



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
Curso de Direito

TÚLIO GUILHERME DE AMORIM FERREIRA

**A INTERPRETAÇÃO, PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL, DO § 3º DO ARTIGO 226 DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988: HIPÓTESE DE MUTAÇÃO
CONSTITUCIONAL?**

BRASÍLIA

2012

TÚLIO GUILHERME DE AMORIM FERREIRA

**A INTERPRETAÇÃO, PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL, DO § 3º DO ARTIGO 226 DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988: HIPÓTESE DE MUTAÇÃO
CONSTITUCIONAL?**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Orientador: Prof. Fabrício Juliano Mendes
Medeiros

BRASÍLIA

2012

TÚLIO GUILHERME DE AMORIM FERREIRA

**A INTERPRETAÇÃO, PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL, DO § 3º DO ARTIGO 226 DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988: HIPÓTESE DE MUTAÇÃO
CONSTITUCIONAL?**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Orientador: Prof. Fabrício Juliano Mendes
Medeiros

Brasília, 26 de setembro de 2012.

Banca Examinadora

Prof. Orientador

Prof. Examinador

Prof. Examinador

Dedico,

À memória de meu bisavô, Raimundo Laurindo de Lima, exemplo de
hombridade e simplicidade.

AGRADECIMENTO

Agradeço,

À minha mãe, pelo carinho, apoio, confiança e incentivo dado ao longo do curso;

Aos meus avós, pelo amor e grande dedicação durante toda a sua vida;

Ao meu orientador, Professor Fabrício Juliano Mendes Medeiros, pela atenção e dedicação prestadas; e

Aos meus familiares e amigos, pelos momentos compartilhados.

“A mutação constitucional é transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual. Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência. Há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma. Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro. Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por um outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação, uma prudência. Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado”.

RESUMO

Este trabalho monográfico tem por fito o estudo e a análise do fenômeno da mutação constitucional, de suas especificidades e peculiaridades, como meio de modificação informal do texto constitucional, e a sua repercussão na Constituição Federal de 1988, mais detalhadamente sobre a possibilidade de sua ocorrência no parágrafo 3º, do artigo 226, da nossa Carta Magna. No transcurso desta pesquisa demonstrar-se-á que o fenômeno denominado por mutação constitucional implica em uma alteração do sentido, alcance e/ou significado da norma, sem que com isso ocorra qualquer modificação da literalidade do texto constitucional expresso, sem alterar-lhe a disposição escrita. Será abordada, por fim, a nova interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao parágrafo 3º, do artigo 226, da Constituição Federal, com a intenção de observar se nesta nova interpretação dada pela Colenda Corte Constitucional, há ou não a possibilidade de ocorrência do instituto da mutação constitucional por meio de interpretação especificamente constitucional.

Palavras-chave: Constitucional. Interpretação Judicial. Mutação Constitucional.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 DA REFORMA CONSTITUCIONAL	11
1.1 MUDANÇA CONSTITUCIONAL FORMAL E INFORMAL: NOÇÕES GERAIS.....	11
1.2 LIMITES DA REFORMA CONSTITUCIONAL.....	17
1.3 DA ETAPA DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E DO PODER CONSTITUINTE DIFUSO	20
2 DO FENÔMENO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E SUAS PECULIARIDADES	25
2.1 O FENÔMENO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	25
2.2 INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO COMO MEIO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	30
2.3 LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	37
3 DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E DO ARTIGO 226 § 3º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	40
3.1 DA UNIÃO ESTÁVEL E DO ARTIGO 226, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	40
3.2 DA NOVA INTERPRETAÇÃO DADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AO ARTIGO 226, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	45
3.3 ARTIGO 226, §3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, HIPÓTESE DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL?	53
CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS	63

INTRODUÇÃO

Recentemente, com a decisão conjunta da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a possibilidade de se reconhecer a união estável entre casais do mesmo sexo. Anteriormente a esse julgado tal feito era impossível, tendo em vista as palavras do Texto Constitucional, mais especificamente as palavras contidas no artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, e a intenção primeira do legislador constituinte originário de 1988.

Nesta esteira, o tema desenvolvido e defendido na presente monografia decorre da necessidade de se demonstrar, com clareza, o fenômeno da mutação constitucional, suas peculiaridades e a possibilidade de sua ocorrência para com a nova interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao instituto da união estável, previsto no § 3º, do artigo 226, da Constituição Federal. Em outras palavras, o fito deste trabalho é o estudo e a análise da possibilidade de ocorrência do fenômeno da mutação constitucional no Texto Constitucional vigente, mais especificamente a sua ocorrência no § 3º, do artigo 226, da Constituição Federal de 1988.

Com o desenvolvimento desse estudo, busca-se demonstrar em quais circunstâncias e de quais formas um dispositivo constitucional pode sofrer alteração em seu sentido, significado, alcance e continuar com o mesmo texto expreso, sem lhe ocorrer nenhuma supressão ou adição de letras ou palavras. Dessa forma, trataremos do que Uadi Lammêgo Bulos chama de fenômeno da mutação constitucional. O autor entende que não é só por meio das reformas constitucionais formais, na tentativa de adaptar-se às novas realidades políticas, econômicas, culturais da sociedade, que a Constituição se modifica, isso se dá também pelos processos informais de alteração do texto constitucional. E é nessa esteira que Bulos salienta a alta relevância do instituto da mutação constitucional, afirmando que é por meio do processo das mutações constitucionais que ocorre a alteração de sentido, alcance do Texto Supremo sem que se configure qualquer modificação da letra normativa via processo de emenda ou revisão.

Para isso, deve ser demonstrado em que consiste o fenômeno da mutação constitucional, seus efeitos no Texto Supremo, suas características fundamentais, suas

possibilidades de ocorrência e sua aceitação pela Direito Constitucional como forma de adaptação da Constituição a nova realidade do Estado de Direito.

Afirma a doutrina de Anna Cândida da Cunha Ferraz que a mutação constitucional: “consiste na alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais”. Afinal, o texto deve permanecer intacto, o que deve ser alterado é tão somente o significado, sentido, alcance da norma.

Deste modo, pode-se entender que ao dar nova interpretação ao art. 226, § 3^a, da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal ampliou as possibilidades de reconhecimento da união estável, estendendo-a a casais de mesmo sexo, e por conseguinte elasteceu a abrangência e o alcance da norma, sem ter-lhe tocado sequer nas palavras. Destarte, o art. 226 da Constituição Federal, que previa, inicialmente, o reconhecimento para efeitos de proteção do Estado a união estável entre homem e mulher, agora deve ser entendido de forma a se estender à união estável para casais do mesmo sexo.

O trabalho está dividido em três capítulos. O primeiro capítulo trata dos processos formais e informais de alteração e modificação da Constituição, ligados à ideia de evolução econômica, cultural, política e social do Estado e da sociedade, trazendo consigo breve noção sobre os meios de ocorrência da denominada reforma constitucional. Neste capítulo é abordada a origem e o conceito de poder constituinte, como principal atuante na etapa da reforma do texto constitucional, abordando desde a análise da Teoria do Poder Constituinte do Abade Emmanuel Joseph Sieyès, até as peculiaridades e formas de atuação do poder constituinte, dadas nos dias de hoje, seja ela por meio do poder constituinte originário, seja por meio do poder constituinte derivado. Explica-se, também, a importância do processo de reforma da Constituição, na busca do poder constituinte derivado em tentar adaptar e adequar a Lei Maior aos novos anseios sociais e as novas realidades do Estado, sem que com isso se rompa a ordem constitucional, tendo em vista o caráter de permanência com que nasce uma Constituição. Essa capacidade de adaptação do texto constitucional aos novos anseios sociais é fundamental para atender o caráter de permanência da Constituição e para dar continuidade à ordem constitucional de um Estado de Direito. É feita uma breve dissertação sobre os limites impostos para a reforma da Carta Política, destacando-se os limites temporais, formais, materiais e circunstanciais, com fundamentos na Doutrina e na própria

Carta Magna. Em seguida, analisa-se o denominado poder constituinte difuso, configurado na etapa da mutação constitucional, e assim tratado por Georges Burdeu, como o responsável por alterar os preceitos constitucionais informalmente, sem revisões nem emendas, ou seja, altera o significado e abrangência do texto constitucional sem lhe alterar a essência.

O segundo capítulo toma por base o fenômeno da mutação constitucional, como processo informal de alteração do Texto Constitucional, revelando desde a problemática quanto a sua terminologia, até as suas especificidades e formas de ocorrência. Por conta da complexidade e vasta amplitude dos processos de mutação constitucional, preferiu-se restringir os estudos sobre o tema, direcionando-os à mutação constitucional por meio da interpretação da Constituição. De acordo com o entendimento de Anna Cândida Ferraz quando depois da interpretação da norma, esta tiver maior abrangência e abarcar situações antes não contempladas pelo legislador constituinte, estaremos diante de uma mutação constitucional por via de interpretação constitucional. *A priori*, este ponto é de alta relevância para podermos, ao final do trabalho, nos posicionar quanto a ocorrência de mutação constitucional no § 3º, do artigo 226 da Constituição, pela nova interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal a este dispositivo, e por fim, analisam-se os limites impostos ao fenômeno da mutação constitucional, tendo em vista que sem estes, frequentemente nos depararíamos com mutações inconstitucionais, mutações maliciosas, tendenciosas e deformadoras do cerne, dos valores e da essência do espírito da Carta Política, operadas sem qualquer respeito aos preceitos e princípios norteadores do Direito e da própria Constituição.

Por último, no derradeiro capítulo, será analisada a nova interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, a qual ampliou a abrangência do dispositivo, abarcando agora novas possibilidades para com o reconhecimento de uniões estáveis. Por fim, analisa-se se essa nova interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal acarretou em mutação constitucional, tendo em vista que a literalidade do dispositivo constitucional permaneceu intacta, mudando apenas quanto ao significado, sentido, alcance e à abrangência. Entende-se que se compararmos a vontade primeira do legislador constituinte originário, em relação ao reconhecimento do instituto da união estável para efeitos da proteção do Estado, com a nova interpretação dada pelo STF ao instituto, torna-se perceptível a possibilidade da ocorrência de uma legítima mutação constitucional por meio de uma nova interpretação da Constituição.

