

**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE**

**JESSÉ LIMA DA SILVA**

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL, ATIVISMO E ADVERSIDADE DAS DECISÕES  
JUDICIAIS**

**ARACAJU  
2019/01**

**JESSÉ LIMA DA SILVA**

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL, ATIVISMO E ADVERSIDADE DAS  
DECISÕES JUDICIAIS**

Monografia de trabalho de conclusão de curso apresentado como pré-requisito para obtenção de grau no Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Negócios de Sergipe (FANESE).

**Avaliador:** Prof. Me. Necéssio Adriano Santos

**ARACAJU**

**2019/01**

SILVA, Jessé Lima da

S729c

Mutação Constitucional, ativismo e Adversidade das Decisões  
Judiciais: FANESE – Faculdade de Administração e Negócio de Sergipe  
cidade de Aracaju-SE / Jessé Lima da Silva – Aracaju - SE, 2019. 54 f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios  
de Sergipe. Coordenação de Direito. 2019

Orientador: Prof. Me. Necéssio Adriano Santos

1. Mutação Constitucional. 2. Ativismo Judicial. 3. Sociedade  
aberta. – Aracaju - SE. I. Título.

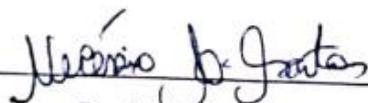
Ficha catalográfica elaborada

**JESSÉ LIMA DA SILVA**  
**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL, ATIVISMO E ADVERSIDADE DAS**  
**DECISÕES JUDICIAI**

Monografia, apresentada à banca examinadora da Faculdade de Administração e Negócio de Sergipe, como requisito parcial para conclusão de Bacharelado em Direito.

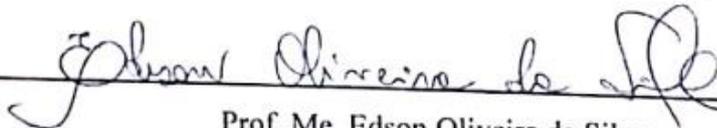
Aprovado em 15/6/19

**BANCA EXAMINADORA**



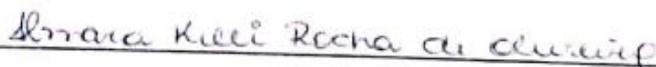
Prof. Me. Necésio Adriano Santos

Faculdade de Administração e Negócio de Sergipe



Prof. Me. Edson Oliveira da Silva

Faculdade de Administração e Negócio de Sergipe



Prof.<sup>a</sup> Ilmara Kelli Rocha de Oliveira

Faculdade de Administração e Negócio de Sergipe

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradecer a Deus por ter me dado o folego da vida e ter me sustentado de pé até o presente momento e ter traçados grandes coisas na minha vida.

Gostaria de agradecer aos meus pais, que sem dúvida sem eles eu não teria me tornado o homem que sou, meu espelho de vida, sabedoria, conselhos e orações que sem a ajuda deles nada disso seria possível.

Também agradecer aos meus irmãos Lillena e Jenisson, meus opositos pela paciência que tiveram com esse irmão problemático, mas que sempre me apoiaram em todos os momentos.

Agradecer a minha esposa Andréa, que no dia a dia ao longo dos últimos 13 anos que vem me ajudando com as conquistas e sonhos.

Aos meus avôs (José Marques (in) e Deodato (in), e as minhas avós (Beatriz e Maria de Lurdes), e a todos os meus tios pelos conselhos.

Aos meus familiares, Alan aquém tenho um carinho especial e cuidado, tendo em vista que alguns momentos me chamará de pai, sem dúvida esse carinho eu tenho. Gil (sogra) com uma sopa maravilhosa que sem dúvida não tem outra igual, mas que não sabe fazer bolo, mas uma peça fundamental para mais essas conquistas em suas orações. Val (sogro) o que falar desse veio, que todos os domingos me distrai me fazendo dar muitas gargalhadas, quem te história é ele.

Aos meus amigos preto e cheio de cabelo, sem dúvida pessoas que por muitos anos estão presente em minha vida, lembro-me das brincadeiras e viagens que fazíamos e as atuais saídas para a distração de um trio cheio de sonhos e cada um vem conquistando ao longo dos tempos.

Não poderia deixar de lembrar dos amigos que iniciaram esse sonho comigo Max e Michael, e estamos juntos até hoje.

Não poderia de deixar de agradecer a toda família Endogastro, que ao longo dos últimos anos tem me ajudado a trilhar os meus objetivos.

E não podia deixar de falar na pessoa que me inspira e me faz correr atrás das minhas conquistas Gabriel, meu filho amado desde já te agradeço e te peço desculpas por entender as ausências do seu pai, mas nunca esqueça o quanto seu pai te ama.

Por fim, ao orientador e Mestre Necéssio Adriano, que estive a honra de conhecer durante a graduação, peça fundamental para a conclusão desse trabalho.

Quando alguém compreender que é contrário à sua dignidade de homem obedecer a leis injustas, nenhuma tirania pode escravizá-lo.

Mahatma Gandhi

## RESUMO

Esse estudo tem como objetivo analisar o papel da sociedade junto a interpretação da Constituição Federal, demonstrando como um todo a importância da sociedade nas transformações e direcionamento do judiciário perante as questões e demandas da sociedade para com o judiciário, mostrando as constantes buscas do conhecimento de uma sociedade aberta salientando os benefícios trazidos pelo instituto da mutação e o quanto pode ser prejudicial as decisões ativistas. O interesse ocorreu quando fiz a leitura pela primeira vez sobre o tema da mutação e sobre o ativismo judicial, tendo em vista que é um tema não tão novo, porém com poucos debates sobre os temas em que estar sendo usado com recorrência pelo STF. A hipótese diante da constante mudança da sociedade aberta que se busca o conhecimento, demonstrar a real necessidade do uso da mutação constitucional e não optar pela reforma a constituição, sem dúvida é de suma importância o uso desse instituto da mutação constitucional evitando a modificação do texto literal, o que levaria algum tempo por conta da demora do legislativo. Os resultados mostraram que sem dúvida esses institutos das decisões ativistas e da mutação constitucional traz benefícios para todo o ordenamento jurídico, mas sempre observando a constituição e suas regras de aplicação.

**Palavras-chave:** Mutação Constitucional. Ativismo Judicial. Sociedade aberta.

## ABSTRACT

Este estudio tiene como objetivo analizar el papel de la sociedad junto a la interpretación de la Constitución Federal, demostrando como un todo la importancia de la sociedad en las transformaciones y direccionamiento del poder judicial ante las cuestiones y demandas de la sociedad hacia el poder judicial, mostrando las constantes búsquedas del conocimiento una sociedad abierta que subraya los beneficios que el instituto de la mutación y el que puede ser perjudicial para las decisiones activistas. El interés ocurrió cuando hice la lectura por primera vez sobre el tema de la mutación y sobre el activismo judicial, teniendo en vista que es un tema no tan nuevo, pero con pocos debates sobre los temas en que estar siendo usado con recurrencia por el STF. La hipótesis ante el constante cambio de la sociedad abierta que se busca el conocimiento, demostrar la real necesidad del uso de la mutación constitucional y no optar por la reforma la constitución, sin duda es de suma importancia el uso de ese instituto de la mutación constitucional evitando la modificación del texto literal, lo que llevaría algún tiempo debido a la demora del legislativo. Los resultados mostraron que sin duda esos institutos de las decisiones activistas y de la mutación constitucional traen beneficios para todo el ordenamiento jurídico, pero siempre observando la constitución y sus reglas de aplicación.

**Palabras clave:** Mutación Constitucional. Activismo Judicial. Sociedad abierta.

## **SIGLAS**

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CN – Congresso Nacional

CPP – Código de Processo Penal

HC – Habeas Corpus

HC – Habeas Corpus

Min. - Ministro

MS – Mandado de Segurança

PEC – Projeto de Emenda à Constituição

STF - Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2 CONSTITUIÇÃO DE 1988 .....</b>	<b>13</b>
<b>3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>15</b>
3.1 Espécies de mutação .....	18
3.2 Parâmetros constitucionais da mutação .....	21
3.3 Limites da vicissitude constitucional tácita .....	22
3.4 Inconstitucionalidade na mutação .....	23
3.5 Controle de constitucionalidade da mutação .....	24
3.6 Método de interpretação .....	27
3.7 Função social da mutação .....	28
<b>4 ATIVISMO JUDICIAL E AS MUTAÇÕES .....</b>	<b>30</b>
4.1 O perigo do ativismo judicial.....	32
4.2 O Supremo Tribunal Federal .....	33
<b>5 PRESIDENTES DA REPÚBLICA, INDICAÇÕES AO STF, DECISÕES COM O INSTITUTO DA MUTAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL. ....</b>	<b>34</b>
5.1 Metodologia Aplicada.....	34
5.2 Análise qualitativa dos dados .....	35
5.3 Tripé que garantem a aplicação da mutação constitucional pelo STF .....	37
5.4 As 03 (três) decisões com mais repercussão com a aplicação do instituto da mutação .....	40
5.4.1 Individualização da pena – Art. 5º, XLVI .....	40
5.4.2 Fidelidade partidária – Art. 55, inciso I a VI.....	42
5.4.3 União homoafetiva – (art. 226, § 3º CF) .....	43
5.5 Censura do Min. Alexandre de Moraes.....	46
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>48</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>50</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Na perspectiva da construção de uma sociedade moderna, exige do judiciário uma certa celeridade e urgências em suas decisões. Para uma modificação no texto de lei da constituição requer uma solenidade que demanda tempo para o poder legislativo, e em muitas situações não daria tempo a reformulação da constituição, se tonando até inviável porque a sociedade encontra-se em constante mudanças. Demonstrar a grande demanda do controle de constitucionalidade na corte principal, também demonstrar a grande importância da mutação constitucional e a influência negativa das decisões ativistas tomadas pelos membros da suprema corte.

Partindo dessa dissensão, a presente pesquisa se propôs a evidenciar a importância da utilização do instituto da mutação constitucional perante uma sociedade moderna, onde a busca pelo novo e suas buscas incessantes para resolução dos seus conflitos. Sobre a ideia de serenidade das decisões em qual a constituição ainda não legisle, assim não violando a constituição, da mesma forma a pesquisa demonstra os perigos que as decisões ativistas traz prejuízos para um ordenamento jurídico já estabelecido, o qual mutação constitucional e decisões ativistas são institutos opostos. O remédio para ambos os casos é a constituição e as mudanças que ocorre na sociedade.

Para atender a finalidade proposta neste estudo foi utilizado o método dialético por meio de pesquisa bibliográfica, quanto aos objetivos, esses são de cunho exploratório, sempre visando explorar as correntes teóricas, questionando e confrontando fatores, por fim, os efeitos abordados pela produção acadêmica. Por fim foi aplicado levantamentos de dados jurisprudenciais no site do Supremo Tribunal Federal no lapso de tem 01 de setembro de 2018 e 01 de maio de 2019.

A escolha do tema é de interesse do pesquisador em aprofundar sobre o âmbito de atuação do direito constitucional na vida da sociedade de uma forma geral, e o posicionamento da corte nos últimos 20 anos, assim trazendo curiosidade quanto a matéria.

Diante disso, o trabalho foi dividido em 06 capítulos que se relacionam entre si, buscando manter uma harmonia entre eles.

No primeiro capítulo, busca-se demonstrar um breve histórico e construção da constituição e sua forma rígida, e o que é reforma da constituição.

No segundo capítulo, demonstra um contexto histórico das constituições, levando em conta suas evoluções até a atual constituição, assim, firmando sua raiz do direito norte americano e suas principais mudanças, conceito de autores e juristas renomados e sua aplicabilidade dentro de uma sociedade em constante mudança.

