

As aporias na nova hermenêutica constitucional brasileira delineadas pelo Supremo Tribunal Federal

The Aporias in the Brazilian new Constitutional Hermeneutics Outlined by the Supreme Federal Court

Ricardo Ferreira Sacco¹

RESUMO:

Pretende-se com o presente trabalho trazer à luz uma discussão, ainda que superficial, sobre um tema problema jurídico de fundamental importância na atualidade. Tornou-se inevitável, diante da percepção que se tem a respeito das decisões do Supremo Tribunal Federal, discutir os limites da jurisdição constitucional. O Brasil, apesar de estar ligado a uma estrutura jurídica de matriz na *civil law*, com paradigmas interpretativos e de fontes do Direito desenvolvidos nessa linha, observa atônito a um contínuo e aporético processo de ativismo e de interpretações expansivas que se desenvolveu na Corte Constitucional e que parece não ter limites. Certo é que a atividade interpretativa busca dar efetividade à Constituição e não pode deixar de estar sujeita à observância dos próprios limites constitucionais, sob pena de se transformar em mutação inconstitucional. Há uma oscilação convenientemente produzida entre teorias ligadas, por vezes ao originalismo e na maior parte das vezes à constituição viva, que acaba por levar a uma absoluta falta de previsibilidade e a uma insegurança jurídica que merecem atenta reflexão. Este é um fenômeno que, ao que tudo indica, tem se fortalecido nos últimos anos, o que tem causado perplexidade a muitos operadores do Direito. Por tal fato merece ser estudado e compreendido, pois está operando uma mudança de paradigma na hermenêutica constitucional e levando a aporias que representam uma violação à segurança, à ordem jurídica e à democracia.

PALAVRAS-CHAVE:

Jurisdição constitucional; hermenêutica constitucional; originalismo textualista; Constituição viva; Segurança jurídica.

ABSTRACT:

This paper intends to bring to light a discussion, albeit superficial, about a legal issue of fundamental importance today. It has become inevitable, given the perception that it has respect for the decisions of the Supreme Federal Court, discusses the limits of constitutional jurisdiction. Brazil, despite being linked to a legal framework of civil law, with interpretative paradigms and sources of legal law along these lines, is astonished by a continuous and aporetic process of activism and expansive interpretations that are studied in the Constitutional Court and that seems have no limits. What is certain is that an interpretative activity seeks to give effect to the Constitution and can only be subject to compliance with constitutional limits, under

¹Graduado em Direito pela Universidade FUMEC, graduado em Engenharia Civil pela UFMG, Mestre em Direito e Insituições Políticas pela Universidade FUMEC e Doutor em Ciências Jurídico-Sociais pela *Universidad del Museo Social Argentino*. Professor de Hermenêutica e de Ciência Política e Teoria Geral do Estado do curso de Direito da Universidade FUMEC, professor de Direito Constitucional do CTSP do Centro de Ensino e de Graduação da PMMG, membro titular do CEP - Comitê de Ética e pesquisa da Universidade FUMEC. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/9395024396518657>.

penalty of becoming unconstitutional mutation. There is a convenient oscillation selected between the activated theories, sometimes even the original and most often in living constitution, which ultimately leads to an absolute lack of predictability and legal uncertainty that deserves attention for reflection. This is a phenomenon that has apparently been strengthened in recent years and has caused perplexity in many legal operators. For this fact it deserves to be studied and understood, as it is operating a change of constitutional hermeneutic paradigm and leading to aporias that represent a violation of security, legal order and democracy.

KEYWORDS:

Constitutional Jurisdiction; constitutional hermeneutics; textualist originalism; Living constitution; Legal certainty.

1 INTRODUÇÃO

A interpretação é ponto primordial para a efetividade e permanência de uma Constituição no tempo, eis que a sociedade está continuamente em transformação. A Constituição Federal de 1988 (CF/88) acabou por consagrar princípios que possuem uma materialidade prospectiva e representam janelas abertas para o futuro, pois são capazes de resolver questões contemporâneas com base em valores cristalizados no passado. Essa é uma característica marcante da CF/88, que foi dotada de uma principiologia que a permite acompanhar a emergência de novos fatos e solucioná-los sem necessidade de constante mudança de texto, utilizando para tal a hermenêutica (BRITTO, 2001).

A sociedade muda com o passar do tempo e nem sempre a Constituição acompanha textualmente tais mudanças. Aquilo que o constituinte originário muitas vezes previu, passa a ser disfuncional simplesmente porque a sociedade mudou e nem por isso se deve simplesmente desconsiderar sua obra. Na Constituição o intérprete descobre determinações, não por meio de novos dispositivos materializados através de emendas à constituição, mas sim pelo desdobramento de preceitos formais e de princípios que, quando conjugados, permanecem em harmonia com o conjunto. No final, as linhas principais da obra são mantidas. Há, portanto, sempre em aberto a possibilidade de alteração da interpretação constitucional sem uma

alteração formal do seu texto, cujo nome técnico é mutação constitucional ou transição constitucional² (CANOTILHO, 2003, p. 1228).

O que se objetiva com o presente artigo é compreender que as mudanças de interpretação constitucional por uma Corte Constitucional precisam acompanhar uma linha de pensamento coerente, pois do contrário surgirão o que se pode chamar de aporias, que levam à contradições, quebra da previsibilidade e da segurança jurídica. As antinomias da razão e a inconclusividade de raciocínio no que se refere ora ao apego à literalidade do texto, ora à criação de soluções fora dele e a despeito dele, criam uma percepção negativa do Supremo Tribunal Federal (STF) não apenas no meio jurídico, mas em toda a sociedade, levando à perda da legitimidade (FANTICELLI, 2015).

Na interpretação constitucional é forçoso concluir pelo que se encontra não apenas no texto escrito, mas muitas vezes o que se encontra por detrás da letra da lei através de princípios já consagrados e reconhecidos, que auxiliarão a solucionar questões que não estavam expressamente contempladas no texto (BRITTO, 2001).