1 DA REFORMA CONSTITUCIONAL

1.1 Mudança Constitucional Formal e Informal: Noções Gerais

Como é sabido, a Constituição de um Estado de Direito tem a natureza de instituto jurídico fundamental e afirma-se como a própria base de todo o ordenamento jurídico vigente. Dessa forma, todas as leis devem subordinar-se e submeter-se aos preceitos e princípios contidos no texto constitucional.¹

A origem e a formação dessa norma jurídica constitucional basilar tem como fonte criadora o denominado poder constituinte, que de acordo com o entendimento do professor Uadi Lammêgo Bulos, atua como o principal responsável pela criação de uma nova constituição e por suas alterações e modificações, sendo este um poder inicial, originário e imprescritível. Sua relevância é tamanha diante do Estado de Direito, que se este poder não existir no Estado, não haverá sequer uma constituição, e, por consequência lógica, também não existirá ordenamento jurídico.²

Bulos afirma que:

[...] Poder constituinte é a potência que faz a constituição, e, ao mesmo tempo, a competência que a modifica.
Trata-se da força propulsora que, ao elaborar a carta magna, fornece as diretrizes fundamentais do Estado. Por isso, é a energia vital das constituições.³

Segundo o entendimento da doutrina majoritária, a Teoria do Poder Constituinte foi estudada e difundida inicialmente pelo Abade Emmanuel Joseph Sieyès, a partir de um panfleto por ele publicado com o título de “Qu’est-ce que le Tiers État?”, que traduzido para o português assume o título de: “O que é o Terceiro Estado?”. Tal Teoria relaciona-se estritamente à ideia e necessidade de uma Constituição escrita, a qual era

¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed., São Paulo. Malheiros, 2008, p. 80-81.

² BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 278.

³ *Ibidem*, p. 278.

almejada por Sieyès e pelo Terceiro Estado – o povo.⁴

Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que a teoria do Abade Sieyès nasce com o intuito de amparar a criação de uma constituição escrita. Sintetiza o entendimento de Sieyès argumentando que em todo Estado deve existir um Texto Constitucional, que deve ser:

“[...] obra de um poder, o Poder Constituinte, que é anterior à Constituição, precede, necessária e logicamente, a obra que é a Constituição. O Poder Constituinte, portanto, gera os Poderes do estado, os poderes constituídos, e é superior a estes”.⁵

Com o transcurso do tempo e o aprofundamento dos estudos doutrinários sobre o tema, o Poder Constituinte passou a ser compreendido como forma de manifestação da vontade da sociedade, com a finalidade de reorganização e restabelecimento dos fundamentos de organização de sua própria comunidade.

Nas palavras de Manoel Ribeiro:

“[...] O Poder Constituinte é uma força, uma energia que se forja na consciência popular. Por muito tempo se conserva hibernado e só se acorda por força dos acontecimentos, ativado pelos Grupos Constitucionais. Foi iluminado por autores como Locke, Rousseau e Montesquieu. Reside, de direito, no povo. É o pensamento democrático. Expressa-se por uma Assembleia Constituinte”.⁶

Cumprе ressaltar que o poder constituinte se divide em duas subespécies, quais sejam: poder constituinte originário e poder constituinte derivado. Essas duas ramificações do poder constituinte se distanciam ao ponto em que o poder constituinte originário manifesta-se para criar um novo Texto Constitucional, o que, por conseguinte, faz surgir um novo Estado de Direito, enquanto o poder constituinte derivado apenas altera a Constituição que se encontra vigente à época de sua manifestação, numa espécie de adaptação aos novos anseios políticos, econômicos e culturais da sociedade. O poder constituinte

⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 16.

⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 31. ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 13.

⁶ RIBEIRO, Manoel. *Do Poder Constituinte*. Salvador: Salvador, 1985, p.5.

derivado trabalha para dar continuidade a Constituição vigente.⁷

De acordo com Bulos, o poder constituinte derivado é o poder:

“[...] Responsável pela função renovadora das constituições, cumpre ao poder derivado modificar a forma plasmada quando da elaboração genuína do texto básico, recriando e inovando a ordem jurídica. Nisso, completa e atualiza a obra do constituinte de primeiro grau”.⁸

O poder constituinte originário, também conhecido como fundacional, genuíno, primogênito ou de primeiro grau, é aquele que tem a força de instituir um novo ordenamento constitucional, um “novo Estado”, tendo em vista o seu caráter de incondicionalidade sendo juridicamente ilimitado e livre de toda e qualquer formalidade, não tomando por parâmetro para a criação de uma nova constituição qualquer preceito normativo anterior.⁹

Por outro lado, o poder constituinte derivado é o poder que altera formalmente o texto constitucional, por meio dos processos de reforma da Constituição. Dentre as denominações utilizadas para tratar do poder constituinte derivado destacam-se: Poder reformador, instituído, constituído, de segundo grau e secundário. Em uma breve comparação entre o poder constituinte originário e o poder constituinte derivado, Bulos, ensina que:

“[...] enquanto o poder originário é a potência que funciona da etapa de primogeneidade constitucional, fazendo a constituição, o poder derivado é a competência que atua na etapa de continuidade constitucional, reformulando a carta magna”.¹⁰

A manifestação do Poder Constituinte com a finalidade de modificar a Constituição de um Estado ocorre por meio dos processos de reforma, revisão ou emenda ao Texto Maior. Discorrendo sobre as formas de mudança constitucional, Kildare Gonçalves

⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 291.

⁸ *Ibidem*, p. 291.

⁹ *Ibidem*, p. 291.

¹⁰ *Ibidem*, p. 291.

Carvalho, sustenta que se realizam de modo variado, dependendo dos diversos sistemas constitucionais. Sintetiza que a mudança constitucional se divide, basicamente, nos processos de reforma, revisão e emenda.¹¹

Partindo da análise do pensamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

“[...] Reforma seria sempre uma alteração que abranja o texto todo. Revisão seria sinônimo de reforma, mas principalmente quando periodicamente programada. Já a emenda, seria apenas a alteração pontual do texto constitucional”.¹²

Carvalho, por meio das lições de Jair Eduardo Santana, afirma que a reforma é termo genérico e amplo, abrangendo tanto a revisão como a emenda, sendo todo tipo de modificação formal da constituição. Logo, a reforma é o gênero de que são espécies a emenda e a revisão.¹³

Ressalta-se, ainda, o pensamento de Raul Machado Horta em que emenda, reforma e revisão são manifestações do poder constituinte, que recebem ou não tratamento distinto devido às suas especificidades. Aduz que no Direito Constitucional Positivo os institutos da reforma, emenda e revisão, ora podem se apresentar de forma individualizada, tratando de matérias distintas e de procedimentos destacados, ora podem se apresentar de forma unificada, não fazendo qualquer distinção entre si, distanciando a pluralidade de atuação do poder constituinte derivado já que não haverá distinção entre os três fenômenos. Na literalidade de suas palavras, Horta descreve que:

“[...] Reforma, Emenda e Revisão, são manifestações do poder constituinte instituído, que podem receber tratamento diferenciado, atribuindo a cada uma dessas formas objeto próprio de atividade, bem como tratamento indiferenciado, sem distinguir uma da outra manifestação pela forma ou matéria de sua atividade. No Direito Constitucional Positivo, reforma, emenda e revisão ora se apresentam individualizadas, recebendo matérias distintas e enquadradas em procedimentos destacados, ora se apresentam individualizadas, ora aparecem unificadas, em regulação comum e igual, que

¹¹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 16. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 343-344.

¹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 77.

¹³ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 16. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 344.

extingue a pluralidade das formas do poder constituinte derivado”.¹⁴

Contextualizando os conceitos acima analisados com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Kildare Gonçalves Carvalho destaca a atuação do constituinte originário, que no artigo 60, da nossa Carta Constitucional, tratou sobre o processo de reforma do texto constitucional, mais especificamente das emendas à constituição.¹⁵ Esse processo de emenda ocorrerá de forma mais dificultosa do que a alteração e criação de leis comuns, devido à rigidez de nossa Carta Política.¹⁶

Por fim, em relação as mudanças formais constitucionais, deve-se atentar, ainda, para a inteligência do artigo 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, quanto ao processo de revisão do texto constitucional: “Art. 3º. A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral”.¹⁷

O processo de revisão do Texto Constitucional de 1988 foi cronologicamente programado para ocorrer cinco anos após a promulgação da Constituição. Destarte, a revisão do Texto Constitucional ocorreu entre 14 de setembro de 1993 e 7 de junho de 1994, esgotando assim qualquer ocorrência posterior, tendo em vista o que foi prescrito no supracitado artigo pela manifestação e intenção do poder constituinte originário,

¹⁴ HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pp. 107-108.

¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2012.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

¹⁶ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 16. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 349.

¹⁷ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2012.

acarretando o seu exercício em autêntica alteração formal da nossa Carta Política.¹⁸

Passando agora à análise das mudanças informais da Constituição, vale destacar que essas mudanças informais, ou não formais, do Texto Constitucional vêm ganhando cada vez mais espaço na doutrina hodierna. São vistas como processos não previstos pela inteligência do Texto Constitucional. O entendimento doutrinário majoritário é que as Constituições não sofrem alterações apenas por meio de emendas constitucionais, formais, mas com maior frequência tem ocorrido mudanças quase que imperceptíveis no Texto Político em decorrência de mudanças no ambiente político, econômico ou, ainda, pelos costumes.¹⁹

Ao tratar da possibilidade de alteração e modificação das Constituições rígidas, o professor José Horácio Meirelles Teixeira expõe que:

“[...] Seria errôneo, entretanto, e mesmo ingênuo, pensar-se que as Constituições rígidas somente pudessem sofrer alterações através de técnicas jurídicas expressa e previamente estabelecidas, e que o impacto da evolução política e social somente pudesse atuar sobre elas através desses canais, e que a vida deveria necessariamente acomodar-se, em seu eterno fluxo de progresso, dobrando-se com docilidade ao sabor dessas fórmulas e apenas ao juízo de políticas e legisladores”.²⁰

No mesmo diapasão, Anna Cândida da Cunha Ferraz expressa que: “[...] As revisões formais não são os únicos meios de mudanças dos sistemas constitucionais”.²¹

E segue no pensamento de que:

“[...] Para se conhecer bem o desenvolvimento da vida constitucional de um Estado é preciso, com efeito, não perder de vista múltiplas modificações não formais das normas escritas constitucionais, que sempre ocorrem de modo

¹⁸ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 16. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 345.

¹⁹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 6.

²⁰ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Apostilas de Direito Constitucional*. São Paulo: Fadusp, 1961, p.72.

²¹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 6-7.

mais ou menos acentuado, segundo os diversos sistemas”.²²

Anna Cândida, seguindo a linha de pensamento de Karl Wheare, acentua que as mudanças constitucionais podem ser originadas por dois modos, em primeiro lugar quando “surgem mudanças nas circunstâncias sociais, que, se não modificam o texto da Constituição, impõem-lhe, todavia, significado totalmente diferente do até então atribuído, ou perturbam o equilíbrio constitucional; uma segunda forma de mudança constitucional, mais patente, ocorre quando tais forças dão origem a circunstâncias que conduzem a modificações da Constituição, seja por emenda formal, seja por intermédio de uma decisão judicial, ou pelo desenvolvimento ou criação de algum uso ou convenção de natureza constitucional.”²³

Prescreve a autora que as mudanças constitucionais, que não decorrem da atividade do poder formal de revisão do texto constitucional, ou seja, as mudanças informais constitucionais, são cada vez mais presentes na vida constitucional dos Estados, e não podem ser ignoradas.²⁴

Ferraz aponta que há autores que vão além, e afirmam que a mudança informal constitucional como uma tentativa de estancar e diminuir reformas formais constantes que “constituem uma transformação defeituosa das disposições constitucionais”, que produzem certas contradições em relação aos princípios essenciais previstos pelo constituinte originário.²⁵

1.2 Limites da Reforma Constitucional

Prima facie, cumpre destacar que o poder de reforma constitucional é decorrente da atuação do poder constituinte derivado, poder este constituído pelo poder constituinte originário. Tendo em vista sua decorrência da vontade do poder constituinte originário, o poder constituinte derivado, limitado e condicionado, no exercício da reforma

²² FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p.7.

