico, não ficaria avesso aos efeitos desse novo contexto social.

Bauman buscou em suas obras, através de uma análise crítica, realizar uma visão sócio-filosófica das realidades sociais. Para tanto, ele enumera duas realidades distintas: A modernidade sólida, onde as regras e as condutas sociais e jurídicas eram rígidas, não tendo espaço para mudanças abruptas; e a Modernidade Líquida, estágio atual da sociedade, onde as normas sociais, legais e políticas estão cada vez mais voláteis, moldando-se não mais aos padrões anteriormente impostos, mas as preferências individuais.

Analizamos o quanto essa nova realidade social exerce influência nas decisões tomadas pelo judiciário pátrio, e o quanto a lei poderá sofrer com as constantes mudanças de pensamento e visão de mundo que as sociedades pós-modernas vivem.

O Supremo Tribunal Federal foi um dos enfoques, por ser o órgão designado a proteger e interpretar a Constituição Federal, função esta que o deu possibilidade de

assumir uma postura ativista. Nele procuramos relacionar à Modernidade Líquida as decisões proativas tomadas, tendo por parâmetro o grau de influência da Modernidade Líquida nestas decisões.

Quando avaliamos o STF e o direito brasileiro, tomamos como enfoque as mudanças de entendimento do conceito de família do antigo código civil de 1916, passando pela atual Constituição Federal, chegando ao Código Civil de 2002, e por fim a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, que modificaram ainda mais o conceito de família.

Utilizamos neste trabalho o método indutivo, onde partimos do pressuposto que de fato a Modernidade Líquida exerce influência sob o direito atual. Para tanto criamos mecanismos que liguem um assunto ao outro com a análise de diferentes ângulos sobre o tema, buscando o que de mais atual existe em matéria de artigos, livros e jurisprudência. Quando fizemos isto geramos bases firmes para uma maior validação do objetivo geral, que foi apresentar e conceituar os fenômenos; e específico, que foi estabelecer a relação entre o Ativismo Judicial e o direito à Modernidade Líquida.

## **2. ATIVISMO JUDICIAL**

### **2.1 Origens, Conceitos e Controvérsias.**

Existem muitos conceitos a respeito do tema, e divergências em relação a sua origem e criação. Não poderíamos antes de conceituar, deixar de delimitar as origens do Ativismo em dois alicerces: As primeiras aplicações no judiciário; e a origem do termo “Ativismo Judicial”.

Para Clarissa Tassinari o Ativismo em quanto aplicação no judiciário, surgiu em 1803, nos Estados Unidos da América, em discussão referente ao empossamento de William Marbury como Juiz de Paz (TASSINARI, 2013, p. 14).

O Ministro Luís Roberto Barroso aduz que a origem datasse de 1857, quanto a Suprema Corte dos Estados Unidos, firmou entendimento sobre segregação racial e seu amparo legal (BARROSO, 2009, p. 7). O Eminentíssimo Ministro elenca outras situações que o poder judiciário americano apresentou uma postura proativa na concretização de direitos, versa Barroso,

Foi na atuação proativa da Suprema Corte [...] para a invalidação das leis sociais em geral (Era Lochner, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). 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 (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973). (BARROSO, 2012, p. 7)

Percebemos que o fenômeno ativista norte-americano atuou em dois espectros políticos: o da direita, notadamente a época, conservadora; e da esquerda, principalmente inspirado pelos movimentos revolucionários do início do século XX. Portanto, do ponto de vista histórico, o caráter proativo dos Poderes Judiciários moldou-se de acordo com os elementos sociais e políticos de cada uma das épocas.

O Ativismo Judicial, em quanto termo, somente surge nos 1947 pelo o historiador e político Arthur Schlesinger Jr, em um artigo publicado na Revista *Fortune*. Para DIMOULIS e LUNARDI, 2012, p. 460 “O termo foi utilizado para comentar as linhas de atuação da Suprema Corte na época do New Deal:”.

Sobre as linhas de atuação, acima supracitadas, explana-se ainda que,

a primeira linha (liderada pelos juízes Douglas e Black) entendia que a Suprema Corte pode desempenhar um papel de efetivação de políticas para a promoção do bem-estar social com base nas concepções políticas dos juizes. A segunda linha (liderada por Jackson e Frankfurter) defendia uma postura de auto-contenção judicial, deixando o cuidado para as políticas públicas aos poderes eleitos pelo povo. (DIMOULIS E LUNARDI, 2012, p. 460)

Os comentários trazidos por DIMOULIS e LUNARDI deixam claro um conflito entre a aplicação efetiva do princípio da separação de poderes e a sua mitigação frente ao caso concreto, tendo por base a efetivação de direitos. Ambos os conflitos serão tratados em momento oportuno, mas em juízo prévio, estaríamos diante da Autocontenção Judicial e do Ativismo.

A primeira linha foi considerada como o Ativismo Judicial (KMIEC, 2004), mas ainda não deu-se um conceito ao fenômeno jurídico-político e a postura na aplicação jurisdicional ativista (DIMOULIS E LUNARDI, 2012, p. 461).

Passados mais de 70 anos desde surgimento do termo percebemos que o Ativismo desenvolveu-se mundialmente em profunda consonância com a primeira linha da suprema corte, como versa Barroso,

Em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se em determinadas quadras históricas como protagonista de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade. (BARROSO, 2012, p. 1)

Esse entrelaçamento a primeira linha, reflete-se na própria conceituação do termo apresentada por Luís Roberto Barroso, que define como,

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. 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, 2012, p. 6)

As características do tema elencadas por Barroso em sua conceituação podem ser divididas em dois pontos: A celebração de direitos já previstos na Constituição, mas que não foram efetivados pelas outras esferas de poder; e/ou a ampliação e proteção de direitos, ou até mesmo a criação de novos. Esta elasticidade conceitual que Barroso traz, suscita inúmeros debates acerca da postura proativa do judiciário e produz outras conceituações como a do doutrinador Elival da Silva Ramos, apontando que o Ativismo Judicial,

É a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes. (RAMOS, 2013, p. 116)

Questão importante citada pelo mesmo professor, que serve como complementação ao seu conceito, é o “afastamento do Poder Judiciário dos limites de sua competência para aplicar a Constituição”. Esse trecho do seu pensamento demonstra a profundidade do tema e a possível característica de revisão constitucional.

Na esteira do conceito do professor Elival Ramos, o grande doutrinador Luiz Flavio Gomes, revela que o Ativismo Judicial seria uma espécie de intromissão na função principal do Poder Legislativo, que é a de legislar, onde o juiz assumiria uma postura de criador de “novas leis” que não estão contempladas no ordenamento jurídico (GOMES, 2009, n.p). Além da intromissão na função típica do legislativo, o Ativismo estaria fazendo às vezes de poder executivo, quando no campo concreto, celebraria a criação de políticas públicas inerentes às funções administrativas. (GOMES, 2009, n.p).