No terceiro capítulo, aborda-se a história da mutação, espécies de mutação e seus parâmetros constitucionais, visando facilitar o entendimento sobre esse tema de extrema importância na busca da evolução do judiciário.

No quarto capítulo, demonstra esclarece quais os limites e contexto que se pode utilizar mutação, sempre visando a Constituição Federal, expressando quais situações existira a inconstitucionalidade da mutação constitucional perante a normas já determinadas da Carta Magna de 1988, sobre tudo o controle de constitucionalidade da mutação constitucional, levando em conta a sociedade aberta e suas diversidade, a importância da hermenêutica e suas formas de interpretação dando ênfase a mutação constitucional demonstrando suas características, sempre buscando demonstra a importância da sociedade na mutação, como a base para que ela aconteça.

No quinto capítulo, a diferença entre ativismo judicial e mutação constitucional e uma breve explicação do que é ativismo judicial, e demonstrando as decisões controversas do Supremo Tribunal Federal, um breve histórico da sua formação e suas funções como a corte máxima do judiciário brasileiro.

Procedesse-a, no último capítulo, uma leitura da real necessidade da mutação contexto atual brasileiro, fazendo algumas menções aos 20 últimos anos, dos Presidentes da República e as 03 decisões com mais repercussão e a atitude do Min. Alexandre de Moraes ne censura a imprensa, o que é proibido pela constituição de 1988.

O interesse aos temas se deu com a leitura sobre a mutação constitucional e ativismo judicial, e em que esses institutos estão se comportando diante de uma sociedade aberta, em que se busca o conhecimento a todo instante. Esse cenário gerou uma inquietação os princípios base da constituição e as mudanças sociais, sendo ela a propulsora das grandes decisões que

envolve a mutação e também os grandes debates sobre as decisões ativistas que trazem insegurança jurídica para uma justiça já consolidada.

## 2 CONSTITUIÇÃO DE 1988

Com o fim da ditadura militar, em 05 de outubro de 1988, ela foi promulgada pela assembleia constituinte e ficou conhecida pela “constituição cidadã”, tendo ela como suas características a conquista democrática de um povo.

Constituição, que se significa a construção de algo. Levando em conta a construção de uma norma na qual leva alguns princípios basilares, ou seja, aquela a ser seguida. Por ser a legislação de um país ela só pode ser alterada por emenda à constituição, somente através desse instrumento constitucional para realizar qualquer alteração ou modificar o texto de lei, para que supostas alterações ou modificações sejam feitas deverá passar por um longo tramite de análise que vai do Congresso Nacional e Senado Federal, até que chegue a uma decisão do povo através como por exemplo de um referendo (CORRÊA, 2011).

Assim sendo, torna-se indispensável que a Constituição (expressão maior do ordenamento jurídico) seja provida de mecanismos que a possibilitem acompanhar os desejos, anseios e pensamentos da sociedade que rege. E é exatamente a possibilidade de alteração do conteúdo das normas constitucionais que será objeto da nossa atenção, tamanha a sua importância, como pode se notar pelas considerações já delineadas (GALLO, 2011).

Qualquer modificação devem observar os princípios Soberania, Cidadania, Dignidade da pessoa humana, Valores sociais do trabalho, Pluralismo político, Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade, Eficiência, Devido processo legal, Contraditório e ampla defesa, Isonomia, Juiz natural, Inafastabilidade da jurisdição, Celeridade, Anterioridade, Vedação do confisco, Liberdade de trânsito, Capacidade contributiva, Seletividade, Retroatividade da lei benéfica, Pessoalidade da pena, Individualização da pena, há esses toda e qualquer modificações devem ser observados para que não traga ao ordenamento jurídico uma fragilidade que é a quebra da segurança jurídica. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Para HESSE, a Constituição assume a função de protagonista, estabilizadora e limitadora do poder, por isso o texto constitucional é abraçada por todos, inclusive aos governantes. Neste posto, o texto contém uma base comum de argumentação que está acima de qualquer interpretação (possui certos elementos firmes os quais não cabem discussão); obriga a explicar se uma conduta coincide ou não com a constituição; e exige de dar continuamente

soluções a questões que já foram decididas, pois estão resguardadas pela constituição, assim é dada a constituição a detentor do que deve ser seguido. (GRANER, 2014/2015).

Desta forma os fatos consumados (a “realidade constitucional”) como categóricas à mutação constitucional, estaríamos renunciando desnecessariamente aos limites da mutação constitucional e à garantia da constituição. Para KONRAD HESSE defende que o limite do texto é uma segurança, apesar de não ser absoluta, pois reduz a administração pública em reduzir a mera invocação da mutação constitucional. Ora, provar no âmbito normativo, interno, a mutação constitucional requer mais do que a simples invocação da “força normativa do fático”. HESSE, admite que a capacidade de adaptação pela Constituição às mudanças históricas segundo o limite textual da mutação constitucional pode ser meramente insuficiente. Com base nisto propõe que: “as dificuldades derivadas da submissão a estes limites podem impor a reforma constitucional, contribuindo, assim, para uma solução que sirva à clareza da Constituição e intensifique a sua força normativa”, tornando-a menos flexível. (GRANER, 2014/2015).

O primeiro estudo do fenômeno ocorreu já tardiamente. Foi a doutrina alemã a primeira a estudar a existência das mutações constitucionais, quando verificou que o Reich conseguiu alterar todo funcionamento das instituições do Estado sem que fosse preciso qualquer forma do texto constitucional (BULLOS, 2010).

Para o abalizado jurista e prof. José Afonso da Silva, (*apud*) “... a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação as demais normas jurídicas (GALLOS, 2011).

O processo de reforma a constituição tendo ele previsão legal no artigo 60 da constituição de 1988, logo a mesma só pode ser feita através de emenda à constituição, dessa forma quanto o senado quanto a câmara tem quem obedecer alguns ritos para que a constituição seja modificada em seu texto de lei, sempre observando seus limites elencadas pela própria

constituição. Algumas reformas constitucionais devem observar ao princípio da simetria constitucional<sup>1</sup>. (DUTRA, 2017).

### 3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Essa espécie de mutação altera o conteúdo das normas constitucionais para fazer com que elas voltem a se adequar aos novos valores da sociedade, conferindo novo sentido a estes dispositivos, fazendo-os entrar em sintonia com a dinâmica da evolução social, garantindo a eficácia da Constituição (GALLOS, 2011).

O fenômeno da Mutação Constitucional, objeto deste trabalho, analisado diante da problemática específica do reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da perda de mandato parlamentar ante casos de infidelidade partidária, encontrará respaldo diante do olhar do “Estado Constitucional de Direitos Fundamentais (CAETANO, 2014).

A mutação é um instituto muito utilizado pelos poderes na busca de resolução dos novos conflitos na sociedade atual, tendo em vista suas constantes mudanças que a sociedade como um todo sofre. Essas mudanças vêm ocorrendo de forma mais recorrente, em virtude disso os legisladores devem buscar soluções com base em leis na constituição de 1988, logo a ferramenta da mutação esta sendo muito utilizada.<sup>2</sup>

O intuito, não se deve esquecer que a Semântica jurídica outra coisa não é senão um capítulo ou setor da Semântica Geral, em cujo âmbito se estudam, sem demarcação de fronteiras, as "mudanças ou translações sofridas, no tempo e no espaço, pela significação das palavras, onde as palavras sofrem mudanças com a mudança social, o que leva as palavras a ter significados diferentes ao decorres do tempo. (MENDES, 2008).

Logo, o primeiro marco, cunhado pelos publicitas alemães PAUL LABAND e GEORGE JELLINEK (no final do séc. XIX), definia a mutação constitucional como oposto da reforma constitucional (daí um conceito dicotômico). GEORGE JELLINEK até sustentava que

---

<sup>1</sup> Exige uma relação de harmonia entre os institutos jurídicos da constituição e as constituições dos estados membros.

<sup>2</sup><https://jus.com.br/imprimir/69060/mutacao-constitucional-e-suas-vinculacoes-ao-ativismo-judicial-e-o-problema-do-decisionismo>

esta mudança não deveria ser intencionada ou voluntária, introduzindo um aspecto psicológico. A reforma de a Constituição a modificação dos textos produzidos por ações e intencionais. E por mutação da Constituição, eu entendo a modificação que deixa seu texto inalterado sem formalmente mudá-lo, que é produzido por fatos que não precisam ser acompanhados pela intenção, ou consciência, de tal mutação. (GRANER, 2014/2015).

Na mutação o foco é a prioridade, com evidencia nas pesquisas jurídicas, sendo elas informais, sendo tudo aqui que não já estar reconhecido judicialmente dentro das mudanças já pré-existentes na constituição (LENZA,2019).

Barroso, afirma que, a mutação constitucional consiste em uma adulteração do significado de determinada norma da Constituição, sem dar a devida importância a do mecanismo constitucional 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 é 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, que é o termômetro da constituição brasileira. (BARROSO, 2010).

Para o jurista espanhol, Pedro Vesa, também atento quanto aos limites da mutação constitucional, indaga até que ponto pode o Estado Constitucional tolerar as práticas que dão lugar à mutação, sem que se destrua a lógica e a racionalidade interna da constituição, responde o mestre espanhol que, a partir do conceito de Constituição como sistema de garantias do cidadão, o mais importante é jamais pôr em risco a supremacia da constituição. Isto é, as mutações constitucionais resultantes da tensão fático-normativa podem muito bem ser compatíveis com a supremacia da constituição, porém, quando esta tensão se transforma num conflito social, político e jurídico deve-se ou converter a prática em norma através da reforma constitucional ou negar o valor jurídico da mutação em nome da legalidade existente (GRANER, 2014/2015).

Os costumes, crenças e a busca do conhecimento vem sendo o fator chave para que a sociedade sofra tais mudanças tão significativas em pouco tempo. A mutação vem do

entendimento da lei já existente, sem modificar a sua literalidade, mas mudando o entendimento sobre um texto já escrito. (BOURDIEU, 1989).

Heller, ressalta que as relações reais de poder estão em constantes movimentos, gerando a unidade e a ordenação do Estado, protegendo o estilo dinâmico do objetivo de estudo da noção do direito (HELLER, 1977).

Assim como não se podem considerar completamente separados o dinâmico e o estático, tampouco podem sê-lo a normalidade e a normatividade, o ser e o dever ser no conceito da Constituição, as ações para que haja a mutação não podem ser separadas. Uma Constituição política só se pode conceber como um ser que dão forma as normas. Como situação política existencial, como forma e ordenação concreta, a Constituição só é possível porque os partícipes consideram essa ordenação e essa forma já realizadas ou por realizar-se no futuro. Mas devem ser, extremamente rígidas, seguindo a rigor as suas normas conscientes, assim garantindo os preceitos da segurança jurídica, em conformação habitual do seu próprio ser apenas considerada como exigência normativa consciente, seja que os membros motivem a sua conduta de modo mais ou menos consciente, por norma autônomas ou heterônomas (HELLER, 1977).

Principalmente ao considerar-se que a mutação constitucional – como modalidade de reforma informal do sentido normativo da Constituição, exatamente porque não possui forma de controle específico, já que ocorre de modo assistemático – deve considerar a participação de toda sociedade na releitura e interpretação do texto, dando-lhe significados mais aproximados da realidade social (SILVA, 2002).

Através da jurisdição do Supremo Tribunal Federal, casos concretos onde ocorreu a incidência da mutação, à exemplo do fenômeno que transformou o sentido permanecendo o sentido e significado da norma constitucional onde não ocorreu a mudança da letra de lei. O artigo 102, I “b”, onde o foro de prerrogativa de função renasceu aos debates foi um modelo de mutação permanecendo o texto em sua íntegra (BARROSO, 2011).