²³ Ibidem, p. 7.

²⁴ Ibidem, p. 7.

²⁵ Ibidem, p. 7-8.

constitucional deve respeitar certos parâmetros, limites e vedações em sua atuação.²⁶

É por conta dessa decorrência do poder constituinte originário que o poder constituinte derivado não poderá fazer todas as reformas constitucionais a ele solicitadas. Esse é o entendimento esboçado por Uadi Lammêgo Bulos:

“[...] Por ser problema técnico-jurídico, a reforma de uma Carta Magna, seja para atingir gama maior de matérias (revisão), seja para localizar-se em pontos específicos (emenda), está sujeita a determinados parâmetros, limites ou vedações, conforme reconhece a maior parte da doutrina. De fato, sendo o poder reformador subordinado e instituído pelo instrumento que lhe traçou o perfil e ditou a sua competência, qual seja o poder constituinte originário, nem tudo ele pode, nem a todas as manifestações solicitadas poderá satisfazer”.²⁷

No mesmo diapasão, segue o entendimento de Paulo Gustavo Gonet Branco, em suas lições ao lado de Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho:

“[...] O poder de reforma – expressão que inclui tanto o poder de emenda como o poder de revisão do texto (art. 3º do ADCT) – é, portanto, criado pelo poder constituinte originário, que lhe estabelece o procedimento a ser seguido e limitações a serem observadas. O poder constituinte de reforma, assim, não é inicial, nem incondicionado e nem ilimitado. É um poder que não se confunde com o poder originário, estando subordinado a ele. Justamente a distinção entre os poderes constituinte originário e derivado justifica, conforme o magistério de Gilmar Ferreira Mendes, o estabelecimento de restrições a este”.²⁸

Seria um enorme equívoco acreditar que os investidos pelo poder constituinte derivado, reformador, encarregados da árdua tarefa de modificar a *Lex Legum*, poderiam fazer tudo com fito de adaptá-la a novos anseios sociais e a novas realidades fáticas da sociedade. Se isso acontecesse, esses investidos estariam autorizados a exercer o próprio poder constituinte originário, podendo inovar o ordenamento constitucional como um todo, criando um novo Estado de Direito, sem que fosse necessário seguir qualquer limite para tanto, e não simplesmente alterando o Texto Constitucional já instituído ao momento da

²⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 33.

²⁷ *Ibidem*, p. 33.

²⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, MENDES, Gilmar Ferreira e COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p.247.

reforma. Nesta linha, os titulares do constituído poder de reforma têm de exercitá-lo perante certos parâmetros constitucionais.²⁹

Em atenção aos ensinamentos de Kildare Gonçalves Carvalho, o poder constituinte derivado, desde o seu nascimento, é limitado. Cuida-se de limitações jurídicas destinadas à sua atuação. São identificadas, em geral, quatro tipos de limitações, quais sejam: Limitações temporais; limitações circunstanciais; limitações formais; e limitações materiais.³⁰

Carvalho sustenta em seu magistério que as limitações temporais são aquelas que proíbem a reforma constitucional por um prazo determinado, justificando-se pela necessidade de garantir certa estabilidade ao novo Texto Constitucional imposto pelo constituinte originário. As limitações circunstanciais estão contidas expressamente no artigo 60, §1º, da Constituição Federal de 1988, e têm como papel principal impedir a mudança constitucional durante o período de intervenção federal, estado de sítio e estado de defesa, evitando, assim, que a Constituição seja retalhada durante um período de fragilidade política.³¹

Nas palavras de Uadi Lammêgo Bulos:

“[...] Nas hipóteses de intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio, inexistente equilíbrio indispensável à realização de mudanças no Documento Supremo.

Daí as constituições consagrarem esses limites, por entenderem que em tais casos faltam dois elementos primordiais para se empreender qualquer reforma na ordem constituída: a serenidade e a ponderação.

Elementos dessa estirpe procuram assegurar que as deliberações sejam tomadas em ambiente de paz e liberdade, evitando possíveis imposições da força ou de certos interesses unilaterais”³².

Já os limites formais ao poder de reforma estão previstos no artigo 60, I, II e III, combinados com os §§ 2º e 5º, da Constituição Federal de 1988, vinculando o poder de reforma a determinado procedimento, comum das constituições rígidas, cuja característica

²⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 33.

³⁰ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 10. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 176.

³¹ *Ibidem*, p. 176.

³² BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 34.

principal é justamente a maior dificuldade de alteração de seu texto. Cumpre ressaltar que a alteração dessas regras de modificação que traçam os limites formais não é possível, por se mostrarem como limitações implícitas ao poder de reforma.³³

Nesse sentido, Bulos afirma que:

“[...] As vedações formais compreendem o procedimento imposto à realização da reforma, seja ela ampla (revisão) ou restrita (emenda). São limites procedimentais, como aqueles previstos no art. 60, I, II, III, §§ 2º e 5º, da Constituição brasileira vigente”.³⁴

Quanto aos limites materiais do poder de reforma, Carvalho esclarece que consistem, exatamente, no cerne imodificável do Texto Constitucional, qual seja, suas cláusulas pétreas. Os limites materiais, quanto cláusulas pétreas, revelam as opções que o constituinte originário elegeu como inalteráveis, exceto no caso de ampliação da abrangência do dispositivo. Como é sabido, os limites materiais ao poder de reforma estão contidos no artigo 60, § 4º, da Constituição Federal.³⁵

1.3 Da Etapa da Mutação Constitucional e do Poder Constituinte Difuso

De acordo com a doutrina de Uadi Lammêgo Bulos, não há terminologia precisa e uniforme para cognominar o processo da mutação constitucional. Nesse ponto, o autor revela que a mutação constitucional tem recebido diversas denominações por parte da doutrina constitucional.³⁶ Dentre elas destacam-se: vicissitude constitucional tácita; mudança constitucional silenciosa; transições constitucionais; processos de fato; mudança material; processos indiretos; processos não formais; processos informais; e processos oblíquos:

“[...] Inexiste terminologia uniforme para cognominar o fenômeno das mudanças constitucionais informais.
Vicissitude constitucional tácita, mudança constitucional silenciosa,

³³ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 10. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 176.

³⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 36.

³⁵ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 10. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 177.

³⁶ Entenda-se doutrina pelo conjunto de estudiosos do Direito Constitucional que voltaram suas pesquisas ao fenômeno da mutação constitucional, dentre eles: Anna Cândida Ferraz, Uadi Lammêgo Bulos, Luis Roberto Barroso, Kildare Gonçalves Carvalho, José Joaquim Gomes Canotilho, Celso Ribeiro Bastos, Luis Pinto Ferreira.

transições constitucionais, processos de fato, mudança material, processos indiretos, processos não formais, processos informais, processos oblíquos”.³⁷

No mesmo sentido, alinha-se o entendimento de Anna Cândida da Cunha Ferraz na afirmação de que “[...] Não há, na doutrina, tratamento uniforme e sistemático dos processos não formais de mutação constitucional. Não há consenso sequer quanto à terminologia”.³⁸

Segundo a autora, alguns dos rótulos utilizados para se referir às mutações constitucionais são: processos oblíquos, processos não formais, processos de fato, revisão informal e mudança material.³⁹

Diante dessa falta de uniformidade para com a terminologia a ser adotada para designar o fenômeno da mutação constitucional, Bulos acredita que o uso de qualquer dessas expressões em se tratando de mutação constitucional é perfeitamente aceitável se tendente a demonstrar a ocorrência de alterações no texto constitucional sem a ocorrência da atividade do poder reformador. O autor informa, ainda, que as mutações constitucionais são oriundas do poder constituinte difuso, e, por conseguinte, afirma que essas mudanças informais são difusas, tendo em vista o seu surgimento da necessidade de adaptação do texto constitucional a realidade do Estado, aos fatos concretos da sociedade:

“[...] O uso de uma ou de outra expressão alcança o mesmo resultado, pois revela a existência de alterações operadas no texto da constituição diversas da atividade, adrede demarcada, do poder reformador.

Levando em conta a existência do poder constituinte difuso, sugerimos o nome meios difusos para demarcar as mutações constitucionais.

Deveras, as mudanças informais são difusas. Nascem da necessidade de adaptação dos preceitos constitucionais ao fato concreto, de modo implícito, espontâneo, indireto, quase imperceptível, sem quaisquer formalidades. Atuam modificando o significado da constituição, mas sem vulnerar-lhe o conteúdo expresso. Tornam-se perceptíveis quando comparamos o entendimento dado às cláusulas constitucionais em momentos afastados no

³⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 423.

³⁸ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 12.

³⁹ *Ibidem*, p. 12.

tempo”.⁴⁰

Nesta esteira, diante das várias denominações dadas pela doutrina a esse processo informal de alteração do Texto Constitucional, para os fins desta pesquisa utilizaremos do termo mutação constitucional.

De acordo com o entendimento de Uadi Lammêgo Bulos, o fenômeno da mutação constitucional é fruto oriundo da atuação do denominado poder constituinte difuso. Poder esse que, mesmo sem expressa previsão constitucional, faz-se presente na vida dos ordenamentos jurídicos.⁴¹

Segundo o autor, o poder constituinte difuso tem por finalidade alterar e modificar a substância dos preceitos constitucionais, de modo informal, ou seja, muda a essência, o entendimento do texto constitucional, sem que nele provoque emendas ou reformas. Embasado nas orientações de Georges Burdeau, Bulos se posiciona no sentido de que:

“[...] O poder constituinte difuso é aquele que atua na etapa da mutação constitucional. É chamado de difuso porque não vem formalizado nas constituições. Mesmo assim, está presente na vida dos ordenamentos jurídicos.

Cabe ao poder constituinte difuso alterar os preceitos constitucionais informalmente, ou seja, sem revisões nem emendas”.⁴²

Contextualizando os conceitos de poder constituinte, outrora expostos, com o pensamento de Uadi Lammêgo Bulos a respeito do poder constituinte difuso, pode-se extrair da comparação entre o poder constituinte originário, o poder constituinte derivado e o poder constituinte difuso, a ideia de que o poder originário é aquele que dá origem à Constituição, o poder derivado é aquele capaz de reformá-la e o poder difuso é aquele que mesmo sem gerar qualquer modificação no texto constitucional, pode alterá-lo, sem ao menos

⁴⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 423.

⁴¹ *Ibidem*, p. 421.

