

## **A reformulação neoconstitucional do conceito de mutação constitucional: uma análise da doutrina**

### ***La reformulación neoconstitucional del concepto de mutación constitucional: un análisis de la doctrina***

Carlos Magno Spricigo Venerio<sup>1</sup>

Rebecca Lavagnole Nascimento<sup>2</sup>

**Palavras-chave:** hipertrofia judicial, mutação constitucional, neoconstitucionalismo, principialismo ponderativo

**Palabra clave:** hipertrofia judicial, mutación constitucional, neo-constitucionalismo, principalía ponderativa

Os últimos 20 anos foram marcados pela crescente hegemonia, na doutrina constitucional brasileira, do ideário neoconstitucional. Ideário cujas bases retóricas afirmam que o processo constituinte, que deu origem à Constituição de 1988, trouxe elementos estruturais que convidaram a maior participação do Poder Judiciário na definição das políticas públicas e normas em geral, no país. Na medida em que entendem que, ao trazer valores social-democratas, muitas vezes expressos como princípios numa constituição rígida, que possui um núcleo apresentado como imutável, se exigiria a participação ativa do Poder Judiciário na interpretação e aplicação dos mesmos e, dessa forma, se autorizaria a participação do mesmo em esferas decisórias que, textualmente, a constituição federal não lhes atribui. O fortalecimento – na Assembleia Constituinte – de atribuições e competências de

---

<sup>1</sup> Doutor e mestre em Direito pelo PPGD-UFSC. Realizando atualmente estágio pós-doutoral no PPGD-UnB. Bacharel em Direito (UNISUL). Professor Associado do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu Justiça Administrativa da Universidade Federal Fluminense (UFF). Foi membro da Comissão de Especialistas em Ensino Jurídico do Ministério da Educação. Pesquisador em Teoria e Filosofia do Direito. Líder do Grupo de Pesquisa, estudos e debates 'Argumentos para a democracia' - GARDEM, que tem por objeto a pesquisa sobre Lógica, Retórica, Argumentação e Direito.

<sup>2</sup> Bacharel em Administração pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro; Graduanda em Direito pela Universidade Federal Fluminense, membro do GARDEM, vinculado à UFF

órgãos do Poder Judiciário, unido às medidas de limitação de poderes do Executivo, foram essenciais para a construção da hipertrofia judicial no Brasil. Contudo, esse fenômeno que podemos conceituar como um aumento sistemático do protagonismo judicial em detrimento dos demais poderes, não se deu somente pela reforma originária da constituição mas também por constantes Emendas à Constituição, ressaltando a EC nº 45, que entre outras novidades, implementou as súmulas vinculantes que, na visão de Spricigo (2023), junto com a criação do Conselho Nacional de Justiça, “criaram condições inéditas para o funcionamento do Poder Judiciário como uma corporação com capacidade de ação centralizável desde o topo da sua hierarquia”. Elemento importante do processo de hipertrofia judicial ocorrido no Brasil, o ideário neoconstitucional não se confunde conceitualmente com a ideia de novo constitucionalismo, termo que remete às mudanças ocorridas no âmbito do direito positivo que dão origem a novas constituições (normas) democráticas em contexto de transição política, no Brasil e em outros países, segundo os ensinamentos de Hirschl (2020). Abandona-se o universo das normas para entrar no campo do saber dos juristas, que é co-constitutivo do direito. É importante ressaltar, antes de mais nada, que seria errôneo imputar ao neoconstitucionalismo a responsabilidade exclusiva pela hipertrofia judicial, mas, indiscutivelmente, esta nova “metodologia jurídica” desempenha um papel na medida em que desencadeia uma mudança no saber dos juristas a qual contribuiu e continua contribuindo para um quadro de crise institucional. Fazendo menção às obras de autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy, principalmente à sua formulação da teoria do direito, parte relevante dos constitucionalistas brasileiros promoveu uma reformulação retórica no discurso doutrinário que consistiu basicamente na inversão do par classificatório princípio-regra (PERELMAN, OLBRECHTS-TYTECA, 2005). Com isso, a doutrina (neo) constitucional elaborou um discurso que autoriza, na prática, um crescente abandono de soluções jurídicas sustentadas em regras elaboradas pelo legislador. Paulatinamente, decisões judiciais, em especial do Supremo Tribunal Federal (STF), no âmbito da jurisdição constitucional, passaram a ser fundamentadas em princípios jurídicos genéricos, em detrimento de regras jurídicas constitucionais e infraconstitucionais. Ao observamos a apropriação do neoconstitucionalismo pelo