Inclusive sob a vigência da Constituição de 1988, o STF entendeu que o foro privilegiado subsistia mesmo após o agente público haver deixado o cargo ou função, tendo inclusive consolidado esse entendimento no enunciado n. 394 da súmula da jurisprudência dominante. Em 1999, todavia, a Corte alterou sua linha de entendimento e cancelou o verbete<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Pequeno papel que se escreve um apontamento.

da súmula, se valendo do instituto da mutação, passando a afirmar que a competência especial somente vigoraria enquanto o agente estivesse na titularidade do cargo ou no exercício da função. (BARROSO, 2011).

Nesse sentido, já se faz notoriedade a o instituto da mutação, o HC 82.959/SP, em 2003 onde se afluou a aplicação do artigo 52, X da CF, que por sua vez se trata de legitimidade das decisões informais do SFT, o veredito do HC afastou a vedação legal à progressão de regime em crimes hediondos, tenha sua base legal no artigo 2º, §2º da lei 8.072/90.<sup>4</sup>

Até pouco tempo a união estável (homoafetiva), era algo imaginável diante de uma sociedade com conceitos totalmente distorcida na realidade atua, até a letra de lei em seu artigo 226, §3º, para proteção do Estado e ser reconhecido a união e o conceito de família somente era reconhecido entre homem e uma mulher, não sendo permitido outro tipo de interpretação por parte dos legisladores e até mesmo de uma sociedade sem conhecimento, onde a educação era algo muito restrito, mas com as evoluções, o judiciário por mais um vez se depara com uma mudança social que ia de encontro ao texto, logo foi utilizado a mutação para dar um novo sentido aos novos rumos sociais, onde mais uma vez demonstra os benefícios da mutação constitucional tácita, como uma forma de modificação do texto literal da lei, levando para sociedade soluções relevantes para todo o ordenamento jurídico. (LENZA, 2019).

As mutações surgem de forma lenta, gradual, sendo impossível lhe determinar uma localização cronológica. É fruto da própria dinâmica social, da confluência de grupos e pressão, das construções judiciais, dentre outros fatores. Devido a sua construção sedimentada e paulatina, é capaz de gerar rupturas ou tensões na ordem jurídica (AGRA, 2010).

Existindo assim algumas espécies de mutação.

### **3.1 Espécies de mutação**

As espécies vêm para dar uma maior segurança jurídica, que é um dos princípios basilares da constituição de 1988, sem esse princípio todo o sistema jurídico brasileiro estaria a em colapso.

---

<sup>4</sup> Lei 8.072/90, artigo 2º, §2º.

Para Dau-Lin, (*apud*), a mutação constitucional possui quatro modalidades: a) mutação constitucional por intermédio de prática que não vulnera a constituição; b) mutação constitucional por impossibilidade do exercício de determinada atribuição constitucional; c) mutação constitucional em decorrência da prática que viola preceitos da constituição; d) mutação constitucional por intermédio da interpretação (VARGAS,2014).

Para, Uadi Lammêgo Bulos (*apud*), - a) mutação constitucional, operada em virtude da interpretação constitucional, nas suas diversas modalidades e métodos; b) mutações decorrentes das práticas constitucionais; c) mutação por meio da construção constitucional; e d) mutações constitucionais que contrariam a Constituição, é dizer, as mutações inconstitucionais (AGRA, 2018).

Se busca uma verdade na legislação, legislação formal, mas muitas delas não mais se adequam nem as próprias sentenças em alguns casos se destoam da realidade, tendo em vista que o Direito tem como sua fonte o debate, logo ela se fortalece, por isso a importância da busca pelo conhecimento para se adequar as novas realidades sociais com base em princípios já firmados pela constituição (SILVA, 2002).

Da mesma forma a interpretação é um importantíssimo instrumento das mutações puras. Aliás, nosso entendimento é que os usos e costumes, bem como a construção judicial (adiante melhor explicado), podem muito bem-estar contidas na interpretação, assim, teríamos esta como elemento mor das mutações constitucionais puras e contida na mesma abarcaríamos, como dito, os usos e costumes e as construções judiciais (GALLOS, 2011).

Para, García Pelayo, embora sem consenso na doutrina, uma classificação das mutações constitucionais, da seguinte forma: a) mutação resultante de uma prática política que não contradiz a Constituição e incide em um fato que carece de cominação constitucional; b) mutação por impossibilidade de concretização normativa ou por desuso das atribuições e competências estabelecidas na Constituição; c) mutação por oposição à infração dos preceitos constitucionais; e d) mutação pela interpretação constitucional, de forma a se obter uma aplicação diversa da que antes tinha eficácia. (AGRA,2018).

Paul Lanad, o instituto da mutação poderia ocorrer por meio de leis que regulem os elementos centrais da sociedade, assim não pré-vendo ou não de forma colateral pela

constituição, mas por elementos que regulem os elementos centrais da sociedade como os costumes que a regulem (URRUTAI, 2000).

Toda norma jurídica estar conectada a uma explanação e com a carta maior não seria diferente. A interpretação à constituição é tida pela doutrina como um grande desafio do direito onde a própria prioriza a aplicação da norma (BULLOS, 1977).

A interpretação constitucional incide no significado e aquisição de uma norma fixa da constituição. Em qualquer vertente do direito haverá interpretação seja ela direta ou indireta (BARROSO, 2011).

Luiz Roberto Barroso, reforça o entendimento da doutrina em três diferentes formas dos costumes de utilização constitucionais. O costume, muitas vezes trará em si a interpretação informal da constituição, de outras, terá um papel atualizador de seu texto, à vista as situações não previstas; em alguns casos, ainda estará em contradição com a norma constitucional. Diante de tais possibilidade identifica-se três modalidades de costumes: *secundum legem* ou interpretativo, *praeter legem* ou integrativo e *contra legem* ou derogatório. (BARROSO, 2011).

Tabela 01 – Cronograma de espécies da mutação

Anos	Autor	Espécies	Conceito
2011	Corrêa	Mutação por interpretação	É aquela usa o objeto a ser interpretado, logo é a mais clássica. Essa mutação não é aquela que ocorre das mudanças vinda da sociedade ou de um novo momento político, mas de uma gama de possibilidades em que o legislador pode se valer, mas sempre respeitando o texto da lei em sua plenitude.
2011	Corrêa	Mutação pela prática	Essa modalidade é aquela que abrange um maior leque de opções em que o indivíduo esteja não podendo ele ficar omissos da situação.
2011	Corrêa	Mutação pela prática política	Nessa modalidade busca-se os fatos sociais, sendo mais específicos aqueles de cunhos políticos, como acontece nas convenções, logo

			são desprovidas de qualquer coercibilidade formal.
2011	Corrêa	Mutação pela legislação ordinária	Isso ocorre quando uma legislação infraconstitucional, e ela sofre modificação no seu texto, sendo ela aceita pelo povo. Nesse caso nas legislações infraconstitucionais é um momento se abre uma vasta possibilidade desse tipo de mutação.
2011	Corrêa	Mutação por interpretação judicial	É a modalidade que se molda, de acordo com uma determinada situação para uma construção de um novo direito constitucional, como o habeas corpus, dando o direito a todo cidadão.
2011	Corrêa	Mutação de preenchimento de colunas	Essa vem para dirimir os conflitos dos quais não são tratados pela constituição, por isso ela sofre por modificação pelos costumes, por uma sociedade, são aquelas situações em que a legislação ainda não trata.
2011	Corrêa	Mutação por desuso	São aquelas onde por um motivo social ela não tem mais eficácia, mas sofrerá modificações para que abrace uma nova realidade social que se apresenta.

**Fonte:** file:///C:/Users/Jessé/Desktop/Parâmetros%20para%20a%20mutação%20constitucional%20-%20Constitucional%20-%20Âmbito%20Jurídico.pdf (Adaptado pelo autor), acessado em 31 de março de 2019.

### 3.2 Parâmetros constitucionais da mutação

Devesse observar os limites da vicissitude constitucional tácita, para que de nem uma forma ela venha trazer rupturas ao ordenamento jurídico brasileiro, assim caso ocorresse tal situação levaria a conjuntura política para uma reforma constitucional.

Não existe diferença entre limites da mutação constitucional entre limites da interpretação constitucionais, como não existe diferença entre essa forma vocal e escrita a rigor

ambas são a mesma coisa onde a mudança do texto constitucional é a única mudança, assim se debruçar por novas leituras (MENDES, 2008).

Os princípios devem se manter firmes para que não ocorra rompimentos nas bases da estrutura que controla a mutação, há mutação de manter uma linha de controle da constituição para que não venha surgir interpretações que levem a justiça a dar interpretações tortuosas, levando todo o sistema a uma insegurança jurídica e tornando o poder judiciário frágil, mas com todos o poder judiciário fazendo uso dessa ferramenta de forma célere e observando os princípios que o norteiam com certeza o poder judiciário só tem a ganhar (GRANER, 2014/2015).

### **3.3 Limites da vicissitude constitucional tácita**

Por se tratar de um limite devesse observar a sua flexibilidade que pode se estender uma nova interpretação do seu texto de lei. Há observação a tais modificações informais do texto, podendo trazer tempestividade ao ordenamento jurídico e prejuízos os seus princípios (MENDES, 2008).

Em uma análise feita por, Georges Burdeau o jurista brasileiro Luís Roberto Barroso (que passa a adotar a referida classificação) anota como características do Poder Constituinte Difuso o fato de ser exercido em caráter permanente e de se realizar por meio de mecanismos informais, não previstos pela Constituição, mas por ela admitidos. Ressalta, contudo, a existência de limites à mutação constitucional (e conseqüentemente ao Poder Constituinte Difuso), sendo eles de duas espécies: 1) as possibilidades semânticas do relato da norma; 2) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela Constituição, que o poder constituinte difuso é aplicado permanentemente pela mutação constitucional, mas sempre observando os limites para a sua aplicação, tidas para ele como principal, relato da norma e os princípios constitucionais. (MOURA, 2018).

Nossa constituição por se tratar de uma constituição rígida, de nem uma forma se poder deixar as mutações sem um limite até mesmo porque a própria legislação trata das mudanças de forma solene.

Diante de uma sociedade aberta se a necessidade de quebrar a rigidez da nossa carta em buscas de dirimir os conflitos trazidos pela sociedade através das mudanças sofridas por ela, não podendo de nem uma forma tratar as novas problemáticas com uma constituição onde no ato da sua criação não se tinha ideia do novo, do futuro. Por isso o limite da mutação é o próprio texto de lei, logo através de um processo hermenêutico, onde a interpretação encontra limites na própria interpretação do texto (SILVA, 2011).

A problemática da interpretação da norma como forma de trazer o texto jurídico das mudanças fáticas, quando ocorre uma mudança radical do entendimento da norma. Segundo o autor, vicissitude constitucional tácita encontra seu limite quando se depara com temas normativos pedogenéticos, visando a não criação de um concentrado constitucional paralelo (CANUTILHO, 2000).

### **3.4 Inconstitucionalidade na mutação**

Isso corre quando o texto de lei é violado, independente da forma que ela se manifeste. Mas pode ocorrer na permanência dessa inconstitucionalidade por requisitos como, caso, controle de constitucionalidade, geralmente essas situações acontece quando o poder legislativo deixa de cumprir com seu papel constitucional onde deveria garantir os direitos fundamentais (MOURA, 2018).

Quando o poder público se depara com tais, logo se vale desse tipo de interpretação mesmo sabendo do erro do texto constitucional, mas se faz valer dessa ferramenta para dar uma interpretação mais coerente diante da falta da sua fiscalização aos direitos fundamentais (MOURA, 2018).