⁴² *Ibidem*, p. 421.

mudar um sinal de pontuação:

“[...] enquanto o poder originário é a potência, que faz a constituição, e o poder derivado, a competência, que a reformula, o poder difuso é a força invisível que a altera, mas sem mudar-lhe uma vírgula sequer”.⁴³

Bulos completa, ainda, que o poder constituinte difuso é uma força latente, que informalmente altera o texto constitucional, mais precisamente, atualizando e complementando a atuação dos poderes constituintes originário e derivado, por meio das mutações constitucionais.⁴⁴

Tendo em vista esse caráter de latência do poder constituinte difuso, o seu surgimento se dá de forma espontânea na vida constitucional dos Estados, possuindo natureza fática, a qual se revela por meio de fatos sociais, políticos e econômicos.⁴⁵

Ao caracterizar o poder constituinte difuso, o autor atribui a ele um caráter de permanência, informalidade e continuidade. Permanente, porque acompanha toda a vigência do texto constitucional; Informal, porque não advém da ideia expressa do legislador constituinte no texto constitucional; e Contínuo porque pode complementar a Constituição ao longo do tempo. Aduz, ainda, que a forma de manifestação do poder constituinte difuso é a mutação constitucional. Na literalidade do discurso de Bulos, a definição dos atributos do poder constituinte difuso:

“[...] Latência – o poder difuso apresenta-se em estado de latência, daí ser um poder invisível, apenas aparecendo quando necessário, para ser exercido pelos órgãos constitucionais, aos quais compete aplicar a constituição, interpretando-a, escandindo-a se preciso for, a fim de dar-lhe efetividade.
Permanência – o poder difuso não é menos real do que aquele que atua na etapa de criação e mudança formal das constituições federais e estaduais. Sua ação é permanente e o seu procedimento não vem consagrado de modo expreso, embora atribua às constituições feições novas, outrora não contempladas quando da feitura dos seus preceptivos.
Informalidade – o poder difuso não é inicial, autônomo, nem incondicionado.

⁴³ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 421.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 421.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 421-422.

Também não é secundário, limitado ou, sequer, condicionado. Não vem previsto pelos mecanismos instituídos na ordem jurídica, porque é informal, ou seja, não promana da linguagem prescritiva do legislador constituinte. As praxes constitucionais advêm desse contexto, abrangendo convenções, usos e costumes.

Continuidade – o poder difuso emerge, com vigor, nos casos de lacunas constitucionais, em que o Executivo, o Legislativo e o judiciário têm a missão, senão o dever sacrossanto, de fazer valer a constituição. Daí o caráter de continuidade d poder difuso, pois, nos casos de vazios normativos, ele permite que a obra do constituinte inicial e do reformador seja complementada, por meio da interpretação e até dos usos e costumes. Assim, os Poderes Públicos continuam a obra do constituinte originário, colmatando os espaços em branco do produto constitucional normado⁴⁶.

Partindo da ideia de natureza fática das mutações constitucionais, assim como do poder constituinte difuso, as mutações não possuem um procedimento expresso, operando nas constituições mudanças de fato, que na maioria das vezes são quase que imperceptíveis por decorrência de se processarem lentamente no tempo.⁴⁷

⁴⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 421-422.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 422.

2 O FENÔMENO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E SUAS PECULIARIDADES

2.1 O Fenômeno da Mutação Constitucional

Sabe-se que os Textos Constitucionais surgem com o intuito e a finalidade de serem permanentes cronologicamente. No entanto, resta claro que o próprio transcurso do tempo faz com que os anseios políticos, econômicos, sociais e culturais da sociedade, regida por esses textos, venham a se modificar, exigindo assim que o poder constituinte derivado venha a se manifestar para atender, dentro das possibilidades legais, esses novos interesses.⁴⁸

Como visto anteriormente, a forma de manifestação do poder constituinte derivado para atender tais interesses, nesses casos de insatisfação social, se dá por meio das reformas constitucionais, sejam elas formais ou informais.⁴⁹

Introduzindo o assunto, Anna Cândida da Cunha Ferraz revela seu pensamento de que na realidade constitucional as Constituições rígidas sofrem outros tipos de mudança em paralelo com as reformas formais. Com o passar dos tempos as Constituições vão se adaptando à nova realidade, assumindo sentidos e novos significados sem que para isso ocorra qualquer alteração no texto. As mudanças informais do texto constitucional percebem assim, um relevo especial em paralelo com as mudanças formais.⁵⁰

Como forma dessas mudanças não formais da Constituição, vem recebendo especial atenção dos estudiosos do direito constitucional, a denominada mutação constitucional. Como meio informal de alteração constitucional, pode-se dizer que tais mudanças atingem apenas o significado, o sentido ou o alcance do texto constitucional.⁵¹

⁴⁸ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*: mutações constitucionais e inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 7.

⁴⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 30-31.

⁵⁰ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*: mutações constitucionais e inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 6-7.

⁵¹ *Ibidem*, p. 6-7.

Discorrendo sobre o fenômeno da mutação constitucional, Bulos, defende que é por meio das mutações constitucionais que o texto constitucional pode ser alterado sem que lhe ocorra qualquer emenda ou revisão. Partindo desse entendimento, afirma que é através desse processo informal de mudança da Constituição que pode se atribuir novos sentidos e entendimentos ao texto, indiscutivelmente não contemplados pelo legislador originário. Alerta, ainda, para o fato de que não é só por meio das reformas constitucionais que o texto constitucional se modifica para se adequar às novas exigências sociais, políticas, econômicas e jurídicas do Estado e da sociedade.⁵²

Nesse mesmo sentido, Barroso aduz ser a mutação constitucional a alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem que seja observado o mecanismo constitucional previsto para a alteração do texto via emendas, e que a mudança não acarrete qualquer modificação no texto em si, alterando apenas o significado da norma. O novo significado ou alcance da norma constitucional advém de mudança da realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, em forma de uma releitura do que deve ser considerado justo.⁵³

Convém registrar a distinção que a doutrina faz ao discorrer sobre a reforma constitucional formal e a reforma constitucional informal, quanto processo de mutação constitucional. A primeira se expressa por meio das modificações constitucionais regulamentadas pela própria carta constitucional (acréscimos, supressões, emendas); a segunda se verifica na mudança, não da própria letra da lei, mas sim do sentido, do significado e do alcance das normas constitucionais, por meio de nova interpretação judicial, de costumes, etc. Essas alterações informais, em regra, se operam de forma lenta e constante, o que as torna quase imperceptíveis quando não comparadas com o entendimento dado ao texto constitucional em outros momentos:⁵⁴

“[...] Especial interesse vem despertando, assim, o estudo das alterações não formais da Constituição, mas que atingem o significado, o sentido ou o alcance do texto constitucional.

⁵² BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 422.

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 126-127.

⁵⁴ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*: mutações constitucionais e inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 9.

Daí a distinção que a doutrina convencionou registrar entre reforma constitucional e mutação constitucional; a primeira consiste nas modificações constitucionais reguladas no próprio texto da Constituição (acréscimos, supressões, emendas), pelos processos por ela estabelecidos para sua reforma; a segunda consiste na alteração, não da letra ou do texto exposto, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas”.⁵⁵

Uadi Lammêgo Bulos defende existir na Constituição uma espécie de inalterabilidade relativa, pois as normas chegam a sofrer alterações que não observam as formalidades previstas no princípio da rigidez constitucional, por tratar-se de modificações simplesmente de sentido, significado. Nesse ponto, trata do caráter dinâmico do ordenamento jurídico que propicia as Constituições, sem emendas ou revisões, assumirem novos sentidos, renovando-se informalmente.⁵⁶

A denominação mutação constitucional, quanto processo informal de alteração das disposições constitucionais, não é utilizada de forma uniforme pela doutrina, amparando de uma só vez, duas subespécies de mutação constitucional: aquelas que não contrariam a Constituição e seus fundamentos. E aquelas que vão de encontro à Carta Política, contrariando a norma suprema, as quais não devem prevalecer. Como exemplo das primeiras, destacam-se as interpretações jurisdicionais que estabelecem novo sentido à lei, sem, contudo desrespeitá-la. Por outro lado pode-se afirmar como exemplo da segunda subespécie a utilização de lei integrativa inconstitucional, o costume *contra constitutionem*, etc.⁵⁷

Denomina-se mutação constitucional, apenas, o processo de alteração ou modificação do sentido, do significado e do alcance da constituição, sem que haja qualquer contrariedade a seu texto. A alteração constitucional informal que modifica o ordenamento constitucional contrariando-o, extrapolando os limites permitidos à alteração constitucional,

⁵⁵ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 9.

⁵⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 422.

⁵⁷ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 9.

fixados pela própria constituição, ou seja, alterações com caráter inconstitucional, são conhecidas por mutações inconstitucionais. Seguem as palavras de Anna Cândida:

“[...] A expressão mutação constitucional é reservada somente para todo e qualquer processo que altere ou modifique o sentido, o significado e o alcance da Constituição sem contrariá-la; as modalidades de processos que introduzem alteração constitucional, contrariando a Constituição, ultrapassando os limites constitucionais fixados pelas normas, enfim, as alterações inconstitucionais são designadas por mutações inconstitucionais”.⁵⁸

Ferraz sintetiza que o fenômeno da mutação constitucional altera o significado, o sentido e o alcance do texto supremo, sem que lhe seja violada a essência, o cerne da Constituição. Ressalta-se que esta é a característica fundamental da mutação constitucional e que por meio dela a alteração informal dos dispositivos constitucionais pode ser aceita e acolhida de forma constitucional pela Lei Magna.⁵⁹

Essas alterações não formais da Constituição, realizadas fora das modalidades expressamente previstas de exercício do poder constituinte instituído ou derivado, são justificadas e possuem fundamentos jurídicos. Revelam-se, na verdade, como forma de manifestação de uma espécie inorganizada do poder constituinte, denominado de poder constituinte difuso.⁶⁰

Anna Cândida, partindo dos ensinamentos de Burdeau, leciona que:

“[...] Se o poder constituinte é uma força que faz ou transforma as constituições, é necessário admitir que sua ação não é limitada às modalidades juridicamente organizadas de seu exercício. Na verdade, ele não cessa jamais de agir. Percebe-se geralmente esta ação permanente quando se qualifica o costume constitucional. Há um exercício cotidiano do poder constituinte que, por não ser registrado pelos mecanismos constitucionais, não é menos real.

Fiéis aos métodos tradicionais, analisaremos o exercício do poder constituinte segundo as formas codificadas, mas sem esquecer que, por serem as mais visíveis, elas não são, talvez, as mais perfeitas nem as mais

⁵⁸ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 9-10.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 9-10.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 10.

eficazes”.⁶¹

Como se sabe, com o passar dos tempos o Texto Constitucional passa a exigir determinadas complementações em virtude dos novos anseios da sociedade. Essa complementação da Constituição ocorre por meio da atuação do poder constituinte difuso, o qual faz continuar a vigor por meio de adaptações, a obra constituinte original. O fundamento primordial do poder constituinte difuso busca sua origem na própria Constituição, na Lei Fundamental do Estado, mesmo que seja de um modo inorganizado e implícito. Desta feita, o poder constituinte difuso é de fundamental importância para um Estado de Direito e para a permanência de sua Carta Magna, tendo em vista a sua capacidade de adaptar, definir, resolver obscuridades da Constituição sem diminuir a letra da Constituição escrita.

