

ΠΩΛ ΗΙΣΙΑ

REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO AMBIENTAL DA AMAZÔNIA
Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental da Universidade do
Estado do Amazonas

UEA 
EDIÇÕES

UEA
UNIVERSIDADE
DO ESTADO DO
AMAZONAS

GOVERNO DO ESTADO DO AMAZONAS

Wilson Lima
Governador

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO
AMAZONAS**

Prof. Dr. André Luiz Nunes Zogahib
Reitor

Profa. Dra. Kátia do Nascimento Couceiro
Vice-Reitor

Profa. Dr. Raimundo de Jesus Teixeira Barradas
Pró-Reitor de Ensino de Graduação

Prof. Dr. Valber Barbosa de Menezes
Pró-Reitora de interiorização

Profa. Dr. Roberto Sanches Mubarak Sobrinho
Pró-Reitora de pesquisa e pós-graduação

Profa. Dra. Joésia Moreira Julião Pacheco
Pró-Reitora de Planejamento

Prof. Dr. Darlisson Sousa Ferreira
**Pró-Reitor de Extensão e Assuntos
Comunitários**

Prof. Dr. Nilson José de Oliveira Junior
Pró-Reitoria de Administração

Profa. Dra. Isolda Prado
Diretora da Editora UEA

Prof. Dr. Erivaldo Cavacanti Filho
**Coordenação do Programa de
Pós-Graduação em Direito Ambiental**

Profa. Dra. Luziane de Figueiredo Simão Leal,
UEA
Coordenação do curso de Direito

**NOVA HILEIA: REVISTA ELETRÔNICA
DE DIREITO AMBIENTAL
ISSN: 2525-4537**

Prof. Dr. Erivaldo Cavacanti Filho, UEA
Prof. Dr. Mauro A. Ponce de Leão Braga, UEA
Profa. Dra. Maria Nazareth Vasques Mota, UEA
Prof. Dr. Sandro Nahmias Melo, UEA
**Coordenação do Programa de
Pós-Graduação em Direito Ambiental**

Prof. Dr. Sandro Nahmias de Melo
Editor Chefe

Prof. Me. Denison Melo de Aguiar
Editor Adjunto

Profa. Ma. Carla Cristina Torquato
Profa. Ma. Adriana Almeida Lima
Profa. Ma. Dayla Barbosa Pinto
Prof. Me. Luiz Cláudio Pires Costa
Prof. Dr.. Ygor Felipe Távora da Silva
Profa. Esp. Monique de Souza Arruda
Prof. Esp. Átila de Oliveira Souto
Editores Assistentes

Prof. Dr. Celso Antonio P. Fiorillo, FMU-SP
Prof. Dr. César O. de Barros Leal, UNIFOR
Prof. Dr. Antonio Carlos Morato, USP
Prof. Dr. José Helder Benatti, UFPA
Prof. Dr. Fernando A. de C. Dantas, UFG-GO
Profa. Dra. Solange T. da Silva, Mackenzie - SP
Conselho Editorial

Prof. Dr. Paulo Affonso Leme Machado,
Universidade Metodista de Piracicaba - SP
Profa. Dra. Maria Gercilia Mota Soares, INPA
Profa. Dra. Luly R. da Cunha Fischer, UFPA
Profa. Dra. Lucas Gonçalves da Silva, UFS-SE
Profa. Dra. Lorena Fabeni, UNIFESP
Prof. Dr. Jeronimo Treccani, UFPA
Prof. Dra. Danielle, de Ouro Mamed, ISEPE- PR
Prof. Dr. Celso Antonio P. Fiorillo, FMU-SP
Profa. Dra. Raquel Y. Farjado, PUC-PERU
Avaliadores

Prof. Me. Denison Melo de Aguiar
Primeira revisão

Prof. Me. Denison Melo de Aguiar
Revisão Final

Nova Hileia: Revista de Direito Ambiental da Amazônia

Vol. 14. Nº 2, Jan-Jun 2023.

ISSN: 2525-4537

Artigo Científico

Os artigos publicados, bem como as opiniões neles emitidas são de inteira responsabilidade de seus autores.

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Central da Universidade do Amazonas

R454

Nova Hileia: Revista Eletrônica de Direito Ambiental da Amazônia / Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas. Vol.14, n.2 (2023). Manaus: Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental, 2023.

Semestral

ISSN: 2525-4537

1. Direito Ambiental – Periódicos. I. Título

CDU 349.6

NEOCONSTITUCIONALISMO JURISTOCRATA, HERMENÊUTICA E ATUAL CRISE DAS INSTITUIÇÕES

NEOCONSTITUTIONALISM JURISTOCRACY, HERMENEUTICS AND THE CURRENT CRISIS OF INSTITUTIONS

Eline Paixão e Silva Gurgel do Amaral Pinto¹
André Epifânio Martins²

Sumário: Introdução; 1 Breves considerações sobre o conceito de neoconstitucionalismo; 2 Juristocracia; 3 Neoconstitucionalismo juristocrata; 4 Hermenêutica filosófica gadameriana como contributo à superação do neoconstitucionalismo juristocrata; 5 A teoria luhmanniana da sociedade como parâmetro de interpretação constitucional; Considerações finais; Referências.