Ao partimos dos diferentes conceitos aqui trazidos, podemos definir o Ativismo judicial como postura proativa do Poder Judiciário na concretização, preservação e criação de novos direitos, adentrando-se nas funções típicas das outras duas esferas de poder, para que sejam solidificadas as garantias constitucionais ora vigentes, tendo por base de ação: (I) A postura inerte dos poderes; e (II) A caráter dispendioso do processo legislativo.

Como bem dizemos o Ativismo Judicial está longe de ser um consenso entre os doutrinadores. Para alguns o Ativismo é algo ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais, como fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública. (STRECK, 2016, p. 724)

As abordagens críticas ao tema continuam com os dizeres do doutrinador VIANNA, em trecho que encaixasse a conduta ativista que,

Intuitivo que a judicialização da política vem trazendo consigo a politização do Judiciário, em particular dos seus órgãos superiores. Não se pode argumentar, como tão frequente, que nossas instituições são resilientes e estão funcionando — diante do quadro que aí está talvez nem o Doutor Pangloss ousasse uma platitudes de gênero tão *naiif*. Há uma situação de alto risco em nossas instituições e no tecido da vida social. (VIANNA, 2016, n.p)

A partir das abordagens críticas de GOMES e LIMA, é possível constatamos que o Ativismo Judicial exerce intromissão a função principal do Legislativo, e no campo fático uma ligação entre as decisões tomadas e as visões pessoais dos magistrados.

## **2.2 Relações e Diferenças Entre Ativismo Judicial, Judicialização do Direito e a Autocontenção Judicial.**

Antes de entramos propriamente no estudo do Ativismo Judicial no direito brasileiro, não poderíamos deixar de fazermos as devidas ponderações e diferenciações acerca desses

outros dois temas, Judicialização do Direito e Autocontenção Judicial, que nutrem relação com o objeto de estudo deste Artigo.

O Ministro Luiz Roberto Barroso, falando sobre a Judicialização, define com maestria este processo como,

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. (BARROSO, 2012, p. 3).

Na abordagem fenomenológica feita por Barroso, percebemos claramente uma intrínseca relação entre o Ativismo e a Judicialização, mas devemos traçar previamente o momento histórico que a Judicialização surgiu no direito brasileiro. Segundo o mesmo autor a Judicialização vem em decorrências de alguns fatores: (I) A redemocratização do Brasil, tendo como apogeu a promulgação da Constituição Federal que ora vige; (II) O Judiciário nas últimas décadas deixou de ser um poder meramente técnico-especializado, passando a ter vieses de poder político, celebrando no campo fático os dizeres da Constituição; e (III) Uma nova remessa de ministros do supremo tribunal federal desprendidos do antigo regime militar. (BARROSO, 2012, p. 3)

Dois pontos Elencados por Barroso são essenciais para entendemos a Judicialização, e por ato contínuo, o Ativismo. São eles: a redemocratização; e a mudança do Judiciário de técnico para poder político. (LEITE, 2014, p. 7). Com o surgimento da nova Constituição, apreende em sua natureza, uma característica garantidora de direitos, essa nova natureza em consonância com a postura mais política e ativa do Poder Judiciário, culminou no surgimento da Judicialização e do Ativismo. Há de ressaltamos que a Judicialização tem enorme relação também, com a postura inerte dos outros dois poderes nas últimas décadas.

Além dos dois pontos aludidos no parágrafo anterior, existe uma segunda causa, é a chamada constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. (BARROSO, 2012, p. 3)

Esta inovação veio influenciada por outros eventos constitucionais ocorridos internacionalmente, com início na Constituição de Portugal (1976) e da Espanha (1978). Tal inovação em certo ponto representou uma espécie de desconfiança em relação ao legislador e ao mesmo tempo uma ambição pela preservação e solidificação de direitos, onde estes direitos constitucionais, no caso de mitigação, poderiam ser alvos de ações judiciais. (VIEIRA, 2008, p. 443)

A Judicialização assim como o Ativismo, aparece como uma tendência global que reverberou na criação das novas constituições em diferentes países. No caso Brasileiro existe também outro fator que colaborou com o fenômeno da Judicialização: o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é um dos mais abrangentes do mundo. Barroso fala de maneira brilhante sobre o sistema aludido, *in verbis*:

Referido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, **pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional**. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas. (BARROSO, 2012, p. 4)

Essa característica ampla de controle de constitucionalidade criou uma espécie de “descentralização” e coordenação de averiguação constitucional, como versa trecho destacada da citação acima transcrita. Tal premissa impreterivelmente daria causa ao surgimento da Judicialização e conseqüentemente do Ativismo, tendo em vista a enorme liberdade que fora dada ao juiz na averiguação da lei ao caso concreto. (MENDES, 2012, p. 81)

Podemos extrair dos pontos causadores elencados por Barroso que: (I) O estopim no caso brasileiro, foi a redemocratização e o surgimento de juízes mais progressistas; (II) A Judicialização vem em conjunto com a criação de Constituições mais abrangentes em direitos e em controle constitucional; e (III) Na nossa Constituição fora aglutinados elementos que a deixaram-na cada vez mais abrangente, permitindo que o juiz no exercício de suas funções pudesse no caso concreto, ampliar o direito ou até mesmo suscitar inconstitucionalidades legais.

Diferentemente da Judicialização e do Ativismo, existe a Autocontenção Judicial, que aparece em completa ou parcial oposição as primeiras. A Autocontenção surge como uma oposição ao Ativismo Judicial, buscando reduzir o grau de interferência jurídica nas ações dos outros poderes. A conduta auto contenciosa dos magistrados,

(i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. (BARROSO, 2012, p. 7)

Dos três pontos apresentados por Barroso, podemos claramente perceber um total antagonismo em relação ao Ativismo Judicial. Essa ruptura fica evidente no ponto (i) e (ii), ambas características quase que inerentes as condutas ativistas.

Apresentando outra conceituação, Dimitri Dimoulis e Soraya Gasparetto, falam que na Autocontenção Judicial,

Exige-se que os juízes evitem intromissões intensas e freqüentes na esfera de liberdade do legislador. Trata-se da doutrina da autocontenção (self-restraint) do Judiciário, fortemente presente nos Estados Unidos. Critério básico é o requisito de inconstitucionalidade clara-evidente, aplicando-se a “regra do caso duvidoso”. Na dúvida, prevalece a opção do legislador, devendo o julgador abster-se de declarar a inconstitucionalidade: *in dubio pro legislatore*. (DIMOULIS; GASPARETTO, 2012, p. 468)

Os autores nesse trecho, ligados as correntes que defendem a Autocontenção, demonstram uma preocupação em relação ao Poder Legislativo e sua função legiferante, isso deve-se: (I) A precisa preservação da separação dos poderes; e (II) a função legislativa que é típica do Poder Legislativo. Portanto, quando discorrem sobre o “*in dubio pro legislatore*”, estar-se-ia preservando a separação dos poderes e as suas típicas competências.