“[...] Destina-se a função constituinte difusa a complementar a Constituição, a preencher vazios constitucionais, a continuar a obra constituinte. Decorre diretamente da Constituição, isto é, o seu fundamento flui da Lei Fundamental, ainda que implicitamente, e de modo difuso e inorganizado. É uma decorrência lógica da Constituição, na medida em que esta é uma obra que nasce para ser efetivamente aplicada, sobretudo naquilo que tem de essencial, e o essencial, por vezes, é incompleto, exigindo atuação ulterior, capaz de defini-lo, precisá-lo, resolver-lhe as obscuridades, dar-lhe continuidade e aplicação, sem vulnerar a obra constitucional escrita”.⁶²

Neste prisma, pode-se entender que a mutação constitucional é a modificação apenas das normas, permanecendo o texto constitucional intacto, sendo que novo sentido foi aplicado ao texto em si sem qualquer alteração das palavras. Sustenta ser o fenômeno das mutações constitucionais uma constante na vida do Estado, tendo em vista que as constituições são organismos vivos que devem acompanhar as evoluções sociais, econômicas e políticas da sociedade, e que por isso modificam não o texto constitucional, mas a norma, o seu sentido, significado e alcance.⁶³

No mesmo sentido e em breve síntese, Manoel Jorge e Silva Neto expõe que o fenômeno da mutação constitucional guarda relação íntima com a expressão: o Estado é

⁶¹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 10.

⁶² *Ibidem*, p. 10.

⁶³ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 422-423.

processo, ou seja, o Estado encontra-se em constante evolução e, por conseguinte deve sujeitar-se às mudanças e adaptações impostas pela sociedade. Destarte, se o Estado se revela como processo, o texto constitucional, base do Estado de Direito, deve de modo contínuo acompanhar esse processo, sujeitando-se, também, as transformações e adaptações para com a realidade da sociedade, tendo em vista que o texto constitucional não é algo eterno.⁶⁴

2.2 Interpretação da Constituição como Meio de Mutação Constitucional

O fenômeno da mutação constitucional se dá por meio de um processo reformador dos dispositivos constitucionais, sem que com isso se modifique o texto descrito na Lei Maior. Tal processo provoca a modificação e alteração do significado, do sentido e/ou do alcance do próprio texto constitucional, dado originalmente pelo constituinte ao tempo da criação da constituição, entretanto, sem modificar, o texto descrito no dispositivo constitucional. É o entendimento de Anna Cândida da Cunha Ferraz:

“[...] Assim, em síntese, a mutação constitucional altera o sentido, o significado e o alcance do texto constitucional sem violar-lhe a letra e o espírito. Essa característica fundamental que merece, por ora, ser ressaltada. Trata-se, pois de mudança constitucional que não contraria a Constituição, ou seja, que indireta ou implicitamente, é acolhida pela lei maior”.⁶⁵

Ao contrário do processo reformador formal, que atua por meio de emendas constitucionais e encontra-se previsto no artigo 60, da Constituição vigente, a ocorrência da mutação constitucional não está expressamente prevista no corpo do texto constitucional de 1988, podendo acontecer de diversas formas atípicas: interpretação, construção, costumes e práticas constitucionais. As formas que ocasionam a ocorrência de mutação constitucional, segundo o entendimento de Bulos, são: A interpretação, a construção judicial, os usos e costumes, as complementações legislativas, as práticas governamentais, legislativas e judiciárias e até mesmo, a influência dos grupos de pressão. Eis o discurso de Bulos, em sua literalidade:

“[...] podem ocasionar mutações constitucionais: a interpretação, a

⁶⁴ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed., São Paulo: Lumem Juris, 2010, p. 23-24.

⁶⁵ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 10.

construção judicial, os usos e costumes, as complementações legislativas, as práticas governamentais, legislativas e judiciárias e até mesmo, a influência dos grupos de pressão”.⁶⁶

Tendo em vista a extensão do tema, mutação constitucional, e suas várias peculiaridades e especificações, cumpre abordarmos, neste momento, tão somente o fenômeno da mutação constitucional proveniente do processo de interpretação constitucional, tendo em vista que o intuito desta pesquisa é a análise da nova interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, como hipótese de mutação constitucional via interpretação.

Segundo o entendimento de Anna Cândida da Cunha Ferraz, interpretar consiste em atribuir significado as coisas, sinais, fatos; tentar entender o sentido e buscar o real significado de algo ou de alguma coisa. Projetando esse pensamento para o Direito, a autora utilizando-se das palavras de Carlos Maximiliano, afirma que interpretar é determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.⁶⁷

Nesse mesmo prisma, leciona Celso Ribeiro Bastos que a atividade de interpretação, em relação ao Direito, pode ser descrita como o procedimento utilizado pelos intérpretes do direito para descobrir o significado e alcance das normas. *In verbis*: [...] Entende-se a interpretação como a determinação do conteúdo exato de palavras, a imputação do significado à norma, sua explicitação em concreto, face a determinado caso. É a reconstrução do conteúdo da norma.⁶⁸

Em relação à necessidade de se interpretar as normas jurídicas, parte da doutrina divergia tendo em vista que algumas normas são autoexplicativas. Acreditava-se ser prescindível a interpretação de normas de clara compreensão, exigindo interpretação apenas aqueles dispositivos normativos ambíguos e obscuros. Em contrapartida, Carlos Maximiliano lança a ideia de que independentemente de ser a norma nítida ou obscura, o que lhe dá sentido

⁶⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 66.

⁶⁷ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 19.

⁶⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997, p. 28.

e alcance é a interpretação.⁶⁹

No mesmo diapasão, encontra-se o pensamento de Inocêncio Mártires Coelho ao refutar o fundamento de ser desnecessário interpretar os dispositivos normativos claros. O autor expõe, ainda, que o processo de interpretação não é somente a procura de sentidos e significados a alguma norma jurídica, é também, o processo de escolha dentre os significados possíveis, em busca daquele que mais se amolde ao caso concreto:

“[...] Refutando esse modo de ver das coisas – e após ressaltar a natureza da problemática de toda interpretação, porque em seu âmbito o intérprete deve considerar os diferentes significados possíveis de um termo ou de uma seqüência de palavras, para escolher aquele que lhe pareça o correto -, refutando, essa visão equivocada do afazer hermenêutico”⁷⁰.

Reforçando esse pensamento, Celso Ribeiro Bastos, afirma ser indispensável a interpretação dos dispositivos normativos, mesmo que sejam de explícita clareza:

“[...] A norma, a seu turno, por mais que queira tê-la por líquida e transparente, nem por isso prescindirá de uma (inafastável) interpretação. Aliás essa visão do preceito como portador de uma enorme clareza é, em si mesma, como já se adiantou uma forma de interpretação. Há uma defasagem entre a norma e o caso que a ela se submete. É exatamente esse vazio que deve ser preenchido pelo intérprete”⁷¹.

Continua o autor, no entendimento de que independentemente da clareza dos dispositivos normativos, a sua interpretação deve ser permanente, tendo em vista sua amplitude, a ponto de necessitar, por ocasiões adversas, da adaptação e adequação pelo exegeta, da norma ao caso concreto:

“[...] E a razão disso está principalmente no fato de que os preceitos normativos disso estão principalmente no fato de que os preceitos normativos são sempre abstrações da realidade. Para que a lei cumpra seu

⁶⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 29.

⁷⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 55.

⁷¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997, p. 32.

propósito de disciplinar um número infindável de situações, faz-se necessário recorrer a um alto nível de generalidade e abstração, o que acarreta, inevitavelmente, a imprecisão terminológica. A interpretação é sempre um pressuposto necessário para a aplicação da regra jurídica”.⁷²

A aplicação da norma equipara-se à execução de um dispositivo normativo que foi anteriormente interpretado. Nas palavras de Celso Ribeiro Bastos:

“[...] A hesitação diante da letra da lei ocorre no momento de aplicação do Direito. Por isso é que se pode validamente dizer que por meio da interpretação buscar-se o conteúdo próprio da norma que será aplicada. Trata-se de um verdadeiro esclarecimento da norma jurídica com vistas à sua execução”.⁷³

Diante dessas considerações iniciais sobre o instituto da interpretação como meio de se alcançar o significado e o sentido das normas⁷⁴ cumpre analisar a mutação constitucional oriunda desse instituto, mais especificamente em relação aos dispositivos da Constituição Federal.

Cumpre ressaltar que não se pode, a pretexto de se respeitar o espírito da Constituição, petrificar-lhe o significado, o alcance, torná-la estática, inadequada ao presente ou inadaptável a necessidades futuras.⁷⁵

Sobre o assunto em tela, pode-se dizer que quando é atribuído à Constituição um novo sentido, antes não vislumbrado pelo legislador originário; quando, ao se aplicar a lei constitucional esta tiver maior abrangência, atingindo situações inicialmente não imaginadas pelo constituinte estaremos diante do fenômeno da mutação constitucional. Resumindo, de forma clara, Ferraz ensina que quando se altera o significado, o sentido ou o alcance das normas constitucionais, sem que ocorra qualquer alteração na letra do texto expresso, tratar-se-á de mutação constitucional:

⁷² BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997, p. 32.

⁷³ *Ibidem*, p. 30.

⁷⁴ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 19.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 58.

“[...] Sempre que se atribui à Constituição sentido novo; quando, na aplicação, a norma constitucional tem caráter mais abrangente, alcançando situações dantes não contempladas por ela ou comportamentos ou fatos não considerados anteriormente disciplinados por ela; sempre que, ao significado da norma constitucional, se atribui novo conteúdo, em todas essas situações se está diante do fenômeno da mutação constitucional.

Em resumo, ocorre mutação constitucional por via de interpretação constitucional quando, por esse processo, se altera o significado, o sentido ou o alcance do texto constitucional, sem que haja modificação na letra da Constituição”.⁷⁶

Bulos observa que o processo da mutação constitucional oriundo da interpretação das normas constitucionais é, senão, a alteração do significado e/ou do sentido dos textos e não a modificação nas palavras, na escrita. É nesse momento que se mostra a alta relevância do intérprete em interpretar o texto constitucional, tendo em vista a necessidade de se adequar e adaptar a Constituição as novas realidades do Estado. Nas palavras do autor:

“[...] é possível compreender uma constituição como um organismo vivo, porque no seu preparo, no ato mesmo da sua criação, é incumbência do legislador prever possíveis modificações futuras, o que exige conferir às normas elasticidade, abrindo perspectivas de recepção de fatos novos, surgidos após o advento do Documento Supremo”.⁷⁷

Ferraz entende que o processo de mutação constitucional por meio de interpretação pode ser facilmente percebido numa das seguintes situações: a) quando há um alargamento do sentido do texto constitucional, aumentando, então, a sua abrangência com o fito de alcançar novas realidades; b) quando ocorre certa adaptação da Lei Maior à nova realidade social, não prevista no momento da elaboração da Constituição; c) quando se altera a interpretação anterior da Constituição, lhe empregando novo sentido, atendendo à evolução da realidade constitucional.⁷⁸

Dessa feita, a ocorrência de mutação por intermédio da interpretação constitucional é válida, tendo em vista que com o passar do tempo o texto constitucional tende

⁷⁶ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 56-57.