Resumo: O presente artigo aborda o tema do ativismo judicial, construindo uma crítica ao aqui denominado *neoconstitucionalismo juristocrata*. Sob o enfoque hermenêutico gadameriano, censurou a judicialização exacerbada da política. No primeiro tópico, desenvolveu-se breves considerações sobre o conceito de neoconstitucionalismo, apontando os diversos entendimentos sobre o fenômeno. No segundo tópico, tratou-se do tema juristocracia como fenômeno decorrente de um projeto pré-constituído pela classe política dominante, havendo uma autocontenção estratégica do poder político para benefício próprio (tese da preservação hegemônica). O objetivo proposto neste artigo é compreender como o fenômeno do ativismo judicial, mais especificamente no contexto do neoconstitucionalismo juristocrata, se estabelece no cotidiano forense brasileiro e o que o estimula/legitima. Nesse artigo questiona-se se o ordenamento jurídico brasileiro está dominado pelo neoconstitucionalismo juristocrata e se a hermenêutica filosófica é capaz de propor algumas soluções argumentativas à diminuição do ativismo judicial. A abordagem metodológica adotada foi qualitativa, destacando-se o levantamento bibliográfico e a revisão de literatura, pois se analisará a bibliografia que foi tornada pública, em especial de livros e revistas. Os meios de investigação serão bibliográficos e documentais. Bibliográfica, pois analisou-se toda a bibliografia que foi tornada pública, desde boletins até livros e revistas. E documental, pois também podem ser analisados casos que não receberam um tratamento analítico ou podem ser

¹ Mestranda em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Integrado de Estudos Sobre a Amazônia – CIESA. Graduada em Direito pela Universidade Nilton Lins. Juíza de Direito no Tribunal de Justiça do Amazonas

² Mestrando em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa. Pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil pela Fundação Getúlio Vargas. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Amazonas e Membro Auxiliar do Conselho Nacional do Ministério Público. Ex-procurador no Estado do Pará.

abordados de acordo com os objetivos a serem pesquisados. Foi utilizada a metodologia dedutiva, dialética e histórica

Por fim, aponta que o aumento da força representativa do Poder Judiciário foi engendrado pela elite política, cunhando o termo juristocracia.

Palavras-chave: neoconstitucionalismo juristocrata; filosofia hermenêutica; interpretação constitucional; crise institucional.

ABSTRACT: *This article addresses the issue of judicial activism, building a critique of the so-called juristocratic neoconstitutionalism. Under the Gadamerian hermeneutic approach, he censured the exacerbated judicialization of politics. In the first topic, brief considerations on the concept of neoconstitutionalism were developed, pointing out the different understandings of the phenomenon. In the second topic, the issue of juristocracy was dealt with as a phenomenon resulting from a pre-constituted project by the dominant political class, with a strategic self-restraint of political power for its own benefit (hegemonic preservation thesis). The objective proposed in this article is to understand how the phenomenon of judicial activism, more specifically in the context of juristocratic neoconstitutionalism, is established in Brazilian forensic everyday life and what stimulates/legitimizes it. This article questions whether the Brazilian legal system is dominated by juristocratic neoconstitutionalism and whether philosophical hermeneutics is capable of proposing some argumentative solutions to the decrease in judicial activism. The methodological approach adopted was qualitative, highlighting the bibliographic survey and the literature review, as the bibliography that was made public will be analyzed, especially books and magazines. The means of investigation will be bibliographical and documental. Bibliographic, as all the bibliography that was made public was analyzed, from newsletters to books and magazines. And documental, as cases that did not receive an analytical treatment can also be analyzed or that can be approached according to the objectives to be researched. Deductive, dialectical and historical methodology was used*

Keywords: *juristocracy neoconstitutionalism; hermeneutical philosophy; constitutional interpretation; institutional crisis*

INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe abordar o tema do ativismo judicial sob a ótica da hermenêutica filosófica, construindo uma crítica ao denominado *neoconstitucionalismo juristocrata*, expressão inédita decorrente das terminologias neoconstitucionalismo e juristocracia. No desenvolvimento argumentativo, auxilia-se da hermenêutica gadameriana para censurar o atual modelo de judicialização exacerbada da política ou, como preferir, judicialização negativa da política, aqui entendida como sinônimo de ativismo judicial.

O objetivo proposto neste artigo é compreender como o fenômeno do ativismo judicial, mais especificamente no contexto do *neoconstitucionalismo juristocrata*, se estabelece no cotidiano forense brasileiro e o que o estimula/legitima.

Nesse artigo questiona-se o seguinte: i) o ordenamento jurídico brasileiro está dominado pelo neoconstitucionalismo juristocrata? ii) a hermenêutica filosófica é capaz de propor algumas soluções argumentativas à diminuição do ativismo judicial? iii) o atual modelo de interferência sobre a política poderá agravar a instabilidade institucional presenciada nos dias atuais?