As ações cognitivas não podem levar ao absurdo, pois havendo duas alternativas, tem de se optar por uma ou por outra: ou se acredita que o texto apresenta a vontade do constituinte originário e ela deve ser seguida, ou se acredita que o texto é um referencial e o conjunto de princípios sistematicamente analisados no texto apresenta as verdadeiras respostas. É possível para o atento observador das posturas do STF na última década, perceber as contradições em teorias e argumentos que acabam por debilitá-lo enquanto ator fundamental à segurança jurídica e pacificação social. Há, de fato, uma dificuldade lógica insuperável e se fizermos perguntas incessantes, chegaremos a um ponto em que não mais teremos respostas que sejam minimamente coerentes e que, de alguma forma, ignoram a realidade (FANTICELLI, 2015).

A Constituição precisa ser compreendida segundo um sentido de totalidade que busque concretizar o bem social ou bem comum. “Há de fato uma polaridade entre o coletivo e o individual, e a necessidade de superar a aporia dos esquemas genéricos e abstratos em conflito com a singularidade dos casos não tipificáveis” (REALE, 2002, p.708). A superação das aporias

² A doutrina portuguesa trata ambos como sinônimos: “considerar-se-á como transição constitucional ou mutação constitucional a revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto” (CANOTILHO, 2003, p. 1228).

se dá analisando as questões postas acima dos pontos de vista particulares, sempre contaminados pelas próprias ideologias e encontrar o a essência daquilo que está na Constituição. O que se tem observado é que para o que interessa ao STF, ele “cria” norma jurídica. “Já em Roma se sustentava que o direito brota do fato e é ditado pelo evolover dos acontecimentos: - *ex facto oritur jus*”. O fato cria o Direito e não o Direito é que deve criar fatos (REALE, 2002, p.91)

2 ALTERAÇÕES PARADIGMÁTICAS

O STF, pensado para ajudar a preservar a segurança jurídica, acabou se tornando um fator de aumento da insegurança jurídica e da imprevisibilidade, para a estupefação daqueles que acompanham suas decisões, principalmente nos últimos 10 anos.

A jurisprudência de uma Corte Constitucional é algo que exige grande responsabilidade dos que a produzem, pois são referência e produzem paradigmas no sentido definido por Thomas Kuhn (2000).

Os paradigmas, para aqueles atentos aos acontecimentos jurídico-políticos é, ou ao menos deveria ser, o referencial através do qual tende-se a resolver as novas questões apresentadas utilizando-se das experiências pretéritas acumuladas. Todos estão sempre presos a fórmulas que buscavam solucionar problemas de acordo com soluções anteriormente apresentadas, ou seja, a paradigmas que acabam por governar as atividades humanas e a forma como as ações são conduzidas (KUHN, 2000).

A produção de um trabalho científico deve sempre levar em conta a presença de paradigmas que modelam a maneira de interpretar os fenômenos. De acordo com Thomas Kuhn, que descreveu e trabalhou alguns importantes conceitos referentes às ciências, - qualquer que seja ela, - é natural a criação espontânea de “comunidades científicas”, formadas por praticantes de uma determinada especialidade que compartilham crenças. Segundo ele, tais participantes foram submetidos a uma iniciação profissional e a uma educação similares e, neste processo, absorvem a mesma literatura técnica e dela retiram muitas das mesmas lições.

“Normalmente as fronteiras dessa literatura padrão marcam os limites de um objeto de estudo científico e em geral cada comunidade possui um objeto de estudo próprio” (KUHN, 2000, p. 220).

Segundo o autor, ocorre que no interior de tais “grupos” a comunicação interna é relativamente ampla e os julgamentos profissionais e percepções dos fatos ocorrem, muitas vezes, de forma unânime, havendo como resultado a visão quase unívoca dos membros de uma comunidade, que veem a si próprios e acabam sendo vistos pelos outros como sendo os únicos responsáveis pela perseguição de um conjunto de objetivos comuns (KUHN, 2000, p. 221).

Desta forma verifica-se que um paradigma governa não somente um objeto de estudo, mas um grupo de praticantes da ciência; naturalmente todos estão sempre presos a paradigmas. Percebe-se aí o quão difícil é modificar um paradigma já cristalizado em uma comunidade. Para Kuhn, uma “revolução”, por ele chamada a modificação de um paradigma pré-existente, é uma espécie de mudança envolvendo certo tipo de reconstrução de compromissos entre aqueles estudiosos de uma ciência (KUHN, 2000, p. 225).

Este paradigma pode resumidamente ser definido como sendo a construção de crenças, valores e técnicas compartilhadas por membros de uma comunidade científica. Para Kuhn:

O termo ‘paradigma’ é usado em dois sentidos diferentes. De um lado indica a constelação de crenças, valores, técnicas, etc [...], partilhadas pelos membros de uma comunidade determinada. De outro, denota um tipo de elemento dessa constelação: soluções concretas de quebra-cabeças que, empregadas como modelos ou exemplos, podem substituir regras explícitas como base para a solução dos restantes quebra cabeças da ciência normal (KUHN, 2000, p. 218).

Pois bem, quando se trabalha com hermenêutica jurídica, o paradigma é a Constituição Federal de 1988 (CF/88) que apresentou soluções que, empregadas “como modelos ou exemplos, podem substituir regras explícitas como base para a solução dos restantes quebra cabeças” da ciência jurídica (KUHN, 2000, p. 218).

Enfim, a CF/88 apresentou um novo paradigma que estabeleceu o Estado democrático de Direito, que, no dizer do constitucionalista português Jorge Miranda (2000, p. 210-211), o “Estado de Direito democrático” ou, no Brasil, o chamado Estado democrático de Direito, traduz a confluência de Estado de Direito e democracia, na qual o poder político pertence ao povo “e é exercido de acordo com a regra da maioria, mas está subordinado - material e

formalmente – à Constituição”, havendo constante fiscalização dos atos do poder e uma interação de dois princípios substantivos, quais sejam “o da soberania do povo e dos direitos fundamentais e a mediatização de princípios adjetivos da constitucionalidade e da legalidade”.

Para Miranda (2000, p. 211), este domínio da maioria através do princípio democrático poderia acarretar a violação de outros princípios, como por exemplo, a violação de direitos fundamentais ou, ao extremo, “o princípio da liberdade poderia recusar qualquer decisão política sobre sua modelação”. O equilíbrio, por sua vez, é atingido por meio do esforço de conjugação e da ponderação. Pode-se dizer, renovando e atualizando princípios, valores e interesses, assim como uma conjugação complexa de articulação de órgãos políticos e jurisdicionais, com gradações determinadas constitucionalmente. O “Estado de Direito democrático” está intimamente ligado à democracia econômica, social e cultural, cuja realização é objetivo da democracia política.

