

Hermenêutica e mutação (in)constitucionais: os fluxos do populismo jurídico, penal e midiático no Judicialismo Constitucional Brasileiro

Hermeneutic and mutation (un)constitutional: influences of the legal, penal and media populism in Brazilian Constitutional Judicialism

Jardel Luciano da Silva Magalhães

Aluno do 8º período do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.

E-mail: jardellucianopm@gmail.com

Resumo: O processo de interpretação e de concretização de Direitos e Garantias Fundamentais, no tocante à hermenêutica e à mutação constitucional no Judicialismo Constitucional brasileiro – especialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal – é temática que suscita grandes controvérsias, aliás, não só no âmbito jurídico. Discute-se, academicamente, acerca dos possíveis efeitos desses fenômenos, dentre os quais o de uma marcada relativização de direitos e garantias fundamentais, como o fruto de decisões não raras vezes mais eminentemente políticas e ideológicas que puramente jurídicas, principalmente quando temperadas – ou destemperadas? – pelo clamor popular e por discursos populistas e midiáticos, diante dos crescentes casos de corrupção desenfreada e generalizada nos diversos setores e em todos os níveis do Poder Público. A relevância do debate se deve muito pela contemporaneidade que o permeia, considerando o papel de destaque do Supremo Tribunal Federal nos atuais contextos jurídico e político que eclodem no cenário brasileiro. Assim, diante de um periclitante processo de relativização de direitos e garantias fundamentais, torna-se premente revisitar a teórica da hermenêutica e da mutação constitucional, notadamente quanto aos princípios e aos limites consentâneos com os postulados clássicos dos direitos e garantias constitucionais, até se chegar à concretização e à atualização de tais direitos, em um processo gradativo-evolutivo e em contraponto ao retrocesso não raras vezes evidenciado no Judicialismo Constitucional brasileiro.

Palavras-chave: Hermenêutica e Mutações constitucionais. Populismo jurídico. Populismo penal midiático. Relativização de direitos e garantias fundamentais.

Abstract: The process of interpretation and realization of the Fundamental Rights and Guarantees, regarding hermeneutics and constitutional change in Brazilian Constitutional Judicialism - especially in the scope of the Federal Supreme Court - is controversial, not only in the legal context . It is argued, academically, about the possible effects of these phenomena, among them the one of a marked relativization of fundamental rights and guarantees, such as the results of decisions that are often more eminently political and ideological than purely juridical, especially when tempered - or intemperate? - by popular outcry and by populist and media discourses, in the face of increasing cases of rampant and widespread corruption in various sectors and at all levels of the public power. The relevance of the debate is due to the contemporaneousness that permeates it, considering the prominent role of the Federal Supreme Court in the current legal and political contexts that hatch in the Brazilian scenario. Thus, in the face of a pernicious process of relativization of fundamental rights and guarantees, it is imperative to revisit the hermeneutics and constitutional mutation theory, notably

regarding to the principles and limits consistent with the classical postulates of the constitutional rights and guarantees, until the concretization and the updating of these rights, in a gradual-evolutionary process and in counterpoint to the retrocession not infrequently evidenced in the Brazilian Constitutional Judicialism.

Keywords: Hermeneutics and Constitutional Mutations. Legal populism. Media criminal Populism. Relativization of fundamental rights and guarantees.

1 Introdução

Propõe-se, o presente estudo, a traçar os meandros da hermenêutica constitucional, desde sua gênese contemporânea no Direito Alemão – pós Segunda Guerra, até chegar à mutação constitucional proeminente no Judicialismo Constitucional brasileiro, notadamente, no Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, recorre-se, de início, ao Direito Constitucional Alemão, mormente no ideário da ponderação e do sopesamento, o qual, naquele país, desdobrou-se em verdadeiro Controle de Proporcionalidade. É inegável que o movimento de constitucionalismo brasileiro tem sorvido em demasia da fonte alemã – como haveria de ser, evidentemente, muito pela onda constitucionalista que emanou e emana do “Velho Continente”, mais ainda depois do colapso de duas Grandes Guerras que se tornaram o alicerce do Direito Constitucional Contemporâneo, que eclodiu com mais vigor a partir da segunda metade do século XX e que viceja, agora, em escala mundial.

Por oportuno, fala-se aqui em Judicialismo Constitucional como um fenômeno que retrata a atuação dinâmica do juiz constitucional, para além de um positivismo jurídico que engessa a norma constitucional e a afasta, gradativamente, da realidade fática (social). Em princípio, torna-se sobremaneira positiva (benéfica) tal ideia que se traduz em um Judiciário Constitucional em movimento, voltado à concretização dos direitos e das garantias fundamentais.

Tem-se observado, todavia, certa oscilação entre similitudes e discrepâncias, paulatina e contraditoriamente sedimentada na Jurisprudência edificada no Supremo Tribunal Federal, principalmente se comparada com aquelas fontes primevas. Cogita-se – e há certa razão no raciocínio – que esse fenômeno seja fruto de uma exacerbada interação com a opinião pública, cada vez mais mediatizada, para além do papel contramajoritário imanente ao Pretório Excelso. Por conseguinte, essa íntima relação poderia deflagrar um populismo jurídico, imerso no clamor social, em torno das decisões da Corte Constitucional brasileira, que se mostra sensivelmente insuflado pela onda de populismos penais, muito devido aos seguidos casos de corrupção aflorados nas diversas esferas do Poder Público, nesta e na última década. Além disso, não se pode olvidar que as decisões do STF, histórica e incontestavelmente, são engendradas e se revestem de matizes políticos e ideológicos, como se tem observado.

Malgrado a plausibilidade do discurso da busca da Justiça e da efetividade da prestação jurisdicional, debate-se como a teoria da colisão entre princípios (direitos e garantias fundamentais), bem como a técnica de sopesamento, por intermédio do princípio da proporcionalidade, chegaria, por vezes, a ser deturpada, por decorrência de uma hermenêutica silogística (desarrazoada), em não muitos raros exemplos pinçados de julgados do Supremo Tribunal Federal. Consectariamente, nesse contexto,

em princípio, a exegese daria lugar a mutações constitucionais, de certa maneira sofismadas, e acabaria por afastar os direitos fundamentais de sua concretização, em um processo marcado pela involução e na contramão de conquistas seculares e caras ao gênero humano, repercutindo em uma relativização homeopática de Direitos e Garantias Fundamentais incrustados na Constituição Brasileira Cidadã de 1988.

A fim de alcançar as propostas atinentes à presente pesquisa científica, utilizar-se-á do método teórico de pesquisa, com enfoque nos tipos bibliográfico e documental. A mais, valer-se-á da absorção de conceitos e apontamentos disponíveis na vasta doutrina, brasileira e internacional (especialmente a alemã), concernente à temática em apreço. Por conseguinte, a pesquisa será desenvolvida com ênfase no método dedutivo, por intermédio do estudo de obras já publicadas voltadas ao debate proposto, além de artigos científicos que sejam, de igual modo, mais afeiçoados ao tema. Em primazia, houve a opção pela pesquisa documental, já que intimamente relacionada à proposta sob debate circunscrito à jurisprudência constitucional em sede do Supremo Tribunal Federal, palco em que, com maior frequência, o trabalho se debruçará. Nesse contexto, nada obstante o viés eminentemente teórico e abstrato que margeia a proposta do trabalho, não se perde de vista a viabilidade no contexto da realidade prática – palpável, diante da relevância dos resultados imanentes à pesquisa científica, que se vislumbram, de início, na esteira do debate.

Com o reforço da vasta doutrina constitucional – sobremaneira a alemã e a brasileira, atrelada aos principais julgados provenientes da Corte Constitucional brasileira e afetos ao debate ora demarcado, dedica-se o presente estudo a traçar um paralelo entre a gênese moderna da temática dos Direitos Fundamentais e a situação constitucional na realidade hodierna, bem como buscar dimensionar o quanto a atual interpretação constitucional brasileira tem amadurecido ou mesmo se distanciado daqueles postulados em sua incipiência. Noutros termos, busca-se dimensionar em que passo se encontra a atualização e a concretização dos direitos fundamentais na contemporaneidade do Judicialismo Constitucional brasileiro, assim como dimensionar o grau de influência dos anseios populares calcados em um populismo penal e midiático – que repercute no populismo jurídico – cada vez mais notável no âmbito das Decisões do Supremo Tribunal Federal ou, por dever de coerência temática, no Judicialismo Constitucional brasileiro.

2 Fundamentos e limites à interpretação de normas constitucionais a partir do constitucionalismo alemão e os desdobramentos no Judicialismo Constitucional Brasileiro

O estudo exegético de aspiração e de alcance do sentido da Constituição – sobremaneira desenvolvido e aperfeiçoado na Alemanha – pode ser compreendido como um processo de atualização e de aproximação no âmbito da relação, não raras vezes conflitante, entre a realidade fática e a realidade constitucional. No tocante a esse

interminável embate, realçado pela interação entre a realidade fática e o texto constitucional, assevera Hesse (2009, [s. p.]¹):

considerada em suas consequências, a concepção da força determinante das relações fáticas significa o seguinte: a condição de eficácia da Constituição jurídica, isto é, a coincidência de realidade e norma, constitui apenas um limite hipotético extremo. O fato é que, entre a norma fundamentalmente estática e racional e a realidade fluída e irracional, existe uma tensão necessária e imanente que não se deixa eliminar. Para essa concepção do Direito Constitucional, está configurada permanentemente uma situação de conflito: a Constituição jurídica, no que tem de fundamental, isto é, nas disposições não propriamente de índole técnica, sucumbe cotidianamente em face da Constituição real. A ideia de um efeito determinante exclusivo da Constituição real não significa outra coisa senão a própria negação da Constituição jurídica.