Dessa forma, os Tribunais Superiores, ao realizar a adaptação interpretativa entre o texto constitucional e a realidade a ser operada, tem a obrigação de não incorrer em formalidade e arbitrariedade, o que certamente se caracteriza violação do poder constituinte e violação da soberania popular (não pode contrariar texto expresso da constituição e nem ao voto do povo). (MOURA, 2018).

Segundo, Konrand Hesse, se coloca do lado oposto, onde qualquer instrumento que venha a ficar acima da constituição ela deve ser vedada, a interpretação que venha a mudar a literalidade do texto essa deixa de ser mutação para se tornar uma violação a constituição (GRANER, 2014/2015).

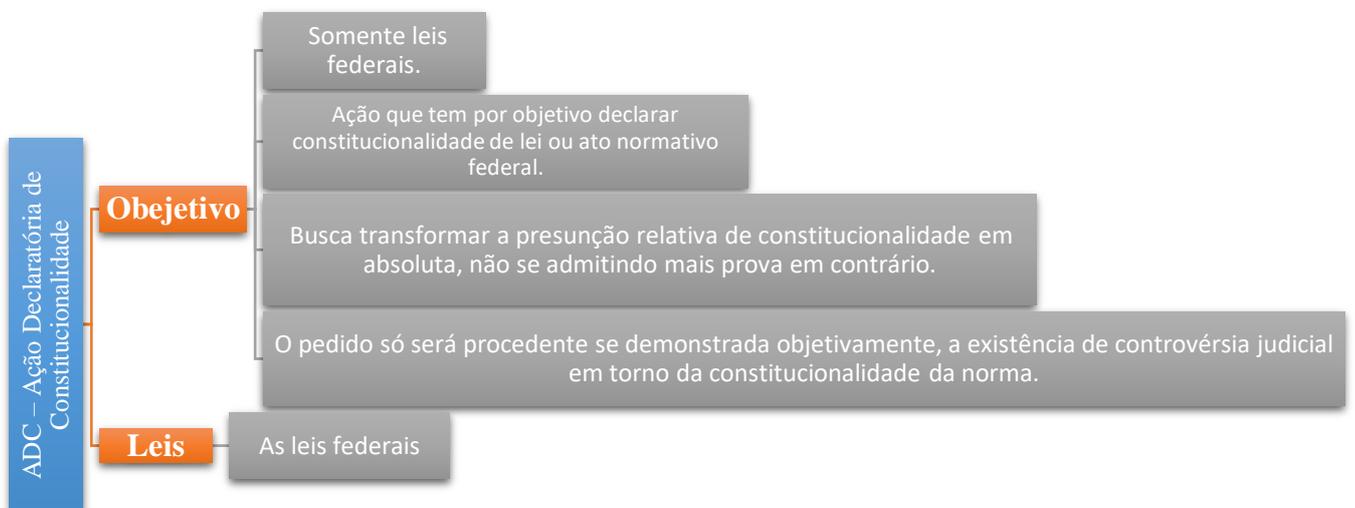
### 3.5 Controle de constitucionalidade da mutação

Temos a constituição como a maior das leis em nosso país, porém por diversas vezes ela é tratada com desrespeito com alguns atos administrativos.

Controle de constitucionalidade nada mais é o ciclo de instrumentos e órgãos criados com o intuito de assegurar a soberania formal da constituição. O STF é o guardião do controle de constitucionalidade, logo pode ser exercido também pelos Tribunais de Justiça (DORNELES, 2006).

Para que ocorra esse controle foram criadas algumas ferramentas de controle:

Tabela 02 – Ferramentas de controle - ADC



**Fonte:** DIREITO CONSTITUCIONAL Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, Luis Roberto Barroso.pdf (Adaptado pelo autor), acessado em 21 de março de 2019.

Ação declaratória de constitucionalidade (ADC), é uma ação judicial proposta com o intuito de tornar certo judicialmente uma certa norma é compatível com a constituição, sendo ela exercida pelo controle de constitucionalidade.

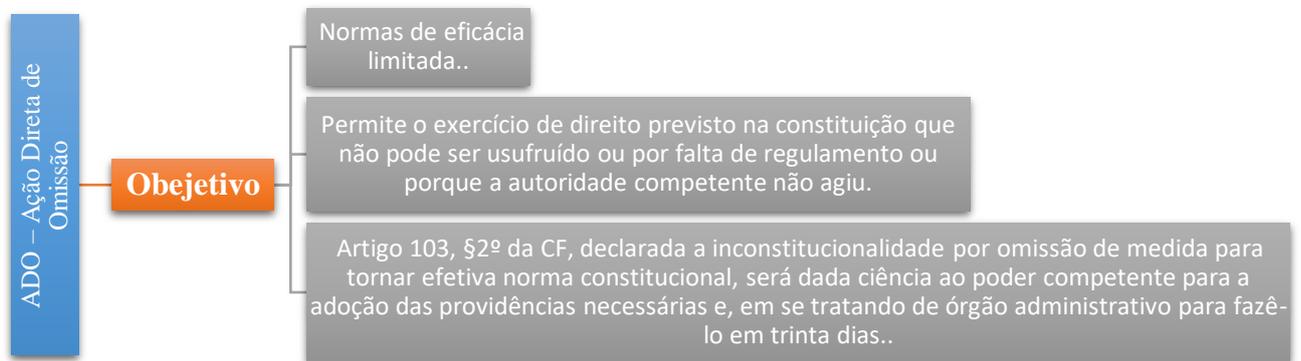
Tabela 03 – Ferramentas de controle - ADI



**Fonte:** DIREITO CONSTITUCIONAL Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, Luis Roberto Barroso.pdf (Adaptado pelo autor), acessado em 21 de março de 2019.

Ação direta de inconstitucionalidade (ADI), é o instrumento utilizado no chamado controle direto da constituição, das leis ou atos normativos que se cogita ir de encontro a constituição, esse instrumento é exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

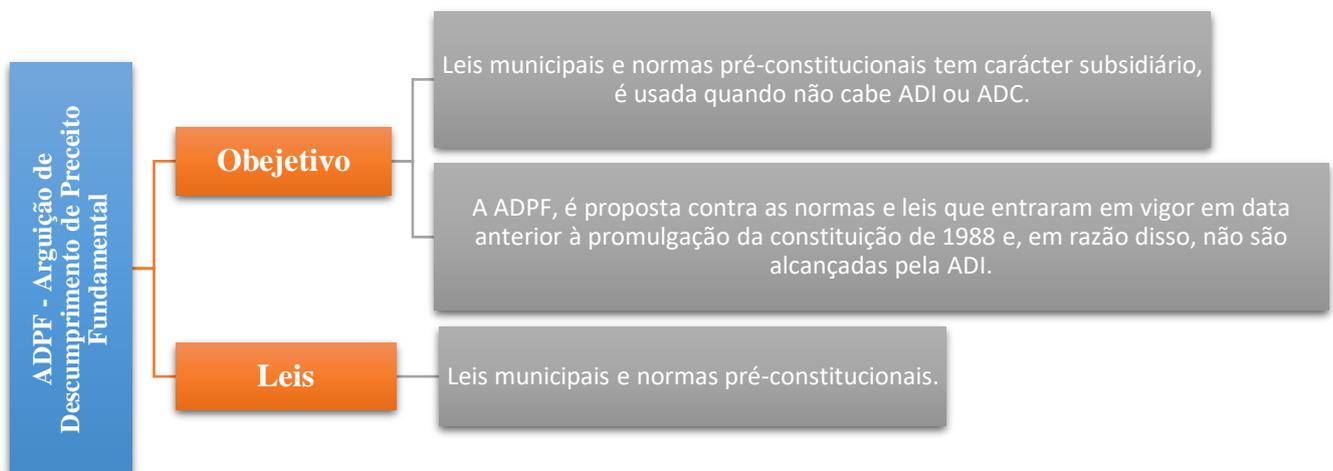
Tabela 03 – Ferramentas de controle - ADO



**Fonte:** DIREITO CONSTITUCIONAL Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, Luis Roberto Barroso.pdf (Adaptado pelo autor), acessado em 21 de março de 2019

É um dos meios de controle abstrato de constitucionalidade exercido pelo STF, que consiste na omissão legislativa que vai de encontro as suas obrigações constitucionais, chamado de Ação direta de omissão (ADO).

Tabela 04 – Ferramentas de controle – ADPF



**Fonte:** DIREITO CONSTITUCIONAL Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, Luis Roberto Barroso.pdf (Adaptado pelo autor), acessado em 21 de março de 2019

É uma das ações, que fazem parte do controle concentrado de constitucionalidade, tendo ela como base regulamentar na Constituição Federal e na Lei 9.882/99. Sendo esta conhecida como Arguição de descumprimento de preceitos fundamentais (ADPF).

Na mais alta instância, no caso concreto, pioneiramente, John Marshall proferiu sua decisão e apontou a necessidade do controle jurisdicional dos atos emanados do poder do Estado e da necessidade de proteção da Constituição, inclusive negando-se efeito às leis inconstitucionais. Enfrentou, assim, as seguintes questões: se Marbury tinha direito à investidura no cargo; se existia remédio jurídico-processual para a proteção; se a ação ajuizada seria a adequada; e se a Suprema Corte era o órgão judicial competente? Inicialmente, aceitou o writ impetrado. Depois, destacou a necessidade e a possibilidade do controle constitucional das leis e dos atos administrativos emanados do Poder Executivo, uma vez que todos devem se submeter aos paradigmas. (DE SOUZA, 2013).

### **3.6 Método de interpretação**

A interpretação da lei se faz necessário o conhecimento das regras da hermenêutica, sempre buscando os elementos interpretativos. A norma em si é muito complexa para interpretar por isso a doutrina cria métodos de facilitação dessa interpretação, assim auxiliando todos que buscam o entendimento da norma. (OLIVEIRA, 2019)

O processo político e vinculado a constituição, nada é feito por acaso, essas mudanças são impulsionadas pelo reconhecimento dos juízes constitucionais.; ele formula pontos de vistas, provoca e impulsiona desenvolvimentos que, depois, se revelam importantes da perspectiva constitucional, quando, por exemplo, o juiz constitucional reconhece que é missão do legislador, no âmbito das alternativas compatíveis com a Constituição, atuar desta ou daquela forma. O legislador cria o reflexo da realidade juntamente com mecanismos que possam ser evoluídos. Ele atua como elemento precursor da interpretação constitucional e do processo de mutação constitucional. Ele interpreta a Constituição, de modo a possibilitar eventual revisão, por exemplo, na concretização da vinculação social da propriedade. Mesmo as decisões em conformidade com a Constituição são constitucionalmente relevantes e

suscitam, a médio e a longo prazo, novos desenvolvimentos da realidade e da publicidade (Öffentlichkeit) da Constituição. Muitas vezes, essas concretizações passam a integrar o próprio conteúdo da Constituição, agindo como mola propulsora da mutação constitucional, mesmo as decisões em que hoje seja unânime em algum momento ela sofrerá evolução. (MENDES, 2002).

Além do texto de lei que também são interpretadas por princípios e regras, estruturas base de interpretação. A hermenêutica nada mais é que uma teoria que visa estabelecer princípios, métodos, orientações a interpretação de cunho prático, assim, aplicando suas formas sempre buscando um entendimento justo e adequado a cada situação.

### **3.7 Função social da mutação**

Alguns doutrinadores levam em consideração a complexidade da mutação, em que a constituição é uma faca de dois gumes que nós remetemos a rigidez e flexibilidade da constituição, no entanto vale mais uma vez ressaltar a grandeza do povo que por sua vez tem o poder nas mãos para fazer as mudanças necessárias e para isso os poderes legislativos juntamente com os judiciários devem estar atentos as mudanças repentinas que a sociedade impõem a esses poderes (BURDIEU, 1989). Os tribunais vêm adotando uma linha de raciocínio da vicissitude constitucional, sendo essa uma ferramenta de grande valia para tais mudanças logo não mudar o texto de lei, mas muda o entendimento por ela expresso, assim também mantendo uma constante evolução dos entendimentos acerca das situações expostas pelo povo (ALVES, 2016).