---

#### V SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS E SOCIEDADE

senso comum teórico dos juristas, no Brasil, torna-se onipresente, na doutrina, o principialismo ponderativo (GARCIA-AMADO, 2018) de base pós-positivista. Em pesquisas que realizamos sobre o fenômeno da hipertrofia judicial (SPRICIGO, 2023), deparamo-nos com julgados do STF em que constam, nos votos dos ministros, uma repetida referência ao *topos* da “mutação constitucional”. Uma pesquisa preliminar no sítio eletrônico do STF, mostra que apenas 50 julgados do tribunal fazem menção ao termo “mutação constitucional”, o primeiro deles do ano de 2005. O tema da “mutação constitucional” tem uma elaboração clássica na passagem do século XIX para o século XX, como bem exemplifica a obra bem conhecida de Jellinek. No entendimento do autor, a mutação constitucional é a modificação que deixa incólume seu texto, sem modificá-lo formalmente, mas sim, produz-se por feitos que não precisam vir acompanhados pela intenção ou consciência. Por outro lado, a reforma da constituição, se dá por alteração formal do texto e sua competência é tipicamente atribuída ao Poder Legislativo no exercício do que os constitucionalistas denominam “poder constituinte derivado”. Nesse contexto de análise e pesquisa bibliográfica, definiu-se, como objetivo geral, a compreensão preliminar dos fenômenos da hipertrofia judicial, do neoconstitucionalismo e dos conceitos de reforma constitucional e mutação constitucional, a fim de investigar a reformulação do conceito de “mutação constitucional” na doutrina constitucional pátria contemporânea, marcada pela predominância do ideário neoconstitucionalista. Especificamente, isso se deu a partir do estudo da formulação originária do conceito moderno de “mutação constitucional”; da análise, a partir de um levantamento bibliográfico em parte da doutrina constitucional, os temas do neoconstitucionalismo, da hipertrofia judicial, da reforma da constituição e da mutação constitucional; e da busca pela relação entre a resignificação do conceito de “mutação constitucional” e a retórica neoconstitucional marcada pelo principialismo ponderativo, verificando se há influência do segundo sobre o primeiro. Para o alcance desses objetivos, utilizou-se, como metodologia, a pesquisa exploratória, empreendendo como técnica exclusiva a pesquisa bibliográfica. Valeu-se de uma abordagem que se insere na matriz epistêmica pragmática (ROCHA, 1998), na medida em que aborda o fenômeno jurídico como um fenômeno retórico (VON SCHLIEFFEN, 2022). A pesquisa pretende analisar

preliminarmente o discurso quase-epidítico praticado na doutrina constitucional sobre o tema da mutação constitucional. Pretende realizar uma análise retórica do discurso tomando por objeto a retórica estratégica (ADEODATO, 2018) praticada pela doutrina jurídica, mais especificamente a doutrina constitucional, trazendo, em um recorte limitado de autores, uma abordagem inicial dos três temas bases para o estudo posterior que iremos realizar: a hipertrofia judicial, a mutação constitucional e o neoconstitucionalismo. Trabalha-se a partir do conceito waratiano de que o saber dos juristas é um saber retórico, estratégico, denominado por ele: “senso comum retórico dos juristas” (WARAT, 1982). Como este resumo trata de pesquisa em desenvolvimento, ainda em estágio inicial, a título de “resultados preliminares” trataremos aqui algumas considerações sobre a nossa hipótese de trabalho. A título de hipótese, cremos que é possível chegar-se à conclusão de que a recente ressignificação do conceito da mutação da constituição encontra-se relacionada, no Brasil, ao discurso moralista do principialismo ponderativo associado ao movimento pós-positivista, o neoconstitucionalismo. Aquilo que era, anteriormente, entendido como um fenômeno que necessitava da atuação de poderosas forças históricas e que, normalmente, estava associado a atos sem intenção, que, ao longo de muito tempo, iam realizando mutações na constituição, hoje é pensado como passível de ocorrer imediatamente por decisões vinculantes que têm em seus acórdãos um principialismo ponderativo legitimado por uma retórica neoconstitucionalista que esvazia, ou melhor, desconsidera em grande medida, o direito legislado (BARROSO, 2015). Para agravar o quadro, mudanças na legislação ampliaram muito a força vinculante de decisões dos tribunais superiores no Brasil, de modo que o que antes produzia efeitos individuais e concretos, de alcance limitado, passou a adquirir efeitos *erga omnes*, característica dos textos legais oriundos do legislativo democraticamente eleito. Desta forma, vê-se que o conceito tradicional de “mutação constitucional” – desenvolvido originariamente para compreender fenômenos localizados e específicos de ineficácia da Constituição, em que o Judiciário atuaria constatando a mutação ocorrida alhures – é transformado num mero *topos* argumentativo em contexto de hegemonia neoconstitucional. Assim reformulada, a mutação constitucional aparece na doutrina (neo)constitucional brasileira como um modo alternativo adicional (não previsto em

---

#### V SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS E SOCIEDADE

lugar algum do sistema jurídico) para que se possa promover alterações nos regramentos constitucionais.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Mauricio. **Ética & retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 5ª ed. São Paulo: Saraivajur, 2018.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdes. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

BARROSO, Luís. Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

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

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Sobre ponderaciones. Debatiendo com Manuel Atienza. In: ATIENZA, M.; GARCÍA AMADO, J. A. **Un debate sobre la ponderación**. La Paz: Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Direito Público**. Porto Alegre, v.1, n.4,p. 5-31, abr./jun. 2004.

HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia**: as origens e consequências do novo constitucionalismo. Tradução de Amauri Feres Saad. Londrina: EDA, 2020.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. Trad. de Mª Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: EdUnisinos, 1998.

SPRICIGO, Carlos. **A retórica da hipertrofia judicial**: neoconstitucionalismo e o esvaziamento da democracia no Brasil. Curitiba: Íthala, 2023.

VON SCHLIEFFEN, Katharina Gräfin. **Iluminismo retórico**: contribuições para uma teoria retórica do direito. Trad. de João Maurício Adeodato. Curitiba: Alteridade, 2022.

WARAT, Luís Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. In: **Revista Sequência**. V. 3, N. 5, 1982.