É notável que a hermenêutica constitucional vê-se circunscrita à correlação entre essas realidades e pode-se dizer que se encontra igualmente adstrita, como um produto dessa fatoração. No entanto, dessa confluência entre o texto e o contexto constitucionais, não se pode perder de vista que a norma constitucional não deve se afastar em demasia dos preceitos incutidos no texto constitucional, realidade esta em que a Constituição se veria suplantada pela realidade fática, desvanecida em sua força normativa. Ainda no âmbito teórico, retratando o tema sob a perspectiva da interpretação constitucional, são relevantes as lições de Mendes e Branco (2015, p. 81):

a atribuição de sentido a um preceito constitucional é atividade marcada por considerável potencial de efeitos vários sobre a ordem jurídica e sobre o cotidiano dos indivíduos. A atividade destinada a descobrir o sentido de uma Constituição, que proclama valores a serem protegidos, seguidos e estimulados pelos poderes constituídos e pela própria sociedade, assume inescandível relevo para a vida social e para a definição do Direito. Na realidade, não se busca um sentido para uma norma senão com o objetivo de conformar a vida social; a interpretação da Constituição “só faz pleno sentido se posta a serviço da aplicação” e não se cogita de aplicação sem interpretação. O trabalho de interpretar a Constituição, portanto, integra um esforço de aplicar uma norma constitucional, o que leva Konrad Hesse a concluir que “a interpretação constitucional é concretização”.

A inspiração da doutrina e da jurisprudência alemã, ainda mais nesse sentido, é inquestionável. Não por acaso, tem-se observado estarem a doutrina e a jurisprudência constitucionais brasileiras debruçadas sobre aquelas provenientes da Alemanha. Esse processo interativo, como delineado no presente estudo, vem proporcionando um amadurecimento constitucional à lida jurídica nativa, sem, contudo, deixar de lado o caráter idiossincrático que, bem ou mal, é também marcante no âmbito jurisprudencial – denotando uma linha de bifurcação divergente em alguns momentos. Por

¹ Traduzido por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho.

consequente, Barroso (2015, p. 313-314), citando Ferdinand Lassale, traça um paralelo, no contexto da interpretação constitucional:

na doutrina e na jurisprudência alemãs reproduzem-se, de certa forma, algumas das discussões que permearam o desenvolvimento das diferentes Escolas jurídicas. Há propostas que concebem o raciocínio jurídico em termos lógico-formais, de modo que também as questões constitucionais se resolveriam pela aplicação de normas gerais aos casos concretos, mediante a subsunção. Trata-se do *método clássico de interpretação constitucional*. Em outra linha está a concepção que valoriza o problema concreto levado à apreciação judicial. O fundamento seria produzir a solução mais razoável para o caso concreto, mesmo que tal desfecho não resultasse diretamente do texto constitucional. Este é o *método tópico-problemático*. Uma terceira construção teórica procura conciliar elementos das duas formulações anteriores: pelo *método hermenêutico-concretizador* procura-se legitimar a construção da solução mais razoável para o problema, desde que circunscrita às possibilidades oferecidas pelo texto constitucional. [...] A *hermenêutica concretizadora* procura o equilíbrio necessário entre a criatividade do intérprete, o sistema jurídico e a realidade subjacente. Destaca, assim, a importância da pré-compreensão do agente da interpretação, seu ponto de observação e sua percepção dos fenômenos sociais, políticos e jurídicos. Igualmente significativa é a realidade objetiva existente, “os fatores reais de poder”, na expressão clássica de Ferdinand Lassale. E por fim, não menos relevante, é o sistema jurídico, “a força normativa da Constituição”, com sua pretensão de conformar a realidade – o *ser* – ao *dever-ser* constitucional. A constituição não pode ser adequadamente apreendida observando-se apenas o texto normativo: também a realidade social subjacente deve ser integrada ao seu conceito. Por outro lado, a Constituição não é mero reflexo da realidade, por ser dotada de capacidade de influir sobre ela, de afetar o curso dos acontecimentos. O papel do intérprete é compreender esse condicionamento recíproco, produzindo a melhor solução possível para o caso concreto, dentro das possibilidades oferecidas pelo ordenamento.

Considerando a proeminência de uma hermenêutica concretizadora, a interpretação constitucional, como bem apontam Mendes e Branco (2015), por vezes, esbarra em ambiguidades e, até mesmo, em incoerências normativas existentes na Lei Maior. Como cediço, ambiguidades, incoerências e lacunas são óbices à concretização da norma constitucional, além de demandar maior esforço interpretativo dos destinatários, em um contexto que a hermenêutica constitucional faz-se imprescindível, afinal, como diria Hesse, a interpretação constitucional, em um sentido mais estrito, “faz-se necessária e se põe como problema toda vez que temos de resolver uma questão constitucional que a Constituição não nos permite responder de modo conclusivo” (HESSE, 2009, [s. p.]). Invariavelmente, quando o próprio texto constitucional se coloca como celeiro de ambiguidades e incoerências, torna-se, outrossim, um terreno fértil para o surgimento de técnicas de interpretação discrepantes entre si, ou mesmo em contradição com o sentido latente incrustado no próprio dispositivo constitucional que as ensejou. Hesse (2009, [s. p.]), ao delimitar interpretação como concretização, adverte:

a interpretação constitucional é “concretização” (*Konkretisierung*). Precisamente aquilo que não aparece, de forma clara, como conteúdo da Constituição é o que deve ser determinado mediante a incorporação da “realidade” de cuja ordenação se trata. Nesse sentido, a interpretação constitucional tem caráter criativo: o conteúdo da norma interpretada só se contempla com a sua interpretação; mas, veja-se bem, só em tese possui caráter criativo, pois a atividade interpretativa fica vinculada à norma.

Do excerto, constata-se a necessidade premente de se evocar os limites à atividade criativa da parte dos intérpretes da Constituição – notadamente, o Supremo Tribunal Federal, nessa esteira de debate – e, com mais razão, os julgadores que se debruçam sobre a Constituição, diuturnamente, para prover decisões compatíveis com as normas constitucionais. Mais que pertinente, nesse contexto, é a teoria estruturante de Friedrich Müller, o qual avança na ideia de concretização de Konrad Hesse, ao imprimir maior organicidade ao processo hermenêutico constitucional. Souza Neto e Sarmiento (2012, [s. p.]), citando Friedrich Müller, explanam acerca da “Teoria Estruturante”:

a atividade de concretização que utiliza elementos oriundos da realidade somente terá lugar no preenchimento do espaço deixado após a definição do *programa da norma*. No intuito de racionalizar e controlar o processo de interpretação constitucional, com a explicitação de suas diversas etapas e variáveis, Müller elabora uma série de critérios para resolução de conflitos entre diversos elementos de concretização. Para Müller, por exemplo, os elementos do âmbito da norma são hierarquicamente iguais aos elementos de interpretação do texto da norma. No entanto, os elementos de interpretação do texto da norma têm precedência no que se refere à fixação do “limite de resultados admissíveis” no processo de concretização constitucional. A interpretação gramatical e a interpretação sistemática devem fixar os limites da decisão. E o elemento gramatical tem precedência sobre o sistemático. Definidos os limites textuais e assentada a posição hierarquicamente superior dos elementos diretamente referidos à norma, tem lugar a busca da solução mais justa e conveniente ao caso concreto.

Admitida a prevalência dos elementos gramaticais e sistemáticos, têm-se que estes encerram as possibilidades semânticas que são o parâmetro e o limite à interpretação na lida do Judicialismo Constitucional. No contexto de um Judicialismo Constitucional, assim como trazido por Tavares (2012, [s. p.]), na obra “Paradigmas do Judicialismo Constitucional”, na qual propõe, logo no introito:

esta obra está voltada para o estudo dos paradigmas atuais de atuação do juiz constitucional, considerando-a no contexto do que vem denominado como um ‘judicialismo constitucional’, ou seja, uma atuação própria e bem identificada, que merece ser amplamente conhecida e discutida em suas bases, efeitos e limites, intimamente vinculada à proposição de uma supremacia constitucional eficaz e efetiva. Embora a obra tenha realizado um corte metodológico para ficar focada na figura do chamado “juiz constitucional” e “Justiça Constitucional”, a transformação opera em espectro muito mais amplo e inclui os demais atores

essenciais à Justiça. É o Judiciário, contudo, que, uma vez demandado a atuar nesses termos, suporta a carga de assumir e construir uma novel postura, adequada em seu conteúdo e em sua forma de apresentação (especialmente na chamada proteção da confiança, já que está lidando com “transformações” e novos paradigmas).

