

O fenômeno da mutação no processo constitucional brasileiro: Origens e limites¹

The phenomenon of mutation in the Brazilian constitutional process: Origins and limits

Flávio Pansieri²

Resumo

A proposta deste é examinar profundamente o fenômeno da mutação constitucional dentro do contexto jurídico brasileiro, utilizando o Paradoxo do Navio de Teseu para ilustrar dilemas sobre identidade e mudança no Direito Constitucional. O artigo explora a recepção e aplicação do conceito na doutrina e jurisprudência brasileiras, destacando a influência dos estudos alemães e as perspectivas de juristas nacionais sobre os limites e implicações das mutações constitucionais. Através de uma análise crítica, discute-se tanto a aceitação quanto às críticas ao fenômeno, apontando os riscos de decisionismo e usurpação das funções legislativas pelo judiciário. Utilizando um estudo de caso sobre a Reclamação n. 4.335, o texto revela como as decisões do STF têm aplicado a teoria da mutação constitucional na prática, mostrando a tensão entre a necessidade de adaptação da Constituição frente a novas realidades sociais e a manutenção de sua integridade e identidade. O artigo conclui enfatizando a necessidade de um equilíbrio entre a adaptação das normas constitucionais e a preservação dos princípios fundamentais que sustentam o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Direito Constitucional; Mutação Constitucional; Supremo Tribunal Federal.

¹ Recebido: 11.01.2024. Aprovado: 24.04.2024.

² Pós-doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professor Adjunto da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Diretor da Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral (2018/2020). Vice-Presidente da Comissão de Estudos Constitucionais do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (2016-2022). Conselheiro Estadual e Federal Eleito da Ordem dos Advogados do Brasil (2007-2022). Presidente Executivo da ABDConst. (2000-2012). Advogado e Sócio Fundador da Pansieri Advogados. Líder do Publius (CNPq); e-mail: pansieri@pansieriadvogados.com.br; Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0746109917958819>; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4025-4534>.

Abstract

The purpose of this paper is to deeply examine the phenomenon of constitutional mutation within the Brazilian legal context, using the Ship of Theseus Paradox to illustrate dilemmas about identity and change in Constitutional Law. The article explores the reception and application of the concept in Brazilian doctrine and jurisprudence, highlighting the influence of German studies and the perspectives of national jurists on the limits and implications of constitutional mutations. Through a critical analysis, it discusses both the acceptance and criticisms of the phenomenon, pointing out the risks of decisionism and the usurpation of legislative functions by the judiciary. Using a case study on Reclamação n. 4.335, the text reveals how the STF decisions have applied the theory of constitutional mutation in practice, showing the tension between the need to adapt the Constitution in the face of new social realities and the maintenance of its integrity and identity. The article concludes by emphasizing the need for a balance between the adaptation of constitutional norms and the preservation of the fundamental principles that support the Democratic Rule of Law.

Key-words: Constitutional Law; Constitutional Mutation; Supremo Tribunal Federal.

Introdução

No estudo do direito constitucional, o conceito de mutação constitucional tradicionalmente se refere às modificações no conteúdo de normas constitucionais que ocorrem sem alterações no texto propriamente dito. Tais mudanças resultam de novas interpretações jurídicas, práticas institucionais e pressões sociais que reconfiguram o entendimento e a aplicação de preceitos constitucionais estabelecidos, preservando, no entanto, a redação original das normas.

Para explorar essas transformações sutis, mas significativas, é útil recorrer ao Paradoxo do Navio de Teseu, uma narrativa amplamente discutida por Plutarco. Após realizar diversas façanhas, Teseu retornou com seu navio a Atenas. Este veículo, um grande símbolo das vitórias e descobertas de sua época, foi preservado pelos atenienses ao longo dos séculos através da substituição progressiva do madeiramento envelhecido por madeira nova. Por conseguinte, a questão que surge deste relato está intrinsecamente ligada ao debate entre identidade e mudança: se todas as tábuas do navio fossem substituídas, ele ainda continuaria sendo o navio de Teseu? Além disso, se as

aplicada na jurisprudência do STF, abordando tanto os aspectos positivos quanto os desafios que ela representa.

Dada a complexidade deste tema, surge a hipótese de que existem limites para a mutação constitucional, cuja compreensão é essencial para garantir que o texto da Constituição não perca sua identidade. Para investigar essa hipótese, utilizaremos o método hipotético-dedutivo, buscando deduzir consequências específicas desta premissa e testá-las frente à realidade da tradição constitucional brasileira. O objetivo deste estudo é explicar como a teoria da mutação constitucional foi recepcionada no Brasil e identificar os limites dessas mutações para assegurar a preservação da identidade constitucional. A justificativa para tal investigação reside na necessidade de entender as condições sob as quais as interpretações constitucionais podem evoluir sem que isso implique uma ruptura com o arcabouço fundamental da lei maior do país.