Continua afirmando que

A decisão de assegurar o primado do Estado democrático de Direito, a Constituição reitera do mesmo modo o primado do Direito – do Direito que justifica e organiza um Estado democrático e, concomitantemente, reflete e conforma uma sociedade que se aspira de pessoas livres e iguais (MIRANDA, 2000, p. 213).

Dessa forma, “o Estado e a sociedade são, assim, qualificados pela sua integração pelo Direito e este é, por seu turno, posto perante a vivência dos fatores de ordem variada decorrentes daquela perspectiva” (MIRANDA, 2000, p. 213).

A CF/88 consagra de maneira sintética e objetiva o princípio democrático do qual decorre a produção do Direito logo em seu artigo 1º, parágrafo único: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988).

O Povo, elemento volitivo do Estado, tem dele emanada a sua vontade no exercício do poder, estando sujeito a limites criados, conforme visto, por seus representantes quando da elaboração da Constituição, qual seja, o Poder Constituinte Originário (DALLARI, 1998). No mais, está claramente consignado que, nos limites da Constituição, o Poder é exercido pelos representantes do Povo que são eleitos ou até mesmo diretamente através dos instrumentos previstos constitucionalmente: plebiscito, referendo e iniciativa popular (BRASIL, 1988).

Tem-se percebido ao longo da última década o surgimento e o recrudescimento de um fenômeno que representou uma alteração no paradigma constitucional fundado em 1988, qual seja, o ativismo judicial³. Este fenômeno, elogiado por alguns e criticado por outros acabou se tornando cada vez mais presente entre nós, a ponto de ser notório, que juízes da Corte Constitucional brasileira, de maneira insistente, simplesmente afirmam que é irrelevante o que pensa a sociedade acerca de suas decisões.

2.1 O ativismo judicial e suas consequências

A expressão ativismo judicial foi cunhada nos Estados Unidos e foi empregada para rotular a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida pelo juiz Earl Warren, entre 1954 e 1969. Neste período operou-se uma mudança profunda e silenciosa com relação a inúmeras práticas políticas na América, conduzida por uma jurisprudência que efetivou tais mudanças sem qualquer ato do Congresso (BARROSO, 2012).

A expressão ativismo judicial encontra-se agora presente em debates jurídico-políticos e seu fortalecimento gradual acabou levando, segundo o professor Tercio Sampaio Ferraz Júnior, a quebra da hierarquia das normas, a politização do Direito e até mesmo com tarefas tradicionais de juristas, quebrando a consagrada tripartição dos Poderes e levando a um cenário de fragilização da Constituição (FERRAZ JUNIOR, 2019).

Segundo o citado autor,

A noção forte de hierarquia — Constituição, leis — começa a ser substituída por outras fórmulas, em que as decisões tomadas passam a ser vistas mais como jogadas políticas mais do que, propriamente, decisões no velho sentido técnico. Temos uma sensação de desfalecimento da Constituição como a gente conhecia antes. Esse desfalecimento provoca uma angústia permanente. As decisões são tomadas de tal maneira que eu não decido porque posso, mas eu posso porque eu decido (FERRAZ JUNIOR, 2019).

³ A expressão “ativismo judicial” foi utilizada, pela primeira vez, em artigo de um historiador sobre a Suprema Corte americana no período do New Deal, publicado em revista de circulação ampla. V. SCHLESINGER, Arthur M., Jr., *The Supreme Court: 1947*. Fortune, jan. 1947, v. 35, p. 208 apud KMIEC, Keenan D. *The origin and current meanings of ‘judicial activism’*. California Law Review, out.2004, n. 92, p. 1446. A descrição feita por Schlesinger mostra uma forte divisão dentro da Suprema Corte naquela época, pois havia um grupo que entendia ser a Suprema Corte capaz de poder desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social e outro grupo que defendia uma postura de auto-contenção judicial, deixando ao legislativo o papel que naturalmente caberia a ele (BARROSO, 2012).

A intensa reação operada nos Estados Unidos fez com que, naquele país, para muitos, a expressão ativismo judicial acabasse assumindo uma conotação negativa, depreciativa e equiparada ao exercício irregular do poder judicial (BARROSO, 2012). No Brasil estamos diante de um cenário jamais imaginado e que foge ao natural: pessoas comuns sabem o nome de ministros do STF, os reconhecem e criticam, o que de forma nenhuma pode ser considerado natural.

A ideia de ativismo judicial está associada, portanto, a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário dentro do que ele próprio, naquele momento, entende serem os valores e fins constitucionais. Tal processo se dá, obviamente, com significativa interferência no espaço de atuação do Legislativo e do Executivo (BARROSO, 2012).

Ao ativismo judicial veio se somar a chamada judicialização, que são fenômenos distintos, mas que podem se completar. A judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral passam a ser decididas pelo Judiciário, escapando de sua natural solução política no Legislativo ou no Executivo, dentro do espaço político majoritário (BARROSO, 2012).

Para aqueles que consideram este um fenômeno positivo, pode-se apontar causas diversas, como o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente como elemento essencial para as democracias modernas, a vertiginosa ascensão institucional de magistrados e tribunais, a desilusão com a política e atores políticos que, muitas vezes, preferem recorrer ao Judiciário, para solucionar questões polêmicas, a esperar que sejam solucionadas pelo processo político (BARROSO, 2012).

Há, muitas vezes, a transferência consciente ou não de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma mudança paradigmática no modo de se pensar e de se praticar o Direito no Brasil (BARROSO, 2012).

Tem-se que ressaltar, contudo, que tal mudança paradigmática operada no STF reveste-se de uma contradição insolúvel; uma indiscutível aporia quando contrastado com a própria CF/88, que consagra de maneira sintética e objetiva o princípio democrático: “Todo o poder

emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988).

Está-se, pois, por meio de um ativismo judicial exacerbado, como relatado anteriormente, a se defender que a Constituição e o próprio STF é um território separado da sociedade e da natureza, onde se desenrolam as atividades de produção do conhecimento e o desenvolvimento social e tecnológico (COUTINHO, F. A.; MATOS, S. A. de; RODRIGUES e SILVA, F. A., 2014).