A dicotomia presente entre o Ativismo e a Autocontenção estão contempladas em um mesmo sujeito, o juiz. O magistrado que seguir uma dessas condutas sofrerá críticas, para isso seja evitado DEMOULIS e GASPARETTO sugerem,

Na substância, a proposta de autolimitação do Judiciário apresenta um argumento quantitativo (...). Segundo a visão da autolimitação quantitativa, o Judiciário não pode permanecer sem reação perante claras violações da Constituição pelos legisladores. Essa seria uma postura passivista que faria o juiz abdicar de seu papel. Por outro lado, o juiz tampouco deve ser ativista, intervindo demasiadamente em problemas políticos julgados pelo legislador. O juiz que afasta ou até reformula as leis com base em seus entendimentos

personais em casos controvertidos, ultrapassa o limite de suas competências e fere a separação de poderes. Evitando tanto o passivismo como o ativismo o juiz deve encontrar uma espécie de equilíbrio indicado pela tese da autolimitação. (DIMOULIS; GASPARETTO, 2012, p. 469)

A autolimitação do judiciário defendida pelos autores coaduna com uma conduta necessária na atuação do juiz, o equilíbrio. No exercício de suas funções o juiz deve ser equilibrado em cada um dos estágios, inclusive, nas diferentes formas de interpretação legal ao caso concreto e nas funções políticas dos outros poderes. O controle de constitucionalidade deverá ser realizado com profundo cuidado, em respeito ao princípio basilar do Estado brasileiro, a separação dos poderes.

A conduta Ativista e a Autocontenção são alvos de constantes embates entre aqueles que defendem uma postura mais proativa ou comedida. DEMOULIS e GASPARETTO Explicam de forma excepcional o porquê dessa discrepância, aduzem,

Se todos os fiscais da Constituição interpretam a mesma Constituição como se explicam as contínuas divergências de opinião? Do ponto de vista da teoria do direito, essas divergências são devidas a três fatores. Primeiro, aos interesses políticos conflitantes que influenciam as decisões dos aplicadores. Dando um exemplo simples. O estudante que deve dez reais ao seu colega de sala dificilmente negará a dívida. O empresário que deve dez milhões de reais à Previdência Social encontrará dezenas de argumentos jurídicos para questionar sua dívida. Segundo, à baixa densidade normativa da maioria dos dispositivos constitucionais que favorece a apresentação de variados argumentos a favor ou contra determinada tese. Terceiro, à falta de consenso sobre os métodos de interpretação jurídica, sendo possível embasar entendimentos divergentes em métodos diferentes. (Dimoulis; Gasparetto, 2012, p. 466)

As três explicações apresentadas pelos autores desembocam em outra problemática do Poder Judiciário. Atualmente é tido pelo próprio Poder Judiciário que é de sua competência proferir a “palavra final” sobre a constitucionalidade e a interpretação constitucional “Somos os únicos da República, conforme dito várias vezes aqui, que podemos errar por último” (DEMOULIS; GASPARETTO, 2012, p. 467). Tal tese é sustentada por diversos doutrinadores como forma de ordenação e pacificação definitiva das relações jurídicas, propiciando segurança jurídica.

Como diversas questões inerentes ao direito, a tese da “palavra final” poderia incorrer em um atentado contra a democracia. Para que seja evitado isso, os autores defendem que no momento em que o magistrado estiver a interpretar os direitos constitucionais deverá sempre levar em consideração o grau de equivalência dos poderes em dados assuntos constitucionais,

como de evitar-se possíveis “despotismo” do judiciário, dando um grau de uniformidade e respeitabilidade as diferentes interpretações. (DIMOULIS; GASPARETTO, 2012, p. 467)

Nos três assuntos abordados nesta subseção, percebe-se claramente que estes fenômenos apresentados mantêm nítida relação a um princípio constitucional, a separação de poderes. A discursão desses temas não pode ser feita sem antes atemos a tamanho princípio, seja por aqueles que militam por um maior Ativismo Judicial e uma maior Judicialização, ou por aqueles que argumentam em proou de uma postura de maior Contenção Judicial.

### **2.3 Origem do Ativismo Judicial no Brasil**

No Brasil o Ativismo judicial está intrinsecamente ligado com o surgimento da Constituição Federal de 1988 que estabeleceu mecanismos ampliativos da zona de atuação do Poder Judiciário, como aduz Flávia Danielle Santiago Lima,

realmente coube a CF-88 a transformação do papel do Judiciário no sistema político brasileiro, pelo desenho institucional que promove, mas também por seus dispositivos materiais que permitem a tradução de demandas políticas na linguagem jurídica, tornando-as “judicializáveis”, diante de um texto analítico, que permite que as mais diversas expectativas – e doutrinas – sejam criadas em seu nome. (SANTIAGO LIMA, 2013, p. 189)

Ciro Varcelon Contin Silva em consonância com SANTIAGO LIMA, quando versa sobre o texto analisado, apresenta um nos fatores constitucionais determinantes para o surgimento do Ativismo,

foi conferida uma força normativa à Constituição pátria, uma vez que a sua estrutura se encontra repleta de princípios. [...], a incorporação de tais normas principiológicas pode conceder uma margem para a realização de interpretações construtivistas do Direito, dando azo a julgados distintos sobre um mesmo assunto, conforme as perspectivas dos julgadores. (SILVA, 2013, n.p)

Quando fazemos um contraponto entres as visões dos diferentes autores, podemos extrair duas explicações: (I) A Constituição Federal deu de fato maiores poderes interpretativos ao Poder Judiciário; e (II) Tais poderes sustentam-se em virtude de uma maior base principiológica e de mecanismos constitucionais.

Para entendermos melhor o por que de a atual Constituição ter dado ensejo ao Ativismo, é importante elucidarmos como eram as características das anteriores constituições que,

A normatização da revisão judicial em cartas anteriores permite afirmar precedentes indicativos do direcionamento às instituições judiciais das demandas amparadas em normas jurídicas, ainda que a possibilidade de interferência judicial fosse limitada. Tradicionalmente, apesar de sua relevância como “árbitros dos conflitos políticos”, os juízes estavam devidamente circunscritos pela função que lhes cabia na distribuição entre os poderes, por expressos mecanismos normativos de restrição e, ainda, por outras pressões políticas. (SANTIAGO LIMA, 2013, p. 188)

No texto citado fica claro que as constituições anteriores tinham enormes preocupações com a preservação da separação dos poderes, tendo pouquíssimas margens para atuação ativistas por parte dos magistrados, onde mesmo que existissem juízes com posturas mais progressistas eram limitados pelas restrições legais das ordens constitucionais da época.