Não menos importante, é fundamental assentar que a inspiração para este trabalho advém das análises contidas na obra *Mutação Constitucional à Luz da Teoria Constitucional Contemporânea*. Esse trabalho apenas assentou o entendimento da dogmática brasileira sobre diversas nuances da mutação constitucional, mas também fomentou uma extensa série de considerações críticas e complexas sobre o tema. Neste trabalho, tais reflexões são revisitadas e expandidas em um contexto diferenciado, evidenciando a dinâmica e a pertinência do tema na prática e teoria jurídica atuais. Bem por isso, convido o leitor a explorar mais profundamente estas questões e a se engajar no fascinante estudo da mutação constitucional, que continua a desafiar e a enriquecer nossa compreensão do Direito Constitucional contemporâneo.

1. Sobre a recepção da mutação constitucional na doutrina e na jurisprudência brasileira

No período que se iniciou com a redemocratização do Brasil e com o advento da Constituição de 1988, o tema da mutação constitucional ganhou destaque e tornou-se objeto de estudos mais específicos e aprofundados na doutrina brasileira. Influenciados, direta ou indiretamente, pelos estudos alemães sobre o tema, os autores brasileiros passaram a analisar essa questão não

apenas do ponto de vista teórico, mas também em sua aplicação prática, abordando os pressupostos teóricos, os fundamentos e os limites das mutações constitucionais. Este movimento reflete uma conscientização crescente sobre a necessidade de adaptar a interpretação das leis supremas às dinâmicas sociais e políticas em constante evolução.

A importância de compreender os diversos pontos de vista da doutrina nacional sobre a mutação constitucional é crucial para uma análise abrangente e crítica desse fenômeno. Cada teórico contribui com uma perspectiva única, enriquecendo o debate jurídico e fornecendo ferramentas vitais para os operadores do direito, que enfrentam o desafio de interpretar normas em um contexto de divergências e conflitos de interpretação. Bem por isso, as análises destes especialistas ajudam a identificar como a Constituição pode manter sua relevância e autoridade, ajustando-se a novos desafios e exigências sem perder seu caráter fundamental. Afinal, como a doutrina brasileira se posiciona em relação ao tema?

A começar por Anna Cândida da Cunha Ferraz⁴, a autora nos aponta que os mecanismos formais de reforma constitucional são insuficientes para captar as transformações sociais contínuas. Ela argumenta que a previsão desses mecanismos não impede o desenvolvimento de processos informais de mudança, conhecidos como "mutações constitucionais". Em adição a isso, Uadi Lammêgo Bulos⁵ destaca que existe uma complementaridade entre a dinamicidade e a estabilidade das normas constitucionais, com as mudanças informais da Constituição representando uma manifestação dessa

⁴ A título de contexto, "denominam-se mutações constitucionais, expressão que Anna Cândida da Cunha Ferraz utiliza para os processos informais que, sem contrariar a Constituição, alterem ou modifiquem o sentido, o significado ou o alcance das suas normas, rotulando como inconstitucionais os procedimentos que ultrapassem os limites da interpretação e produzam resultados hermenêuticos incompatíveis com os princípios estruturais da lei fundamental". *In*: COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3. ed. rev. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 22

⁵ Buscando a sua origem na doutrina alemã, Uadi Lammêgo Bulos denomina mutação constitucional "o processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da Constituição, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (construction), bem como dos usos e dos costumes constitucionais". *In*: BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 197.

dinamicidade⁶. Dito de outra forma: enquanto Ferraz nos diz que as maneiras oficiais de mudar a Constituição não são suficientes para acompanhar as rápidas mudanças na sociedade e que o processo de mutação pode ocorrer para além deles, Bulos ressalta que essas mudanças informais são uma parte natural da Constituição e argumento que ela pode ser ao mesmo tempo estável e capaz de se adaptar a novas circunstâncias.

Por outro lado, Luís Roberto Barroso⁷ enfatiza que a legitimidade das mutações constitucionais depende de um equilíbrio entre a rigidez constitucional, que visa preservar a estabilidade da ordem jurídica e a segurança jurídica, e a plasticidade das normas constitucionais, essencial para sua adequação às mudanças da realidade social. Para o Ministro, essa visão sublinha a complexidade das mutações constitucionais como processos informais que resultam em alterações significativas no sentido das normas sem alterar o texto.