Nota-se que o debate adstrito à atuação judicial com enfoque no judicialismo constitucional perpassa por uma supremacia constitucional eficaz e efetiva, somente viabilizada por decorrência de uma atuação dinâmica, porém, sempre margeada nos limites inerentes à hermenêutica constitucional, conforme já proposto. Faz-se necessário colacionar, nesse contexto, os apontamentos de Coelho (2011, [s. p.]), citando Juan Fernando López Aguilar, ao discorrer sobre os limites às interpretações constitucionais:

no âmbito jurídico, em geral, a ideia de se estabelecerem parâmetros objetivos para controlar e/ou racionalizar a interpretação deriva, imediatamente, dos princípios da certeza e da segurança jurídica, que estariam comprometidos se os aplicadores do direito, em razão da abertura e da riqueza semântica dos enunciados normativos, pudessem atribuir-lhes qualquer significado, à revelia dos cânones hermenêuticos e do comum sentimento de justiça. Nesse sentido, é de todo oportuna a observação de Juan Fernando Lopez Aguilar, a nos dizer que, hoje em dia, o direito constitucional já não é apenas o que prescreve o texto da Lei Maior, mas também a bagagem de padrões hermenêuticos desse bloco normativo incorporada na jurisprudência constitucional.

Por intermédio do raciocínio edificado, evidencia-se que o exercício da hermenêutica constitucional procedido pelos intérpretes da Constituição – realizado com primazia por seu órgão protetor: o Supremo Tribunal Federal – não deve se desvencilhar das possibilidades semânticas imanentes ao texto constitucional – sem deixar de lado, além disso, a bagagem de padrões hermenêuticos – para que a norma extraída pela interpretação não destoe, irremediavelmente, da base axiológica que a reveste. Admitindo-se a proeminência do método hermenêutico-concretizador, recorre-se a Mendes e Branco (2015, p. 93-94), os quais, citando Hesse e Canotilho, expõem o debate acerca dos princípios que informam a interpretação constitucional:

o método hermenêutico-concretizador propõe, para o auxílio do intérprete/aplicador da Carta, balizas a serem observadas na interpretação das normas constitucionais, com o objetivo de conferir maior teor de racionalidade à tarefa, reduzindo os espaços para pragmatismos exacerbados, tema de críticas acerbadas em algumas instâncias. Essas guias do processo interpretativo, direcionadas à maior consistência dos seus resultados, foram expostas por Konrad Hesse, sob a fórmula de princípios da interpretação constitucional, e convém que sejam conhecidas. Esses princípios foram também recebidos, em língua portuguesa, por Gomes Canotilho, vindo a ser, adiante, repetidos por alguns autores brasileiros. Podem ser úteis, como fatores retóricos, mas não devem ser ingenuamente superestimados. Não há uma hierarquia entre eles e, num caso concreto, podem entrar em contradição entre si. Apresentam utilidade, mas com a relativização própria de um

“catálogo-tópico dos princípios da interpretação constitucional”, como a eles alude Canotilho. Hesse, seguido por Canotilho, identifica-os como princípio da unidade da constituição, da concordância prática, da correção funcional, da eficácia integradora e da força normativa da Constituição.

Perpassando pelos limites impostos à hermenêutica constitucional, tendo uma razoável precaução para que a atividade criativa do intérprete não desencadeie normas, em sua essência, inconstitucionais – pois que dissociadas do texto e do contexto ensejadores, deve-se recorrer, de igual modo, à técnica – princípio – da proporcionalidade ou da ponderação. Registre-se, oportunamente, tratar-se de mais um relevante influxo da doutrina constitucional alemã já arraigada ao Direito Constitucional Brasileiro. Delineando os fundamentos para essa aproximação, como reforço argumentativo, são mais que pertinentes as lições de Alexy (2015, p. 130-131)², ao tratar dos direitos fundamentais com reserva simples, a título de explanação:

se se tomam as normas de direitos fundamentais estabelecidas de forma literal, pode-se dizer que elas garantem muita coisa. Já o problema das normas de direitos fundamentais com reserva simples – também se as tomamos literalmente – é que elas que garantem muito pouco. Assim é que, segundo o teor das disposições de direitos fundamentais, a liberdade pessoal, ou seja, a liberdade física de locomoção, garantida pelo art. 2º, § 2º, da Constituição alemã, está, nos termos da regra de reserva do art. 2º, § 2º, 3, e até o limite de seu conteúdo essencial, completamente à disposição do legislador, que deve apenas respeitar as exigências formais do art. 19, § 2º. Se se leva em consideração apenas o texto constitucional, os direitos fundamentais garantidos com reserva simples ficam esvaziados na parte que está além de seu conteúdo essencial. Que isso não possa ser assim é uma consequência da vinculação do próprio legislador aos direitos fundamentais, prevista pelo art. 1º, § 3º. Se o legislador puder restringir livremente um direito fundamental, não se pode dizer que está a ele vinculado. Esse esvaziamento pode ser evitado ou por meio de uma garantia do conteúdo que se estenda a toda intervenção em um direito fundamental, ou por meio da introdução, para além da garantia do conteúdo essencial, de um critério adicional não-escrito que limite a competência do legislador para impor restrições. A garantia do conteúdo essencial é estendida a todos os direitos fundamentais pelas teorias chamadas relativas, segundo as quais uma restrição atinge o conteúdo essencial de um direito fundamental se ela for desproporcional, isto é, se for inadequada, desnecessária ou desproporcional em sentido estrito, ou seja, se não estiver “em uma relação apropriada com o peso e a importância do direito fundamental”.

Dessas breves considerações, nota-se mais um preponderante parâmetro para a hermenêutica constitucional, qual seja, o princípio da proporcionalidade ou da ponderação. Noutros termos, consubstancia-se no exercício do sopesamento diante da colisão entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente tutelados e concretizados sob a fórmula de mandamentos de otimização. Transportando o debate para o cenário brasileiro, recorre-se aos apontamentos ofertados por Sarlet, Marinoni e

²Traduzido por Virgílio Afonso da Silva.

Mitidiero (2015, [s. p.]), os quais assinalam que “o princípio da proporcionalidade, compreendido em sentido amplo, opera como um limite à possibilidade de intervenção no âmbito de proteção dos direitos fundamentais”. Por conseguinte, possibilita-se, até mesmo, um processo de relativização, no caso concreto, sem, contudo, desvanecer o seu conteúdo essencial, por intermédio de um periclitante esvaziamento (diluição), para além do núcleo rígido que o torna materialmente fundamental.

Como ponto de partida, esses são os vértices que consubstanciam uma zona limítrofe à atividade criativa do intérprete da Constituição e obstáculo diligentemente erigido para que as normas constitucionais produzidas por intermédio da hermenêutica constitucional não se “desprendam” do texto constitucional que as desencadeou. Frisa-se que, a despeito de todos os apontamentos ora demarcados, não é incomum que a interpretação produza normas aparentemente constitucionais em seu discurso – as chamadas mutações constitucionais, mas, não raras vezes, divorciadas do texto constitucional que as propiciou (e limitou, pelo menos hipoteticamente). É sobre esse processo de descontinuidade entre texto e normas constitucionais – assim como os fatores que o desencadeiam – que o presente trabalho se debruçará.

3 Os influxos da opinião pública e do populismo jurídico, penal e midiático no processo decisório no âmbito do Supremo Tribunal Federal

É indiscutível que a hermenêutica constitucional não se encontra absorta e intangível aos anseios e expectativas sociais, como que sacralizada por decorrência de uma suposta exclusividade para o seu exercício pela Corte Constitucional brasileira – o Supremo Tribunal Federal. Se assim o fosse, o texto constitucional se transformaria em um esquife para a própria norma constitucional, perenemente afastada de sua concretude, pois que apenas adstrita a uma “realidade” eminentemente teórica, afastada da realidade fática, em verdadeiro óbice intransponível à realidade constitucional. Aproximando a norma constitucional de seus destinatários, invocam-se as lições de Häberle (2002, p. 23-24)³

a análise até aqui desenvolvida demonstra que a interpretação constitucional não é um “evento exclusivamente estatal”, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático. A esse processo tem acesso potencialmente todas as forças da comunidade política. O cidadão que formula um recurso constitucional é intérprete da Constituição tal como o partido político que propõe um conflito entre órgãos (NT3) ou contra o qual se instaura um processo de proibição de funcionamento (NT4). Até pouco tempo imperava a ideia de que o processo de interpretação constitucional estava reduzido aos órgãos estatais ou aos participantes diretos do processo. Tinha-se, pois, uma fixação da interpretação constitucional nos “órgãos oficiais”, naqueles órgãos que desempenham o complexo jogo jurídico-institucional das funções estatais. Isso não significa que se não reconheça a importância da atividade desenvolvida por esses entes. A interpretação constitucional é, todavia, uma “atividade” que, potencialmente, diz respeito a todos. Os grupos mencionados e o próprio indivíduo podem ser

³ Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes.

considerados intérpretes constitucionais indiretos ou a longo prazo. A conformação da realidade da Constituição torna-se também da interpretação das normas constitucionais pertinentes a essa realidade.