Percebe-se que a ideia de a Corte Constitucional ser capaz, de não apenas criar normas jurídicas, mas até mesmo de mudar a sociedade e a natureza, representa uma nítida desconexão com o bom senso, com a realidade e com a própria CF/88. O que seria possível e também legítimo é moldar relações usando por paradigma a CF/88 e não usar a CF/88 como desculpa para fazer valer a própria vontade de juízes. Assim como é possível estudar os efeitos do desenvolvimento social, científico e tecnológico sobre a sociedade e o ambiente e buscar condicioná-los aos limites constitucionais. Sociedade e seus valores, a ciência e a tecnologia não são jamais criados pela Corte Constitucional. Porém, nesse caso, temos uma situação estranha – a Corte Constitucional que funciona para e às expensas da sociedade, parece ignorá-la (COUTINHO, F. A.; MATOS, S. A. de; RODRIGUES e SILVA, F. A., 2014).

Até o início do século XXI, o paradigma jurídico brasileiro estava bem consolidado na perspectiva da CF/88 de que a atuação do judiciário era preservada do contágio político por meio de sua independência em relação aos demais poderes e por sua íntima vinculação ao Direito, que constitui um mundo autônomo do ponto de vista normativo ou doutrinário. Contudo, na concretização das normas constitucionais, direito e política convivem e se influenciam reciprocamente, numa interação que tem complexidades diferentes daqueles referentes às normas infraconstitucionais (BARROSO, 2012).

Certo é que o campo da hermenêutica está longe de ser exato e, embora possa parecer clara a linguagem expressa no texto, é imperativo verificar o que se encontra por detrás da letra da lei. Não é sem razão, portanto, que hoje está ultrapassado o brocardo latino *in claris cessat interpretacio*, pois todo texto merece interpretação, sendo que a Constituição não foge à regra (MAXIMILIANO, 2000).

Ninguém ignora que todo processo técnico-científico é preso a paradigmas e os mesmos estão sujeitos a alterações. Tampouco se pode ignorar que nem sempre é forçoso o intérprete estar preso à letra da lei, ainda mais no caso da Constituição, que deve ser longeva a ponto de levar a sociedade a uma espécie de culto de respeito a ela. Ao mesmo tempo, a sua longevidade não pode impedir que esteja em sintonia e regule os fundamentos de uma sociedade contemporânea, cujas normas precisam ser interpretadas de acordo com o tempo presente.

A permanência de uma Constituição exige, por natureza, uma aptidão modificativa, pois caso proibisse sua própria alteração, estaria fadada ao fracasso. A previsão de mecanismos para a reforma constitucional funciona como uma garantia de sua longevidade. A reforma constitucional visa ajustá-la a uma realidade sempre em transformação, que sofre influxo constante de outras ciências (DIAS, 2013).

As Ciências Jurídicas e as demais ciências especificamente humanas, como História, Sociologia, Economia e Psicologia não podem ser vistas como compartimentadas, pois estão interligadas entre si e ajudam nas respostas às soluções de questões jurídicas por meio da interpretação, ou seja, se influenciam mutuamente. Percebe-se, pois, que as demais ciências colaboram com a Ciência Jurídica e com o desenvolvimento da jurisprudência, - não o contrário.

A moderna ciência emerge de maneira esparsa num paradigma cognitivo, que começa a conseguir estabelecer pontos entre ciências e disciplinas que muitas vezes eram como não comunicantes, o que pode significar também troca e cooperação. A multidisciplinaridade constitui uma associação de disciplinas, por conta de um projeto, ou de um objeto que lhes sejam comuns, sendo esta perspectiva extremamente útil na hermenêutica (MORIN, 2001).

As situações, os negócios, os interesses, a ciência que determinada norma visa regular transformam-se com o passar do tempo. Nem por isso se deve simplesmente desconsiderar sua obra. O mesmo acontece na Constituição, na qual o intérprete descobre determinações, não por meio de novos dispositivos materializados, mas sim pelo desdobramento de preceitos formais e de princípios que, quando conjugados, não perturbem a harmonia do conjunto e nem alteram as linhas da obra. Há, portanto, sempre em aberto a possibilidade de alteração da interpretação

constitucional sem uma alteração formal do seu texto, cujo nome técnico é mutação constitucional ou transição constitucional⁴ (CANOTILHO, 2003, p. 1228).

As teorias relacionadas às mutações constitucionais não são novas e a primeira foi identificada pela Escola Alemã de Direito Público ainda nos fins do século XIX e o termo utilizado pela primeira vez por Paul Laband em 1895, estabelecendo a diferença entre a reforma constitucional e a mutação constitucional que, desde o início foi utilizado para descrever a mudança de sentido da Constituição sem alteração de seu texto. Seguiram Paul Laband os juristas George Jellinek, Hermann Heller e Rudolf Smand (DIAS, 2013).

As mutações constitucionais conferem um caráter dinâmico à Constituição, procurando conciliar o sistema constitucional originário com as transformações que ocorrem na realidade social. A interpretação constitucional precisa acompanhar essas mudanças, entretanto nem sempre se torna necessária a alteração formal da Constituição para que esta tenha uma atualização constante e permanente, dentro de certos limites. De toda forma, é preciso compreender que o equilíbrio não se encontra nos extremos e a corte constitucional não possui uma “carta em branco” para produzir normas ao seu bel prazer.

Para Canotilho as mutações constitucionais levam a uma interpretação evolutiva e enfatiza, inclusive, que é ilegítima a interpretação constitucional inovadora que busque uma alteração na interpretação da Constituição que seja flagrantemente contraditória com o texto constitucional, como está acontecendo há algum tempo no Brasil (CANOTILHO, 2003).

O intérprete é capaz de extrair ideias apenas latentes até aquele momento. Com seu trabalho aclara obscuridades, afasta contradições aparentes e atualiza a norma. Não está aqui a se falar que tais ações quando praticadas por magistrados representem o que se define como ativismo judicial, pois esta é a atividade natural de todo operador do Direito, mesmo que seja por mecanismos informais, mas desde que admitidos pela Constituição. Esta é, na verdade, a ação indiscutivelmente aceita, dentro de limites, como natural ao exercício da judicatura.

⁴ A doutrina portuguesa trata ambos como sinônimos: “considerar-se-á como transição constitucional ou mutação constitucional a revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto” (CANOTILHO, 2003, p. 1228).