Não obstante, veja-se que Ferraz e Barroso concordam que a mutação pode ocorrer por meio de interpretação constitucional ou de costumes constitucionais, resultando em mudanças interpretativas decorrentes de novas leituras da norma ou de práticas reiteradas que, aceitas pela sociedade, consolidam uma nova compreensão do texto constitucional.

Numa perspectiva eminentemente jurisprudencial, a literatura jurídica especializada reconhece que uma compreensão acerca do que seja uma

⁶ Para uma compreensão mais aprofundada sobre o pensamento do autor, **cf.** BULOS, Uadi Lamêgo. Da reforma à mutação constitucional. **Revista de informação legislativa**, v. 33, n. 129, p. 25-43, 1996.

⁷ Barroso, por sua vez, afirma que "a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. Para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular". **In:** BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 184.

mutação constitucional deve perpassar por um ponto de partida em especial: uma problematização da Reclamação n. 4.335/AC⁸⁻⁹.

Sobre este caso, Streck¹⁰ explica que a Reclamação 4.335, originada no Estado do Acre, tornou-se um marco importante para a jurisprudência brasileira ao abordar a mutação constitucional e a equiparação dos efeitos da jurisdição constitucional nos controles difuso e concentrado de constitucionalidade. Neste caso, a Defensoria Pública do Acre alegou que a Vara de Execuções Penais de Rio Branco desrespeitou uma decisão do STF ao aplicar uma lei já declarada inconstitucional em controle difuso, que impedia a progressão de regime de cumprimento de pena.

Na Reclamação, a Defensoria Pública, atuando em nome de vários reeducandos, solicitou a cassação da decisão de um juiz de execução penal que havia negado a progressão de regime com base no artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei 8.072/90, alegando que os reeducandos estavam condenados por crimes hediondos. A Defensoria argumentou que o juiz havia desrespeitado a autoridade de uma decisão anterior do Supremo Tribunal Federal (STF), especificamente no caso do Habeas Corpus 82.959, onde, por uma margem estreita de 6 a 5, foi declarada a inconstitucionalidade *incidenter tantum* da referida lei que proibia a progressão de regime para condenados por crimes hediondos. Segundo a Defensoria, o juiz de primeira instância deveria acatar a decisão do STF, mesmo que essa decisão tenha sido emitida em um contexto de controle difuso de constitucionalidade, que tradicionalmente não produz efeitos vinculantes generalizados como no controle concentrado. Este caso deu origem, no julgamento da Rcl 4.335, a um debate profundo sobre a interpretação

⁸ **EMENTA:** 1. Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente. (Rcl 4335, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20-03-2014, DJe-208. DIVULG. 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014 EMENT VOL-02752-01 PP-00001).

⁹ **Cf.** PEDRON, Flávio Quinaud; SILVA, João Paulo Soares e. **Mutação constitucional:** história e crítica do conceito. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2020.

¹⁰ **Cf.** STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em 30 julgamentos:** uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

e aplicação do inciso X do artigo 52 da Constituição Federal, examinando como este deve ser entendido no panorama atual do direito constitucional brasileiro¹¹.

O relator do caso, ministro Gilmar Mendes, defendeu que a exigência do envio de decisões de inconstitucionalidade ao Senado Federal para suspender a execução da lei havia perdido relevância com os desenvolvimentos do controle de constitucionalidade pela Constituição de 1988. Ainda, argumentou que a decisão do STF em controle incidental já deveria ter efeitos gerais, sendo o papel do Senado meramente declaratório. Com efeito, veja-se que essa posição sugeriu uma mutação constitucional, indicando uma nova forma de entender a aplicação das decisões do STF, alinhando as decisões tomadas em controle difuso com aquelas do controle concentrado em termos de eficácia.

O Ministro Eros Grau também apoiou essa visão, ressaltando a necessidade de adaptar a interpretação constitucional às mudanças sociais e institucionais¹². Por outro lado, houve divergência de outros ministros, como Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski, que viam essa interpretação como uma possível afronta ao poder do Congresso Nacional e ao poder constituinte originário.

Durante o julgamento, a Súmula Vinculante 26 foi editada¹³, reforçando a inconstitucionalidade da lei sobre progressão de regime, o que acabou influenciando o resultado final do julgamento. A decisão final, com base no voto do Ministro Teori Zavascki, reconheceu a aplicação vinculante das decisões do

¹¹ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:
(...)