A abordagem metodológica adotada foi qualitativa, destacando-se o levantamento bibliográfico e a revisão de literatura, pois se analisará a bibliografia que foi tornada pública, em especial de livros e revistas. Os meios de investigação serão bibliográficos e documentais. Bibliográfica, pois analisou-se toda a bibliografia que foi tornada pública, desde boletins até livros e revistas. E documental, pois também podem ser analisados casos que não receberam um tratamento analítico ou podem ser abordados de acordo com os objetivos a serem pesquisados. Foi utilizada a metodologia dedutiva, dialética e histórica. Dedutiva, pois se trata de uma pesquisa de extensão generalizada, pois tem como objetivo a análise do caso concreto posterior à visão geral; dialética, pois estudou-se as teses e antíteses, que possuem como elemento principal o *neoconstitucionalismo juristocrata* e o seu enraizamento no judiciário brasileiro.

Pesquisou-se o conteúdo sobre o exercício da jurisdição com base nos escritos filosóficos Gadamerianos, bem como da Teoria Social de Luhman para estabelecer um parâmetro de interpretação constitucional capaz de servir de baliza para a influência do poder jurisdicional em momentos sensíveis da sociedade.

O artigo subdivide-se em cinco partes. Na primeira, discorre-se sobre o conceito de neoconstitucionalismo, a origem histórica, os fundamentos filosóficos, jurídicos e políticos, bem como o marco temporal sobre o qual se sobressaiu o fenômeno. Em seguida, acerca-se da hermenêutica filosófica para sugerir que ela poderia auxiliar os juízes a tomarem decisões menos ativistas - ou não ativistas, tendo em vista que nenhum ativismo judicial é bom -, hermeneuticamente adequadas. Para Lênio Streck, “o grande desafio do direito no século XXI é controlar hermeneuticamente as decisões judiciais” (STRECK, 2016, p. 722), problemática a ser desenvolvida no decorrer do trabalho.

Em sequência, escreve-se sobre a teoria da preservação hegemônica desenvolvida por Ran Hirschl, ainda pouco discutida na academia brasileira. Em resumo, o autor aponta que o aumento da força representativa do Poder Judiciário foi engendrado pela elite política, cunhando o termo *juristocracia*.

Tal pesquisa mostra-se relevante pois estimulam à discussão acadêmica, ainda muito limitada à preocupações abstratas, acerca da já instalada crise institucional brasileira, alertando-se que possibilidade de ruir os pilares do regime democrático brasileiro não é algo a ser descartado, bem como buscar encontrar estratégias para evitar que os esteios da democracia saiam dos trilhos.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONCEITO DE NEOCONSTITUCIONALISMO

Conforme ensina Luís Roberto Barroso, o neoconstitucionalismo, também chamado de novo direito constitucional, é um movimento surgido na Europa, ao longo da segunda metade do século passado; no Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (BARROSO, 2005, p. 42). Para Ana Paula de Barcellos, a expressão tem sido utilizada para denominar o atual estado do constitucionalismo contemporâneo (BARCELLOS, 2005, p. 126).

Daniel Sarmiento, reconhecendo a amplitude conceitual, entende que não existe um único significado para neoconstitucionalismo, “mas diversas visões sobre um fenômeno jurídico da contemporaneidade” (SARMENTO, 2009, p. 2). Contudo, todos os autores acima indicam que o marco histórico decorreu do pós-segunda guerra mundial. Ainda para Luís Roberto Barroso, outros marcos são relevantes, propondo que o neoconstitucionalismo:

identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meios às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito. (BARROSO, 2005, p. 11).

O autor também afirma que a expressão possui caráter descritivo da nova realidade e dimensão normativa, havendo um endosso jurídico a essas transformações. Para ele, o direito

passa a ter cunho promocional, constituindo avanço no campo social (BARROSO, 2015, p. 28).

Longe de pretender adentrar sobre todas vertentes, procura-se delimitar o objeto de estudo do neoconstitucionalismo no tocante aos seus efeitos na jurisdição constitucional, com muito mais poder no ordenamento brasileiro após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Explicam ainda os autores Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco que:

como cabe à jurisdição constitucional a última palavra na interpretação da Constituição, que se apresenta agora repleta de valores impositivos para todos os órgãos estatais, não surpreende que o juiz constitucional assumira parcela de mais considerável poder (MENDES; BRANCO, 2020, p.53).

Ocorre que o fenômeno, ao abrir as possibilidades de aplicação da norma jurídica (regras e princípios), descambou para o ativismo judicial, prática judicial dominante no Brasil, expressão que será utilizada negativamente durante todo o texto para descrever “uma troca do direito por política, ideologia, religião ou qualquer visão de mundo na formação da decisão judicial” (ABBOUD, 2020, p. 1386). Nesse sentido, Daniel Sarmiento aponta que “no neoconstitucionalismo, a leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais” (SARMENTO, 2009, p. 4).

Nas palavras de Lênio Streck, “o ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais, como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública.” (STRECK, 2016, p. 724).

Trazidas as balizas teóricas acima, pretende-se demonstrar nos próximos tópicos que o problema não é o neoconstitucionalismo, mas sim o *neoconstitucionalismo juristocrata*, entendido como a atuação demasiada do Poder Judiciário em matérias que não lhe competem, pondo em risco o regime democrático, gerando graves crises institucionais e contribuindo para o aumento da polarização da sociedade brasileira, hoje fragmentada em ilhas de pensamentos uniformes, separadas por mares tormentosos que impedem a navegação comunicativa, o intercâmbio de informações construtivas.