Ressaltamos que os juízes não estavam completamente aquém dos sistemas políticos, como preleciona SANTIAGO LIMA,

Contudo, os juristas – e os juízes – sempre participaram ativamente do sistema político brasileiro, de distintas formas. É possível identificar um longo processo de reforço da magistratura, que teve na Constituição de 1891, com a adesão aos pilares da democracia estadunidense - separação de poderes, federação e controle de constitucionalidade - o prenúncio da prerrogativa de anular os atos dos demais poderes. ( SANTIAGO LIMA, 2013, p. 188)

Portanto, os eventos constitucionais, a começar da Constituição de 1891, foram essenciais para a formação da atual Constituição, caracterizada como já dito, pela ampliação de direitos e da atuação do judiciário frente à consagração fática dessas garantias. SANTIAGO LIMA deixa claro essa constatação constitucional,

A discussão sobre os conteúdos constitucionais encontra respaldo no texto vigente que, amparado por um projeto redemocratizante, positivou os mecanismos da democracia representativa e participativa. A previsão dos meios de canalização das expectativas da “comunidade de intérpretes” às instituições estatais, os mecanismos de defesa popular dos direitos coletivos e difusos – como a ação civil pública e ação popular -, ou ainda, as possibilidades de reclamações aos poderes públicos, permitem aferir que o texto constitucional previa os futuros embates sobre seu conteúdo. (LIMA, 2013, p. 189)

Em consonância com o trecho supracitado, fica claro que a Constituição que ora vige criou vários mecanismos, que indubitavelmente ocasionariam condutas ativistas por parte dos magistrados. A autora cita duas ações constitucionais, mas também existe outra que fica clara uma atuação atípica por parte do poder judiciário, que é a o Mandado de Injunção, onde o juiz cria normas reguladoras para determinado caso, em aparente exercício da função legiferante.

Devemos observar que, o atual ordenamento constitucional não só deu origem ao Ativismo Judicial, mas também a Judicialização, tendo em vista, que: (I) Pelos mecanismos originalmente criados, que formaram um rol maior de atuação do judiciário; (II) As várias emendas constitucionais que deram maiores poderes ao STF; e (III) As possibilidades que foram instituídas (vide mandado de injunção), que propiciaram aos Tribunais a capacidade de sindicarem, avaliar e até substituírem decisões tomadas nos outros poderes.

Diante dos pontos que foram aqui expostos, podemos chegar à conclusão que: O Ativismo decorre da atual Carta Magna, mas vem sendo formulado, mesmo que indiretamente, desde as Constituições anteriores; e sem a concepção desses róis constitucionais liberativos, mesmo que tivéssemos juízes progressistas, limitar-se-iam pelo grau restritivo constitucional.

Na próxima seção abordaremos a Modernidade Líquida em Zygmunt Bauman, abarcando dentro desta parte, a atuação Ativista do STF e dos aplicadores do direito no Brasil, relacionando-a com a aludida teoria Baumariana.

### **3. MODERNIDADE LÍQUIDA EM ZYGMUNT BAUMAN**

Para sabermos precisamente o que é a Modernidade Líquida e a sua relação com a pós-modernidade, é mister sabermos os comportamentos que nos levaram até essas duas premissas. Para Bauman os tempos atuais apresentam,

O “derretimento dos sólidos”, traço permanente da modernidade, adquiriu, portanto, um novo sentido, e, mais que tudo, foi redirecionado a um novo alvo, e um dos principais efeitos desse redirecionamento foi a dissolução das forças que poderiam ter mantido a questão da ordem e do sistema na agenda política. Os sólidos que estão para ser lançados no cadinho e os que estão derretendo neste momento, o momento da modernidade fluida, são os elos que entrelaçam as escolhas individuais em projetos e ações coletivas – os padrões de comunicação e coordenação entre as políticas de vida conduzidas individualmente, de um lado, e as ações políticas de coletividades humanas, de outro (BAUMAN, 2001, p. 12)

Portanto à medida que a modernidade vai avançando os sólidos preexistentes estão a derreter, mas quais sólidos seriam esses? Seriam o grupo de parentesco familiar, a comunidade tradicional fechada e isolada, os laços e obrigações sociais fundados na afetividade e na tradição, a religião (FRAGOSO, 2011, p. 109). O derreter dos sólidos vai

além das relações sociais tradicionalistas, chega-se também a esfera das nações e as suas estruturas Estatais. Todas as relações que eram consideradas sólidas e que serviam como estruturas firmes na formação de uma sociedade desenvolvida e voltada a comunidade, estão a liquefazer-se.

Como líquida que é a pós-modernidade, devemos traçar para onde estes fluidos estão a percorrer, para Bauman a solidez da antiga modernidade tinha como base política e debate público as tratativas que eram necessárias e essenciais a comunidade como um todo, era a Política com um “P” maiúsculo. (BAUMAN, 2001, p. 49). Porém com o derretimento dos sólidos de outrora, viu-se um esvaziamento do real debate público para um debate público de questões individuais, a chamada “política vida”.

A “política vida” (leia-se individualização da política) aparece como aduz FRAGOSO, no caso da,

desvinculação é o processo de desregulamentação política, social e econômica que se manifesta na expansão livre dos mercados mundiais, no desengajamento coletivo e esvaziamento do espaço público. (FRAGOSO, 2011, p. 110)

Deixamos de privar por uma formação firme dos códigos sociais e culturais, que ao mesmo tempo em que criavam uma estrutura padrão e organizada da sociedade, também imputavam limites aos indivíduos em sociedade, para uma quase que inexistência de códigos sociais. Como fala Bauman à sociedade pós-moderna livrou-se da carga social pesada que carregava sobre os seus ombros, para uma carga leve que pode ser carregada em suas mãos. (BAUMAN, 2001, p. 76)

Largamos a comunidade e suas regras, para uma individualização dos “padrões sócias”, onde chegamos no entender de Bauman a era da comparabilidade universal, onde os indivíduos não possuem mais lugares preestabelecidos no mundo onde poderiam se situar, mas devem lutar livremente por sua própria conta e risco para se inserir numa sociedade cada vez mais seletiva economicamente e socialmente. (FRAGOSO, 2011, p. 110)

O social não é mais social, mas agora individual. O poder não é mais central e, portanto, panóptico.

O poder agora é extraterritorial, o seu objetivo não é mais impor à sociedade um ordenamento rígido, mas simplesmente, através de uma aceleração

compulsiva do tempo e do domínio total do espaço, expor todos os lugares do planeta à livre ação da globalização econômica do mercado capitalista. (FRAGOSO, 2011, p. 111)

Quebramos as correntes do território e do espaço, não interessa mais permanecermos presos ao meio social em que nascemos e vivemos, a ordem agora é sermos leves e livres, não nos entusiasma mais realizarmos vínculos, mas meros esquemas de consumo.