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

¹² "Tanto o que o Min. Gilmar Mendes quanto o que o Min. Eros Grau chamam de mutação constitucional é uma alteração produzida pelo Judiciário brasileiro, nesse caso, pelo STF. Em seu voto, o Min. Eros Grau (voto na Rcl. n. 4.335/AC, p.11-12) ressalta a importância de que, para a legitimidade da mutação, deva ser respeitada a "tradição" – o contexto no qual se insere o novo texto pelo STF criado. Mas, em momento algum, esse pressuposto aparece como objeto de discussão e de preocupação do magistrado". *In*: PEDRON, Flávio Quinaud; SILVA, João Paulo Soares e. **Mutação constitucional**: história e crítica do conceito. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2020. p. 31

¹³ Súmula Vinculante 26: Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

STF em controle difuso, destacando uma evolução no sistema jurídico brasileiro para integrar elementos da *common law*, como as súmulas vinculantes.

Não obstante, a discussão sobre mutação constitucional no STF vai além de casos isolados, como demonstrado na análise da Reclamação 4.335. Um exemplo significativo disso ocorreu em novembro de 2017, quando o STF julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.470¹⁴⁻¹⁵. Esta ADI contestava a constitucionalidade da Lei estadual 3.579/01 do Rio de Janeiro, que proibia a extração do amianto em todo o território estadual e previa a substituição progressiva de produtos que contivessem esse material. O Supremo declarou a lei estadual constitucional, reforçando a autonomia dos estados em legislar sobre questões ambientais e de saúde pública.

Contudo, essa decisão acabou por gerar uma consequência inesperada: a declaração incidental de inconstitucionalidade da Lei federal 9.055/95, que permitia a extração e produção de amianto. Tradicionalmente, as decisões de inconstitucionalidade em controle difuso, como foi o caso, teriam efeitos limitados às partes envolvidas no processo (inter partes). No entanto, o STF conferiu a

¹⁴ **EMENTA:** AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 3.579/2001 DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. SUBSTITUIÇÃO PROGRESSIVA DA PRODUÇÃO E DA COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS CONTENDO ASBESTO/AMIANTO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. ART. 103, IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL POR USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA UNIÃO. INOCORRÊNCIA. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE. ART. 24, V, VI E XII, E §§ 1º A 4º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONVENÇÕES NºS 139 E 162 DA OIT. CONVENÇÃO DE BASILEIA SOBRE O CONTROLE DE MOVIMENTOS TRANSFRONTEIRIÇOS DE RESÍDUOS PERIGOSOS E SEU DEPÓSITO. REGIMES PROTETIVOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. INOBSERVÂNCIA. ART. 2º DA LEI Nº 9.055/1995. PROTEÇÃO INSUFICIENTE. ARTS. 6º, 7º, XXII, 196 E 225 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA LEI FLUMINENSE Nº 3.579/2001. IMPROCEDÊNCIA. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º DA LEI Nº 9.055/1995. EFEITO VINCULANTE E ERGA OMNES. (...) (ADI 3470, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 29-11-2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019).

¹⁵ A título de nota, outro exemplo pode ser indicado no HC 126.292/SP. Em seu voto, o Ministro Barroso argumentou que o Art. 5 deveria sofrer mutação nos seguintes termos: "A partir desses três fatores, tornou-se evidente que não se justifica no cenário atual a leitura mais conservadora e extremada do princípio da presunção de inocência, que impede a execução (ainda que provisória) da pena quando já existe pronunciamento jurisdicional de segundo grau (ou de órgão colegiado, no caso de foro por prerrogativa de função) no sentido da culpabilidade do agente. É necessário conferir ao art. 5º, LVII interpretação mais condizente com as exigências da ordem constitucional no sentido de garantir a efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar, tais como a vida, a integridade psicofísica, a propriedade – todos com status constitucional (Voto de BARROSO no HC 126.292/SP, p. 34).

essa decisão efeitos erga omnes, ou seja, efeitos válidos contra todos, ampliando sua aplicabilidade.

Esse movimento do Supremo reflete uma mutação constitucional em relação ao artigo 52, X da Constituição Federal, que tradicionalmente exige que o Senado suspenda a execução, em todo o território nacional, de qualquer lei declarada inconstitucional pelo STF. Ao invés de aguardar a atuação do Senado para generalizar o efeito da decisão, o STF agiu de maneira autônoma, aplicando diretamente a decisão a todos, baseando-se na tese de que a dinâmica constitucional evoluiu para além da formalidade original prevista na Constituição.