3. JURISTOCRACIA

Sobre o termo juristocracia, Ran Hirschl designa o fenômeno de transferência de poder das instâncias representativas para as instâncias judiciais, sendo uma tendência global, um dos acontecimentos mais significativos do final do século passado e início do atual (HIRSCHL 2020, p. 29), destacando que “o que tem sido vagamente denominado “ativismo judicial” evoluiu para além das convenções existentes encontradas na doutrina do direito constitucional. Uma nova ordem política – a juristocracia – vem se estabelecendo rapidamente em todo o mundo” (HIRSCHL, 2020, p. 367).

Nas palavras do autor, “elites ameaçadas – as quais possuem acesso mais fácil à arena legal, e grande influência sobre ela – transferiram competências para a elaboração de políticas públicas, das arenas políticas majoritárias para a Suprema Corte” (HIRSCHL, 2020, p. 149).

Também estudou a jurisdição constitucional de quatro países (Canadá, África do Sul, Israel e Nova Zelândia), aduzindo que, nas últimas décadas, o parlamento de todos eles transferiram poderes para os juízes, mas com interesses pré-definidos:

Tal explicação estratégica “lata”, à qual denomino **tese da preservação hegemônica**, sugere que o fortalecimento do judiciário por meio da constitucionalização é melhor compreendido como o subproduto de uma interação estratégica entre três grupos principais: elites políticas ameaçadas que procuram preservar ou aumentar sua hegemonia ao insular processos de elaboração de políticas públicas das vicissitudes da política democrática; elites econômicas que podem ver a constitucionalização de certas liberdades econômicas como meio de promover uma agenda neoliberal de mercados abertos, desregulação econômica, antiestatismo e antioletivismo; e elites judiciais e cortes supremas nacionais que procuram incrementar a sua influência política e reputação internacional. Em outras palavras, **inovadores legais estratégicos – elites políticas em associação com elites econômicas e judiciais que possuem interesses compatíveis – determinam o tempo, a extensão e a natureza da reforma constitucional.**” (HIRSCHL, 2020, p. 95, grifo nosso).

Em resumo, afirma que a transferência de poder para o judiciário decorreu de um projeto pré-constituído, inovando o autor quando vai na contramão do pensamento tradicional de que haveria uma mera situação fática não provocada. Pelo contrário, **há uma autocontenção estratégica do poder político para benefício próprio.**

4. NEOCONSTITUCIONALISMO JURISTOCRATA

Neste trabalho propõe-se uma junção terminológica para argumentar a existência de um neoconstitucionalismo juristocrata no Brasil, demonstrando que os juízes, com base em valores, ideologias e subjetivismos, fundamentam as decisões sem a devida legitimidade hermenêutica, numa “faceta messiânica como intérprete do futuro da sociedade, o escolhido (vanguarda iluminista) para guiar a sociedade na direção do caminho correto” (ABBOUD, 2020, p. 1.399).

Ao trilhar por este caminho, sugere-se que o Poder Judiciário ultrapassou todos os limites democráticos de atuação. Sob o fundamento de guardião da Constituição, interfere sistematicamente na atuação dos demais poderes, gerando uma crise democrática sem precedentes na história pós-constitucional brasileira, intensificada quando chefes do Executivo se utilizam de argumentos populistas para inflamar a tensão.

Não basta que um país expresse a intenção pelo regime democrático para que este modelo seja permanentemente resguardado. Pelo contrário, a manutenção democrática requer uma atuação harmônica e bem delimitada das diversas funções do Estado (legislativa, executiva, judiciária, administrativa, do Ministério Público etc), num permanente exercício de autocontenção.

É sabido que o Judiciário tem um importante papel de manutenção da estabilidade democrática. Ocorre que hoje os juízes decidem conforme suas convicções e ideologias, “daí a crítica de que o viés judicialista subjacente ao neoconstitucionalismo acaba por conferir aos juízes uma espécie de poder constituinte permanente” (SARMENTO, 2009, p. 12).

E vale o alerta: o pleno exercício do poder sempre levará a ocorrência de instabilidades institucionais, **sendo imprescindível a reserva institucional**. Nesse sentido, apontam os autores Steven Levitsky e Daniel Ziblatt para duas normas fundamentais do funcionamento democrático: tolerância mútua e reserva institucional (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 103), cada um exercendo o seu mister com interferências apenas tangenciais.

Antes a preocupação em criticar o ativismo judicial ficava circunscrito às inseguranças jurídicas geradas; hoje, pelo contrário, presencia-se uma gravíssima instabilidade institucional apta a colocar em risco os próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito. Se antes o ativismo judicial levantava apenas discussões teóricas, levando, no máximo, a protestos que não ousavam questionar a força da jurisdição constitucional, a situação não se repete mais.