Diante dessa ampliação do catálogo dos intérpretes constitucionais, não seria fora de propósito a assertiva de que, cada vez mais, a sociedade se imiscui nas questões (decisões) judiciais, ao ponto de questionar e construir análises críticas, por ocasião de uma interpretação constitucional emanada do Poder Judicial e tida como juridicamente equivocada – mormente as decisões do STF que são mais comumente midiaticizadas. Oportunamente, Häberle (2002, [s. p.])⁴, entrevistado sobre as condições mínimas necessárias para o exercício da jurisdição constitucional, citando R. Smend, assim se posicionou:

existem garantias formais e informais para uma fundamentação de sucesso dos tribunais constitucionais e para seu desenvolvimento nas democracias jovens. Parte dos pressupostos informais é que todos os órgãos do Estado e a opinião pública pluralista desenvolvam uma vontade a favor da Constituição. Isto começa nas escolas, em que, por exemplo, os direitos humanos devem ser inculcados e termina com a fidelidade à Constituição por parte dos órgãos do Estado; o que é conhecido no federalismo alemão como fidelidade à federação (R. Smend). Todos os órgãos do Estado devem respeitar-se mutuamente em suas competências e funções. A ideia de *checks and balances* deveria ser literalmente interiorizada por todos os partícipes da vida constitucional. As garantias formais não são tão pouco importantes. Por isso, a força vinculante das resoluções do tribunal constitucional deve ser assegurada. Claro que todo tribunal constitucional, por sua vez, também tem de prestar atenção à aceitação do conteúdo de suas resoluções. Isso começa com a linguagem jurídica (compreensível), passando pela aplicação racional do instrumento jurídico e das regras artificiais do método, e termina com a plausibilidade do resultado previamente controlado em sua legalidade.

Tais assertivas são translucidas e se agregam sobejamente como reforço ao raciocínio edificado no presente trabalho. Em outras palavras, a fidelidade à Constituição deve ser a bússola tanto dos entes estatais (o Pretório Excelso, com primazia), assim como da opinião pública pluralista, todos estes, como intérpretes, sujeitos à vontade da Constituição Federal. No entanto, não se descarta que, ao admitir tais premissas, tangencia-se um terreno ainda pouco explorado, diante do risco de ver esmaecer a vontade constitucional, enquanto a fidelidade à Constituição se torne opaca, se os influxos da opinião pública não forem filtrados pelos princípios limitadores da atividade interpretativa. Dentro dessa nova perspectiva, Direito e Sociedade se colocam em um novo quadro interativo, no qual a opinião pública passa a ter maior proeminência no cenário jurídico e até a influenciar decisões judiciais nos diversos níveis de atuação do Poder Judiciário. A respeito dessa relação, propõe Barroso (2015, p. 472):

⁴ Traduzido por Carlos dos Santos Almeida.

o poder de juízes e tribunais, como todo poder político em um Estado Democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade. Embora tal assertiva seja razoavelmente óbvia, do ponto de vista da teoria democrática, a verdade é que a percepção concreta desse fenômeno é relativamente recente. O distanciamento em relação ao cidadão comum, à opinião e aos meios de comunicação fazia parte da autocompreensão do Judiciário e era tido como virtude. O quadro, hoje, é totalmente diverso. De fato, a legitimidade democrática do Judiciário, sobretudo quando interpreta a Constituição, está associada à sua capacidade de corresponder ao sentimento social. Cortes constitucionais, como os tribunais em geral, não podem prescindir do respeito, da adesão e da aceitação da sociedade. A autoridade para fazer valer a Constituição, como qualquer autoridade que não repouse na força, depende da confiança dos cidadãos. Se os tribunais interpretarem a Constituição em termos que divirjam significativamente do sentimento social, a sociedade encontrará mecanismos de transmitir suas objeções e, no limite, resistirá ao cumprimento da decisão. A relação entre os órgãos judiciais e a opinião pública envolve complexidades e sutilezas. De um lado, a atuação dos tribunais, em geral – e no controle de constitucionalidade das leis, em particular –, é reconhecida, de longa data, como um mecanismo relevante de contenção das paixões passageiras da vontade popular. De outra parte, a ingerência do Judiciário, em linha oposta às das maiorias políticas, enfrenta, desde sempre, questionamentos quanto a sua legitimidade democrática. Nesse ambiente, é possível estabelecer uma correlação entre o Judiciário e opinião pública e afirmar que quando haja desencontro de posições, a tendência é no sentido de o Judiciário se alinhar ao sentimento social.

Como bem destaca Barroso, a admissão dessa correlação entre o Direito (e a sua interpretação) e a opinião pública é recente, pelo que carece de uma reflexão mais pormenorizada, afinal, há o risco perene de o Judiciário se converter na antessala dos clamores populares, que nem sempre coadunam com os desígnios constitucionais. Noutros termos, reconhecidos os influxos sociais, o julgador que, irrefletidamente, coloca-se como mero porta-voz da opinião pública, inspirado em um populismo jurídico, por um receio pujante de não contrariar as maiorias, não atua sob os auspícios constitucionais, apartando, em última análise, o direito da justiça. Não se pode olvidar, nesse contexto dialético, o papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal, que faz emergir novas e relevantes nuances ao debate ora proposto. Recorre-se, por dever de coerência, ao professor Barroso (2015, p. 473-474), com os relevantes apontamentos:

embora deva ser transparente e prestar contas à sociedade, o Judiciário não pode ser escravo da opinião pública. Muitas vezes, a decisão correta e justa não é a mais popular. Nessas horas, juízes e tribunais não devem hesitar em desempenhar um papel contramajoritário. O populismo judicial é tão pernicioso à democracia como o populismo em geral. Em suma: no constitucionalismo democrático, o exercício do poder envolve a interação entre as cortes judiciais e o sentimento social, manifestado por via da opinião pública ou das instâncias representativas. A participação e o engajamento popular influenciam e legitimam as decisões judiciais, e é bom que seja assim. Dentro dos limites, naturalmente. O mérito de uma decisão judicial não deve ser aferido em pesquisa de opinião pública. Mas isso não diminui a importância de o Judiciário, no conjunto de sua atuação, ser

compreendido, respeitado e acatado pela população. A opinião pública é um fator extrajurídico relevante no processo de tomada de decisões por juízes e tribunais. Mas não é o único e, mais que isso, nem sempre é singela a tarefa de captá-la com fidelidade.

Por conseguinte, se, por um lado, é pertinente reconhecer o valor e o peso da voz da maioria, em um anseio formalmente democrático, é pela voz das minorias que a Corte Constitucional brasileira alcança, verdadeiramente, o Estado Democrático e Constitucional de Direito, no exato sentido que permeia o epíteto Democracia. Ao lançar luzes sobre o debate acerca de uma Sociedade Aberta dos intérpretes da Constituição, Häberle (2002, p. 45-45) também adverte:

peculiar reflexão demandam as leis que provocam profundas controvérsias no seio da sociedade. Considere-se o “consenso constitucional” (*Verfassungskonsens*) a respeito do § 218 do Código Penal ou em relação a algumas disposições da lei sobre ensino superior, ou ainda, relativamente à lei sobre congestão paritária (*paritätische Mitbestimmung*). Nesses casos, deve a Corte exercer um controle rigoroso, utilizando generosamente a possibilidade de concessão de liminar (§ 32 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*) (C.f., a propósito, infra nº 3). É que, no caso de uma profunda divisão da opinião pública, cabe ao Tribunal a tarefa de zelar para que se não perca o mínimo indispensável da função integrativa da Constituição. Ademais, a Corte Constitucional deve controlar a participação leal (*faire Beteiligung*) dos diferentes grupos na interpretação da Constituição, de forma que, na sua decisão, se levem em conta, interpretativamente, os interesses daqueles que não participam do processo (interesses não representados ou não representáveis).

Mesmo diante de uma Constituição cada vez mais aberta e interpretada (atualizada e concretizada), não se deve perder de vista a necessidade premente de se preservarem os anseios constitucionais que a inspiraram, exatamente no apogeu da transição entre o regime ditatorial, outrora vigente, e a experiência democrática vivenciada a partir de 1988. Nesse contexto, como bem aponta Häberle, a função integrativa da Constituição e a participação/representação das minorias devem ser preservadas. Em paralelo, dando maior ênfase ao processo de integração, lecionam Souza Neto e Sarmiento (2012, [s. p.]), citando o professor alemão Rudolf Smend:

nas palavras de Smend, a Constituição normativa não pode senão consistir em uma representação legal de “aspectos determinados” do permanente processo de integração, devendo levar em consideração, para se tornar socialmente eficaz, os “impulsos e motivações sociais da dinâmica política, integrando-o progressivamente”. Os “artigos da Constituição” podem, no máximo, “inspirar a dinâmica política”, sem “abarcá-la a sua totalidade”. O “processo de integração”, ao qual o Estado está permanentemente sujeito, possui dimensões “pessoais”, “espirituais”, “funcionais” e “materiais” que não se deixam abranger totalmente pelo texto constitucional. A Constituição, para Smend, está em permanente desenvolvimento, o qual envolve fatores espirituais, sociais, individuais e coletivos. Nesse sentido, Smend defende que o Direito Constitucional seja concebido a luz do método das “ciências do espírito”, do que resulta a integração

do elemento valorativo na teoria constitucional, que havia sido rejeitado por Kelsen. Não por outra razão a interpretação constitucional deve ser efetuada de forma “extensiva” e “flexível”.