Portanto, para uma compreensão abrangente do fenômeno da mutação constitucional, é fundamental que se considere tanto a doutrina brasileira quanto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. No próximo capítulo, exploraremos este tema mais a fundo, incluindo uma análise crítica das diversas perspectivas e questionamentos que cercam a prática da mutação constitucional. Por hora, veja-se que as decisões do STF demonstram a aplicação prática dessas teorias no cotidiano jurídico, mostrando como a Corte interpreta e, por vezes, redefine o entendimento das normas constitucionais para responder aos desafios contemporâneos. A análise de casos como a Reclamação 4.335 e a ADI 3.470 evidencia como o STF tem utilizado a mutação constitucional para alinhar o direito constitucional às realidades emergentes, sem necessariamente alterar o texto da Constituição. Essas decisões destacam a interação entre a doutrina e a prática judicial, reforçando a ideia de que a mutação constitucional não é apenas uma teoria, mas uma realidade viva dentro do sistema jurídico brasileiro.

2. Críticas à aceitação da mutação constitucional

Na doutrina brasileira, existe uma corrente crítica significativa em relação à mutação constitucional, liderada por figuras como Lenio Luiz Streck, Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Esses autores criticam a maneira pela qual a mutação constitucional foi incorporada ao debate jurídico no Brasil, especialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal

(STF)¹⁶. A base dessa crítica decorre de uma observação de que a teoria da mutação constitucional surgiu como resposta às limitações do positivismo legalista da Escola Alemã de Direito Público, que falhou em realizar uma análise normativa robusta do impacto da realidade sobre o Direito. Nesse mesmo sentido:

Sob diferentes argumentos, nem sempre claros ou alinhados nos julgados, como mutação constitucional ou de desvelar norma implícita, da suposta abertura interpretativa dos princípios (que não é a teoria dworkiniana), sob a invocação da sua legitimidade argumentativa (Robert Alexy), do seu compromisso com a justiça, o supremo tribunal já assujeitou o texto legal e o fato, já transformou a reserva legal em reserva judicial. o texto legal e o fato, já transformou a reserva legal em reserva judicial. Se o direito tem limites – e tem, não é filosofia –, o judiciário tem mais limites ainda. Se nem tudo é possível resolver pelo direito, menos ainda pelo judiciário¹⁷

Os críticos sustentam que a mutação constitucional tem sido usada para preencher os "hiatos" percebidos entre a Constituição e a realidade factual através de uma "jurisprudência corretiva". Isso, eles argumentam, pode levar ao decisionismo, onde as cortes constitucionais atuam como poderes constituintes permanentes, uma prática potencialmente perigosa que poderia usurpar as funções do legislativo e do poder constituinte derivado. *In verbis*: "a tese da mutação constitucional advoga em última análise uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes"¹⁸.

Retomando o julgamento da Reclamação n. 4.335-5 em virtude da sua importância, importa compreender que o Ministro Gilmar Mendes propôs uma interpretação que alinharia os efeitos das decisões de controle difuso e concentrado de constitucionalidade, reduzindo a necessidade de intervenção do

¹⁶ **Cf.** STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. **Argumenta Journal Law**, p. 45-68, 2007.

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Ferreira Gilmar; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira. **Comentários à Constituição do Brasil**. 3. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 97.

¹⁸ STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. **Argumenta Journal Law**, p. 45-68, 2007.

Senado Federal para suspender a execução das leis declaradas inconstitucionais.

No entanto, o Ministro Eros Grau, em seu voto de vista, destacou que tal mudança significaria, na prática, substituir o texto do artigo 52, inciso X, da Constituição de 1988 por um novo, transcendendo assim a simples interpretação do dispositivo e entrando no terreno da criação normativa. Exemplo este que ilustra bem o risco de que a tese da mutação constitucional permita ao Judiciário ultrapassar suas competências constitucionais, confundindo as funções da jurisdição com as de outros poderes.

Os autores críticos apontam, ademais, para o risco simbólico que tais decisões representam: elas podem encorajar a proliferação de demandas e recursos e ampliar a discricionariedade judicial. A decisão no caso da Reclamação n. 4.335-5/AC é vista como um exemplo de como o STF pode usar a mutação constitucional para exercer uma função "corretiva" das leis e da própria Constituição, indo além de uma simples interpretação normativa.

Essa preocupação ecoa o dilema do Paradoxo de Teseu, onde a substituição progressiva das partes de um navio levanta a questão se ele continua sendo o mesmo navio. Da mesma forma, se os sentidos das normas constitucionais são alterados em seu âmago por meio de mutações, pode-se realmente dizer que ela não foi transfigurada em algo totalmente antiético?