Portanto observado o necessário entendimento entre corpo social e direito, entre soberania popular e constituição, é inarredável a importância de que referido “entendimento” perdure no tempo, ou seja, que o ordenamento jurídico constitucional continue cumprindo a sua finalidade de expressar a vontade do corpo coletivo (BONAVIDES, 2001).

Isto nada mais é que a concretização da interdependência entre os poderes, a forma dinâmica da tradicional “separação das funções de poder”, que ora chegarão ao equilíbrio pelo consenso, e ora pela tensão ou conflito, rumo a um Estado que prime pela concretude de direitos fundamentais (CAETANO, 2014).

As mudanças cadenciadas pela sociedade, faz com que o legislativo venha a criar novas leis, mas como muitas das vezes o processo de mudança ou de criação de uma lei nova demanda muito tempo, assim deixando o poder judiciários muitas das vezes exposto a mutação é uma ferramenta chave para algumas situações específicas, mas se vem notando que a mutação tem sido utilizada de forma mais corriqueira mas tomando todas as precauções necessárias como a segurança jurídica, caso essa não venha a ser observada, levará o sistema jurídico brasileiro ao colapso e a descrença na justiça (MOURA, 2018).

Para Manuel Gonçalves F. Filho, a Constituição, assim posta, é peça essencial e principal do Estado de Direito, estando acima de todas as outras normas. Em consequência disso, a Constituição deve ter seus preceitos normativos respeitados e pouco alterada, e o ideal seria que a Constituição, uma vez estabelecida, nunca precisasse ser alterada. Entretanto, como já apontava a declaração Jacobina dos Direitos do Homem de 1973, há um outro lado nessa questão. E o outro lado é, como afirmava esse documento, que nenhuma geração tem o direito de sujeitar a si própria as gerações futuras, e que, portanto, o povo sempre tem o direito de mudar suas instituições, o povo tem sempre o direito de mudar sua constituição, de fato ele deve seguir o que o povo emana. (SILVA, 2011).

O grupo social com seus costumes, crenças e a constante busca pelo conhecimento leva a sociedade a mudar, desconstruir e construir um novo pensamento quando adquire um conhecimento, assim fazendo com que o poder judiciários também tenha que acompanhar as mudanças sofridas pelo meio social em que estamos inseridos, o poder legislativo já tem um processo definido por lei, mas a mutação essa não tem uma norma definida em lei, porém a mutação não é inconstitucional pois não existir nada na constituição vigente. Assim a mutação desde que não fira a norma e os princípios já pré-estabelecido em lei pode sofrer mudanças, vejamos o que diz alguns autores sobre a sociedade aberta, aquela que estar em constante mudanças, abrindo precedente para que haja a mutação (ALVES,2016) e (SILVA, 2011).

Dentro desse conceito, deve se notar a que a constituição não dever ser só uma garantia fixa e de garantias duráveis, mas fazer uso das estruturas sociais rígidas, mas a ela lhe cabe conferir a realidade social, buscando adequar-se seus princípios, para que haja uma possível alteração do sentido da norma sem que necessariamente ocorra uma modificação no texto (SILVA, 2011).

Cabe mencionar a visão de Paulo Gustavo Gonet Branco acerca do tema, ao citar que a dimensão objetiva produz consequências apreciáveis na medida em que faz com que o direito fundamental não seja considerado exclusivamente sob a perspectiva individualista, mas também que o bem por ele tutelado seja visto como um valor em si, a ser preservado e fomentado (CAETANO, 2014).

#### **4 ATIVISMO JUDICIAL E AS MUTAÇÕES**

Ativismo judicial expressão que surgiu nos Estados Unidos, onde tinha como umas das modalidades da Suprema Corte norte-americana, caracterizando por uma jurisprudência progressista em termo de direitos fundamentais. A ideia de ativismo judicial estar vinculado a um comportamento mais amplo e intenso no reconhecimento dos direitos fundamentais e valores constitucionais sem a influência dos outros poderes. Juízes e tribunais de suas funções típica de aplicar o direito e os abordados de uma função assemelhada a própria criação do direito, perante ao ativismo judicial (BARROSO, 2010).

A mutação constitucional, não obstante, tenha sido um fenômeno pensado a época do II Reich, com o intuito de justificar as condutas tomadas à margem do texto constitucional, é uma realidade verificável no ordenamento jurídico de vários estados.

O controle difuso de constitucionalidade ganhou corpo em uma fase de protagonismo do Supremo Tribunal Federal na vida política nacional. Fundiu-se a metodologia centralizando as decisões, decorrente dos instrumentos vinculantes, com a própria colocação do tribunal em um lugar de maior referência institucional. A razão mais decantada para esse deslocamento seria uma aguda crise no modelo político-representativo brasileiro, deixando esse tribunal em algumas situações de ativismo. (ALVES, 2016).

No ativismo judicial, se busca uma maior participação dos outros poderes, dando um maio estima, força constitucional para manter uma participação intensa e uniforme nas decisões que tenha a mutação fonte de interpretação (ALVES, 2016).

Denominam-se sentenças aditivas aquelas em que a Corte Constitucional declara a inconstitucionalidade de uma disposição, na parte em que não expressa determinada norma, que

deveria conter para ser compatível com a Constituição, logo, as decisões ativistas, são aquelas que não logra uma justificativa em norma. (MENDES, 2008).

O perfil nos tribunais vem sofrendo mudanças em sua postura hermenêutica, essa mudança não foi um processo rápido, por se tratar do guardião da constitucional, essa quebra de paradigma, com a transmissão do “julgamento do mensalão” na ação penal 470/MG (ALVES, 2016).

O STF vem sendo justificado pela tese de que o tribunal atua como representante argumentativo da sociedade. O exercício da jurisdição constitucional é uma manifestação do poder político de que em uma democracia todo poder político emana do povo (BARROSO, 2010).

Trata-se de uma releitura necessária ao vetusto princípio da separação dos poderes, reconhecendo a legitimidade dessa atuação judicial modificativa e criativa, se assente com princípios consagrados na Constituição (VARGAS, 2014).

Não obstante a rigidez da constituição norte-americana, boa parte das normas regentes da política são frutos de processos informais de mudança constitucional. Atualmente no Brasil, a mutação constitucional é, igualmente, encontrável na jurisdição constitucional. Um dos veículos pouco estudados, mas passíveis de empreender a referida mutação, no ordenamento jurídico pátrio, é o das sentenças manipulativas de perfil aditivo.

Se é afirmação correta de que o texto legal não se confunde com a norma, se a norma é fruto da interpretação-concretização, o interprete-operador é a que a cria dentro de um processo normativo traçado pelo legislador (BARROSO, 2010).

Assim, é possível se sustentar o uso de sentença aditivas para veicular a mutação constitucional compatível com o âmbito e o programa normativo, o que tem sido feito pela manipulação dos efeitos temporais e pelo uso de decisões de perfil aditivo, a exemplo do caso referente ao reconhecimento da união homo afetiva pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse precedente, a Suprema Corte corrigiu uma omissão constitucional e legislativa, ao considerar, com base em outros princípios constitucionais, que a união estável entre pessoas do mesmo sexo deveria ser respeitada, em prol da dignidade da pessoa humana, não obstante o teor literal do art. 226, § 3º, da Constituição Federal.

Portanto, no panorama atual das separações dos poderes, é plenamente legítimo, desde que dentro de um programa normativo justificado por outras normas constitucionais, que o jurídico responda às suas competências, atuando como legislador positivo, na atividade de concretização da norma, por intermédio das sentenças manipulativas.

É notório que nesse exemplar existe vários juristas conhecedores da do direito de uma forma ampla, logo percebo que no geral a maior dos conceitos referentes à mutação é muito parecida (LENZA, 2019).

No que permite ao tema da “objetivação” do controle difuso, o que importa demarca por ora é que há ambiente no STF para a equiparação dos sistemas de controle de constitucionalidade por meio de mudança da norma constitucional, a despeito de previsão constitucional expressa mudando o sentido literal. (ALVES, 2016).

Barroso, dar uma definição muito simplória, porém muito eficaz, onde ele cita que mutação não é uma simples mudança. Sempre buscando a segurança jurídica para que não venha a afetar uma gama de decisões com base na mutação (VARGAS, 2014).

A materialidade da constituição tem como fundamento para aperfeiçoamento, desenvolvimento e complementação para que haja a mutação. Tais mudanças de normativa são determinadas por um conjunto de ações que faz com que os tribunais tenham entendimentos divergente no decorrer do tempo, levando aos operadores do direito a mutação da constituição, as mudanças têm que obedecer aos critérios base para que haja de forma quem não venha afetar a norma escrita (VARGAS, 2014).

#### **4.1 O perigo do ativismo judicial**

Os membros do CN (Congresso Nacional), detém diversas imunidades, inviabilidade e prerrogativas para garantir a preservação da independência entre os outros poderes, sendo essas prerrogativas irrenunciáveis. O parlamentar também pode ser preso em razão de sentença condenatória criminal em julgado, fazendo parte do rol de crimes inafiançáveis, estando disposto no artigo 323 do CPP e no artigo 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV da CF. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

No caso do congressista Delcídio, onde os parlamentares só podem ser presos em flagrante por crimes inafiançáveis, como essas interpretações (o uso da mutação) que advém do (STF) Supremo Tribunal Federal, não podendo como breca os ministros que compõem a maior corte no Brasil, podendo acarretar insegurança jurídica, relativizando o entendimento da lei.

## 4.2 O Supremo Tribunal Federal

A sua origem se deu pela Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, sendo esse o primeiro órgão mais antigo até hoje, que definiu a forma de composição e de escolha de seus membros, tendo como base a constituição americana como referência (CONSTITUIÇÃO, 1891).

Ainda mais próximo da constituição norte americana, à Carta Magna de 1934, tem seu nome modificado para Corte Suprema. A constituição de 1937, manteve as atribuições dada corte e voltou a utilizar a denominação de Supremo Tribunal Federal. Na era Vargas, onde foi marcado pela centralização do poder, o nacionalismo, o anticomunismo e o totalitarismo, assim trazendo um retrocesso no controle constitucional brasileiro (MENDES, 2009).

Com a constituição de 1946, o STF assegurou o direito a apreciação de recurso extraordinário, como habeas corpus e o mandado de segurança, também garantiu o escopo a declaração de inconstitucionalidade (MENDES, 2009).

Em 1967, é constituída uma nova constituição, logo veio com muitas mudanças para o Supremo Tribunal Federal por conta da revolução de 1964. O controle de constitucionalidade é elevado a um outro patamar que vão além dos casos concretos, porém tais mudanças não ocorreram na política e o STF teve sua força reduzida por conta do autoritarismo do governo.<sup>5</sup>

O modelo adotado pelo nosso Supremo Tribunal Federal, não esqueçamos, equiparasse, é a Corte Suprema dos Estados Unidos. Ao nosso ver, o legislador brasileiro esteve bem inspirado no momento em que adotou, e nosso país, aquilo que fora na verdade uma genial formulação do constituinte americano: a criação de uma Corte de Justiça com funções políticas.

---

<sup>5</sup> Artigo 114, I “I” da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937.

O modelo norte-americano é, realmente, a melhor forma de assegurar o domínio da Constituição (BULLOS, 1977).