Uma leitura irrefletida de tais apontamentos poderia demonstrar a viabilidade – a despeito dos parâmetros já explicitados – dos influxos sociais no processo de interpretação. No entanto, como bem se adverte, sempre no compasso extensivo, no tocante ao primado dos Direitos e das Garantias Constitucionais e não restritivo, em um processo de involução, na contramão das conquistas que propiciaram a onda de constitucionalismo experimentada, com mais vigor, ao final do século passado.

Adiante, o debate que ora se esmiúça alcança seu ponto nevrálgico quando se admite a confluência entre o processo decisório judicial e a opinião pública que o circunda, ainda mais quando, por intermédio dos meios de comunicação, o Judiciário acaba por ser fiscalizado, em demasia, ou mesmo coagido, inconscientemente ou não, a acompanhar a vontade das massas. Sobre essa nova Justiça telemidiatizada, asseveram Gomes e Almeida (2012, [s. p.]):

a Justiça telemidiatizada é composta de palavras e discursos (moralistas, duros, messiânicos) que a população adora ouvir. A Justiça está deixando de ser apenas um lugar onde as pessoas são julgadas (de acordo com suas culpabilidades), para se transformar num privilegiado palco que lembra os rituais religiosos bíblicos de expiação, onde são sacrificados “bodes expiatórios” para a necessária purificação da alma de todos os pecadores. O STF, na sua nova função de telejulgador populista, está lavando a alma do povo brasileiro (disse um órgão midiático). E também nos proporcionando tele-entretenimento, com acalorados “bate-bocas”, entrecortados por suaves e inteligentes telemensagens ritmadas do tipo “o voto de minerva me enerva”. Nem a democracia nem os telejulgamentos solucionam os graves problemas da população (saúde, comida, trabalho, educação, transportes, segurança etc.), mas conforme suas melodramáticas performances podem alimentar uma necessidade do inconsciente coletivo, que vai muito além daquela coesão social de que falava Durkheim, para alcançar, se não se toma a devida cautela, o pináculo da festa populista da vingança. Em outras palavras, a Justiça telemidiatizada não soluciona o problema do pão, mas pode contribuir muito para a fermentação do circo.

A problemática aglutina ainda mais controvérsia no tocante ao surgimento de um populismo jurídico, em que a opinião pública – os seus anseios e clamores – ganha relevo na formação da decisão judicial. *Permissa venia*, o contexto se torna periclitante quando esse populismo jurídico é insuflado por seu correlato populismo penal e midiático. Gomes e Almeida (2012, [s. p.]) chegam a afirmar que os meios de comunicação sobressaem “dentre todos os possíveis agentes do discurso expansionista do populismo penal”. Diante de tais apontamentos, o debate se mostra cada vez mais atual, mormente quando parte do próprio Judiciário essa noção de que representa, em última análise, os anseios populares, os quais, por sua vez, encontram-se incitados pelo punitivismo/populismo penal.

Há, perenemente, o risco de o populismo penal se imiscuir no judicialismo constitucional, exatamente diante da vulnerabilidade de se conter o homônimo

populismo jurídico. Tal risco é exasperado quando se reconhece a permeabilidade do Judiciário, como acesso aos influxos sociais. Barroso (2015, p. 477), ao tratar dessa permeabilidade, afirma que “a permeabilidade do Judiciário à sociedade não é em si negativa. Pelo contrário. Não é ruim que os juízes, antes de decidirem, olhem pela janela de seus gabinetes e levem em conta a realidade e o sentimento social”. A nocividade de eclodirem decisões judiciais engendradas no seio do populismo jurídico, penal e midiático, é incontestável. Torna-se, porém, ainda sobrelevada quando se reconhece a circunstância em que tais vertentes populistas encontram terreno fértil espreado no Judiciário, no exato instante em que a imparcialidade exigível à atividade jurisdicional é relegada e o juiz “se apaixonou” pela causa, passando a ser parte dela, afastando-se a credibilidade e a confiança (segurança jurídica), outrora baluartes inabaláveis. Nesse ponto, sobre o dilema do juiz apaixonado e da temática do sentimentalismo judicial como causas de desconfiança no judiciário, pondera Tavares (2012, [s. p.]), citando Mario A. Oderigo, Hernández Gil e Pablo Lucas Verdú:

essa desconfiança quanto ao juiz faz lembrar, inicialmente, a figura do “juiz apaixonado”, desenhada por Mario A. Oderigo, em sua conferência pronunciada em 1957, na Argentina, acerca de “O problema do juiz”, na qual observou: “O juiz apaixonado é ruim em qualquer caso; representa um permanente perigo [...] Porém, pode ocorrer algo pior: que o juiz, buscando a adulação da popularidade, recorra a soluções e argumentos de efeito, destinados a provocar reações emotivas”. Esse sentimentalismo judicial (Oderigo, 1959: 57), uma espécie de populismo judicial, deve ser combatido e banido das práticas judiciais. Pois “as resoluções que se fundamentam mais nos sentimentos do juiz do que em seu raciocínio, enquadram-se dentro do que Hernández Gil denomina de romanticismo jurídico” (Oderigo, 1959, p. 57). Também vale observar que não estou, aqui, impugnando a conhecida tese de Pablo Lucas Verdú, do sentimento constitucional, como forma de plena integração entre norma e realidade; a adesão provocada pelo sentimento jurídico de que fala Lucas Verdú, não é totalmente sentimental porque há nela “um certo grau de cálculo racional” (Lucas Verdú, 1985:5). Porém, o populismo judicial corrói a estrutura do Estado Democrático e Constitucional de Direito. É lesiva aos direitos fundamentais. Mas deve-se tomar a cautela de com ela não se confundir toda e qualquer forma de ativismo judicial.

Ainda que tenham sido claras as ressalvas propostas, não é fora de propósito pontuar que, nada obstante seja o Supremo Tribunal Federal o guardião da Constituição, nem por isso seja dotado de uma interpretação exponencialmente disruptiva e livre de qualquer parâmetro, a ponto de esmaecer a própria hermenêutica constitucional, diante do afastamento dos princípios que a conformam e limitam, como o da unidade da Constituição, o da máxima efetividade, o da eficácia integradora e o da força normativa da Constituição.

4 O intrincado Judicialismo Constitucional Brasileiro: da austeridade garantista à relativização homeopática de direitos e garantias fundamentais

Malgrado a digressão anterior tenha o condão de gerar a desconfiança de parcela da sociedade no tocante às novas facetas ditas populistas da parte do Supremo Tribunal Federal, não se pode deixar de lados todos os avanços sociais e jurídicos produzidos por intermédio da atividade criativa do Judicialismo Constitucional. Os avanços experimentados nas últimas décadas são inegáveis, erigidos em um período em que a Suprema Corte brasileira viu surgir em suas cercanias eminentes juristas, os quais foram preponderantes para o progresso da Jurisdição Constitucional brasileira. Pertinente a esse raciocínio, retomando a ideia do papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal, leciona Barroso (2015, p. 476):

o que cabe destacar aqui é que a Corte desempenha, claramente, dois papéis distintos e aparentemente contrapostos. O primeiro papel é apelidado, na teoria constitucional, de *contramajoritário*: em nome da Constituição, da proteção das regras do jogo democrático e dos direitos fundamentais, cabe a ela a atribuição de declarar a inconstitucionalidade de leis (*i. e.*, de decisões majoritárias tomadas pelo Congresso) e de atos do Poder Executivo (cujo chefe foi eleito pela maioria absoluta dos cidadãos). Vale dizer: agentes públicos não eleitos, com juízes e Ministros do STF, podem sobrepor a sua razão à dos tradicionais representantes da política majoritária. Daí o termo *contramajoritário*. O segundo papel, menos debatido na teoria constitucional, pode ser referido como *representativo*. Trata-se, como o nome sugere, do atendimento, pelo Tribunal, de demandas sociais e de anseios políticos que não foram satisfeitos a tempo e a hora pelo Congresso Nacional.

A função institucional e constitucional do Supremo Tribunal Federal, admitida a relevância dos papéis *contramajoritário* e *representativo*, perpassa pela assimilação da função de guardião da Constituição, diretamente por esta outorgada – *caput* do art. 102, da CF. Em uma análise eminentemente propedêutica, aparentemente, seria o STF objeto de uma predileção no tocante à hermenêutica constitucional, sem, contudo, olvidar que todos os demais destinatários, estatais ou não, são intérpretes em potencial, e todos, inclusive a Corte/ Tribunal, encontram-se adstritos aos princípios limitadores da interpretação constitucional. Entrementes, dando ênfase ao monopólio da última palavra imanente ao STF, exortava o Ministro Celso de Melo, na condição de Relator, por ocasião da ADI 3.345 (BRASIL, 2010):

a força normativa da Constituição da República e o monopólio da última palavra, pelo STF, em matéria de interpretação constitucional. O exercício da jurisdição constitucional – que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição – põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do STF, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa

extraordinária de (re) formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que “A Constituição está em elaboração permanente nos tribunais incumbidos de aplicá-la”. Doutrina. Precedentes. A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo STF – a quem se atribuiu a função eminente de “guarda da Constituição” (CF, art. 102, *caput*) – assume papel de essencial importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso país confere, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental.