Veja-se: a mutação, embora necessária para adaptar a Constituição às mudanças sociais, não pode ser tão extrema a ponto de alterar sua essência fundamental. Assim como no paradoxo, onde há um limite para a mudança sem perder a identidade, o mesmo se aplica à Constituição: seu sentido não pode ser alterado em demasia sem comprometer os princípios fundamentais que definem o Estado Democrático de Direito. Nesse sentido:

Tendo em vista a forma como a teoria da mutação constitucional foi recepcionada pela doutrina (e, por extensão, pela jurisprudência) nacional, a resistência de STRECK, LIMA e OLIVEIRA é justificada. O entendimento predominante acerca do fenômeno pode levar à fragilização do paradigma do Estado Democrático de Direito que serve de base para a Constituição brasileira, não apenas por possibilitar que o Poder Judiciário invoque a mutação constitucional como pretexto para exercer, por vezes casuisticamente, uma função "corretiva" das leis e da Constituição (como exemplifica o julgamento da Reclamação

n. 4.335-5/AC), mas também por admitir que esta possa ser subjugada por forças e processos extra-jurídicos e insustentáveis de controle.

Todavia, essa crítica também exige cautela. Isso porque a concepção de mutação constitucional expressa no julgamento da Reclamação n. 4.335-5/AC é extremada. A conclusão do Ministro Eros Grau, de acordo com a qual a mutação constitucional seria caracterizada não pela mera alteração do sentido da norma constitucional, mas pela substituição do enunciado normativo por um novo, não encontra respaldo na doutrina. Ainda que autores diverjam sobre a extensão e a controlabilidade do fenômeno, não se encontram, nos estudos sobre o tema, fundamentos para reputar-se coerente com a Constituição a substituição do texto constitucional por força da atuação, consciente e intencional, de órgão diverso do incumbido do exercício do poder de reforma constitucional (grifo nosso)¹⁹

Seja como for, ao aceitar a possibilidade de uma interpretação que, diante de mudanças nas circunstâncias fáticas, permita alcançar novos significados para as normas constitucionais sem alterar o texto respectivo, é imprescindível que este tema seja examinado sob a luz da teoria constitucional contemporânea. Em outras palavras, a admissão e a compreensão da mutação constitucional devem estar alinhadas com os princípios fundamentais que hoje caracterizam o Direito Constitucional, especialmente aqueles que se relacionam com a tensão entre a realidade social e as normas constitucionais, ou entre as demandas por estabilidade e dinamismo constitucional.

Esses princípios incluem a distinção clara entre o poder constituinte e os poderes constituídos, a rigidez e a supremacia das constituições, e a força normativa da Constituição. Cada um desses aspectos desempenha um papel crucial em garantir que a constituição não apenas responda adaptativamente às mudanças sociais, mas também preserve sua integridade e autoridade ao longo do tempo.

É particularmente crucial definir claramente os limites dentro dos quais a mutação constitucional pode ocorrer legitimamente, sem representar um risco à ordem constitucional estabelecida. Embora a reforma do texto constitucional e a alteração interpretativa do sentido de suas disposições possam sustentar a constituição em meio à evolução social e ao funcionamento do regime democrático, e até mesmo ajudar a superar limitações decorrentes das circunstâncias históricas do processo constituinte, seu uso excessivo e/ou

¹⁹ PANSIERI, Flávio; SOUZA, Henrique Soares de. **Mutação constitucional à luz da teoria constitucional contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 83.

indiscriminado pode minar a necessária estabilidade constitucional que é fundamental para o constitucionalismo contemporâneo.

Neste contexto, são valiosas as observações de Konrad Hesse, que apontam que o estudo dos limites da mutação constitucional serve ao mesmo propósito que o estudo dos limites da reforma constitucional: ambos visam proteger a integridade da Constituição, fornecendo parâmetros para o controle e a obstrução de práticas que possam comprometê-la²⁰. Portanto, ao considerar as mutações constitucionais, deve-se buscar um equilíbrio cuidadoso entre a necessidade de adaptabilidade e a preservação dos princípios e estruturas fundamentais que definem o Estado de Direito democrático. Assim, enquanto a mutação constitucional oferece um mecanismo para a constituição se adaptar dinamicamente a novas realidades sem a necessidade de alterações formais do texto, é essencial que tais mudanças não se desviem tanto de sua origem a ponto de perderem a identidade fundamental da Constituição, lembrando o dilema do Paradoxo de Teseu, onde se questiona até que ponto algo pode mudar antes de se tornar essencialmente diferente.