O ativismo judicial é algo que vai bem além e usa a hermenêutica como suporte para na verdade criar, inúmeras vezes, como dizem os críticos, norma jurídica sem uma base textual ou principiológica pré-existente, ou substituição de um texto normativo por outro criado ao alvedrio do Tribunal, ou até mesmo ignorar princípios afirmados e reafirmados no texto constitucional para dar vazão a desejos pessoais de ocasião (NOGUEIRA, 2008).

Há de fato muita controvérsia nesse tema problema e há os que o defendem e os que o criticam. Fato é que se goste ou não, é um fenômeno que, ao que tudo indica, veio para ficar e tem se fortalecido nos últimos anos, o que tem causado perplexidade a muitos operadores do Direito. Por tal fato merece ser estudado e compreendido, pois está operando uma mudança de paradigma na hermenêutica constitucional e levando a “becos sem saída”; levando a aporias que representam uma violação à segurança, à ordem jurídica e à democracia.

2.2 Originalismo Constituição viva

Dentre os limites para se extrair normas do texto constitucional, é possível encontrar na doutrina duas correntes antagônicas quanto ao espaço possível para a realização das interpretações: o originalismo e o não-originalismo, este último inserido na chamada teoria da constituição viva. Nesta teoria, o ativismo judicial ganha uma justificativa e um arcabouço teórico bastante sólido, além de uma aparência nobre e progressista

Nas palavras de Luis Roberto Barroso: “O ativismo é uma atitude, que identifica uma interpretação expansiva da Constituição, incluindo no seu âmbito de alcance questões que não foram nela expressamente contempladas”. Dessa forma o juiz é capaz de ter uma postura proativa e decidir a questão que lhe é posta, pois para ele há de fato um déficit de legitimidade do processo político majoritário para atender importantes demandas e o Judiciário está suprindo este déficit (BARROSO, 2008).

Conforme exposto por Roberto Pinto Bueno, o originalismo surgiu ligado à tradição jurídica norte-americana e no Brasil, o também chamado originalismo textualista, estaria intimamente ligado à interpretação sistemática, enquanto o não-originalismo ou teoria da constituição viva se aproxima epistemologicamente do construtivismo (BUENO, 2010).

Os originalistas buscam, no trabalho interpretativo, descobrir o verdadeiro sentido da vontade do legislador, seja ele expresso no texto, ou nas entrelinhas, como princípios. A Suprema Corte ocupa um relevante papel na atividade de busca do sentido da Constituição, dessa forma atentam à tutela de valores democraticamente positivados nela (BUENO, 2010).

O originalismo acaba se adequando ao que intuitiva e habitualmente entendemos como sendo a forma do Direito funcionar, ou seja, está mais adequado ao paradigma que corriqueiramente os operadores do Direito entendem ser “o Direito”. O processo de aplicação das normas jurídicas que se resume ao silogismo que acaba solucionando bem um grande número de situações. O argumento mais forte e dificilmente superado pelos não-originalistas que defendem o que se chama “constituição viva” é o democrático, na medida em que, no fundo, acabam por defender implicitamente um poder constituinte contínuo, ilimitado e ilegítimo exercido pela Suprema Corte (NOGUEIRA, 2008).

O argumento que mais intensifica o debate entre o originalismo e o não-originalismo é o da neutralidade do magistrado, na medida em que todos possuem suas próprias experiências de vida e seus próprios valores morais, o que leva, individualmente, à sua própria visão de mundo, ou seja, nunca haverá neutralidade em um intérprete. Dessa forma faz muito sentido o temor de que o juiz, ao se afastar da vontade original do legislador, poderá lançar mão de valores pessoais para encontrar o sentido da norma jurídica extraída da Constituição. Barroso chega a reconhecer que “são identificados diversos fatores extrajurídicos relevantes, capazes de repercutir em maior ou menor medida sobre um julgamento, como os valores pessoais do juiz, as relações do Judiciário com outros atores políticos e a opinião pública, dentre outros” (BARROSO, 2012).

Se o originalismo enfrenta seus problemas ligados ao fato de que há muitas novas questões da sociedade contemporânea que não estão expressamente contempladas na Constituição, o não-originalismo possuiria a deficiência de “não oferecer uma opção metodológica clara e objetiva ou, mesmo, um conjunto definido de valores da forma como se encontra” (BUENO, 2010). Isso alimenta a razão de muitos críticos em suas argumentações anti-originalistas.

David A. Strauss, em livro intitulado *The living Constitution*, sustenta o fato de que a Constituição vai além de um documento fisicamente representado. Ela representa muito mais

do que palavras escritas, ou seja, “*norms*”, eis que congrega a narrativa do sentimento constitucional dos problemas vivenciados pela sociedade com a sabedoria decorrente da solução de eventos do passado, incluindo toda a sua carga histórica que compõe o que se deve compreender por Constituição (STRAUSS, 2010).

Strauss sustenta que não faz muito sentido o originalismo, pois um texto como a Constituição Americana foi promulgado há mais de duzentos e vinte e cinco anos e ainda permanece vigente. Ao longo desse período muita coisa relevante alterou profundamente: o território daquele Estado foi ampliado, sua população se multiplicou, houve uma guerra civil, ocorreram enormes mudanças na tecnologia, na economia, na sociedade e no ambiente internacional. Por tais mudanças, acabou sendo inevitável que a Constituição também se modificasse, e não seria de se imaginar que todas as mudanças ocorreriam via alterações no texto constitucional por meio de emendas (JARDIM, 2012).

Strauss assevera que a Constituição Americana é uma constituição viva e que evolui e se altera com o tempo, se adaptando a novas circunstâncias, sem que, necessariamente, tenha que ser formalmente alterada. Embora sofra críticas, este fenômeno para ele é positivo, pois sem isso se tornaria disfuncional e prejudicaria o desenvolvimento da sociedade (JARDIM, 2012).

Fato é que, no Brasil, apesar de estar ligado a uma estrutura jurídica tradicionalmente de matriz na *civil law*, e com paradigmas interpretativos e de fontes do Direito terem se desenvolvido nessa linha, há um contínuo e aporético processo de ativismo e de interpretações expansivas que se desenvolveu no judiciário. Já nos Estados Unidos da América, berço do pensamento ligado ao não-originalismo e à constituição viva, há uma estrutura jurídica modelada de forma distinta desde a sua origem (JARDIM, 2012).