Após a constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal, sofreu muitas modificações, inclusive alcançou o auge, se tornando protagonista no tocante ao direito constitucional, por ser um órgão de última instância. Na busca de adequar a constituição as mudanças sociais, por isso os magistrados utilizam do fenômeno da mutação em seus julgamentos (BOTELHO, 2011).

O procedimento de emenda à Constituição (artigo 60, CF/88) não se afigura demasiado dificultando, ao contrário do que ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos, em que o art. 5º da Constituição praticamente inviabiliza a mudança formal. A demais, se a reforma em geral, formal ou informal, é decorrente da linguagem constitucional polissêmica<sup>6</sup> e da necessidade de adaptar a Constituição às mudanças sociais, a menor longevidade e o maior detalhamento da Constituição Federal de 1988 apontam para uma menor indeterminação interpretação e maior atenção nas mutações constitucionais brasileiras quando em comparação com as norte-americanas, a constituição de 88 tem seu caráter rígido, assim tornando mais inviável qualquer mudança, desde forma, sempre buscando uma interpretação de cunho formal. (BOTELHO, 2011).

## **5 PRESIDENTES DA REPÚBLICA, INDICAÇÕES AO STF, DECISÕES COM O INSTITUTO DA MUTAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL.**

### **5.1 Metodologia Aplicada**

Respondida a problemático objeto do trabalho de monografia, surge a necessidade de demonstrar as indicações ao STF durante os últimos 20 anos e o governo que mais se valeu do instituto da mutação. AS 03 decisões com maior repercussão sobre a matéria da mutação constitucional. E a censura do Min. Alexandre de Moraes. Nesse sentido foram realizadas

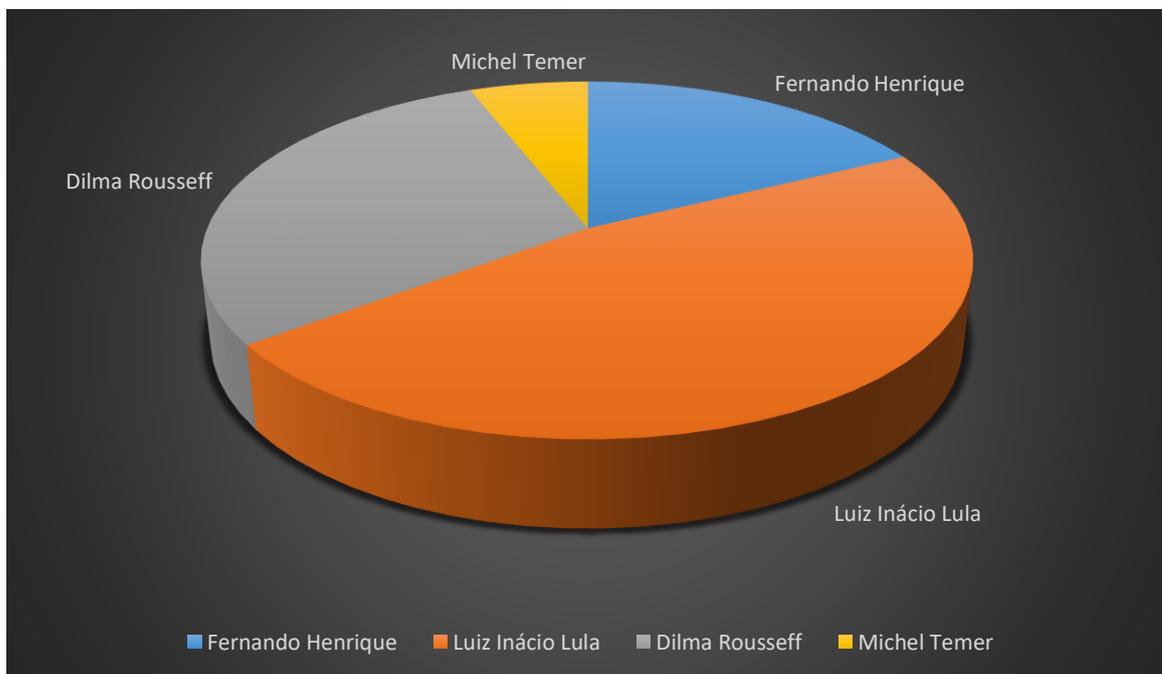
---

<sup>6</sup> É um conceito da área da linguística com origem no termo grego polísemos que significa, algo que tem muito significado.

buscas julgados e seus posicionamentos e divergências no site do Supremo Tribunal Federal no lapso de tempo compreendido entre 01 de setembro de 2018 e 01 de maio de 2019. Com meio de seleção no STF, sendo utilizado como pesquisa seu site, na opção “estatísticas e pesquisa”, realizando buscas a documentos que contivessem a combinação de palavras-chaves: controle concentrado.

## 5.2 Análise qualitativa dos dados

Figura 05 – quantitativo das indicações ao STF nos últimos 20 anos



**Fonte:** site do STF - <http://portal.stf.jus.br/> - adaptado pelo autor (2019).

A constituição dar aos chefes de governo a prerrogativas de escolha do ministro do STF, nos últimos 20 anos, os chefes de governo o Brasil teve 05 Presidentes da República onde fizeram suas indicações, somente o atual presidente da república Jair Bolsonaro, ainda não fez sua indicação tendo em vista à não disponibilidade de vaga, que de acordo com o art.101 da CF, o qual descreve a composição da suprema corte brasileira.

Fernando Henrique Cardoso, durante os seus dois mandatos indicou 03 a ministro do STF. Na seguinte ordem Ellen Gracie, Gilmar Mendes e Nelson Jobim.

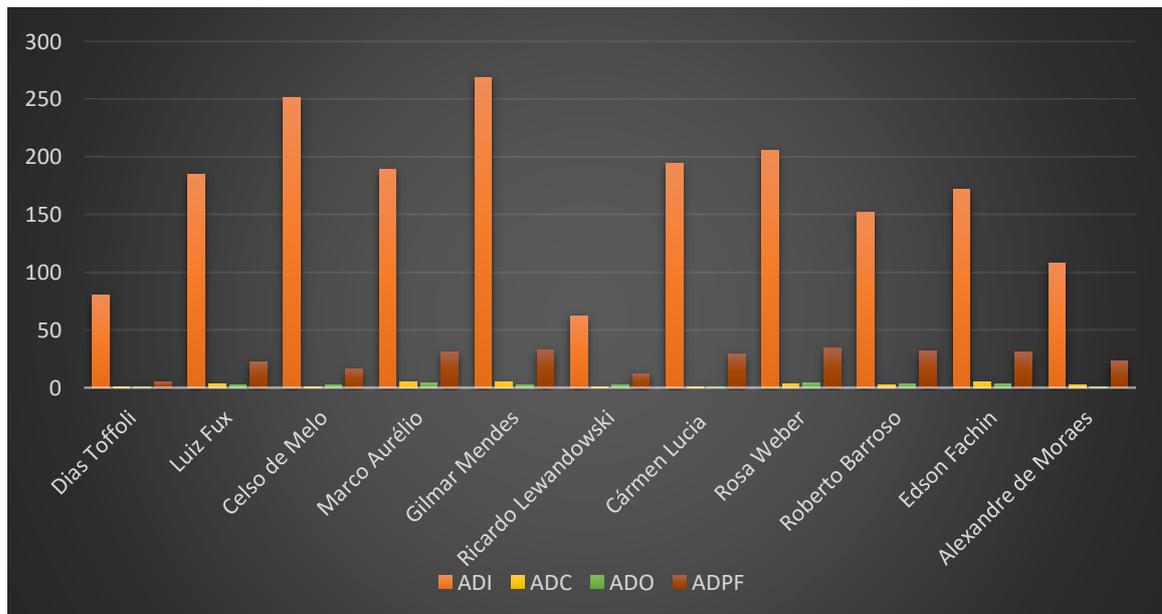
Luiz Inácio Lula da Silva, que durante seus dois mandatos indicou 08 a ministro do STF; Cezar Paluso, Menezes Direito, Ayres Brito, Cármen Lucia, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Joaquim Barbosa e Dias Toffoli. Foi o presidente que mais fez indicações para a maior corte do Brasil, se tornando o 5º presidente a fazer mais nomeações.

A primeira mulher a ser eleita a chefe do governo brasileiro, Dilma Rouseff, indicou 05 à ministro do STF durante sua 05 anos e 8 meses de mandato; Roberto Barroso, Edson Fachin, Luiz Fux, Rosa Weber e Teori Zavascki.

Após o impeachment da presidenta da republica Dilma Rouseff, assumido por seu vice-presidente Michel Temer que indicou 01 ministros a suprema corte brasileira; Alexandre de Moraes.

Atualmente o STF estar comporpto pelos ministro Dias Toffoli<sup>7</sup>, Luiz Fux<sup>8</sup>, Celso de Melo<sup>9</sup>, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lucia, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Figura 06 – qualitativo das ações do controle concentrado



<sup>7</sup> Presidente do STF.

<sup>8</sup> Vice-presidente.

<sup>9</sup> Decano – é o membro mais antigo da corte.

**Fonte:** Site do STF - <http://portal.stf.jus.br/> - adaptado pelo autor (2019).

Percebe-se que as demandas de controle concentrado são muito grandes, o que demonstra que as mudanças na sociedade vêm levando a grandes demandas para o ministro da suprema corte. A ADI, vem sendo recorrente por contas das demandas em quem envolve a sociedade em constante mudanças, mas a atual constituição já se encontra defasada, assim gerando uma demanda muito grande na suprema corte a que trata do controle de constitucionalidade brasileira, e muitas dessas decisões não podem ser modificadas por já estarem consolidadas, dessa forma precisaria de uma mudança na letra de lei, não só uma mudança através da mutação constitucional, o qual traria grandes prejuízos ao ordenamento jurídico brasileiro.

É notório que as Ações Direta de Inconstitucionalidade, são as que mais preenchem as pautas dos ministros do STF. O ministro Gilmar Mendes lidera esse ranque 269 com Ação Direta de Inconstitucionalidade, 05 ADC, 02 ADO e 33 ADPF.

O ministro Celso de Melo, vem em segundo lugar com 251 ADI, 01 ADC, 02 ADO e 22 ADPF.

A ministra Rosa Weber, tem uma demanda de 206 ADI, 03 ADC, 04 ADO e 34 ADPF. A ministra Cármen Lucia com 194 ADI, 01 ADC, 01 ADO e 32 ADPF. O ministro Marco Aurélio com uma demanda de 189 ADI, 05 ADC, 04 ADO e 31 ADPF. O ministro Luiz Fux com 185 ADI, 03 ADC, 02 ADO e 22 ADPF. O ministro Edson Fachin com 172 ADI, 05 ADC, 03 ADO e 31 ADPF. O ministro Roberto Barroso com 152 ADI, 02 ADC, 03 ADO e 32 ADPF. O ministro Alexandre de Moraes com 108 ADI, 02 ADC, 01 ADO e 23 ADPF. O ministro Dias Toffoli com 80 ADI, 01 ADC, 01 ADO e 05 ADPF. O ministro Ricardo Lewandowski com 62 ADI, 01 ADC, 02 ADO e 12 ADPF.