Hoje, há um executivo ameaçando não cumprir decisões judiciais. O que é pior: um executivo utilizando-se de instrumentos constitucionais para invalidar decisões judiciais da Suprema Corte do país, v.g. no caso Daniel Silveira o indulto individual concedido pelo presidente da república a um determinado deputado, após ser condenado pela Suprema Corte por maioria colegiada. Não é da essência do Poder Judiciário a tomada de decisões fracas. Pelo contrário, há uma ideia implícita de necessidade de execução integral das decisões, mas o que vivenciamos é o inverso.

5. HERMENÊUTICA FILOSÓFICA GADAMERIANA COMO CONTRIBUTO À SUPERAÇÃO DO NEOCONSTITUCIONALISMO JURISTOCRATA

Desde o século XVII, ensina Jean Grondin, a palavra hermenêutica é usada para referir-se à ciência ou arte da interpretação, sendo que até o final do século XIX tinha um ar normativista, até mesmo técnico, ao estabelecer uma disciplina da interpretação (1997, p.1). Afirma, entretanto, que a hermenêutica filosófica marca uma data muito mais recente e, no sentido estrito, o termo refere-se à posição teórica de Hans-Georg Gadamer e Paul Ricoeur (GRONDIN, 1997, p. 4).

Assim, pretende-se neste tópico apontar - sob os fundamentos da hermenêutica filosófica - que **o neoconstitucionalismo juristocrata decide sem compreender**. Se não compreendem, não interpretam adequadamente, pois “o compreender guarda em si a possibilidade de interpretação, isto é, de uma apropriação do que se compreende” (HEIDEGGER, 2015, p. 223). E longe de propor neste trabalho um modelo pautado no tradicionalismo conservador de manutenção do *status quo* da sociedade, Gadamer é esclarecedor:

Partir dessa ideia nada mais significa do que admitir em toda compreensão uma potencial relação de linguagem, de tal modo que, onde surge dissenso, é sempre possível – e é esse o orgulho da razão humana – viabilizar o entendimento mútuo pela conversa. Apesar de nem sempre possível, toda vida social baseia-se na pressuposição de que aquilo que se bloqueia pelo aferrar-se às próprias opiniões pode ter um alcance mais amplo no diálogo mútuo. É um erro grave, portanto, pensar que a universalidade da compreensão, que constitui meu ponto de partida, implique por exemplo uma atitude fundamentalmente conservadora ou harmonizadora com nosso mundo social. “Compreender” as articulações e ordenamentos de nosso mundo, compreender-nos mutuamente nesse mundo, pressupõe tanto

a crítica e a contestação do que se estagnou quanto o reconhecimento e a defesa das ordens estabelecidas. (GADAMER, 2011, p. 221).

Conforme explica Valéria Ribas, “o caso concreto somente pode ser entendido a partir da resposta adequada à faticidade e à historicidade” e complementa: “por isso, a hermenêutica da faticidade busca o verdadeiro, entendido como uma metáfora no sentido da busca pela resposta hermeneuticamente adequada à Constituição” (NASCIMENTO, 2009, p. 165).

Mas, a hermenêutica filosófica gadameriana é ignorada pelos juízes quando eles se afastam da compreensão do mundo, ignorando a historicidade e a faticidade. No mesmo sentido, ao embasar que “as filosofias jurídicas e políticas são sempre um reflexo e ao mesmo tempo um fator constitutivo e, por assim dizer, performativo das experiências jurídicas concretas do seu tempo” (FERRAJOLI, 2006, p. 437), sendo imprescindível convencê-los de que não há decisão temporal e espacialmente descolada das circunstâncias sociais e históricas.

Como dito, os juízes brasileiros ignoram a faticidade e a historicidade, buscando racionalizar as decisões por meio de fórmulas abertas neokantistas, fundadas em ideologias, conceitos de moralidade, em valores abstratos afastados da realidade social. Em outras palavras, costumam decidir com base em opiniões pessoais que não observam a alteridade do texto, nas palavras de GADAMER, 2015, p. 358):

Aquele que quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias, ignorando a opinião do texto da maneira mais obstinada e conseqüente possível – até que este acabe por não poder ser ignorado e derrube a suposta compreensão. Em princípio, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva à alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem uma “neutralidade” com relação à coisa nem tampouco um anulamento de si mesma; implica antes uma destacada apropriação de opiniões prévias e preconceitos pessoais. O que importa é dar-se conta dos próprios pressupostos, a fim de que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade, podendo assim confrontar verdade com as opiniões prévias pessoais.” (GADAMER, 2015, p. 358).

E o pior é afirmação teórica de que o Poder Judiciário exerceria um papel *iluminista*. Nesta defesa, Luís Roberto Barroso, que não passou despercebido de críticas por Lênio Streck

(2016, p.726) ao dizer “igualmente é uma confissão de ativismo quando se diz que o Supremo Tribunal é a vanguarda iluminista do país.”