As elites que dantes na Modernidade Sólida se encastelavam em seus territórios, onde estes significavam a manifestação espacial de seu poder, agora na fluidez do atual estágio da modernidade “desterritorializam-se”, vivendo em fortalezas fortificadas por sistemas de segurança *high-tech*, servindo apenas em quanto ainda não são consumidos, para que outros possam ser vindos, num contínuo padrão de mudanças espaciais.

### **3.1 Modernidade Líquida e o Direito**

No tópico anterior realizamos as devidas descortinações a respeito da Modernidade Líquida e a sua base originária e transitória, mas como o presente trabalho tem ligação com as ciências sociais aplicadas, precisamente com a área jurídica, realizaremos nessa subseção as relações do tema com o direito, medindo o quanto essa nova realidade influencia na estrutura jurídica atual.

O direito não iria ficar de fora da zona de atuação da Modernidade Líquida, tendo em vista que o direito e o ordenamento legal nutrem profundas relações com os anseios da sociedade em determinado momento histórico. Mas seria necessário o rompimento das estruturas históricas do direito para atendermos a sociedade fluida? Ou poderíamos preservar a base legal que fora construída secularmente?

Como fala Miguel Reale o direito é

[...] é uma ciência histórico-cultural e compreensivo-normativa, por ter por objeto a experiência social na medida, enquanto normativamente se desenvolve em função de fatos e valores, para a relação ordenada da convivência humana. (Apud DINIZ, 1999, p. 143)

Desta feita não há o que se falar em separação do direito, da sociedade e da cultura. Como falam os autores LIMA,

As formas pelas quais o direito se apresenta são delineadas pelo processo histórico. Para entendê-las é preciso conhecer a cultura dos povos numa relação espaço- temporal. (LIMA, R; LIMA, L, 2011, n.p)

A visão dos autores que aqui foram citados nos ajudam a esclarecer inicialmente dois pontos: (I) De fato o direito não está separado da sociedade e da cultura; e (II) este pode vir a moldasse pelas aspirações da sociedade a depender do momento que estas passam. Partindo da constatação que de fato o direito é intrínseco a sociedade e a cultura, a pós-modernidade exerce influência no direito e nas suas estruturas?

Mauro Gaudêncio Junior Teixeira faz um apanhado da teoria baumariana ao estado do direito e do poder,

Os estudos de Bauman sobre a “modernidade líquida”, reafirmados posteriormente em sua obra “Tempos Líquidos” apontam para uma nova leveza e fluidez do poder, este cada vez mais móvel, escorregadio, evasivo e fugitivo. Nesse tocante, a desintegração de alguns paradigmas sociais, se torna tanto uma condição quanto um resultado de uma nova “técnica do poder”, que possui como ferramentas principais o desengajamento e o que o autor denomina de “arte da fuga”. Tal inquietação encontra respaldo ao problematizar a separação iminente entre o poder e a política, destacando como consequência o abandono ou a transferência (esta no sentido de “subsidiar” e “terceirizar”) por parte do Estado, de um volume crescente e significativo de funções antes desempenhadas por órgãos estatais. Relegadas pelo Estado, essas funções se tornam objetos manipuláveis a bel prazer do mercado (volúvel e imprevisível), isto quando não são deixadas para a iniciativa privada e aos cuidados dos indivíduos. (TEIXEIRA, 2013, n.p)

Como registrado na seção 3 deste trabalho, as sociedades pós-modernas caminham para uma individualização crescente do poder e da política, e conseqüentemente do direito. Não interessa mais aos indivíduos seguirem cartilhas que secularmente foram criadas, existe nos dias atuais uma espécie de uma auto-regulamentação, onde o que interessa é o que “eu” considero como “certo” ou “errado”, como “moral” e/ou “ético”, e não o que “nós” consideramos como tais. Estes padrões pós-modernos trazem consigo que,

os padrões e configurações não são mais “dados”, e menos ainda “auto-evidentes” eles são muitos, chocando-se entre si e contradizendo-se em seus comandos conflitantes, de tal forma que todos e cada um foram desprovidos de boa parte de seus poderes de coercitivamente compelir e restringir. (BAUMAN, 2009, p.12)

A ausência aparente de um norte sólido e firme que as sociedades modernas detinham, faz como que o atual estado social que vivenciamos, sejam repletas de incertezas, justificando

assim os inúmeros conflitos de regras individuais em sociedade, tais constatações se coligação com,

a falta de poder torna as instituições políticas existentes, assim como suas iniciativas e seus empreendimentos, cada vez menos relevantes para os problemas existenciais dos cidadãos dos Estados-nações e, por essa razão, atraem cada vez menos a atenção destes. (BAUMAN, 2007, p. 8)

Este esfacelamento do poder em individuais configurações fomentou/a conflitos, pelo fato que ainda não foram encontrados novos alicerces que sirvam como substitutos dos que historicamente sustentavam. Mas como as sociedades líquidas tem liame denso com os padrões de consumo, poderíamos estar presenciando o surgimento de direitos descartáveis não chegando, portanto, a uma solidificação, contribuindo assim para que os conflitos que já são constatados, continuem podendo ser cada vez mais aprofundados na medida que buscamos a individualização.

Paulo Silas Taporosky Filho traz profunda reflexão sobre o direito e a pós-modernidade,

O que temos de sólido no campo de Direito? Muita coisa. Teorias firmes, julgados coesos, doutrinas robustas e leis escuras. Mas essa solidez se apresenta sempre enquanto o Direito “posto em prática”? Aí o sólido muitas vezes se liquidifica. O problema vem dos atores, dos operadores, daqueles que utilizam e praticam o direito. Com base em suas próprias convicções (frágeis, quebrantadas, insustentáveis, ou seja, líquidas), alguns acabam colocando em prática aquilo que pensam o que deve ser enquanto o Direito fosse. É o solipsismo judicial, novamente lembrando Lenio Streck. É querer aplicar, produzir e decidir o Direito não de acordo com o Direito, mas de acordo com o que a própria pessoa pensa que deve(ria) ser o Direito. O líquido substitui o sólido, de modo a liquidez acaba se fazendo presente nas instituições jurídicas. (FILHO, 2017, n.p)

O Estado-juiz deixou de ser uma estrutura firme capaz de fazer presente à justiça, deixou de ter parâmetros legais de aplicação, previamente definidos pelo legislador, passou agora a ser um amontoado de indivíduos públicos e de individuais regras, que estão modificando o direito para meras visões individuais.

### **3.2 Modernidade Líquida e o Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal: Análise do Conceito de Família.**

Como tratado na seção 2 desse estudo, o Ativismo Judicial surge no Brasil em decorrência da Constituição Federal de 1988, que deu maiores poderes ao judiciário na

consagração e interpretação dos direitos nela contidos, mas será que o fenômeno do Ativismo Judicial tem relações com a ideia da Modernidade Líquida?