### **5.3 Tripé que garantem a aplicação da mutação constitucional pelo STF**

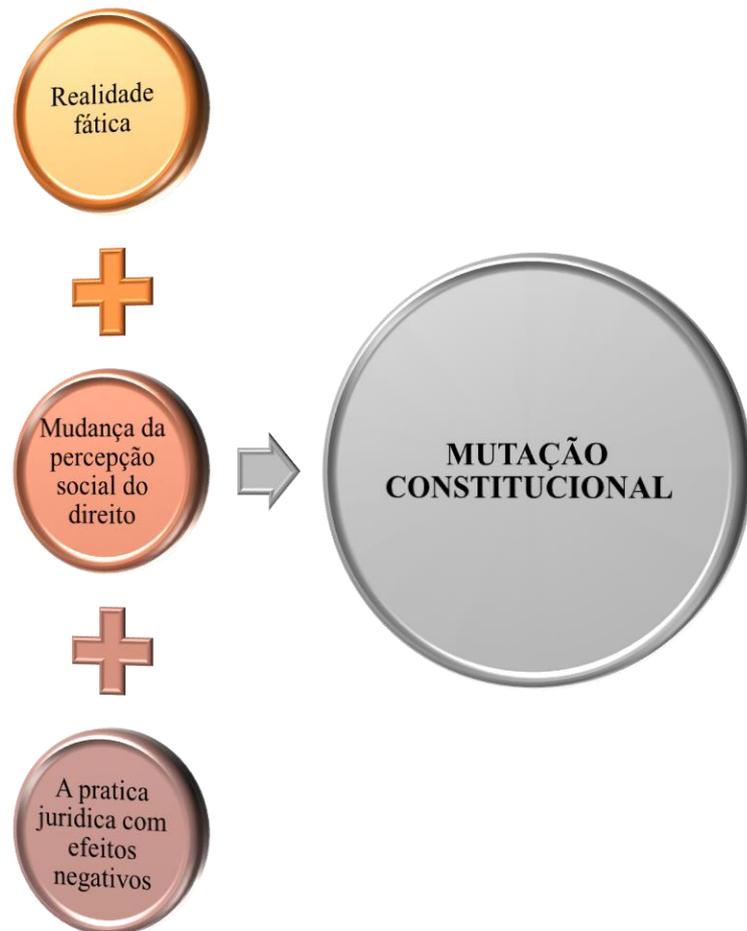
No século XIX foi criada a expressão mutação constitucional, esse instrumento veio para uma nova era no sistema jurídico, esse método de interpretação tem um tripé<sup>10</sup> que deve ser observado para que ele aconteça, realidade fática, mudança da percepção da realidade do direito e a aplicação da norma estando ela em desuso não faz eficácia para alguns casos concretos (JELLINEK, 1991).

Atualmente não é um tema novo no Supremo Tribunal Federal, o qual vem sendo utilizado com mais frequência, pois essa forma de interpretação não se faz necessário a mudança na forma literal do texto de lei.

Figura 7 – tripé da mutação constitucional

---

<sup>10</sup> É o conjunto de três coisas que dar sustentação ao objeto principal.



**Fonte:** <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoTema/anexo/InformativoAnual2018.pdf> - adaptado pelo autor.

Sem dúvida, a mutação não pode acontecer sem a junção desses três fundamentos, sendo a realidade fática ao meu ver a principal que dar o impulso para os outros fundamentos, com a impulsão da primeira a mudança social também é de extrema importância para dar a sustentabilidade de para a mudança do texto dentro da realidade fática e por fim é quando a lei que já estar definida em lei não tem mais eficácia dentro do contexto social atual.

#### 5.4 As 03 (três) decisões com mais repercussão com a aplicação do instituto da mutação

Veremos que as três decisões tiveram influência direta do contexto social e político no Brasil, o que justifica a aplicação da mutação constitucional, assim fazendo com que o STF tenha uma nova interpretação da Constituição.

- Individualização da pena ao momento da sua fixação, artigo 5º, XLVI da Constituição Federal de 1988.
- Legitimidade a infidelidade partidária, artigo 55, I a VI.
- Reconhecimento jurídico da união homoafetiva, artigo 226, § 3º.

##### 5.4.1 Individualização da pena – Art. 5º, XLVI

No HC82.959/SP, o relator foi Ministro Marco Aurélio, no art. 52 X da Constituição Federal, não teve o mesmo entendimento pelos ministros, mas pela maioria foi entendido que esse artigo, esse modelo de mutação só foi compreendida pelos ministros Gilmar Mendes e Eros Graus, para ambos o texto de lei estar ultrapassado diante os dias de hoje.

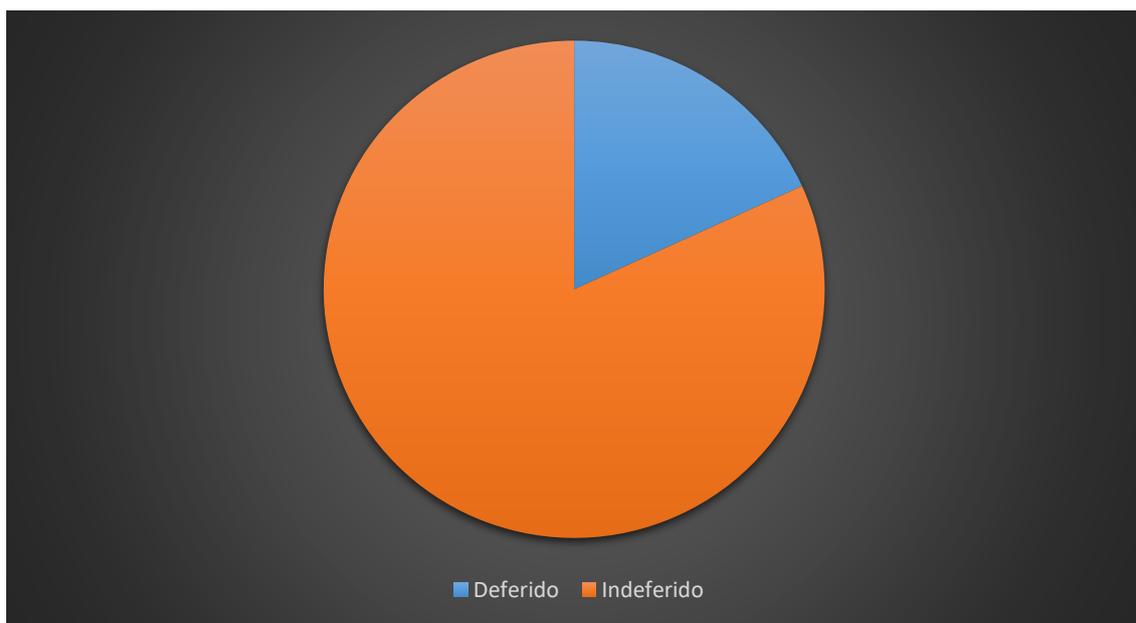
**Ementa: PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER.** A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. **PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL.** Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do **artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.**

**Acórdão:** Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Nelson Jobim, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, em deferir o pedido

de habeas corpus e declarar, incidenter tantum, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, [...]

Em uma decisão unânime, onde ficou decidido que não poderia retroagir para as decisões em que já estivesse extinta, bem como não haveria nem dano jurídico.

Tabela 08 – votação do HC 82.959/SP



**Fonte:** Site do STF - <http://portal.stf.jus.br/> - adaptado pelo autor (2019).

**Decisão:** O Tribunal, por maioria, deferiu o pedido de habeas corpus e declarou, “incidenter tantum”, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, nos termos do voto do relator, vencidos os Senhores Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Presidente (Ministro Nelson Jobim). **O Tribunal, por votação unânime, [...]**

**(STF - HC: 82959 SP, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 23/02/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510).**

Em sua decisão o relator, resolvendo o HC com incidente, assim não jugou o mérito, com base em decisão unânime do tribunal da corte.

#### 5.4.2 Fidelidade partidária – Art. 55, inciso I a VI

No art. 54 da Constituição Federal estão as possibilidades da perda do mandato de Deputado (a) ou Senador (a), essa demanda trata-se da perda do mandato parlamentar, esse discurso foi discutido pelo Supremo Tribunal Federal no MS 20.927/DF. Na ocasião prevaleceu a sanção da perda do mandato ao parlamentar por falsidade partidária.

**Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. FIDELIDADE PARTIDARIA. SUPLENTE DE DEPUTADO FEDERAL. - EM QUE PESE O PRINCÍPIO DA REPRESENTAÇÃO PROPORCIONAL E A REPRESENTAÇÃO PARLAMENTAR FEDERAL POR INTERMÉDIO DOS PARTIDOS POLÍTICOS, NÃO PERDE A CONDIÇÃO DE SUPLENTE O CANDIDATO DIPLOMADO PELA JUSTIÇA ELEITORAL QUE, POSTERIORMENTE, SE DESVINCULA DO PARTIDO OU ALIANÇA PARTIDARIA PELO QUAL SE ELEGEU. - A INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA FIDELIDADE PARTIDARIA AOS PARLAMENTARES EMPOSSADOS SE ESTENDE, NO SILENCIO DA CONSTITUIÇÃO E DA LEI, AOS RESPECTIVOS SUPLENTE. - MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO.**

**Acórdão:** Visto, relatado e discutidos estes autos, acórdão os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em indeferir o mandado de segurança.

**Voto do relator:** Em face da Emenda nº 1, que, em seu artigo 152, parágrafo único (que, com alteração de redação, passou a parágrafo 5º desse mesmo dispositivo, por força da Emenda Constitucional nº 11/78), estabelecia o princípio da fidelidade partidária, Deputado que deixasse o Partido sob cuja legenda fora eleito perdia o seu mandato. Essa perda era decretada pela Justiça Eleitoral, [...]

**Decisão:** Por maioria o tribunal indeferiu o Mandado de segurança, vencidos pelos Srs. Ministros Celso de Mello, Paulo Brossard, Carlos Madeira e Sydney Sanches. Votou o presidente. Falou pelo litisconsorte passivo o Dr. Antonio Vital do Rego. Plenário, 11/10/1989.

(STF - MS: 20927 DF, Relator: Min. MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 11/10/1989, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 15-04-1994 PP-08061 EMENT VOL-01740-01 PP-00130).

Com a maioria dos votos, no entanto a constituição naquele momento não permitia que os parlamentos perdesse seu mandato, por troca de partido, em um momento em que não vigorava mais a fidelidade partidária, e nesse caso foi aplicado o princípio da mutação constitucional e por maior o parlamentar em questão perdeu seu mandato.

#### 5.4.3 União homoafetiva – (art. 226, § 3º CF)

No artigo 226, § 3º da Constituição Federal, por questões das novas culturas sociais, o que após o novo entendimento desse dispositivo o art. 1.723 do código civil, ainda traz a expressão homem e mulher.

##### a. ADPF 1.132/RJ e ADI 4.277/DF (com textos iguais)

**Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO.** Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

Julgamento da ADPF, onde visa igualar os direitos da união homoafetiva, dando a eles o mesmo direito dos casais, como se fosse homem e mulher, como consta no texto de lei do código civil brasileiro, logo só dava direitos para casais de sexos diferentes.

**2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA**

**HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO. À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA.** O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualdade jurídica. [...]

Ressalvando os direitos fundamentais que dar direito a todo cidadão brasileiro o direito de ir e vir, inclusive o direito de fazer as escolhas, seja ela que sua opção sexual ou de quem ela venha a se relacionar, desde que o mesmo indivíduo venha a respeitar o início do direito do próximo.

**3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO FAMÍLIA NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA.** O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. [...]

A constituição tem como ideais de família a convivência de homem e mulher e daí seus frutos, mesmo depois da última reforma que ocorreu o seu texto não foi modificado, ainda sim, permanecendo a homem e mulher, toda vez os questionamentos surgiram, se a constituição poderia tomar aquilo como verdade absoluta e se realmente haveria a necessidade de uma modificação no texto, as comunidades diariamente sofrem modificações e essa já estava a porta.

**4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE ENTIDADE FAMILIAR E FAMÍLIA.** A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. [...]

**6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES.** Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de interpretação conforme à Constituição. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

Nesse sentido é denominado como preconceituoso ou discriminatório a desinformação da construção de família tachada somente como homem e mulher.

**Acórdão:** Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em conhecer da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 como ação direta de inconstitucionalidade, e julgá-la em conjunto com a ADI 4277, [...]