⁷⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 6.

⁷⁸ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 58-59.

a exigir de seus intérpretes novas interpretações, na busca de atender aos novos anseios sociais, políticos, econômicos e culturais da própria sociedade, sendo, portanto, esperado que a essência das normas constitucionais sofram modificações, de acordo com as necessidades do Estado. Segue o discurso literal de Uadi Lammêgo Bulos:

“[...] O subsistema normativo do direito constitucional logra, pois, a índole prospectiva, em constante modificação, para acompanhar o dinamismo da vida. O constituinte por mais arguto que seja não consegue reduzir os comandos normativos às necessidades do momento, emitindo prescrições normativas para disciplinar a unanimidade das situações”.⁷⁹

Nesse pensar, segundo o entendimento de Celso Ribeiro Bastos, o processo de interpretação da Constituição torna-se indispensável, tendo em vista a necessidade de se renovar a Constituição por meio da interpretação:

“[...] A norma constitucional, muito freqüentemente, apresenta-se como uma petição de princípios ou mesmo com uma norma programática sem conteúdo preciso ou delimitado. Como conseqüência direta desse fenômeno, surge a possibilidade da chamada “atualização” das normas constitucionais. Aqui a interpretação cumpre uma função muito além da de mero pressuposto de aplicação e um texto jurídico, para transformar-se em elemento de constante renovação da ordem jurídica”.⁸⁰

Nas palavras de Anna Cândida da Cunha Ferraz, a interpretação constitucional apresenta importantíssimo instrumento e/ou meio de mutação constitucional, ante a possibilidade dessa reforma informal, operada apenas no significado dos textos constitucionais, atualizar e adaptar as normas constitucionais aos valores políticos e sociais inseridos na sociedade após o surgimento da Constituição.⁸¹

Nessa ótica da interpretação constitucional, destaca-se o papel do Juiz como exegeta judicial. Ressaltando a importância do Juiz e dos Tribunais no processo de interpretação constitucional, Ferraz revela que:

⁷⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 6.

⁸⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997, p. 54.

⁸¹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 59.

“[...] Dentre os processos não formais de mutação constitucional, a interpretação judicial desempenha relevantíssimo papel. Pela interpretação constitucional, desenvolvida pelos Tribunais, transforma-se o significado e o alcance da Constituição; evolui o sentido das normas e disposições constitucionais, adapta-se a Constituição ao momento presente, à realidade social existente”⁸².

E segue a autora no entendimento de que vários fatores realçam o papel transformador da interpretação judicial, dentre eles:

“[...] a) a mutabilidade social que provoca o surgimento de novas necessidades e novas situações impossíveis de serem previstas pelos constituintes, mas inteiramente percebidas pelo intérprete judicial ao aplicar a Constituição; b) a mudança, razoável, admissível e legítima, na intenção dos próprios intérpretes e aplicadores constitucionais que sofrem, eles mesmo, influência das transformações sociais, políticas, econômicas e históricas; e c) a evolução dos valores (políticos, filosóficos, econômicos, morais) e das idéias-base, subjacentes a toda Constituição, e que não podem ser desconhecidas ou ignoradas no momento da interpretação e aplicação da norma constitucional ao caso concreto”⁸³.

Anna entende que o Juiz, como intérprete constitucional, é a todo o momento e a cada passo, solicitado a julgar e decidir questões concretas, a solucionar conflitos fundados em matéria constitucional. Logo, o Juiz é freqüentemente perquirido a desentranhar o sentido dos dispositivos constitucionais a fim de aplicá-los e dar-lhes valor perante os casos a ele apresentados:

“[...] Esses fatores, já mencionados a propósito da interpretação constitucional em geral e da legislativa em particular, assumem especial relevo na interpretação constitucional judicial, pois o juiz é, a todo momento, a cada passo, solicitado a decidir questões concretas, a dirimir conflitos fundados em matéria constitucional, pelo que se debruça, de modo constante e freqüente, sobre o texto constitucional, perquirindo, comparando, pesquisando, ponderando, avaliando e valorando.

Mais freqüentemente do que qualquer outro intérprete constitucional o juiz deve desentranhar o sentido da disposição constitucional com um fim mediato e imediato e aplicá-la, de forma adequada e razoável, no caso concreto. Ora, do juiz se espera mais. Espera-se que guarde a Constituição, como Lei Suprema, que a aplique corretamente, com os olhos fixos no presente, voltados para o futuro, porém sem eliminar ou desconhecer o

⁸² FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 126.

⁸³ *Ibidem*, p. 126.

passado”.⁸⁴

A autora refere-se a esse processo de adaptação como interpretação evolutiva ou adaptadora quando se preocupa, por meio da interpretação judicial, adaptar ou adequar o sentido, significado, ou alcance da norma constitucional a novas situações fáticas, à evolução dos valores positivados na Constituição, à mudança da intenção dos intérpretes.⁸⁵

Desse modo, pode-se entender que para que a Constituição seja um documento vivo e efetivamente cumprido, exige-se do interprete constitucional a sua manifestação no sentido de interpretar a Lei Maior adaptando-a aos novos anseios da sociedade, sem que com isso lhe altere a letra das normas, revela a importância do processo da mutação constitucional.⁸⁶

2.3 Limites da Mutação Constitucional

Inicialmente, vale expor o alerta dado por Uadi Lammêgo Bulos para o intrigante problema dos limites da muta o constitucional, tendo em vista que a maioria da doutrina ainda não se enveredou pelo tema de maneira satisfatória. Daí inexistir tratamento sistemático em rela o às limita es dos processos indiretos de mudança constitucional.⁸⁷

No que tange o limite das muta es, a praxe constitucional impossibilita o traço exato de seus limites tendo em vista que a Constitui o   uma espécie de organismo vivo que conforme o surgimento de novos fatos sociais tem de ir se adaptando as novas exigências sociais:

“[...] Contudo, a prática constitucional evidencia a impossibilidade de traçarmos, com exatidão, as limita es a que está sujeito o poder constituinte difuso, de que nos fala Burdeau, responsável pela ocorrência daquelas altera es informais, que, se não alteram a letra dos preceitos supremos do Estado, modificam-lhe a substância, o sentido, o significado e o alcance. Em verdade, não   possível determinar os limites da muta o constitucional,

⁸⁴ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constitui o: muta es constitucionais e inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 129.

⁸⁵ Ibidem, p. 129.

⁸⁶ Ibidem, p. 130.

⁸⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. *Muta o constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 87.

porque o fenômeno é, em essência, o resultado de uma atuação das forças elementares, dificilmente explicáveis, que variam conforme acontecimentos derivados do fato social cambiante, com exigências e situações sempre novas, em constante transformação”.⁸⁸

Partindo desse ponto, Bulos afirma ser impossível definir critérios exatos para delinear os limites da mutação constitucional, tendo em vista seu surgimento espontâneo e sua imprevisão em relação ao seu tempo de ocorrência.

O autor complementa seu discurso ao afirmar que sob uma primeira análise as mutações constitucionais não encontram limites em seu exercício, entretanto admiti a possibilidade de existir uma forma de limitação, qual seja a consciência do próprio intérprete, apresentando-se com natureza subjetiva e até mesmo psicológica. Explica que, no momento de sua atuação, o intérprete não deve contrariar os ditames e o espírito da Lei Maior por meio de interpretações contrárias aos princípios fundamentais que regem o texto constitucional:

“[...] as mudanças informais da Constituição não encontram limites em seu exercício. A única limitação que poderia existir - mas de natureza subjetiva, e, até mesmo psicológica - seria a consciência do intérprete de não extrapolar a forma plasmada na letra dos preceptivos supremos do Estado, através de interpretações deformadoras dos princípios fundamentais que embasam o Documento Maior”.⁸⁹

Luís Roberto Barroso adverte que o fenômeno da mutação constitucional, em relação à atividade interpretativa do exegeta constitucional, possui limites que não devem ser ultrapassados, para que a mutação seja realmente legítima e constitucional, sob pena de violação do poder constituinte e, até mesmo da soberania popular.⁹⁰

Ao observar a essência dos princípios basilares constitucionais, o exegeta constitucional preserva o espírito da Constituição evitando, assim, mutações inconstitucionais por meio de interpretações deformadoras e maliciosas da Lei Maior:

⁸⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 88.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 91.

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 128-129.

“[...] evitar-se-iam as mutações inconstitucionais, e o limite, nesse caso, estaria por conta da ponderação do intérprete, ao empreender o processo interpretativo que, sem violar os mecanismos de controle da constitucionalidade, adequaria a Lei Máxima à realidade social cambiante”. É inegável que esse limite subjetivo, consubstanciado no elemento psicológico da consciência do intérprete em não violar os parâmetros jurídicos, através de interpretações maliciosas e traumatizantes, não pode ser levado às últimas conseqüências, diante da realidade cotidiana dos diversos ordenamentos constitucionais”.⁹¹

Segundo o entendimento de Luís Roberto Barroso, resta-se claro que tanto as normas constitucionais como as normas jurídicas em geral transcendem os desígnios subjetivos de quem as deu origem, passando então a ter uma existência objetiva que permite sua comunicação com o novo tempo e a nova realidade. Essa característica da mutação constitucional, de adaptação da norma aos fatos, encontra especialmente dois limites, quais sejam, as possibilidades semânticas do relato da norma, e a conservação dos princípios fundamentais que norteiam e identificam todo o texto constitucional. Nesse sentido, se caso a nova interpretação e significado atribuído à norma não for compatível com o texto far-se-á necessária a convocação do poder constituinte reformador, ora se não for compatível com os princípios fundamentais será necessária a atuação do poder constituinte originário na elaboração de um novo texto constitucional.⁹²

Ao extrapolar com esses limites, a mutação constitucional acaba por tornar-se inconstitucional, e é nesse cenário que deverão ser abolidas pelos poderes competentes e pela própria sociedade. Se assim não ocorrer configurar-se-á uma situação anômala em que o fato se sobrepõe ao Direito em uma relação de total desrespeito à Constituição vigente.⁹³

Destarte, pode-se dizer que a mutação constitucional não possui limites mensuráveis, porém devem ser respeitados os princípios basilares da norma suprema.⁹⁴

⁹¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 91.

⁹² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 128-129.

⁹³ *Ibidem*, p. 128-129.

⁹⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 91-92.