Quando partimos de uma análise temporal dos dois fenômenos, olhando os anos que surgiram e a base social a época, perceberemos que existem enormes semelhanças entre eles: (I) Ambos surgem em decorrência de uma tentativa de dar respostas mais ágeis a sociedade (Ativismo Judicial, a lentidão Estatal e a Modernidade Líquida, a aos padrões sociais existentes); e (II) São moldados às circunstâncias sociais da atualidade.

Desta feita poderíamos falar que um decorre do outro?

Como versa LEMOS JUNIOR e DA SILVA, a Modernidade Líquida teria um,

sentido de mutabilidade, de dificuldade de controle, de algo que vem pra romper com obstáculos, de algo difícil de ser contido, pois os modelos são rompidos, invadidos, sendo certo que os líquidos precisam romper ou contornar, independente de qual seja a maneira, todos os obstáculos que aparecerem para continuarem com o curso, como um verdadeiro fluxo descontrolado. (LEMOS JUNIOR e DA SILVA, 2016)

Ao olharmos o trecho citado, intuímos que existem de fato paridades com o Ativismo Judicial, este também propõe quebrar ou contornar obstáculos. Se formos traduzir os espectros que se comportam os fenômenos aqui analisados, chegaríamos aos seguintes pontos: (I) A Modernidade Líquida é uma leitura sócio-filosófica da pós-modernidade; e (II) O Ativismo Judicial é a concretização no campo jurídico da fluidez social.

O Ativismo judicial não é apenas um fruto proveniente da maior abertura do direito em relação aos seus agentes, mas também de uma sociedade caracterizada pela fluidez e liquidez na tratativa das normas e regras sociais. Quando falamos em Ativismo Judicial não poderemos deixar de falar na Modernidade Líquida, são de fato indissociáveis, pois derivam das mesmas vertentes: liquidez e individualização.

Ao regressarmos a sociedade sólida ou “hardware” como fala Bauman, as regras legais e sociais eram claras e firmes, não poderiam de forma alguma ser modificadas por meros deleites individuais, o todo social era mais importante que o indivíduo. (BAUMAN, 2001) Partindo deste pressuposto de solidez de regras, não poderíamos vislumbrar o Ativismo Judicial neste tipo de sociedade, não havia margens para este tipo de conduta, seja do ponto de vista social, seja do ponto de vista legal. Mas como rompemos estes sólidos? Trata LEMOS JUNIOR e DA SILVA, que,

Como relatado, desde que o homem se firmou em terra e começou a se juntar em agrupamentos já existiam alguns "moldes" que deveriam ser respeitados, regras legais ou sociais impostos como modelo adequado de conduta. Esses moldes eram muito rígidos, e foi mediante lutas e verdadeiras revoluções que esses moldes começaram a ser transpostos até chegarem ao ponto de serem quase que totalmente diluídos, cedendo lugar ao novo, que sempre cede lugar a algo mais novo ainda, pois o ser humano não se satisfaz com nada que dura (LEMOS JUNIOR e DA SILVA, 2016, p. 916)

O fogo revolucionário que derretia os sólidos teve suas chamas tocadas na estrutura jurídica e no direito, não faria sentido algum derretermos as sólidas regras sociais sem chegar-se as sólidas regras jurídicas. O indivíduo no contexto líquido da modernidade não contenta-se mais com as regras que secularmente foram impostas, para ele ser líquido é a regra, e o Ativismo Judicial surge como uma linha jurídica auxiliar na ligação dos seus desejos insólitos, tendo em vista que o Poder Legislativo seria um empecilho pela sua lentidão e morosidade, características repudiadas por estes indivíduos.

Ao regredirmos ao capítulo referente ao Ativismo Judicial no Brasil, percebemos que um dos fatores pelos quais fizeram com que o Ativismo ganhasse força no Brasil, foi o surgimento de juízes mais progressistas, principalmente por intermédio dos novos ditames constitucionais trazidos pela Constituição Federal de 1988 (Vide controle de Constitucionalidade).

Mas onde o Ativismo e a Modernidade Líquida se entrelaçam mais firmemente?

Não poderia ser diferente, no STF. Órgão que ganhou notórias forças, sendo o encarregado constitucionalmente de interpretar a Magna Carta, podendo, portanto, ampliar o rol de direitos ali contidos em nome de uma suposta “vontade”. STRECK, TASSINARI e LEPPER citando sobre o Ativismo norte-americano, que

A utilização dessa terminologia (judge-made law) para caracterizar a fase ativista da Suprema Corte norte- -americana, nesse contexto, é um tanto quanto esclarecedora, especialmente aliada à questão da vontade. De fato, quando a decisão judicial passa a ser uma questão de vontade, então, não há outro direito a seguir, senão o construído pelo Judiciário, isto é, criado pela vontade de quem julga (a lei da vontade). Essa postura rompe com a noção de rule of law, na medida em que, a partir disso, em suas manifestações, o juiz sempre exercerá sua discricionariedade, “selecionando, entre muitos pontos de vista deixados abertos pelo direito, aquele que está mais próximo das **suas preferências subjetivas**” (STRECK, TASSINARI E LEPPER, 2015, p. 58)

A “vontade” que os autores versam, é a palavra e/ou atitude basilar para entendermos o que liga um fenômeno ao outro. Como bem diz Bauman, à medida que a sociedade foi passando por cada um dos estágios da modernidade (pré-modernidade, modernidade e pós-modernidade), as sociedades tornaram-se cada vez menos sociedades, passamos a ter o indivíduo como figura central nos ditames sociais. (BAUMAN, 2001, p. 51)

Ao ingressarmos propriamente no Ativismo Judicial, percebemos uma nítida presença de fatores de “vontade” por parte dos magistrados. Reafirmamos que o Ativismo não teria norte algum em sociedades sólidas, que de fato realizavam a política do “P” maiúsculo (BAUMAN, 2001, p. 49). A base do Ativismo e da modernidade está nas “suas preferências subjetivas” e na “Vontade”, ou seja, no indivíduo em quanto indivíduo.

Os Ministros do STF ao julgarem determinado caso, estão longe de afastarem os seus preceitos individuais em detrimento da vontade legal, o peso de estarem presentes em uma sociedade líquida pode contaminar as decisões que venham a ser tomadas.