Numa perspectiva normativa de Constituição, a atribuição de novos sentidos às normas constitucionais em resposta a mudanças nas condições fáticas está sempre sujeita à verificação por meio do controle de constitucionalidade. Este mecanismo assegura que, apesar das transformações sociais, a Constituição permaneça como um padrão regulador tanto para as condutas sociais quanto para as práticas estatais. Por isso, é fundamental adotar uma concepção restrita de mutação constitucional, como propôs Konrad Hesse, definindo-a como "modificações do conteúdo de normas constitucionais cujo

²⁰ Nota explicativa: "a mutação constitucional tem limites – diferentemente do que vai afirmar Jellinek ou Laband (HESSE, 2009, p.154) – que estão contidos no próprio texto constitucional: "resulta inadmissível uma interpretação diferente dos enunciados constitucionais em franca contradição com o seu texto" (HESSE, 2009, p.15). Com isso, Hesse (2009, p.99) entende que não é legítima a alteração da norma – ou, como quer, do "programa normativo" – contra a constituição. E disso decorre uma importante conclusão: Ao qualificar a realidade inconstitucional como realidade constitucional, outorga-se força normatizadora a essa realidade, com o que, enquanto força normatizadora da "realidade", de antemão ela se sobrepõe à forma normatizadora do "Direito". A qualificação da realidade inconstitucional como realidade constitucional contém, portanto, uma opção – não raro, desde logo, inconsciente – contra a Constituição, privando-a de uma contemplação jurídico constitucional (HESSE, 2009, p.99-100)". In: HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de Direito Constitucional**. Tradução de Carlos dos Santos Almeida, Inocêncio Mártires Coelho, Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: SaraivaJur, 2009. p. 15-154.

texto não é modificado"²¹. Esta perspectiva sublinha que as mutações constitucionais não devem ser vistas como manifestações do poder constituinte, mas como ajustes na interpretação da Constituição que refletem e incorporam mudanças nas condições sociais.

Contudo, isso não significa que as transformações sociais possam moldar a interpretação das normas constitucionais de maneira desvinculada de qualquer parâmetro estabelecido. Tal abordagem atribuiria à realidade um poder excessivamente determinante sobre o elemento normativo da Constituição. A eficácia da Constituição, junto à sua função de racionalizar, estabilizar e limitar o poder, impede essa abordagem, exigindo que se mantenha a força normativa e a identidade da Constituição.

Estas exigências são cruciais para definir os limites da mutação constitucional. Enquanto a norma constitucional pode ter seu conteúdo alterado devido a modificações nas circunstâncias sociais, é imperativo que tal operação não resulte na deterioração da identidade constitucional ou na anulação de sua capacidade de influenciar efetivamente a realidade, cedendo à pressão de outras forças atuantes na sociedade. Dessa forma, a mutação constitucional não deve ultrapassar os sentidos que podem ser razoavelmente atribuídos ao texto constitucional, para não violar o espaço de ação reservado ao constituinte derivado pelo poder constituinte originário.

Assim, reiterando o pensamento de Konrad Hesse, é essencial reconhecer que o estudo e a delimitação do fenômeno da mutação têm como objetivo principal fornecer à jurisdição constitucional, e particularmente ao tribunal constitucional, os critérios necessários para avaliar se ocorreu uma alteração de sentido relevante dentro do quadro constitucional. Com isso, é possível distinguir entre atos que são verdadeiramente constitucionais daqueles atos inconstitucionais que são justificados por uma alegada mutação que excede os limites impostos pela Constituição. Este processo garante que a mutação constitucional seja aplicada de maneira que preserve a integridade e a autoridade da Constituição, evitando que a flexibilidade interpretativa se

²¹ HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de Direito Constitucional**. Tradução de Carlos dos Santos Almeida, Inocêncio Mártires Coelho, Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: SaraivaJur, 2009. p. 147-171.

transforme em uma ferramenta para a erosão dos fundamentos do Estado de Direito.

Considerações finais

A compreensão das mutações constitucionais representa um dos maiores desafios no estudo do Direito Constitucional contemporâneo. Como explorado ao longo deste artigo, a mutação constitucional, semelhante ao Paradoxo do Navio de Teseu, questiona até que ponto as normas constitucionais podem ser reconfiguradas antes que a sua essência original seja considerada alterada. Este dilema não apenas aguça o debate acadêmico, mas também guia os operadores do direito na árdua tarefa de equilibrar as exigências de adaptação social com a preservação da identidade constitucional.

Na análise feita, observamos que as mutações constitucionais surgem das interações entre novas interpretações jurídicas, práticas institucionais e pressões sociais. Estas interações reconfiguram o entendimento e a aplicação dos preceitos constitucionais enquanto mantêm a redação original das normas, um processo que tanto fortalece a dinâmica do direito quanto desafia a permanência dos valores constitucionais estabelecidos. Neste contexto, a doutrina e a jurisprudência brasileira têm desempenhado papéis fundamentais ao moldar e ao mesmo tempo questionar os contornos dessa prática.