A Constituição Americana é uma constituição viva isso se deve ao fato de o sistema ter sido construído e estruturado, desde os primórdios, no sistema da *common law*. E este sistema é desenvolvido em cima de precedentes em um lento, longo e contínuo processo de sedimentação de tradições. Tal fato deixa o sistema muito mais aberto a mudanças que não derivem das mudanças de texto normativo (STRAUSS, 2010).

Afirma-se que o originalismo se baseia no princípio de que não cabe ao Judiciário criar, emendar ou rejeitar leis, pois essa função é própria do legislativo, cabendo a ele a função de, se for o caso, declarar a constitucionalidade ou não das leis, de acordo com a intenção original do texto constitucional de 1787 (promulgado em 1789) e de suas posteriores emendas, no caso Norte Americano. Continua, afirmando que, no caso da Constituição Americana, a Suprema Corte não deve assegurar a ninguém qualquer direito que não esteja expresso na Constituição e nas suas emendas. Esse papel é do Congresso, por meio de edição de leis ou da aprovação de emendas à constituição (MARTINS, 2012).

O antagonismo entre os originalistas e os não-originalistas se dá intensamente na medida em que os primeiros entendem que somente é possível a identificação do sentido original e verdadeiro do texto constitucional, encontrando a vontade fundante que levou o legislador a construir determinada norma constitucional (MARTINS, 2012). Já para os não-originalistas, essa norma deve ser entendida de forma contextualizada e, portanto, interpretada de acordo com a contemporaneidade do tempo de sua aplicação, qual seja, com as adaptações cabíveis no momento de sua aplicação, pois foi escrita em termos flexíveis, que assumem significados dinâmicos e com a capacidade de se adaptar à evolução cultural, com o passar do tempo (BARROSO, 2012).

Segundo Luís Roberto Barroso (2012), “o originalismo é uma corrente de pensamento de baixa densidade teórica e elevado teor político, que serviu como instrumento para o combate, na academia e nos tribunais, à jurisprudência liberal e progressista criada pela Corte Warren”.

Barroso ainda cita o falecido juiz da Suprema Corte, Antonin Scalia, que, “um pouco menos radical, mas tão conservador quanto”, em sua opinião, seguiu a corrente originalista levando em conta literalmente o que diz o texto constitucional, e não mais a intenção do constituinte originário (BARROSO, 2012).

Ives Gandra Martins discorda de Barroso, alinhando-se aos chamados constitucionalistas clássicos, entende que o "originalismo só traz segurança jurídica" e o neoconstitucionalismo⁵ seguido por Luís Roberto Barroso, "só traz insegurança jurídica".

⁵ Aqui pode-se entender o neoconstitucionalismo como sendo o constitucionalismo principiológico que busca rechaçar os pressupostos do positivismo jurídico e atribui ao Poder Judiciário o papel de protagonista para que os “valores constitucionais” sejam preservados e incentivados. Nasceu de circunstâncias específicas do pós Segunda

Explica também que, no caso de leis ordinárias é possível que se interprete de acordo com o contexto em que elas se inserem, pois no caso há um antecedente imediato, qual seja, a Constituição. No caso do texto constitucional, continua, o antecedente imediato é a vontade do constituinte, o que faz do originalismo acertado. Para ele, "uma leitura conservadora é a leitura do que está escrito." (MARTINS, 2012).

Afirma Ives Gandra, de forma bastante direta: "O neoconstitucionalismo é uma mania que pegou nos magistrados brasileiros que permite ao juiz legislar. O juiz interpreta o texto constitucional à sua imagem e semelhança, mas o Judiciário não pode ser legislador positivo". Se houver convicção de que o texto constitucional necessita de alteração, continua o professor, "que procure o Congresso, que é representante dos anseios do povo, e não um magistrado, que passou num concurso" (MARTINS, 2012).

O ativismo judicial e a judicialização da política representam fenômenos distintos. O Ativismo representa, portanto, uma postura do judiciário que realiza a interpretação do Direito como ato de vontade do julgador, desvinculando-se do texto e, potencialmente, da vontade do legislador. A judicialização da política, ao seu turno, representa um fenômeno de ocasião, fruto do contexto histórico, social e jurídico. Ambos são produto reflexo do neoconstitucionalismo, ou seja, do constitucionalismo principialista que representa, para seus defensores, uma revisão do positivismo jurídico e se opõe ao que seria "uma teoria do Direito acrítica e incentivadora de um Poder Judiciário omissos e inoperante" (TEIXEIRA, 2014, p. 182).

Fica claro que no Direito Constitucional contemporâneo há o entendimento de que um texto escrito e rígido não impede o surgimento de uma jurisprudência constitucional. A interpretação evolutiva objetiva exatamente adequar a prática constitucional às mudanças que ocorrem na sociedade contemporânea. Quando a interpretação evolutiva ocorre na Constituição, podemos chama-la também de mutação constitucional (MIRANDA, 2007). A interpretação evolutiva pode operar também em nível infraconstitucional adequando-se o texto à realidade contemporânea e encontrando a norma, tendo como parâmetro condicionador interpretativo a Constituição.

Guerra Mundial que levaram à ascensão da atividade jurisdicional que rompeu com os pilares interpretativos do positivismo jurídico. Tal fenômeno impulsionou o ativismo judicial que é "um fenômeno extremamente perigoso aos pressupostos democráticos do Estado Constitucional" (TEIXEIRA, 2014, p.183).

A mutação constitucional é perfeitamente aceitável, principalmente no caso de constituições rígidas, que possuem, portanto, um maior rigor nas alterações formais. Contudo, tais mutações são aceitáveis em face da ordem jurídica, desde que decorrentes da própria Constituição, como consequência do próprio poder constituinte difuso⁶.

Se a mutação faz parte da atividade interpretativa que busca dar efetividade à Constituição, não pode deixar de estar sujeita à observância dos próprios limites constitucionais, sob pena de se transformar em mutação inconstitucional. Como consectário lógico do referido poder constituinte difuso, é vedado produzir normas constitucionais que atentem contra os princípios consagrados ou sobre os limites materiais (cláusulas pétreas), - caso ocorra, levaria como consequência a aporias que representam resultados e mudanças não admitidas pela Constituição. Ou seja, a possibilidade de mutações constitucionais não se trata de uma carta em branco a ser redigida ao bel prazer pelo STF (DIAS, 2013).