**Decisão:** Prosseguindo no julgamento, o Tribunal conheceu da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 como ação direta de inconstitucionalidade, por votação unânime. Prejudicado o primeiro pedido originariamente formulado na ADPF, por votação unânime. Rejeitadas todas as preliminares, por votação unânime. Em seguida, o Tribunal, ainda por votação unânime, julgou procedente as ações, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, autorizados os

Ministros a decidirem monocraticamente sobre a mesma questão, independentemente da publicação do acórdão. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Plenário, 05.05.2011.

**(STF - ADPF: 132 RJ, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001).**

Em uma decisão unânime, foi aplicado o instituto da mutação constitucional, dessa forma abriu-se grandes precedentes, dando direitos a todos os a vontade de se relacionar com quem fosse de sua vontade, por se tratar de uma cultura de em que estava firmada na jurisprudência, mas todos tiveram que seguir nas novas jurisprudência que a lhe nascia.

Quanto a ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ, tratam da mesma matéria, ao passar do tempo e a mudança cultural levou a aplicação da mutação constitucional sobre o art. 223, §3º CF e art. 1.723 CC, reconhecendo a união estável sobre união de pessoas do mesmo sexo, sem dúvida uma evolução social.

## **5.5 Censura do Min. Alexandre de Moraes**

As revistas *Crusoé* e *O Antagonista*, divulgaram um possível pagamento de ilegais ao Presidente da Suprema Corte o ministro Dias Toffoli, em uma delação de Marcelo Odebrecht<sup>11</sup>, o ministro Alexandre de Moraes, tomando uma decisão ativista<sup>12</sup>, interferindo de forma negativa no sistema jurídico brasileiro, em momento algum fez uso da ferramenta da mutação o que não cabe nessa citação, mas uma afronta direta a Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 220, §§ 1º e 2º, veda expressamente a atitude adotada pelo ministro do STF Alexandre de Moraes, sendo ele indicação do ex – presidente da República Michel Temer.

---

<sup>11</sup> É um empresário e engenheiro brasileiro que presidiu a ODEBRECHT entre os anos de 2008 a 2015. Atualmente condenado a 19 anos e 4 meses por corrupção ativa, lavagem de dinheiro e associação criminosa.

<sup>12</sup> Postura pró ativa do poder judiciário, na interferência positiva ou negativa.

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

A decisão foi tomada com base, não podendo expor o presidente da suprema corte a um inquérito. Mas em 18 de abril de 2019, o ministro Alexandre de Moraes, revogou sua decisão que expressa:

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa tem a finalidade de demonstrar o quanto as mudanças sociais influenciam diretamente no poder judiciário brasileiro suas constantes modificações levam a judiciário a buscar ferramentas que tragam serenidade ao ordenamento jurídico brasileiro. Demonstrando os últimos Presidentes da república dos últimos 20 anos, e suas respectivas indicações e demonstrando a grande importância da mutação constitucional no atual momento jurídico e social.

As 03 grandes decisões em que ocorreu a mutação constitucional no Brasil, sem dúvida teve um papel fundamental da sociedade como fonte que sua força tem a capacidade de modificar as decisões para acompanhar o desenvolvimento da sociedade. Levando ao judiciário a buscar meios para resolver os conflitos de forma célere e eficácia, mas sempre observando o texto forma da constituição, a qual só pode ser modificada através da solenidade disposto na Constituição Federal. As o controle difuso de certa forma demonstrar o quanto a suprema corte deste país busca dar resposta a sociedade, sempre levando em consideração os princípios básicos para que ela ocorra.

Já as decisões ativistas, esses sim trazem grandes prejuízos a democracia e ao direito já pré-estabelecido pela constituição, o qual o indivíduo se vela dos seus poderes políticos para exercer o direito ao seu próprio favor, o qual o direito deve primeiro resguardada ao coletivo. O caso mais recente foi o caso do Mis. Alexandre de Moraes, que em uma atitude radical colocou todo o ordenamento jurídico em cheque, tento ele se valer de um instrumento da mutação o que não se cabe nessa situação, porque o mesmo não preenchia os requisitos basilares para que pudesse ocorrer a mutação. Tanto foi um prudente em sua decisão que logo voltou a traz revogando sua própria decisão, o que sem dúvida se permanecesse com a decisão de impedir a circulação dos meios de comunicação traria grandes prejuízos para toda uma sociedade.

Buscando apresentar o breve histórico da constituição, demonstrando a importância da carta magna para um ordenamento jurídico organizado, para resolução dos conflitos de uma sociedade que a cada instante se modifica e vai sofrendo mudanças por questões políticas, culturais e costumes.

Demonstrar o instituto da mutação constitucional com o histórico demonstrando desde o início desse instituto e suas anuências para que haja uma aplicação, buscando resolver os conflitos da sociedade sem a necessidade de modificação do texto formal, o que levaria algum tempo até que tais modificações fossem feitas, tendo em vista a morosidade dos nossos legisladores. Em uma sociedade aberta onde a mudança é constante deve se observar o tripé base para que ocorra a aplicação da mutação constitucional.

Por fim, verificou-se que a mutação é de fato uma ferramenta indispensável para a construção de uma sociedade em constante evolução e quem nem sempre as decisões ativista traz benefícios para a sociedade como a decisão do Min. Alexandre de Moraes. Assim demonstram relevância com a Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. Fórum, 9ª edição. 2018. Disponível em: <file:///C:/Users/Jessé/OneDrive/TCC%201/LIVROS/1264-Curso-de-Direito-Constitucional-2018-Walber-de-Moura-Agra.pdf>. Acesso dia 10 de março de 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo, os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. Disponível em: <file:///C:/Users/Jessé/OneDrive/TCC%201/LIVROS/barroso-luis-roberto-direito-constitucional-.pdf.pdf>. Editora Saraiva jus, 2ª edição de 2010, acessado em 10 de março de 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**, Editora Saraiva jus, 7ª edição de 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo, Disponível em:**  
<file:///C:/Users/Jessé/OneDrive/AULAS%2020191/TCC%20II/Livros/DIREITO%20CONSTITUCIONAL%20%20O%20Controle%20de%20Constitucionalidade%20no%20Direito%20Brasileiro%20-%20Luis%20Roberto%20Barroso.pdf>. Editora Saraiva jus. 6ª edição de 2012. Acessado em: 20 de março de 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BOTELHO, Nadja Machado. **Mutação Constitucional**. A constituição viva de 1988. Rio de Janeiro: Lumen uris Editora, 2011.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Memória e Sociedade. Ed. Bertrand Brasil S.A. Rio de Janeiro de 1989.

BRASIL, **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Promulgada em 24 de fevereiro de 1981. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>. Acessado em 15 de abril de 2019.

BRASIL, **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Promulgada em 10 de novembro de 1937. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>. Acessado em 15 de abril de 2019.

BRASIL, **Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>. Acessado em 15 de abril de 2019.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. <<http://portal.stf.jus.br/>>. Disponível e acessado em 29 de abril de 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 82.959-7**. Voto Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoGilmarHC82959.pdf>. Acesso em 3 de março de 2019.

BRASIL. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HABEAS CORPUS N. 82.959-7. VOTO MINISTRO GILMAR MENDES**. DISPONÍVEL EM: <http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoGilmarHC82959.pdf>. ACESSO EM 30 DE OUT. DE 2018.

BULLOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 1977.

CAETANO, Stéphanie Miorim. **Fidelidade partidária e mutação constitucional em uma sociedade aberta de interpretes**. Centro Universitário de Brasília – UniCEUB Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS. 2014.

CANUTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 4ª. Ed. Coimbra: Almeida, 2000.

CORRÊA, Daniel Marinho. **Parâmetros para a mutação constitucional**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 90, jul 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9854](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9854)>. Acesso em 21 de fevereiro de 2019.

GALLO, Ronaldo Guimarães. **Constituição e Sociedade: Uma análise superficial**. Procurador Federal (SP). Disponível em: <file:///C:/Users/Jessé/OneDrive/TCC%201/ARTIGOS/454-603-1-SM.pdf>. Acessado em 09 de março de 2019.

GRANER, Mateus Domingues. **Mutação (in) constitucional: o Senado Federal e o Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade**. Acadêmico da Universidade Federal do Paraná (UFPR), pesquisador e bolsista do CNPq pelo Programa de Iniciação Científica 2014/2015.

HELLER, Hermann. **Teoria del Estado. Trad. Luís Tóbio**. 8º reimpressão. México: Fondo de Cultura Económicac, 1977.

JELLINEK, GEORG. **REFORMA Y MUTACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN**. TRADUÇÃO CHRISTIAN FOSTER. MADRID: CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES, 1991.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. Disponível em: <file:///C:/Users/Jessé/OneDrive/AULAS%2020191/TCC%20II/Livros/Direito%20Constitucio>

nal%20Esquemático%20-%202023a%20edição%20-%20Pedro%20Lenza%202019.pdf. São Paulo: Saraiva Educação. 23. Ed. – 2019. Acessado em: 24 de março de 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. Disponível em: file:///C:/Users/Jessé/OneDrive/AULAS%2020191/TCC%20II/Livros/Gilmar%20Mendes%20-%20Curso%20de%20Direito%20Constitucional.pdf. Ed. Saraiva. São Paulo – SP. 4ª Ed. 2008. Acessado em: 21 de março de 2019.

MOURA, Marcus Vinicius de Freitas. **Mutação Constitucional e suas Vinculações ao Ativismo Judicial e o Problema do Decisionismo**. Disponível em: <https://jus.com.br/imprimir/69060/mutacao-constitucional-e-suas-vinculacoes-ao-ativismo-judicial-e-o-problema-do-decisionismo>. Ed. Jus.com.br. Elaborado em novembro de 2017 e publicado em setembro de 2018. Acessado em 24 de março de 2019.

OLIVEIRA, Marcela Jesus de. **Mutação Constitucional e os Limites da sua Aplicação**. Monografias Brasil Escola. Acessado e disponível em 20 de março de 2019.

PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. Disponível em: file:///C:/Users/Jessé/OneDrive/TCC%201/LIVROS/DIREITO\_CONSTITUCIONAL\_DESCOMPLICADO%20VINCENTE%20PAULO%20E%20MARCELO%20ALEXANDRE.pdf. Ed. Método. 3ª edição 2008. Acessado em 20 de março de 2019.

PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. Disponível em: file:///C:/Users/Jessé/OneDrive/TCC%201/LIVROS/DIREITO\_CONSTITUCIONAL\_DESCOMPLICADO%20VINCENTE%20PAULO%20E%20MARCELO%20ALEXANDRE.pdf. 3ª. ed., rev. e atualizada. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo : MÉTODO : 2008. Acessado em 23 de março de 2019.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Mutação constitucional: a Atuação da “Sociedade Aberta” como protagonista na interpretação da constituição brasileira de 1988**. Disponível em: file:///C:/Users/Jessé/OneDrive/TCC%201/ARTIGOS/1878-7037-1-PB.pdf. DPU Nº 38 – Mar-Abr/2011. Acessado em 16 de março de 2019.

SOUSA, João Batista Soares de. **Revista de Informações Legislativa**. Disponível em: file:///C:/Users/Jessé/OneDrive/TCC%201/LIVROS/REVISTA%20LEGISLATIVA129.pdf. Ed. Senado Federal, Secretária de Documentação e Informações. Brasília. Ano 33 nº 129. Janeiro/março de 1996. Acessado em 24 de março de 2019.

URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. **Mutacion cositucional y fuerza normativa de la constitución:** una aproximación al origen del concepto. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 2000.

VARGAS, Denise Soares. **Mutação Constitucional via Decisões Aditivas.** Série idp, Saraiva 100 anos, 2014.