Ainda destaca o ministro: “muito embora o juiz não deva projetar os próprios valores ao decidir, há uma dimensão mínima em que isso é inevitável: a da sua valoração do que seja correto, justo e legítimo” (BARROSO, 2018, p. 235). Sem querer enfrentar a nítida falha tautológica do texto, já que primeiramente há uma negação ao dizer “muito embora o juiz *não* deva”, sendo que ele complementa com uma afirmação contraditória de que “há uma dimensão mínima em que isso é **inevitável**” (ora, se o juiz não deve fazer, sob qual fundamento é inevitável fazer?!), **há um problema ainda mais grave de origem jusfilosófica a respeito da significação das palavras “correto e justo”. Afinal: o que é correto e justo? Seria aquilo que o juiz imagina ser correto e justo? Indaga-se.**

Pelo contrário, sob a hermenêutica filosófica não há se falar em iluminismo, pois a ideia de racionalidade daí advinda já se demonstrou falha quando o assunto é a relação do ser humano com o seu entorno, não se podendo abrir espaço para ilusões racionalistas.

Na docência de LUHMANN (2016, p. 753):

Desse modo, e é precisamente aí que se evidencia seu caráter socialmente dependente, o direito da sociedade moderna deve subsistir sem um futuro certo. Os parâmetros naturais, enquanto se referem à sociedade, não podem ser aceitos como algo constante (ainda que, evidentemente, possamos partir de que o sol continuará a brilhar por muito tempo); nem os valores podem ser projetados para o futuro, à medida que proporcionam instruções para a decisão, devendo, pois, funcionar como regras de colisão. Todo futuro se expõe no meio do (mais ou menos) provável e do (mais ou menos) improvável.

Nesse sentido, aceitar a existência da complexidade, contingência e imprevisibilidade da sociedade (LUHMANN, 2016, p. 753) é o primeiro passo para uma interpretação bem-sucedida. Afirmam os autores Daniel Kahneman, Oliver Sibony e Cass R. Sunstein: “admitimos que dizer que o futuro é imprevisível, dificilmente constitui um avanço conceitual” (KAHNEMAN; SIBONY; SUNSTEIN, 2021, p. 143).

Toda interpretação utiliza-se da linguagem como instrumento hermenêutico de extração de sentido textual, não é estática. A interpretação envolve análise da linguagem em conformidade com a tradição, buscando compreender o surgimento dos fenômenos em conjunto com o que interpreta a sociedade, esta que vive a realidade. Nesse sentido, “não se

pode prescindir da realidade ao se analisar a linguagem” (SILVA; FREIRE JR, 2019, p. 45). Portanto, sugere-se que o neoconstitucionalismo abriu espaço para e que a hermenêutica filosófica aqui trazida orienta exatamente o oposto, pois “a hermenêutica heideggerianagadameriana, de forma alguma, dá margem a decisionismos” (NASCIMENTO, p. 164).

Lênio Streck afirma que há um direito fundamental ao cumprimento da Constituição Federal³, ou, como preferir, um direito fundamental à resposta adequada (resposta constitucionalmente adequada), sendo que esta resposta “ultrapassa o raciocínio causal explicativo, porque busca no *ethos* principiológico a fusão de horizontes demandada pela situação que se apresenta.” (STRECK, 2017, E-book, posição 13.338) e complementa dizendo que a decisão constitucionalmente adequada “é *applicatio* (superada, portanto, a cisão do ato interpretativo em conhecimento, interpretação e aplicação), logo, a Constituição só acontece como “concretização”, como demonstrado por Friedrich Muller a partir de Gadamer” (STRECK, 2017, E-book, posição 13.338).

Em suma, conclui-se que o neoconstitucionalismo juristocrata foi o responsável por normalizar as incontáveis decisões judiciais constitucionalmente inadequadas, hermeneuticamente afastadas dos verdadeiros horizontes da sociedade. Há uma verticalidade imposta pelo Poder Judiciário contra todos os demais poderes, resvalando em toda a sociedade.

6. A TEORIA LUHMANNIANA DA SOCIEDADE COMO PARÂMETRO À INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Nas linhas abaixo, empreende-se uma rápida argumentação para demonstrar que a teoria lumahnniana da sociedade também poderia ser útil a evitar o neoconstitucionalismo juristocrata, e a internalização de conceitos básicos do autor pelos juízes contribuiria para arrefecer a crise entre os subsistemas sociais direito e política.

Ensina Luhmann que os sistemas da sociedade são operativamente fechados, autopoieticos e autorreferenciais. Quanto ao conceito de operativamente fechado, conceitua o autor:

³ Ver: “uma decisão constitucionalmente adequada também deve ser observada como um direito fundamental do cidadão.” (STRECK, 2016, p. 723).

por operativamente clausurados deben definirse los sistemas que, para la producción de sus propias operaciones, se remiten a la red de sus propias operaciones y en este sentido, se reproducen a sí mismos. Com una formulación um poco más libre se podría decir: el sistema debe presuponerse a sí mismo. (LUHMANN, 2002, p. 68).

Entretanto, há uma necessária comunicação entre os sistemas, denominado acoplamento estrutural. Conforme o autor (LUHMANN, 1988 apud VIANA, 2013, p. 83), existe uma abertura cognitiva entre os sistemas sociais, sendo que apenas é possível com irritações e perturbações que decorrem do ambiente social, assumindo um caráter de comunicação em seu interior.