Com muita propriedade afirmou Cibele Fernandes Dias:

Se, por meio da mutação, for possível livremente deformar a Constituição, sem nenhuma pretensão de conformidade ou constitucionalidade, já não haverá mais um sistema jurídico de Constituição rígida e dotada de supremacia. Afinal, a mutação constitucional deve ser concebida como um processo informal de alteração constitucional, que atua como reforçamento e garantia da própria Constituição e não como álibi para sua ruína ou destruição (DIAS, 2013, p. 9341-9342).

O fenômeno de se utilizar da interpretação como pretexto para invadir competências legislativas e executivas, penetrando na política, não é novo e muitas vezes é fundamental recorrer à sabedoria dos que, no passado, auxiliaram no caminho até aqui. Carlos Maximiliano, no início do século XX afirmara que, conforme consignado por Montesquieu,

Todos os poderes constitucionais tendem a exagerar as próprias atribuições e invalidar o campo da alheia jurisdição. No Brasil, sobretudo, em que o Judiciário é juiz supremo de sua competência, se fora autorizado a legislar, não tardaria a fazê-lo em larga escala (MAXIMILIANO, 2000, p. 70-71).

Maximiliano continua com grande propriedade e afirma:

⁶ Na expressão de Burdeau, destinado a "completar a Constituição, a preencher vazios constitucionais, a continuar a obra do constituinte". Esta modalidade de poder constituinte é exercido continuamente, por mecanismos informais, não expressamente previstos na Constituição, mas por ela admitidos principiologicamente. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos informais de mudança da Constituição. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 10. Citado por DIAS, 2013, p. 9336.

Há inúmeros exemplos de tentativas desse poder para se sobrepor aos outros em todos os sentidos, até mesmo na esfera política; e a ditadura judiciária não é menos nociva que a do Executivo, nem do que a onipotência parlamentar (MAXIMILIANO, 2000, p. 70-71).

Não é inovadora, tampouco nova, a ideia de ampla liberdade criadora ao juiz. Maximiliano cita várias das correntes que lançaram moda em seu tempo, citando como exemplos de criadores das referidas correntes, o professor de Friburgo, Hermann Kantorowicz (1877-1940), que entendia ser papel do juiz a criação do que denominava de Direito justo (*richtiges Recht*), Eugene Ehrlich (1862-1922), François Geny (1861-1959) etc. Kantorowicz, por exemplo, entendia que o magistrado deve perseguir “o Direito justo onde quer que se encontre, dentro ou fora da lei, na ausência desta ou – a despeito da mesma, isto é, a decidir *proaeter* e também *contra legem*” (MAXIMILIANO, 2000, p. 70-71).

Fato é que, descolar-se do texto como pretexto de produzir a decisão mais justa sempre estará, com maior ou menor intensidade, presente no mundo jurídico. Tudo indica ser cíclico, sempre causando perplexidade às pessoas que vivem no tempo em que estes ciclos atingem seu ápice e aparentam-se incontroláveis, disfuncionais, contraditórios e aporéticos.

3 CONCLUSÃO

O ativismo judicial e as mutações constitucionais (ou as insconstitucionais) vem, na contemporaneidade brasileira, apresentando-se como mais um desses fenômenos. Se estará dentre os movimentos cíclicos que acabam voltando a uma maior autocontensão, só o tempo dirá, mas o fato é que ultrapassou a razoabilidade.

O alerta que se deve fazer àqueles que possam defender mais convictamente o ativismo judicial e o não-originalismo é o fato de que no momento atual, ele pode estar satisfeito com muitas interpretações ativistas consumadas pelo STF sem respaldo no texto da Constituição, ainda que do ponto de vista principiológico, violando até mesmo a ciência jurídica estabilizada há tempos. Contudo, as aporias, contradições e paradoxos estão revelados para o atento observador. Pondera-se que, essa atual composição do STF é ativista e faz seu ativismo dentro

daquilo que um incauto observador pode achar efetivamente bom, do ponto de vista de seu próprio viés ideológico.

O que o futuro reserva, dentro de uma consolidada imprevisibilidade pode não agradar. Com o passar do tempo, é natural que a composição do supremo seja paulatinamente alterada e, no futuro, uma nova composição do STF de matriz mais conservadora, pode, também, ser ativista e aporética, fazendo suas próprias interpretações de acordo com sua própria vontade e de acordo com sua própria visão ideológica. Pergunta-se: essas pessoas que atualmente estão satisfeitas com este atual ativismo continuariam achando um fenômeno bom quando o ativismo for aplicado com outra ideologia?

É necessário pensar em interpretação constitucional que esteja, dentro do possível, o menos dependente da vontade, visão ideológica e subjetividade do julgador. Basta fazer um exercício mental para saber que as regras democráticas devem ser pensadas sempre com a suposição de alternância no Poder; que um outro grupo, com viés ideológico diverso, possa se estabelecer no Poder no futuro e estar sujeito às mesmas regras e limites previamente previstas para o grupo anterior.

Com certeza, aqueles incansáveis defensores do ativismo judicial, quando se deparassem com uma futura alteração da visão ideológica dominante acabariam por pensar que teríamos muito mais previsibilidade e segurança jurídica agora e futura, se houvesse um maior apego ao originalismo ou pelo menos um certo equilíbrio. Ou ao menos fossem assumidamente ligados a uma dessas correntes e as seguissem.

É fácil de entender que, no futuro, havendo uma nova composição com uma visão ideológica diversa, e mantendo-se a falta de equilíbrio, as interpretações futuras dessa possível nova composição da Corte Constitucional podem não agradar àqueles que hoje se sentem felizes e realizados com o ativismo judicial e com o não-originalismo somados a decisões tomadas para agradar grupos minoritários bem específicos.

Fato é que hoje o equilíbrio não existe. O que existe é um movimento contraditório e uma linha de decisões e pensamentos incoerentes, levando a aporias e contradições que quebram a previsibilidade e a segurança jurídica. A previsibilidade e a segurança jurídica estão dentre os objetivos do constituinte originário e elas não impedem, - muito pelo contrário,

permitem que os princípios funcionem como janelas abertas para o futuro, resolvendo, dentro de uma ordem constitucional pré-estabelecida, as questões mais importantes da sociedade (BRITTO, 2001).