No momento em que realizamos um recorte histórico sobre uma área social que reverbera no direito, a família, constatamos o quanto esta fora influenciada pelo momento histórico e a situação social da época. Ao regredimos a Modernidade Sólida, partindo por parâmetro o Código Civil de 1916, percebemos que,

Essa antiga estrutura rígida do nosso Direito de Família perdurou durante muitos anos, impondo à sociedade questões perpetuadas no passado com base em pensamentos fortemente influenciados por motivos de costume e moral religiosa. Desse modo, cobrava-se a formação e a permanência de vínculos familiares mediante inúmeros instrumentos que vedavam qualquer manifestação diversa do que estava legalmente previsto, tendo como uma das mais variadas consequências o próprio preconceito contra quem não seguisse os parâmetros impostos, ou melhor, contra quem constituía ou desconstituía “família” diferentemente dos padrões. (AURÉLIO, 2015, p. 10)

Complementa a autora que, “sob o regramento do Código de 1916, instituição familiar, detentora dos direitos reservados a família, assim considerada, somente era aquela que fosse formada exclusivamente por união matrimonial” (AURÉLIO, 2015, p. 9 e 10)

Portanto, na constância do antigo código podemos visualizar que a solidez das relações familiares, era regra, refletindo-se na conceituação legal de família contido no antigo código civil. Realizamos uma ligação do conceito de família no Código Civil de 1916, aos dois fenômenos que aqui estudamos, tendo por base a abordagem histórica trazida por

BARROSO, percebemos que não tinha de fato possibilidade de um Ativismo Judicial, principalmente nos primeiros 30 anos de vigência da antiga carta civil.

À medida que a sociedade foi passando de um contexto moderno a outro, percebemos uma nítida modificação legal, quando avaliamos as novas ramificações familiares que são celebradas pela atual Constituição, que vão além do tradicional casamento, que são: a união estável (art. 226 § 3º, CF) e família monoparental (art. 226 § 4º, CF).

Fazendo um salto histórico ao atual Código Civil 2002, já sob a égide da pós-modernidade, este,

Trouxe inovações em termos de direito da família, uma vez que consagrou diferentes arranjos familiares, considerando as evoluções sociais que o país sofreu ao longo dos anos. Bem como conferindo um conteúdo mais moderno e atual ao anteriormente ensejado pelo CC de 1916, introduzindo princípios e normas constitucionais antes não tratadas com a veemência. (DRESCH, 2016, n.p)

O eminente doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, complementa,

as alterações introduzidas visam preservar a coesão familiar e os valores culturais, conferindo-se à família moderna um tratamento mais consentâneo à realidade social atendendo-se às necessidades da prole e de afeição entre os cônjuges e os companheiros e aos elevados interesses da sociedade. (GONÇALVES, 2005, p. 6)

No código civil de 2002, de forma alinhada com a sociedade pós-moderna prevalece a perspectiva de família como “diferentes arranjos familiares”. O conceito fechado de família que era presente na era do antigo Código Civil tornou-se algo obsoleto, hoje o que vale é garantir a constante modificação do que seria a família e de que maneira ela deve ser composta.

Como bem foi dito a nova Constituição e o novo Código Civil, aliado a indivíduos cada vez mais líquidos, criou-se ambiente essencial para uma cada vez maior presença ativista dos juízes. A de entendermos que toda esta nova remessa legislativa, muito mais ampla e permissiva a postura mais proativa, surge das inúmeras modificações que constantemente vislumbramos nas sociedades modernas (vide família).

Ao partimos desta mesma linha, percebemos que poucos anos depois da entrada da nova codificação civil, surgiram duas ações no STF que são: a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, que trataram sobre as uniões homoafetivas. Notaremos, à luz destas ações, que o conceito de

família na pós-modernidade segue um caminho de constantes modificações, sendo o Ativismo Judicial ponto primário na ligação jurídica dos anseios sócias. Os ministros na ação chegaram ao entendimento que,

[...] impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011).

Desta feita, chegamos ao entendimento que a presente ação constitucional, além de significar um avanço no conceito de família em relação ao CC/2002, moldou-se fielmente a situação da atual sociedade pós-moderna, seguindo uma linha modificativa, característica basilar da Modernidade Líquida, onde reafirmamos que sem o Ativismo Judicial tais modificações não seriam possíveis em vias judiciais, porém por meio do Poder Legislativo.

Por fim, chegamos à conclusão que o Ativismo Judicial e a Modernidade Líquida, estão intrinsecamente atrelados, tendo em vista a notória ligação desta postura proativa com o atual momento social que vivemos. Sendo possível mapear que nos próximos anos presenciaremos um maior entrelaçamento entre os dois fenômenos, como forma de garantir embasamento jurídico as líquidas modificações.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

No trabalho realizado procuramos elucidar todos os pontos referentes aos dois temas (Ativismo Judicial e Modernidade Líquida), desde suas origens até os dias atuais. Em relação ao Ativismo judicial, notamos que a sua origem, em quanto conduta, nutre profunda relação com o neoconstitucionalismo que varreu inúmeros países no século passado, dentre eles o Brasil.

No caso brasileiro percebemos que a Constituição Federal de 1988, em seu arcabouço normativo, deu enormes poderes ao Judiciário, e ao seu órgão máximo, o Supremo Tribunal

Federal (vide controle de constitucionalidade). Tais poderes alinhados com uma remessa crescente de juízes totalmente desprendidos dos afincos deixados pelo regime militar, cominou com o surgimento do Ativismo Judicial e a Judicialização no Brasil.

O Ativismo Judicial passado anos após as primeiras evidências de sua existência no contexto brasileiro estar-se-ia longe de chegarmos a um consenso, sendo alvo ainda de profundos debates doutrinários, que podem ser divididos, em duas correntes:

- 1- Os que o defendem, tendo por principal argumento, que com o Ativismo poderíamos chegar a uma efetiva e mais célere celebração fática dos direitos sociais que por menores foram trazidos pela Constituição Pátria;
- 2- Os que consideram o Ativismo uma aberração jurídica e um atentado contra a democracia, tendo em vista que ele adentra na função legiferante do Poder Legislativo; e em virtude da liberdade dada aos magistrados, as decisões tomadas podem vir crivadas de preceitos individuais do julgador.

Desta feita, ficou claro que existem ainda muitos confrontos entre os que trabalham na preservação da Constituição e do ordenamento jurídico conforme fora elaborada; e aqueles que querem os revolucionar. Constatando assim, como dizemos na introdução, que o tema é alvo de inúmeras controvérsias, não tendo parâmetro temporal para o fim destes conflitos.

Como bem versamos na introdução, realizamos as devidas ponderações a respeito dos dois outros temas que estão interligados ao Ativismo, a Autocontenção Judicial e a Judicialização. Analisamos estes dois outros temas percebemos que o Ativismo judicial tem uma evidente relação com a Judicialização, podemos dizer que uma decorre da outra, e que estão em posição antagônica em relação à Autocontenção, que por sinal, é base argumentativa da corrente contrária ao Ativismo.

Partindo para a Modernidade Líquida chegamos à conclusão que a visão de Zygmunt Bauman sobre a realidade atual faz total sentido, tendo em vista que estamos de fato diante de um contexto social completamente imprevisível, repleto de modificações e incertezas. A liquidez das relações sócias, políticas e jurídicas na pós-modernidade, fizeram com que o caminho para realização dos indivíduos, em quanto sociedade, seja demasiadamente obscuro.

Grandes questões foram trazidas pela visão de Bauman: será que estamos no caminho certo? Será que é necessário rompermos as estruturas preexistentes em prol da liquidez? Ao

que nos parece essa busca pela quebra de padrões, pelo “eu” em detrimento do “nós” sobre a prisma de uma construção de uma nova sociedade, não chegará ao fim.