A recepção da mutação constitucional no Brasil, especialmente após a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988, ilustra o crescente reconhecimento da necessidade de adaptarmos as normas constitucionais às realidades mutáveis por sua mais inerente natureza. A interação entre a rigidez necessária para a manutenção da ordem jurídica e a flexibilidade requerida para a adaptação social reflete a contínua tensão entre estabilidade e mudança — uma tensão que é inerente ao próprio conceito de mutação constitucional.

Porém, as críticas a essa prática, lideradas por figuras como Lenio Luiz Streck, Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, ressaltam os perigos do decisionismo e da potencial usurpação das funções legislativas pelo Judiciário. Essas críticas são essenciais para garantir que a mutação constitucional não ultrapasse os limites que comprometeriam a

própria estrutura do Estado Democrático de Direito, transformando o processo interpretativo em uma forma de alteração normativa não autorizada.

Diante dos estudos e das controvérsias apresentadas, este artigo defende a necessidade de uma abordagem cautelosa e rigorosamente teórica para a aplicação da mutação constitucional. É imprescindível que a jurisprudência constitucional brasileira e a doutrina continuem a desenvolver um quadro de referências robusto para distinguir entre mutações legítimas e alterações que representem riscos à integridade da Constituição. Assentando em três postulados: (i) "é possível compreender e, mesmo, reconhecer a ocorrência eventual de mutações constitucionais sem abdicar da garantia da Constituição e de sua força normativa, adotando-se uma perspectiva diferenciada sobre o fenômeno"²²; (ii) "é preciso partir de um conceito mais restrito de mutação constitucional, limitando-o à alteração do conteúdo das normas constitucionais sem que haja alteração de seu texto"²³; e (iii) "(a)lém disso, o texto constitucional deve ser tido como limite último para a interpretação das normas constitucionais"²⁴.

Em conclusão, ao ponderar sobre a mutação constitucional, devemos buscar uma harmonia entre a lealdade aos textos e princípios originais da Constituição e a adaptabilidade necessária para enfrentar novos desafios sociais. Esse equilíbrio assegurará que a Constituição não apenas sobreviva como um documento histórico, mas que continue a funcionar como uma norma viva, capaz de orientar a sociedade brasileira através de suas transformações, sem perder de vista os fundamentos que garantem a coesão e a justiça na ordem social.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

²² PANSIERI, Flávio; SOUZA, Henrique Soares de. **Mutação constitucional à luz da teoria constitucional contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 86.

²³ PANSIERI, Flávio; SOUZA, Henrique Soares de. **Mutação constitucional à luz da teoria constitucional contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 96.

²⁴ PANSIERI, Flávio; SOUZA, Henrique Soares de. **Mutação constitucional à luz da teoria constitucional contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 97.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.470/RJ**. Substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos contendo asbesto/amianto. Legitimidade ativa ad causam. Pertinência temática. Art. 103, ix, da constituição da república. Alegação de inconstitucionalidade formal por usurpação da competência da união. Inocorrência. Competência legislativa concorrente. Art. 24, v, vi e xii, e §§ 1º a 4º, da constituição da república. [...] Relator(a): Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 29 nov. 2017; Processo eletrônico DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=76729928> 5. Acesso em: 16 dez. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 4.335/AC**. 1. Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente. Relator: Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, julgado em 20 mar. 2014, DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014 EMENT VOL-02752-01 PP-00001. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur281416/false>. Acesso em: 10 dez. 2023.

BULOS, Uadi Lamêgo. Da reforma à mutação constitucional. **Revista de informação legislativa**, v. 33, n. 129, p. 25-43, 1996.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Ferreira Gilmar; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira. **Comentários à Constituição do Brasil**. 3. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3. ed. rev. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2007.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de Direito Constitucional**. Tradução de Carlos dos Santos Almeida, Inocêncio Mártires Coelho, Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: SaraivaJur, 2009.

PANSIERI, Flávio; SOUZA, Henrique Soares de. **Mutação constitucional à luz da teoria constitucional contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

PLUTARCO. **Vidas Paralelas**: Teseu e Rômulo. Coimbra: Centro de Estudos Clássicos e Humanísticos e Imprensa da Universidade de Coimbra, 2008.

PEDRON, Flávio Quinaud; SILVA, João Paulo Soares e. **Mutação constitucional**: história e crítica do conceito. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2020.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. **Argumenta Journal Law**, p. 45-68, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em 30 julgamentos**: uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2018.