O excerto ora colacionado evidencia que, hodiernamente, o próprio Supremo se reveste da atribuição de reformular a Constituição Federal, para além da clássica interpretação, no dito “processo informal” de mutação constitucional. Ademais, *permissa venia maxima*, deve-se ter todo o zelo quando se afirma que a Constituição Federal se encontra em permanente elaboração, sob a tutela dos tribunais incumbidos de aplicá-la. Tais afirmativas soam como se os Tribunais – notadamente o STF – fossem revestidos de uma exclusividade interpretativa, para além de uma primazia até certo ponto inquestionável. Retomando as lições de Peter Häberle, sobre uma pretensa dicotomia entre “Soberania e Democracia”, este assevera:

A democracia dentro do Estado constitucional é, por princípio, uma democracia de divisão de poderes: nenhum órgão do Estado tem poder soberano. O modelo de Estado Constitucional caracteriza-se por seu princípio da supremacia da Constituição. Talvez fosse de suprimir o conceito de soberania popular e de soberania estatal e substituí-lo pela ideia da soberania da Constituição. Num Estado constitucional que funciona, inclusive o poder que elabora e edita a constituição é constituído: isto é, não é ilimitado, e sim está restrito legalmente a certos princípios últimos de uma cultura constitucional nacional, latino-americana, nesse caso, e a certos princípios internacionais de direitos humanos. (VALADÉS, 2009, [s. p.]).

Ademais, conseqüentemente, tendo ainda em mente a pertinência de uma Constituição Aberta, assim como a evidência de uma sociedade aberta dos intérpretes, conceitos já absorvidos nessa esteira de debate, a ideia de uma verdade absoluta e inexorável emanada do guardião da Constituição deve ser encarada com todas as reservas. Pertinente a tais proposições, recorre-se a Streck (2014, [s. p.]):

o Estado Democrático de Direito proporcionou uma nova configuração nas esferas de tensão dos Poderes do Estado, decorrente do novo papel assumido pelo Estado e pelo constitucionalismo, circunstância que reforça, sobretudo, o caráter hermenêutico do direito. Afinal, há um conjunto de elementos que identificam essa fase da história do direito e do Estado: textos constitucionais principiológicos, a previsão/ determinação de efetivas transformações da sociedade (caráter compromissório e diretivo das Constituições) e as crescentes demandas sociais que buscam no Poder Judiciário a concretização de direitos tendo como base os diversos mecanismos de acesso à justiça. Ocorre que isso não pode comprometer

os alicerces da democracia representativa. O grande dilema contemporâneo será, assim, o de construir as condições para evitar que a justiça constitucional (ou o poder dos juízos) se sobreponha ao próprio direito. Parece evidente lembrar que o direito não é – e não pode ser – aquilo que os tribunais dizem que é (falácia realista). E também parece evidente que o constitucionalismo não é incompatível com a democracia. Mas, se alguém deve dizer por último o sentido do direito no plano de sua aplicação cotidiana, e se isso assume contornos cada vez mais significativos em face do conteúdo principiológico e transformador da sociedade trazidos pelas Constituições, torna-se necessário atribuir um novo papel à teoria jurídica.

Deve-se ter em mente, por outro lado, que o monopólio da última palavra conferido ao Supremo pela própria Carta Magna de 1988 passa pela função edificada sob a égide constitucional. Ou seja, esse monopólio apenas se legitima se pautado na função estruturante, que permite, inclusive, a atualização das normas constitucionais aos novos contextos da realidade fática-social. Essa função estruturante deve ser compreendida como atividade depuradora do ordenamento constitucional e jurídico, tendo sempre a Constituição como o paradigma, por ser a Norma Fundamental – o fundamento de validade⁵, como diria Hans Kelsen. Ao abordar a “função estruturante” do juiz constitucional, explana Tavares (2012, [s. p.]), citando Luño:

o que o juiz constitucional, *lato sensu*, realiza, no exercício da denominada função estruturante, é a manutenção do edifício jurídico-normativo, consoante as diretrizes de funcionamento deste, constantes na e admitidas pela Constituição. Trata-se da calibração do sistema, eliminando (tribunais constitucionais) ou afastando (Justiça Constitucional descentralizada) os elementos (normativos) indesejáveis (incongruentes), as práticas e as omissões inconciliáveis com os comandos constitucionais. Nesse sentido, o juiz constitucional realiza a tarefa de “limpeza” do sistema, de “purificar” o sistema, expurgando os elementos estranhos, os corpos normativos viciados. Mas não se busca, por meio dessa função, apenas impor o princípio da não contradição interna; é que há, igualmente, a busca por obter um “funcionamento prático” do ordenamento.

Consequentemente, é inquestionável que a concretização das normas constitucionais se materializa em uma atualização, oportunidade em que as normas constitucionais encontram consonância com o contexto social em que foram invocadas. É nessa interação simbiótica entre o texto e o contexto que se edifica a realidade constitucional, como já se demonstrou com o apoio de Hesse. Evidentemente, a realidade constitucional é fruto de uma hermenêutica acurada, em oposição à mera colmatação do texto, no sentido de adaptação para além das possibilidades semânticas. Antes de prosseguir nas críticas quanto às mutações constitucionais – constitucionais, porque se modifica a semântica textual constitucional, ainda que o texto permaneça gramaticalmente intacto, por dever de honestidade intelectual, recorre-se mais uma vez a Barroso (2015, p. 527):

⁵ Tema central extraído de: COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. Prólogo de Tércio Sampaio Jr. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001.

a modificação da Constituição pode-se dar por via formal e por via informal. A via formal se manifesta por meio da reforma constitucional. Já a mutação constitucional consiste em um processo informal de alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Obra de um assim chamado poder constituinte difuso, a mutação constitucional realizada por meio da interpretação – isto é, pela mudança do sentido da norma, em contraste com o entendimento preexistente – ou por intermédio dos costumes e práticas socialmente aceitos. Funcionam como limite, na matéria, das possibilidades semânticas do relato da norma a preservação dos princípios constitucionais que dão identidade à Constituição. O poder de reforma constitucional, frequentemente referido como poder constituinte derivado, expressa a competência normalmente atribuída ao parlamento, de modificar o texto da Constituição em vigor. Trata-se de um poder de direito, regido pela própria Constituição e sujeito a limitações que, no Brasil, sob o regime de 1988, têm natureza circunstancial, formal e material. Como consequência, desse caráter juridicamente vinculado, as emendas constitucionais sujeitam-se ao controle de constitucionalidade, existindo diversos precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre o ponto. A instituição de um procedimento específico e mais complexo para modificar a Constituição, com o quórum qualificado, dá a ela sua característica de rigidez. Já os limites materiais ao poder de reforma têm por finalidade retirar do poder de disposição das maiorias parlamentares elementos tidos como pressupostos ou condições indispensáveis ao funcionamento do Estado constitucional democrático.

Como bem se aponta no excerto colacionado, as mutações constitucionais não são mecanismos a serviço de interpretações irrefletidas, pois que, além de todas as limitações aplicáveis à hermenêutica constitucional, os próprios princípios que se encontram incrustados nos textos constitucionais são o núcleo essencial e rígido ou, metaforicamente, o barômetro para as mutações (em tese) constitucionais. As interpretações (de textos) constitucionais para além dos limites que lhes são indissociáveis – em verdade, inconstitucionais – a despeito de emanarem dos portadores do monopólio da última palavra devem ser rechaçadas.

Atinente ao tema, ao retratar a problemática das interpretações inconstitucionais, o professor Bulos (2015, p. 469) indica a eclosão de exegeses inconstitucionais de preceitos constitucionais, as quais “fulminam a vida das constituições”, acrescentando que “os efeitos provocados por essas deformações variam em grau e em profundidade e podem vulnerar a Carta Suprema, em maior ou menor extensão”. Nessa nova realidade enfrentada, a questão da interpretação constitucional assume tons dramáticos. Não seria fora de propósito ponderar que, enquanto o Guardião da Constituição alcança um marco cimeiro apoteótico, como portador da última palavra, a própria hermenêutica constitucional beira o estado caótico, numa interação permeada pela obliquidade.

Atinente a essa realidade periclitante, Georges Abboud, ao discorrer sobre “O dilema do direito: entre Huxley e Orwell” (2013), retrata duas distopias, ou seja, duas realidades futurísticas nas quais há uma hipertrofia estatal, em detrimento do cidadão comum. Em “Admirável Mundo Novo”, Aldous Huxley retrata uma padronização

comportamental extremada e baseada na técnica e no eficientismo, enquanto em “1984”, clássico de George Orwell, predomina um Estado totalitário com o poder exercido por apenas um partido. Adiante, Abboud (2013, p. 167), ao retratar a “a fuga do relativismo como fuga da distopia jurídica”, adverte que “apenas a partir da colocação do direito a uma resposta correta (constitucionalmente adequada) ao cidadão é que se torna possível fugir do relativismo que hoje domina o direito”. Alinhando a ideia de um direito (fundamental) a uma resposta constitucionalmente adequada emanada do Judiciário com a questão da colisão de direitos fundamentais, Streck (2014, [s. p.]) contextualiza:

a relação umbilical entre o uso da ponderação e discricionariedade pode ser percebida no julgamento da Questão de Ordem formulada no Inquérito n. 2.424-RJ, pelo Supremo Tribunal Federal. Neste processo, foi decidido, por maioria de votos, que as provas produzidas por meio de interceptações telefônicas oriundas da esfera criminal, poderiam ser utilizadas como prova emprestada em processo administrativo disciplinar de caráter civil, sob o pretexto de que, na hipótese, haveria uma colisão entre o princípio da privacidade e o direito de intimidade – tutelado pelas regras que determinam a produção de provas – e o vetusto princípio da supremacia do interesse público – que estaria a requerer o uso processual de tais provas. Tal decisão se firmou a *partir da ponderação entre os citados princípios* – pretensamente em colisão – determinando que as provas colhidas no âmbito do direito penal e do processo penal fossem utilizadas em um processo de natureza civil, a despeito de o artigo 5º, em seu inciso XII, restringir as possibilidades de violação de sigilo telefônico ao âmbito criminal e processual penal. Ou seja, a ponderação, no fundo, vem servindo mais para legitimar decisões pragmaticistas do que para resolver, efetiva e qualitativamente, os problemas que a concretude apresenta ao direito.