Como afirmou o professor de Berkeley, Thomas Kuhn (2000, p. 20), a neutralidade absoluta em um trabalho científico é tarefa impossível, mas é de suma importância ao menos a tentativa de neutralidade com que se colhe os elementos componentes da pesquisa, e mais ainda, o respeito com que se lida com os dados conflitantes com o objetivo que se pretende atingir. Deve-se ter consciência de que aquilo que se está produzindo terá um objetivo, e que de alguma forma irá colaborar para enriquecer esta “constelação específica” de conhecimentos. Dessa forma, portanto, objetivou-se trazer à luz a discussão, ainda que superficial, de um tema problema jurídico de fundamental importância nos dias de hoje.

Essa discussão é inevitável, pois está se operando uma mudança de paradigma na hermenêutica constitucional e levando a aporias que representam violação à segurança, à ordem jurídica e à democracia. O Brasil, apesar de estar ligado a uma estrutura jurídica de matriz na *civil law*, com paradigmas interpretativos e de fontes do Direito desenvolvidos nessa linha, observa atônito a um contínuo e aporético processo de ativismo e de interpretações expansivas que se desenvolveu no judiciário (JARDIM, 2012).

A atividade interpretativa busca dar efetividade à Constituição e não pode deixar de estar sujeita à observância dos próprios limites constitucionais, sob pena de se transformar em mutação inconstitucional (DIAS, 2013). Também ao STF é vedado produzir normas que atentem contra os princípios consagrados ou violem os limites materiais (cláusulas pétreas) que, se ocorressem levariam como consequência a aporias que representam mudanças não admitidas pela Constituição. Ao judiciário é principiologicamente vedado assegurar qualquer direito que não esteja expresso, ou ao menos intelectualmente extraível da Constituição. Esse papel é do Congresso, por meio de edição de leis ou da aprovação de emendas à Constituição. Com mais razão ainda são as críticas às mudanças de interpretação da Constituição violam a própria Constituição.

As interpretações da Constituição feitas pelo STF precisam ser fonte de segurança jurídica e de pacificação social e não fonte de inquietação social e insegurança jurídica. As mutações constitucionais devem, nessa Corte, ser meios de se realizar a sintonia fina da

sociedade com a Constituição; um processo informal de alteração constitucional, que atua como reforçamento e garantia da própria Constituição e não como álibi para sua ruína ou destruição (DIAS, 2013). Da Corte Constitucional, antes de mais nada, se exige responsabilidade, circunspeção, coerência e sabedoria.

REFERÊNCIAS

BRITTO, Carlos Ayres. Poder constituinte versus poder reformador. In: MAUÉS, Antonio G. Moreira. (Org.) *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. Entrevista: Luís Roberto Barroso, advogado constitucionalista. Entrevista concedida a Rodrigo Haidar. *Revista Consultor Jurídico- CONJUR*, 21 de setembro de 2008. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2008-set-21/quando-legislativo-mal-judiciario-toma-conta>. Acesso em: 06 set. 2019.

BARROSO, Luis Roberto. Entrevista concedida a Pedro Canário e João Ozorio de Melo. Morre Robert Bork, autor do originalismo constitucional. *Revista Consultor Jurídico- CONJUR*, 26 de dezembro de 2012. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2012-dez-26/originalismo-constitucional-perde-autor-principal-expoente-robert-bork>. Acesso em: 07 set. 2019.

BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. Rio de Janeiro, RJ, *RFD- Revista da Faculdade de Direito - UERJ*, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Texto constitucional de 5 de outubro de 1988 com as alterações adotadas pelas emendas constitucionais n. 1/92 a 91/2016 e Emendas Constitucionais de Revisão n. 1 a 6/94. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 20/10/2019.

Bueno, Roberto. Interpretação Constitucional: a polêmica entre originalismo e não-originalismo. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP*, v. 03, p. 00-00, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COUTINHO, F. A.; MATOS, S. A. de; RODRIGUES e SILVA, F. A. Aporias dentro do movimento ciência, tecnologia, sociedade e ambiente. Apontamentos para uma solução. *Revista de Ensino de Biologia da Associação Brasileira de Ensino de Biologia, SBEnBio*, v. 7, p. 2176, 2014. Disponível em: <http://www.sbenbio.org.br/wordpress/wp-content/uploads/2014/11/R0229-1.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DIAS, Cibele Fernandes. A interpretação evolutiva da Constituição: mutação constitucional. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, v. 9, p. 9329-9342, 2013

FANTICELLI, Lutecildo. A questão da aporia em Platão. *Controvérsia*, São Leopoldo, v. 11, n. 2, p. 71-82, mai.-ago. 2015, disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/controversia/article/view/10399/4858> Acesso em: 23 nov. 2019.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Entrevista concedida a Sérgio Rodas. Ativismo judicial acabou com tarefas tradicionais de juristas, diz Sampaio Ferraz. *Revista Consultor Jurídico - CONJUR*, 23 de junho de 2019, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-23/ativismo-judicial-acabou-tarefas-juristas-sampaio-ferraz>. Acesso em: 07 set. 2019.

JARDIM, Flávio Jaime de Moraes. *A doutrina da living constitution segundo a ótica de David Strauss e o julgamento da Reclamação n.11.243 e da Petição Avulsa na extradição n. 1.085 pelo STF (Caso Cesare Battisti)*. Orientador: Márcio Pereira Pinto Garcia. 2012. 162 f. Dissertação (Mestrado em Constituição e Sociedade) - Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília, 2012.

MARTINS, Ives Gandra. Entrevista concedida a Pedro Canário e João Ozorio de Melo. Morre Robert Bork, autor do originalismo constitucional. *Revista Consultor Jurídico- CONJUR*, 26 de dezembro de 2012. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2012-dez-26/originalismo-constitucional-perde-autor-principal-expoente-robert-bork>. Acesso em: 07 set. 2019.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução

de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 2007. T. II

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3.ed. Lisboa: Coimbra. 2000. T. IV

MORIN, Edgar. *Cabeça bem-feita*. 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand: Brasil, 2001.

NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. Mutação constitucional e STF. Limites. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1665, 22 jan. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10876>. Acesso em: 16 set. 2019.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. 3. tiragem. São Paulo. Saraiva, 2002.

STRAUSS, David A. *The living Constitution*. New York: Oxford University Press, 2010.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; NEVES, I. F.. As influências do neoconstitucionalismo nos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política no Brasil. *Revista da SJRJ*, v. 21, p. 169-185, 2014.

Data de submissão: 02/12/2019

Data de Aceite: 06/12/2019