Observe-se que a comunicação é o elemento essencial para entender a teoria dos sistemas (LIMA, 2011). Ou seja, os vários sistemas da sociedade podem intercambiar informações desde que sejam imprescindíveis para o sistema acoplado e “o acoplamento estrutural é o responsável pela troca de comunicações com outros sistemas.” (LIMA, 2011, p. 9). Niklas Luhmann também conceitua a constituição como acoplamento estrutural entre o direito e a política (LUHMANN, 2006).

Ocorre que, diferentemente do acoplamento estrutural no qual as comunicações são pontuais para ocorra a autopoiese dos sistemas, hoje no Brasil existe uma submissão do sistema político ao direito e aqui desenvolve-se o grave problema da desestabilização de ambos.

Em resumo, até mesmo sob a ótica lumahnniana, é possível constatar que o ativismo judicial afeta a devida organização dos sistemas sociais, sendo que os subsistemas da política e do direito estão operando com disfuncionalidades e interferências recíprocas, sem comunicação. Não há acoplamento estrutural, mas sim acoplamento unilateral do direito sobre a política.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Decidir não é um ato idiossincrático. Pelo contrário, decorre do exercício hermenêutico. Decisão constitucionalmente adequada (ou hermeneuticamente adequada) é aquela temporal e espacialmente conjugadas aos anseios da sociedade, respeitando as regras do jogo democrático. Em outras palavras, decisão *não distanciada da realidade*. Toda interpretação utiliza-se da linguagem como instrumento hermenêutico de extração de sentido textual, não é estática. A interpretação envolve análise da linguagem em conformidade com a

tradição, buscando compreender o surgimento dos fenômenos em conjunto com o que interpreta a sociedade, esta que vive a realidade. Decidir também não pode ser um conjunto de proposições ilusórias *supostamente*; a palavra é usada como um recurso crítico. Em simples explicação: o Judiciário imagina ter imposto uma decisão, mas na verdade, não á verdadeiramente uma imposição quando não possui condições de ser cumprida; impostas; ao inverso, precisam ter capacidade de cumprimento, de execução.

A hermenêutica filosófica gadameriana é ignorada pelos juízes quando eles se afastam da compreensão do mundo, ignorando a historicidade e a facticidade. No mesmo sentido, ao embasar que “as filosofias jurídicas e políticas são sempre um reflexo e ao mesmo tempo um fator constitutivo e, por assim dizer, performativo das experiências jurídicas concretas do seu tempo” (FERRAJOLI, 2006, p. 437), sendo imprescindível convencê-los de que não há decisão temporal e espacialmente descolada das circunstâncias sociais e históricas.

Portanto, não importa a terminologia adotada, se “ativismo judicial”, “politização do judiciário”, “juristocracia brasileira”, “neoconstitucionalismo distorcido” ou qualquer outro neologismo criativo, a conclusão é invariável: a falta de contenção do Poder Judiciário põe em risco o regime democrático, causa instabilidade institucional e aumenta a polarização da sociedade.

Há no Brasil um neoconstitucionalismo juristocrata impregnado do decisionismo (ativismo judicial) e vários já são os efeitos negativos. Nesse sentido, a palavra neoconstitucionalismo é sinônimo de constitucionalismo utópico, que mais atrapalha do que contribui para a manutenção do equilíbrio das instituições.

Como dito, os juízes brasileiros ignoram a faticidade e a historicidade, buscando racionalizar as decisões por meio de fórmulas abertas neokantistas, fundadas em ideologias, conceitos de moralidade, em valores abstratos afastados da realidade social. Em outras palavras, costumam decidir com base em opiniões pessoais que não observam a alteridade do texto. Soma-se a este fato a divergência entre o acoplamento estrutural no qual as comunicações são pontuais para ocorra a autopoiese dos sistemas, hoje no Brasil existe uma submissão do sistema político ao direito e aqui desenvolve-se o grave problema da desestabilização de ambos (LUHMANN, 2006).

Uma vez que ambos buscam no outro a legitimação para ambos sendo que, no plano fenomenológico ocorre uma tendência de o poder político buscar legitimação no poder jurídico e este busca força no poder político gerando uma anomalia institucional onde as

funções precípua dos poderes começam a se interconectar de uma forma que o legislador constitucional não previu, podendo ser o germe para futuras teratologias entre sistemas de legitimação axiomáticos (GADAMER, 2011).

Alerte-se: agora é uma questão de sobrevivência das instituições, cabendo a cada uma fazer um exercício de autorreflexão, pois a política submete-se a outro poder até quando lhe convém. É coerente afirmar que nenhuma previsão a ser feita do futuro institucional brasileiro é garantia de concretização. Previsões serão sempre previsões, o futuro é incerto, imprevisível e contingente, mas que existe um risco concreto de abalo das instituições, aqui não se trata de uma mera análise preditiva. Rechaçar o neoconstitucionalismo juristocrata talvez seja o passo mais urgente para o restabelecimento da imprescindível convivência harmônica entre as instituições brasileiras (LUHMANN, 2006).