A problemática das interceptações telefônicas é um caso a parte na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *En passant*, aparentemente, por intermédio da assertiva colacionada, é possível afirmar que houve uma relativização exacerbada do direito fundamental à intimidade, para além das restrições insculpidas no art. 5º, inc. XII, da CF. Todavia, não seria prudente enveredar minudentemente nesse debate, por não ser o objeto direto da análise ora proposta, apenas pinçado a título de exemplificação de uma realidade distópica, conforme proposta por Abboud. Adiante, como incontornável reforço argumentativo, não se pode deixar de lado, de igual modo, a nova interpretação do princípio da presunção de inocência, insculpido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, a partir do HC 126.292/ SP, sob relatoria do Min. Teori Zavascki (BRASIL, 2016), do qual se estrai:

a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em julgamento de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência. Esse o entendimento do Plenário, que, por maioria, denegou a ordem em *habeas corpus* que visava a desconstituição de acórdão que, em sede de apelação, determinara a imediata prisão do paciente por força de sentença condenatória de primeiro grau. [...] A Corte destacou, outrossim, que, com relação à previsão constitucional da

presunção de não culpabilidade, ter-se-ia de considerá-la a sinalização de um instituto jurídico, ou desenho de garantia institucional, sendo possível o estabelecimento de determinados limites. Assim, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não comprometeria o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade, na medida em que o acusado tivesse sido tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual.

Antes de se esmiuçar no debate e nos equívocos latentes nessa paradigmática guinada jurisprudencial, deve-se recordar que o referido princípio, ainda que se encontre expressamente delimitado na Constituição Federal, apenas foi reconhecido em sua plenitude a partir do HC 84.078/ MG, de 05 de fevereiro de 2009, sob relatoria, à época, do Min. Eros Grau. Pela pertinência dos argumentos à época invocados, os quais perfaziam o ímpeto garantista – bálsamo da Constituição Cidadã – que outrora inspirava o Supremo Tribunal, recorre-se ao excerto:

o art. 637 do CPP estabelece que '(o) recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e, uma vez arazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença'. A LEP condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A CB de 1988 definiu, em seu art. 5º, LVII, que 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória'. Daí que os preceitos veiculados pela Lei 7.210/1984, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637, do CPP. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. A ampla defesa, não se pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. [...] A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados – não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais (leia-se STJ e STF) serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que 'ninguém mais será preso'. Eis o que poderia ser apontado como incitação à 'jurisprudência defensiva', que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF, não pode ser lograda a esse preço (BRASIL, 2010).

À guisa da contraposição, demonstra-se o processo de involução que representa o novo entendimento edificado a partir do HC 126.292/SP, o qual demonstra o retrocesso do ímpeto garantista para uma relativização inconcebível de princípio tão caro à arquitetura jurídica constitucional. O peso e a força dos argumentos delineados repercutem o risco de mutações (de textos) constitucionais desvencilhadas de qualquer limitação e legitimadas (apenas formalmente) por emanarem do guardião da Constituição. O menoscabo aos princípios constitucionais, como verificado, é o

exemplo mais patente daqueles de uma relativização exacerbada, por intermédio de um discurso silogístico subliminar que se consubstancia na inobservância das limitações exigíveis à mutação constitucional, ao menos nos moldes com que tem sido efetivada. Socorre-se mais uma vez a Hesse (2009, [s. p.]), o qual, objetivando delinear os limites a esse fenômeno, propõe:

a mutação constitucional com seus limites só se consegue entender com clareza quando a modificação do conteúdo da norma é compreendida como alteração “no interior” da norma constitucional mesma, não como consequência de desenvolvimentos produzidos fora da normatividade da Constituição, cuja “mutação” em normatividade estatal tampouco se pode explicar satisfatoriamente quando se parte de uma relação de coordenação correlativa entre normalidade e normatividade. [...] As normas que integram o Direito Constitucional não são mandatos (*Sollensätze*) abstratos que, alheios à realidade, a esta se contrapõem de forma totalmente desconexa, o que, “dialética”, “correlativamente” ou de que modo seja, coordenam-se com essa realidade por meio de uma genérica inter-relação. Estas normas restam letra morta quando seu conteúdo não se incorpora à conduta humana mediante sua aplicação e observância diárias. Só enquanto o Direito Constitucional é “realizado” por e nesta conduta, alcança a realidade de uma ordem vívida, formadora e conformadora da realidade histórica, capaz, portanto, de cumprir sua função na vida da Comunidade. [...] Esta concepção da mutação constitucional permite e exige fundamentações mais atentas e diferenciadas, acompanhadas de critérios comprováveis. Verdade é que, em alguns aspectos, necessita ainda ser desenvolvida em busca de parâmetros concretos, comprováveis e manejáveis na prática. Tampouco cabe afastar a possibilidade de diferenças de apreciação, especialmente na análise do âmbito normativo. Porém, nada disso altera o fato de que, ao menos desse modo, a discricionariedade na invocação da presença de uma mutação constitucional se reduz essencialmente. Provar em cada caso a modificação do “âmbito normativo” de uma norma constitucional requer algo mais que a invocação genérica da “força normativa do fático” ou das “necessidades vitais do Estado”. Nesse sentido, pode ser que, portanto, só estejamos diante de um ponto de partida, e não de uma teoria acabada da mutação constitucional.

Toda essa interferência se dá, em grande medida, pelo novo papel atribuído ao Supremo Tribunal Federal, papel este até mesmo auto investido pelo próprio Tribunal, como tendência mais marcante desde a promulgação da Constituição de 1988, em que o Poder Judiciário passou da postura acentuada por uma adiaforia – indiferença equidistante – procedimental, até chegar ao ativismo judicial – em princípio, concretizador dos direitos e garantias fundamentais. Reforçando a ideia de uma realidade distópica, Abboud (2016, p. 519), citando Ingebor Maus, assinala que a juristocracia “é uma transformação da própria engenharia constitucional, mediante a invasão sem limites da esfera individual pelo Estado, mais especificamente, por suas decisões judiciais”. Em paralelo, Netto e Pereira (2014, p. 120), em artigo sobre “Superego e supremacia judicial na Justiça Constitucional”, observam que Supremocracia “(com “S” maiúsculo) refere-se à expansão da autoridade do Supremo

em detrimento dos demais poderes”. Nesse ponto de reflexão, são pertinentes as considerações de Gomes e Almeida (2012, [s. p.]):

o STF acaba de sucumbir definitivamente às racionalidades da sociedade do espetáculo. Resta saber se ainda vão remanescer lampejos de serenidade para impedir que princípios jurídicos clássicos como o da legalidade, proibição de retroatividade da lei penal mais severa etc., não se tornem meros tigres de papel. Ser juiz não é nada fácil. Imaginem ser um *super telejuiz*, com a responsabilidade de salvar a honra nacional, de purificar a alma do povo? Na medida em que a Justiça começa a se comunicar diretamente com a opinião pública, valendo-se da mídia, ganham notoriedade tanto os anseios populares de justiça (cadeia para todo mundo, prisão preventiva imediata, recolhimento sem demora dos passaportes dos condenados, fim dos recursos – ignorem a justiça internacional) como a preocupação de se usar uma retórica populista, bem mais compreensível pelo “povão” (“réus bandidos”, “políticos bandoleiros”, “a pena não pode ficar barata”, “o sistema penal brasileiro é frouxo”, “os juízes são flexíveis”, “Vossa Excelência advoga para o réu?”, “no Brasil o rico não vai para a cadeia” etc.). A mídia, quando favorável, é uma formidável amiga, mas também pode se transformar numa perigosa inimiga.