3 DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E DO ARTIGO 226 § 3º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

3.1 Da União Estável e do Artigo 226, § 3º, da Constituição Federal

Encontra-se esculpido na Constituição Federal vigente, mais precisamente em seu capítulo destinado à família, que no Estado brasileiro a família é a base da sociedade e deve ter especial proteção do Estado.⁹⁵ Segundo o entendimento de Gustavo Tepedino, tal proteção é conferida na medida em que o próprio texto constitucional revela a contribuição da família para que o indivíduo alcance a dignidade humana.⁹⁶

Da leitura do texto constitucional, pressupõe-se que essa família, inicialmente amparada pelo legislador constituinte originário de 1988, é tão somente aquela constituída, tradicionalmente, a partir de um casamento entre um homem e uma mulher.⁹⁷

Todavia, o constituinte, atento ao dinamismo e às evoluções da sociedade em relação às formas de convivência de companheiros e amantes, que optavam pela informalidade de uma união livre, trouxe ao texto constitucional o reconhecimento da união estável como entidade familiar, descrita no artigo 226, § 3º, nestes termos: “Para efeito de proteção do Estado é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”.⁹⁸

Destarte, a partir desse novo cuidado dado pela Constituição para com o instituto da união estável, o legislador originário passou a tratar as uniões livres, extraconjugais, não mais como meros fatos sociais, mas sim como verdadeira realidade jurídica do Estado de Direito brasileiro, no momento que as considerou sob a proteção do

⁹⁵ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2012.

⁹⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 372.

⁹⁷ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil. Direito de Família*. Vol. 5. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 493-494.

⁹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Direito de Família*. v. 5. 17. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 569.

Estado.⁹⁹

Da leitura do § 3º, do artigo em comento, é de fácil percepção a intenção do constituinte de 1988 em diferenciar os institutos da entidade familiar, quanto união estável, e do casamento, por tratar-se de institutos com algumas semelhanças, porém com peculiaridades distintas. Nas palavras de Caio Mario da Silva Pereira:

“[...] Num primeiro plano, o Constituinte de 1988 passou a considerar as uniões extraconjugais como realidade jurídica, e não apenas como um fato social. Retirou-lhes todo aspecto estigmatizante, no momento em que as colocou sob a “proteção do Estado”. Não se pode eliminá-la do âmbito do Direito de Família, eis que a Constituição as insere no art. 226, no capítulo destinado à Família. Cumpre, portanto, caracterizar a “entidade familiar”. De primeiro, afastou-se a sua equiparação ao casamento. Uma vez que “a lei facilitará sua conversão em casamento deixou bem claro que não igualou a entidade familiar ao casamento. Não se cogitaria de conversão, se tratasse do mesmo conceito. União estável e casamento” são institutos diversos”.¹⁰⁰

Sobre essa linha de diferenciação, entre a união estável e o casamento, Paulo Nader explana que ao contrário do casamento, caracterizado por ser um negócio jurídico solene, a união estável se destaca por seu caráter de informalidade, o que pode ocasionar vantagens e desvantagens aos companheiros, como, por exemplo, a dificuldade em se encontrar meios probatórios para se demonstrar o início e o término da união.¹⁰¹

Quanto à caracterização da união estável, alguns parâmetros encontram-se esboçados na doutrina de Simão Isaac Benjó no sentido de que, para se configurar a união estável não basta o simples “companheirismo”, mas sim uma união notória e duradoura por parte do casal.¹⁰² Nesse mesmo raciocínio Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira lecionam que essa duração, exigida para a caracterização da união estável, exclui de

⁹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Direito de Família*. v. 5. 17. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 570.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 570.

¹⁰¹ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil. Direito de Família*. v. 5. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 499.

¹⁰² BENJÓ, Simão Isaac. *União Estável e seus Efeitos Econômicos em Face da Constituição Federal*. Revista Brasileira de Direito Comparado. v. II, 1991, p.59-61.

logo os relacionamentos mais simples, como casos ou namoros.¹⁰³

Segundo Américo Luis Martins da Silva, embora seja difícil de definir o instituto da união estável, trata-se de um ajuntamento de indivíduos sob a influência do impulso sexual. É basicamente um fenômeno psicofísico, de natureza instintiva que pode ocorrer num plano puramente biológico ou num plano associativo, sem haver casamento.¹⁰⁴

A jurisprudência, rica nessa área, oferece algumas características do que seja união estável, tais como: o tempo, a comunhão de interesses, o elemento moral, a fidelidade, a conduta regular, a coabitação, a união carnal.¹⁰⁵ O autor em comento conceitua união estável como:

“[...] a união sexual estável é aquela que se forma através da ligação, mais ou menos durável, entre pessoas que têm recíproca afeição, que se respeitam, que mutuamente se prestam assistência e socorro, cuidando para que o outro se sinta bem na vida em comum e desenvolvendo-se regularmente através da coabitação e da união carnal, ou de, pelo menos uma delas”¹⁰⁶

De acordo com o entendimento de Sílvio de Salvo Venosa, a união estável ocorre quando há convívio e manutenção de relação duradoura e pública, com intenção de constituir família. Não podendo, contudo, caracterizar impedimento de matrimônio, ou seja, pessoa casada não pode constituir união estável. Isso é exigido porque há uma intenção implícita por parte do legislador de que a União Estável se converta futuramente em casamento. Prova disso é a facilidade para tal conversão, bastando apenas requerê-la a um Juiz de Direito, com o testemunho de duas pessoas¹⁰⁷.

Utilizando-se das ideias de Paulo Lôbo, pode-se afirmar que a união estável é uma entidade familiar formada por um homem e uma mulher que convivem em posse do

¹⁰³ OLIVEIRA, Lamartine Corrêa e FERREIRA, Francisco José. *Direito de Família*. São Paulo: Fabris, 1991, p. 89.

¹⁰⁴ SILVA, Américo Luis Martins. *A Evolução do Direito e a Realidade das Uniões Sexuais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1996, p. 232-233.

¹⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Civil. *REsp 1263015/RN*. Terceira Turma. Requerente: S G da S. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em 02 jul. 2012.

¹⁰⁶ SILVA, Américo Luis Martins. *A Evolução do Direito e a Realidade das Uniões Sexuais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1996, p. 232-233.

¹⁰⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Sucessões*. 10. ed. São Paulo: Atlas, v. 7, 2010. Cap. 7, p. 142.

estado de casado, ou então com a aparência de casamento (*more uxório*). É agora não mais um simples estado de fato, mas sim uma relação jurídica reconhecida pela Constituição como entidade familiar. Nestes termos a literalidade das palavras de Lôbo:

“[...] A união estável é a entidade familiar constituída por homem e mulher que convivem em posse do estado de casado, ou com aparência de casamento (*more uxório*). É um estado de fato que se converteu em relação jurídica em virtude da Constituição e a lei atribuírem-lhe dignidade de entidade familiar própria, com seus elencos de direitos e deveres”.¹⁰⁸

Caio Mário da Silva Pereira, ao analisar alguns votos de Carlos Alberto Menezes Direito, quando este exercia o magistrado no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, considerou união estável como “a entidade familiar formada por um homem e uma mulher, com vida em comum, por período que revele estabilidade e vocação de permanência, com sinais claros, indubitáveis de vida familiar, e com o uso em comum do patrimônio”.¹⁰⁹

A respeito do instituto da união estável cumpre trazer à baila a inteligência do artigo 1.723, *caput*, do Código Civil de 2002 que dispõe, *ipsis litteris*: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.¹¹⁰

Nesta esteira, o professor Paulo Lôbo ao tratar da união estável em seus estudos, unindo o disposto no artigo 226 da Constituição Federal e o artigo 1.723 do Código Civil, enumera como requisitos da constituição de união estável que a união dos companheiros seja pública, de forma contínua e duradoura, que tenha por objetivo a constituição de família, que reste a possibilidade da mesma ser convertida em casamento a qualquer tempo e que a relação afetiva se dê entre um homem e uma mulher. No discurso de Paulo Lôbo:

“[...] São requisitos legais da união estável, por força do § 3º do art. 226 da

¹⁰⁸ LÔBO, Paulo. *Direito Civil*. Famílias. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 168.

¹⁰⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Direito de Família*. Vol. 5. 17. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 570-571.

¹¹⁰ BRASIL. Congresso Nacional. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*, que institui o Código Civil. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 10 julho 2012.

Constituição e do art. 1.723 do Código Civil: a) relação afetiva entre homem e mulher; b) convivência pública, contínua e duradoura; c) objetivo de constituição de família; d) possibilidade de conversão para o casamento. A Constituição alude apenas aos itens “a” e “d”. A inexistência de impedimento para o casamento não pode ser considerada requisito, porque pessoa casada separada de fato pode constituir união estável”.¹¹¹

De alta relevância para a discussão dessa pesquisa e dentre os requisitos necessários para a configuração da união estável, tratados acima, está a exigência da diversidade de sexos na união estável, prevista no parágrafo 3º do artigo 226, da Constituição Federação de 1988, depreende-se que: “[...] é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.¹¹²

Para Paulo Nader, tal disposição impossibilita totalmente a união estável entre casais do mesmo sexo, tendo em vista que quando a Constituição quase que “equipara” a união estável ao casamento, casamento este que notoriamente deve ser celebrado entre casais de sexos distintos, afasta assim a possibilidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Nesse ponto, Nader entende que se a união estável entre casais do mesmo sexo for reconhecida, esse reconhecimento, logicamente, deve ser estendido ao instituto do casamento. Da literalidade da doutrina de Paulo Nader depreende-se que:

“[...] Na esteira do art. 226, § 3º, da Lei Maior, o Código Civil exige a diversidade de sexos como requisito fundamental para a entidade familiar. Tal disposição deixa estreme de dúvida a impossibilidade da união estável nas relações homoafetivas.

Para que ocorra um tal avanço, o ponto de partida será a remoção de obstáculo constitucional. Se a Constituição equiparou, praticamente, a união estável ao casamento e para este é indispensável a diversidade de sexos, seria um contrasenso a dualidade de orientação. Destarte, pensamos, caso a união estável entre homossexuais se torne juridicamente possível, a permissão deverá estender-se ao instituto do casamento. Por ora, a relação homoafetiva gera efeitos jurídicos na esfera obrigacional, podendo configurar sociedade de fato se ambos contribuíram, com seu esforço, para a formação do patrimônio”.¹¹³

Em síntese, sobre o instituto da união estável, pode-se afirmar que para que

¹¹¹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil*. Famílias. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 171.

¹¹² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2012.

¹¹³ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil. Direito de Família*. v. 5. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 500.

esta seja reconhecida como entidade familiar, exige-se a convivência duradoura, pública e contínua entre um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família, inclusive com a possibilidade de sua conversão em casamento.¹¹⁴

3.2 Da nova interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao Artigo 226, § 3º, da Constituição Federal

Como se sabe, sob a relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, foram julgadas em conjunto a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 132/RJ, proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 4.277/DF, proposta pela Vice-Procuradora Geral da República, Déborah Dupra, no exercício do cargo de Procuradora Geral da República.