Dessa forma mostra-se patente que uma estratégia relevante e salutar para superar o momento de crise institucional é entender o papel precípua que cada instituição exerce no contexto de distribuição do poder soberano estatal. Portanto, o uso da hermenêutica filosófica gadameriana no plano axiológico serve como contributo à superação do ativismo judicial, uma vez que traça limites claros e concisos para o exercício da jurisdição evitando o uso de valores abstratos afastados da realidade social. Concomitantemente com a teoria lumahnniana da sociedade servem como estratégias úteis para evitar o fenômeno execrável do ativismo judicial.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020,

BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 23-50. Disp. em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3180/pdf> . Acesso em: 09 de maio de 2022.

_____. **Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas**. Revista Interdisciplinar de Direito, v. 16, n.1, pp. 217-266, jan./jun. 2018. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/issue/view/37> . Acesso em: 08 de mai. 2022.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista De Direito Administrativo, 240, 1–42. 2005.

Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>. Acesso em: 24 de jan. 2023.

DA SILVA, Willy Potrich; FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **Analítica e hermenêutica: duas faces de uma mesma solução para a garantia da racionalidade na aplicação do direito**. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, v. 1, n. 57, jul. 2019. ISSN 1982-9957.

Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/12881>>. Acesso em: 06 de mai. 2022.

FERRAJOLI, Luigi. **O Estado de Direito entre o Passado e o Futuro**. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs). O Estado de Direito: História, Teoria, Crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 417-464.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método (vol. I)**; trad. de Flávio Paulo Meurer; revisão da trad. Ênio Paulo Giachini. 15. ed. – Petrópolis, RJ: Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015.

_____. **Verdade e método (vol. II)**; trad. de Ênio Paulo Giachini; revisão da trad. Márcia Sá Cavalcante. 6. ed. – Petrópolis, RJ: Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2011.

GRONDIN, Jean. Introduction to Philosophical Hermeneutics. Foreword by Hans-Georg Gadamer. Translated by Joel Weinsheimer. YALE UNIVERSITY PRES, 1997)

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**; trad. revisada e apresentação de Marcia Sá Cavalcante; posfácio de Emmanuel Carneiro Leão. 10. ed. – Petrópolis, RJ: Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015.

HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia. As origens e consequências do novo constitucionalismo**; tradução Amauri Feres Saad – 1ª ed. – Londrina, PR. Editora E.D.A. – Educação, Direito e Alta Cultura, 2020.

KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass R. **Ruído. Uma falha no julgamento humano**; trad. Cássio de Arantes Leite. – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2021.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT. **Como as democracias morrem**; trad. Renato Aguiar. 1ª Ed. – Rio de Janeiro, Zahar, 2018.

LIMA, F. R. S. **Constituição Federal: Acoplamento Estrutural entre os Sistemas Político e Jurídico**. Direito Público, [S. l.], v. 7, n. 32, 2011. Disponível em:

Nova Hileia: Revista de Direito Ambiental da Amazônia

Vol. 14. Nº 2, Jan-Jun 2023.

ISSN: 2525-4537

Artigo Científico

<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1737>. Acesso em: 10 maio. 2022.

LUHMANN, Niklas - **A constituição como aquisição evolutiva**. [Tradução realizada a partir do original (“Verfassung als evolutionäre Errungenschaft”. In: *Rechthistorisches Journal*. Vol. IX, 1990, pp. 176 a 220), cotejada com a tradução italiana de F. Fiore (“La costituzione comeacquisizione evolutiva”. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg. *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996), por Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele DeGiorgi. Notas de rodapé traduzidas da versão em italiano por Paulo Sávio Peixoto Maia (texto não revisado pelo tradutor). Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/31253250/LUHMANN-Niklas-Aconstituicao-como-aquisicao-evolutiva>>. Acesso em 10 mai. 2022

_____. **O direito da sociedade**; trad. Saulo Krieger; trad. das citações em latim Alexandre Agnolon. – São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016.

NASCIMENTO, Valéria Ribas. **A filosofia hermenêutica para uma jurisdição constiucional democrática: fundamentação/aplicação da norma jurídica na contemporaneidade**. *REVISTA DIREITO GV, SÃO PAULO* 5(1) | P. 147-168 | JAN-JUN 2009.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/5869>. Acesso em: 06 mai. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada**. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, v.17(3), p.721–732. 2016 Disponível em : <https://doi.org/10.18593/ejll.v17i3.12206>. Acesso em: 24 jan. 2023.

_____. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

VIANA, Ulisses Schwarz. **Horizontes da justiça: complexidade e contingência no sistema jurídico**. 2013. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-11062014110504/publico/Tese_Horizontes_da_Justica_Ulisses_Schwarz_Viana.pdf Acesso em: 09 maio 2022.

Nova Hileia: Revista de Direito Ambiental da Amazônia

Vol. 14. Nº 2, Jan-Jun 2023.

ISSN: 2525-4537

Artigo Científico

WOLFGANG, I. Direitos fundamentais a prestações sociais e crise: algumas aproximações. Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL], v.16(2), p. 459–488. 2015.

Disponível em: <https://doi.org/10.18593/ejll.v16i2.6876>. Acesso em: 24 jan. 2023.

Data de submissão: 27 de janeiro de 2023.
Data de aprovação: 07 de fevereiro de 2023.