As sociedades atuais estão trocando aquilo que foi essencial até aqui, por verdadeiras incertezas. O consumo deixou de ser necessidade e passou a ser padrão, e o que é social deixou de ser social e passou a ser individual. Individual é a chave que faz entendermos o que Bauman tem a dizer sobre a atual sociedade. Desta maneira fez-nos refletir se estamos diante de uma sociedade ou estamos em meio a um amontoado de seres individuais.

Ao fazermos um recorte da Modernidade Líquida no tocante ao contexto jurídico, mais precisamente ao Ativismo Judicial, enxergamos que a obscuridade anteriormente dita pode ser ainda mais nebulosa, tendo em vista que o direito é um ramo que se molda ou procura moldar-se a realidade social existente. Ao pegarmos o conceito de família do Código Civil de 1916 (Modernidade Sólida) e no Código Civil de 2002 (Transição para a Modernidade Líquida) que aqui foram abordados, chagamos a constatação que o direito nesta área específica, reflete os anseios da sociedade em uma ocasião histórica, e que à medida que a sociedade brasileiro foi entrando em um padrão sociais líquidos, mais o conceito de família fora modificando (vide Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental)

Destarte, não nos restam dúvidas de que os dois temas aqui elencados estejam interligados, como dissemos no corpo do trabalho, o Ativismo Judicial surge em decorrência das mudanças da sociedade que reverberaram no meio jurídico, como estamos a passar pelo um estágio de liquidez social, inevitavelmente o direito é e será alvo desta mutação social. Desta feita, podemos mapear que nos anos vindouros, presenciaremos um maior entrelaçamento dos dois fenômenos, como uma consequência natural da metamorfose social que vivenciamos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AURÉLIO, Amanda Luize Cabral. **ADI 4277: o conceito de Família para o Supremo Tribunal Federal e a sua correspondência com a Resolução 175 do Conselho Nacional de Justiça**. Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, São Paulo, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n 13, 2009. Disponível em: <[https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)> .

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e Intérpretes**. Trad. de: Renato Aguiar, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos Modernos**. Trad. de: Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico**. Relator Ayres Britto. Julgado em: 05 out. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 11 de novembro 2018.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Ativismo Judicial e autocontenção no controle de constitucionalidade**, 2012. Disponível em: <[https://www.academia.edu/1618915/Ativismo\\_e\\_autocontencao\\_judicial?auto=download](https://www.academia.edu/1618915/Ativismo_e_autocontencao_judicial?auto=download)>

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 11 ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 1999;

DRESCH, Márcia. **A instituição familiar na legislação brasileira: conceitos e evolução histórica**. *Revista Jus Navegandi*, 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51795/a-instituicao-familiar-na-legislacao-brasileira-conceitos-e-evolucao-historica>> Acesso em 11 de novembro de 2018

FILHO, Paulo Silas Taparosky. **Direito Líquido: Um pouco de Bauman para o Direito.** Empório do Direito, Florianópolis, 2017, disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/direito-liquido-um-pouco-de-bauman-para-o-direito-por-paulo-silas-taporosky-filho>> Acesso em: Novembro de 2018.

FRAGOSO, Tiago de Oliveira. **Modernidade líquida e liberdade consumidora: o pensamento crítico de Zygmunt Bauman.** Revista Perspectivas Sociais Pelotas, Ano 1, N. 1, p. 109-124, março/2011. Disponível em: <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/percsoc/article/viewFile/2344/2197>> Acesso em 25 de outubro de 2018.

GOMES, Luiz Flávio. **O STF Está Assumindo um "Ativismo Judicial" sem Precedentes?** Brasília: Conteúdo Jurídico, 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.25162>>.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família.** São Paulo: Saraiva, 2005.

LEMONS JUNIOR, Eloy Pereira; DA SILVA, Fatima Cristina. **Teoria Da Modernidade Líquida - Fluidez Social E Os Novos Desafios Na Interpretação Das Leis Para Solução Dos Vários Novos Conflitos No Direito De Família.** Quaestio Iuris, vol. 09, nº. 02, Rio de Janeiro, 2016. pp.911-941. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/19717/16223>> Acesso em 25 de Outubro de 2018.

KMIEC, Keenan. **The origin and current meanings of “judicial activism”.** California Law Review, v. 92, 2004. Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawreview>>.

LEITE, Glauco Salomão. **Inércia Legislativa E Ativismo Judicial: A Dinâmica Da Separação Dos Poderes Na Ordem Constitucional Brasileira.** Publica Direito, 2014. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=863a76ba2c63cb56>>.

SANTIAGO LIMA, Flávia Danielle. **ATIVISMO E AUTOCONTENÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: Uma Proposta de Delimitação Do Debate.** UFPE, Recife, 2013. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/10958/1/Tese%20Doutorado%20->

%20FLAVIA%20SANTIAGO%20LIMA%20-%20CCJ%20-%20UFPE%20-%20com%20CIP.pdf> Acesso em 17 de setembro de 2018.

LIMA, Rogério de Araújo; LIMA, Lucas Cavalcanti de. **Culturalismo, história e normativismo: A arte de fazer direito na Mesopotâmia ao Egito Antigo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n 3013, 1out.2011, disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20117/culturalismo-historia-e-normativismo-a-arte-de-fazer-direito-na-mesopotamia-e-no-egito-antigo>> Acesso em Novembro de 2018.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. Editora IDP, Brasília, 2012. Disponível em: <<http://biblioteca.jfjb.jus.br/wp-content/uploads/2017/10/jurisdicao-constitucional.pdf>> Acesso em setembro de 2018.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial. Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Ciro Varcelon Contin. **O ativismo judicial no Brasil**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3822, 18 dez. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23347>>. Acesso em: 17 de setembro de 2018

STRECK, Lenio Luiz. **Entre O Ativismo e a Judicialização da Política: A Dificil Concretização do Direito Fundamental A uma Decisão Judicial Constitucionalmente Adequada**. Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016. Disponível em: <<https://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/viewFile/12206/pdf>>.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. **O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 51-61

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: Limites da atuação do Poder Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/16194498/jurisdicao-e-ativismo-judicial-limites-da-atuacao-do-judiciario---clarissa-tassi>>.

TEIXEIRA, Mauro Gaudêncio Júnior. **Modernidade líquida. Os desafios da nova hermenêutica constitucional.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3627, 16 jun. 2013. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/24722>>. Acesso em: 5 set. 2018.

VIANNA, Luiz Werneck. **Não há limites para a patológica judicialização da política.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jan-03/luiz-werneck-vianna-nao-limites-judicializacao-politica>>.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia.** Revista Direito GV, Ed. 4/2, pag. 441- 464, São Paulo, Jun. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>> Acesso em setembro de 2018.