É assim, portanto, o desafio do Supremo Tribunal Federal, qual seja, o de permanecer como o guardião da Constituição, sem se deixar diluir em populismos jurídicos imiscuídos em anseios populares, notadamente no que se refere ao populismo penal midiático, o qual, comprovadamente, tem interferido cada vez mais nas decisões da Suprema Corte brasileira, evidentemente com o subterfúgio consubstanciado em inconsistentes mutações (in)constitucionais. Especificamente às mutações constitucionais, a crítica mais bem elaborada, sem embargo de outras não menos importantes, apresenta-se no pensamento esposado por Hesse (2009, [s. p.]):

a Teoria da Constituição, elaborada com base na Lei Fundamental, tem dado pouca atenção ao fenômeno da mutação constitucional. A possibilidade de uma mutação constitucional é admitida de forma absolutamente majoritária, e, veja-se bem, ou não oferece explicação alguma para esse fenômeno, ou só o faz de modo bastante sumário, quer seja com as teses de que a “dinâmica interna” e a “historicidade” da Constituição é que provocam as mutações constitucionais, que a vontade da Constituição não é algo imutável, mas uma vontade estável cambiante, de tal modo que diante de mudanças das circunstâncias cabe apresentar novas interpretações, ou que, afinal, determinadas alterações da realidade constitucional poderiam modificar o significado de certos preceitos da Constituição escrita. O Tribunal Constitucional declarou – para nos limitarmos apenas a uma citação – que um preceito constitucional pode sofrer mudanças de significado quando em certo âmbito surjam fatos novos, não previstos, ou quando fatos conhecidos, em decorrência de sua inserção no curso geral de um processo evolutivo, mostrem-se como um novo significado ou em uma nova relação. Falta qualquer resposta para a questão de se existem limites para uma mudança desse tipo e onde, eventualmente, cabe situá-los.

Os apontamentos de Hesse são extremamente pertinentes ao debate que se delinea, pois se observa, mais detidamente no Brasil, que a interpretação constitucional desencadeou um processo contínuo de mutação constitucional, a qual pode voltar-se contra o intento-mor do Poder Constituinte Originário, distanciando a realidade constitucional dos objetivos precípuos entalhados na salvaguarda dos direitos fundamentais. Embreando-se mais, ressalta-se a possibilidade de ocorrerem até mesmo mutações inconstitucionais. A esse respeito, lecionam Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2015, [s. p.]) :

a mutação constitucional poderá eventualmente ocorrer de modo a violar o sentido literal da constituição escrita, ou seja, tanto pela interpretação judicial, quanto pela atuação do legislador infraconstitucional e por meio de um costume ou prática por parte dos poderes constituídos – é possível, nesse sentido, falar em uma mutação inconstitucional. A despeito de tais mudanças serem inconstitucionais por ofensa à constituição escrita, cuja supremacia formal e material há de ser assegurada, o fato é que na prática mudanças manifestamente inconstitucionais (pelo menos no sentido, reitere-se, de violação da constituição escrita) podem ainda assim prevalecer, seja pela falta de controle (especialmente no âmbito do controle de constitucionalidade) de tais mudanças, seja pelo fato de tal controle ser mesmo inviável em algumas hipóteses.

Torna-se mais premente considerar os rumos da hermenêutica com os desdobramentos consubstanciados nas mutações constitucionais (ou inconstitucionais) quando se observa a prevalência de decisionismos, não raras vezes, incitados por anseios populares – às vontades da maioria – permeados, de um lado, por um populismo jurídico e, de outro, pela opinião pública insuflada pelo populismo penal midiático. É com esse matiz que os influxos alcançam com maior força a mente do julgador – até mesmo daqueles da mais alta Corte do país, o Supremo Tribunal Federal. Diante dos apontamentos, não se poderia encerrar o debate sem recorrer às lucidas lições de Bonavides (2004, p. 591), o qual, ao discorrer sobre a ascensão do pós-positivismo em detrimento do positivismo formal, assevera:

verificamos, então, o seguinte: há na Constituição normas que se interpretam e normas que se concretizam. A distinção é relevante desde o aparecimento da Nova Hermenêutica, que introduziu o conceito novo de *concretização*, peculiar à interpretação de boa parte da Constituição, nomeadamente dos direitos fundamentais e das cláusulas abstratas e genéricas do texto constitucional. Neste são usuais preceitos normativos vazados em fórmulas amplas, vagas e maleáveis, cuja aplicação requer do intérprete uma certa diligência criativa, complementar e aditiva para lograr a completude e fazer a integração da norma na esfera da eficácia e juridicidade do próprio ordenamento. Na Velha Hermenêutica, regida por um positivismo lógico-formal, há subsunção; em a Nova Hermenêutica, inspirada por uma teoria material de valores, o que há é concretização; ali, a norma legal, aqui, a norma constitucional; uma interpretada, a outra concretizada. Se exagerarmos, porém, na teoria material da Constituição, tornamos a reiterar, o Direito Constitucional corre o grave risco de dissolução; já não será ciência, mas literatura política, e, além de entrar em declínio da normatividade, ele se

flexibilizará, disperso nos casuísmos do poder ou nas soluções tópicas de um decisionismo sem juridicidade, que confunde poderes, extingue garantias e transgride competências. Faz-se, assim, movediça a ordem constitucional, e todo o sistema jurídico se desloca para um campo de instabilidade. Não é, contudo, o arbítrio, e sim a liberdade em toda a sua multivalência, que compõe a base e a essência da teoria material da liberdade. Com a liberdade, vista sempre à luz das complexidades de nossa época, é de se esperar passe essa teoria definitivamente a prevalecer na região da doutrina.

Diante do que expõe, corre-se o risco de colocar em xeque conquistas constitucionais de uma nação democraticamente incipiente como o é o Brasil – com apenas cerca de 30 anos incompletos. Cogita-se desse risco, exatamente pela culminância em que direitos fundamentais se aproximam do ocaso e são homeopaticamente “diluídos” para além de seu núcleo rígido, porquanto desvanecem as indissociáveis garantias constitucionais, por intermédio de mutações, ativismos e populismos silogisticamente incongruentes com os mandamentos constitucionais intrínsecos.

Fala-se em uma relativização homeopática, pois, por intermédio de um discurso juridicamente populista e amparado em uma “leitura” equivocada da “colisão de direitos fundamentais”, princípios constitucionais – como o caso da presunção de inocência – são “diluídos”, em dissonância com os preceitos constitucionais implícitos e, inadvertidamente, negligenciando as possibilidades semânticas, ao largo da função integrativa e estruturante, sem falar nos papéis contramajoritário e representativo. Resumidamente, por intermédio de uma relativização homeopática de direitos e garantias fundamentais, não somente desvanece o arcabouço principilógico que repousa na Constituição Federal de 1988, mas é a própria Constituição que se esmaece gradativamente. Afinal, retomando Gomes e Almeida, é a própria Constituição que se torna tigre de papel.

5 Conclusão

O presente estudo buscou esmiuçar as nuances das decisões de âmbito constitucional construídas sob a experiência do Judicialismo Constitucional brasileiro. Buscou-se, ademais, traçar a relação de influência e confluência entre o Direito Constitucional Alemão e o Brasileiro. Notadamente, o indiscutível arcabouço teórico na esteira Constitucional advindo da Alemanha foi essencial para a construção do Direito Constitucional Brasileiro. Aliás, diga-se de passagem, é também influente em uma miríade de países, em grande parcela daquelas nações que encampam o baluarte do Estado Constitucional e Democrático de Direito ao redor do mundo.

Noutro norte, como não poderia deixar de ser, o arcabouço jurídico e teórico de matiz constitucional, edificado no Brasil, gradativamente, tem se emancipado e até mesmo se distanciado daqueles influxos, por diversos motivos, entre os quais, de maneira notável, como o aporte do clamor popular em torno dos frequentes casos de corrupção que assolam o país nas últimas décadas. Nesse construto, o populismo penal, antagônico ao garantismo penal – este sim com supedâneo constitucional –

alcança o processo decisório judicial, por intermédio de um populismo jurídico, deflagrando decisões judiciais em contraponto com os ditames constitucionais. Esse fenômeno ganha repercussão ainda mais drástica quando parte do próprio Supremo Tribunal Federal a deflagração de mutações inconstitucionais divorciadas das possibilidades semânticas que conformam a hermenêutica constitucional.

Aparentemente, partiu da própria composição do Supremo Tribunal Federal a percepção de que seria necessário assumir este papel mais atuante – ativista, se bem que reforçado pela própria Constituição, ao guindá-lo a condição de seu guardião. No entanto, paulatinamente, o Judicialismo Constitucional vem se distanciando, em alguma medida, da base teórica que norteia o exercício da interpretação da Constituição, para alcançar o estágio mais avançado desta: a mutação constitucional – ou mesmo inconstitucional, como restou verificado no presente estudo.

Dessa forma, este trabalho buscou delinear este processo de asseverada hermenêutica, até alcançar a discussão em torno das necessárias e urgentes limitações à atividade interpretativa, ainda que realizada pelo Supremo Tribunal Federal, afinal, como restou demonstrado, há que se perpassar por um processo autocrítico de depuração concernente aos influxos, tanto populares quanto midiáticos. Não se pode perder de vista a tendência à hipertrofia judicial, em uma sedimentada Juristocracia, ou mesmo com a supremacia infundada do Supremo Tribunal Federal, em uma realidade juridicamente caótica – distópica – criticamente conceituada como Supremocracia.

Referências

ABBOUD, Georges. O dilema do direito: entre Huxley e Orwell. *Revista dos Tribunais*. Vol. 935. Set. 2013.

_____. Submissão e Juristocracia. *Revista dos Tribunais*. Vol. 258. Ago. 2016.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.345. Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, Data de Julgamento: 25 ago. 2005, Data de Publicação: *DJe-154*, 20 ago. 2010. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283345%2E%2E+OU+3345%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/z52t46b>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

VALADÉS, Diego (organizador). *Conversas Acadêmicas com Peter Häberle*. Traduzido do espanhol por Carlos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009.