O relator dos processos julgou pertinente converter a ADPF em ADI e recebê-la ao lado da ADI 4.277/DF, sob o argumento de que os pedidos contidos na ADPF em comento encontravam-se encampados pela ADI 4.277/DF.¹¹⁵

Dito isso, cumpre esclarecer que o cerne dos pleitos judiciais girava em torno do instituto da união estável homoafetiva, e da possibilidade desta ser reconhecida como entidade familiar. Buscava-se a interpretação conforme a Constituição, do artigo 1.723 do Código Civil de 2002, tendo em vista que a literal interpretação deste artigo extirpe a possibilidade da união homoafetiva como entidade familiar e a própria Constituição, como Lei Maior, não o faz.

Os fundamentos dos requerentes esculpam-se no sentido de que o não reconhecimento da união estável homoafetiva como verdadeira entidade familiar vai de encontro aos princípios da dignidade humana, da vedação de discriminação odiosa, da igualdade, da liberdade e da proteção à segurança jurídica, todos previstos na Constituição Federal, respectivamente nos artigos 1º, III; 3º, IV e 5º, *caput*.

¹¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Direito de Família*. v. 5. 17. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 570-571.

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *ADI 4.277/DF*. Plenário. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em 15 julho 2012.

No desenrolar do julgamento, o voto do Ministro relator foi confirmado pelos votos dos Ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello, e das Ministras Ellen Gracie e Cármen Lúcia Antunes Rocha e do Ministro Presidente Cezar Peluso, nos quais se entendeu pela procedência das ações, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. O Ministro Dias Toffoli declarou-se impedido por ter atuado, quando Advogado Geral da União, nos processos em outras instâncias.¹¹⁶

Iniciando o julgamento, o Ministro Carlos Ayres Britto afirmou que há uma diferença significativa entre os entendimentos exarados pelos artigos 226, § 3º, da Constituição Federal e 1.723 do Código Civil vigente, visto que as palavras do Texto Constitucional não excluem a possibilidade de se enxergar uma união estável entre casais do mesmo sexo, o que não ocorre da mesma forma nas palavras do Código Civil de 2002, haja vista que este, isoladamente, não dá brechas para a união estável homoafetiva, pois prevê que a união deve ser estabelecida entre um homem e uma mulher e não entre pessoas de sexo idêntico.¹¹⁷

Desta forma, o relator considerou que o texto do artigo 1.723 do Código Civil se tornou plurissignificativo, por comportar mais de uma interpretação, inclusive com interpretação disforme do Texto Constitucional. Foi a partir desse ponto, que Britto decidiu que “por comportar mais de uma interpretação, sendo que, uma delas se põe em rota de colisão com a Constituição, estou dando uma interpretação conforme, postulada em ambas as ações”.¹¹⁸

Em seu discurso, o relator afirma que não há no Texto Constitucional, principalmente na parte de que trata sobre a família, qualquer dispositivo que impeça a formação de uma entidade familiar por meio de uma relação homoafetiva. Continuou seu voto

¹¹⁶ LAGO, Rodrigo Pires Ferreira. A União Estável Homoafetiva na Pauta do STF. 2011. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-uniao-estavel-homoafetiva-na-pauta-do-stf>> Acesso em 13 julho 2012.

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. ADI 4.277/DF. Plenário. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em 15 julho 2012.

¹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. ADI 4.277/DF. Plenário. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em 15 julho 2012

no sentido de que “o sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica”, sendo que é vedada qualquer discriminação em virtude de cor, raça ou sexo, por previsão expressa da Constituição, contida no artigo 3º, IV. Nessa linha, Ayres Britto entende que não deve existir discriminação ou diminuição de ninguém em razão de suas preferências sexuais.

Por derradeiro, Britto manifestou-se para que o artigo 1.723, do CC, recebesse interpretação conforme a Constituição, excluindo, assim, todo e

“[...] qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva”¹¹⁹.

Passada a palavra ao Ministro Luiz Fux, o mesmo se manifestou pela possibilidade de se equiparar a união entre casais do mesmo sexo à união estável descrita no artigo 1.723, do Código Civil, ao afirmar que o Texto Constitucional, como um todo, conspira a favor da equalização da união homoafetiva à união estável. E continuou com o discurso de que “a Constituição Federal, quando consagrou a união estável, positivamente não quis excluir a união homoafetiva”.¹²⁰

Fux entendeu que a verdadeira essência do conceito de família, só é alcançada quando a dignidade dos indivíduos que a compõe é respeitada. Nessa esteira afirmou ser a união homoafetiva perfeitamente adequada aos parâmetros da família brasileira hodierna. Por fim, o Ministro tomou a posição de que só por meio de muita intolerância e preconceito esse direito poderia ser negado aos casais homoafetivos.

O terceiro voto a compor o julgamento foi proferido pela Ministra Carmen Lúcia. A ministra, acompanhando o voto do relator, deixou claro em seu discurso que no

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *ADI 4.277/DF*. Plenário. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em 15 julho 2012.

¹²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *ADI 4.277/DF*. Plenário. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em 15 julho 2012.

Texto Constitucional Brasileiro não deve haver qualquer forma de discriminação ou preconceito para com os indivíduos e suas escolhas.¹²¹

Em relação ao artigo 1.723, do Código Civil, Carmen Lúcia entendeu que o seu texto direciona o interprete a posições, que de pronto, excluem muitos direitos das pessoas que optam pela união sexual homoafetiva. Nas palavras da Ministra “a largueza dos princípios constitucionais determina que a interpretação a ser aproveitada, quanto aos direitos fundamentais, impede uma interpretação que leve a tais óbices e exclusões”.

A ministra Carmen Lúcia, citando os direitos fundamentais presentes no *caput* do artigo 5º, da Constituição Federal, esclareceu que

“[...] aqueles que fazem sua opção pela união homoafetiva não podem ser desiguais em sua cidadania. Ninguém pode ser de uma classe de cidadãos diferentes e inferiores, porque fizeram a escolha afetiva e sexual diferente da maioria”.

O quarto Ministro a votar favoravelmente foi Ricardo Lewandowski, que explicou em seu voto que embora a Constituição tenha sido taxativa ao disciplinar que a união estável é aquela formada por pessoas de sexos diferentes, demonstra que tal assertiva não quer dizer que a união de pessoas de idêntico sexo, pública, contínua e duradoura não possa ser reconhecida como entidade familiar, e não possa merecer a proteção estatal, contida no rol meramente exemplificativo do artigo 226, da Constituição Federal. Continuou seu voto no sentido de que tal discriminação preconceituosa não merecia perdurar diante dos valores e princípios norteadores do Texto Magno.¹²²

Em relação a possibilidade de ocorrência de mutação constitucional Lewandowski se posicionou no sentido de que esta não se faz presente, visto que os próprios limites formais e materiais da Constituição impedem tal possibilidade:

¹²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *ADI 4.277/DF*. Plenário. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em 15 julho 2012.

¹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *ADI 4.277/DF*. Plenário. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em 15 julho 2012.

“[...] Não há, aqui, penso eu, com o devido respeito pelas opiniões divergentes, como cogitar-se de uma de mutação constitucional ou mesmo de proceder-se a uma interpretação extensiva do dispositivo em foco, diante dos limites formais e materiais que a própria Lei Maior estabelece no tocante a tais procedimentos, a começar pelo que se contém no art. 60, § 4º, III, o qual erige a “separação dos Poderes” à dignidade de “cláusula pétrea”, que sequer pode ser alterada por meio de emenda constitucional”.¹²³

Já no voto do Ministro Joaquim Barbosa, pode-se observar o posicionamento do julgador no sentido de que o próprio Texto Constitucional tem o intuito de extirpar qualquer desigualdade, seja ela por raça, sexo, cor, fundada em sentimentos preconceituosos.¹²⁴

Barbosa entendeu que em nenhum momento a Constituição cidadã impossibilitou ou impediu o reconhecimento, como entidade familiar, das uniões estáveis homoafetivas, tendo em vista que o rol dos direitos fundamentais contidos no artigo 5º da Carta Magna não exclui outros direitos fundamentais dos indivíduos, ou seja, outros direitos fundamentais podem surgir a partir dos princípios presentes em todo o Texto Constitucional e até mesmo por tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário.

O Ministro assentou que é do próprio princípio da dignidade humana que provém os direitos dos homoafetivos, sendo que todos têm de ser enxergados e protegidos com igualdade e dignidade pelo Direito e seus princípios. Joaquim Barbosa afirmou que:

“[...] O não reconhecimento da união homoafetiva simboliza a posição do Estado de que a afetividade dos homossexuais não tem valor e não merece respeito social. Aqui reside a violação do direito ao reconhecimento que é uma dimensão essencial do princípio da dignidade da pessoa humana”.¹²⁵

Encerra seu voto com o entendimento de que o reconhecimento das uniões

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *ADI 4.277/DF*. Plenário. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em 15 julho 2012.

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *ADI 4.277/DF*. Plenário. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em 15 julho 2012.

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *ADI 4.277/DF*. Plenário. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em 15 julho 2012.

estáveis homoafetivas, como entidade familiar, tem fundamento não em um, mas em todos os artigos e princípios do Texto Constitucional que discorrem sobre os direitos fundamentais, destacando os princípios da não discriminação, da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Chegada a hora do voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, este se pronunciou no início de seu discurso com a seguinte frase: “Aqui me parece que é um caso muito claro de proteção dos direitos fundamentais”. Segundo o Ministro, a livre escolha da sexualidade está intrinsecamente ligada ao direito fundamental da liberdade, que abarca também a liberdade da escolha sexual. Mendes entende que é papel do Supremo Tribunal Federal, como Corte Constitucional, defender e lutar pelos direitos fundamentais, fazendo valer, também, o direito das minorias o que inclui claramente a proteção aos casais homoafetivos.¹²⁶

Mendes afirmou em seu voto que seu julgamento tem por cerne o reconhecimento da existência jurídica da união estável homoafetiva por meio de aplicação analógica da Constituição Federal, tendo em vista que se houver o pronunciamento sobre outros aspectos e desdobramentos da situação visto que “pretender regular isso é exacerbar demais nossa vocação de legisladores positivos, com sério risco de descarrilarmos, produzindo lacunas”.¹²⁷

Gilmar Mendes encerrou seu voto explanando que “o fato de a Constituição proteger a união estável entre homem e mulher não significa uma negativa de proteção à união civil estável entre pessoas do mesmo sexo”, sendo que “há outros direitos de perfil fundamental que justificam a criação de um modelo idêntico ou semelhante àquele da união estável para essas relações (homoafetivas) existentes”.¹²⁸

¹²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *ADI 4.277/DF*. Plenário. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em <<http://www.stf.jus/portal/jurisprudencia>>. Acesso em 15 julho 2012.

¹²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *ADI 4.277/DF*. Plenário. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em <<http://www.stf.jus/portal/jurisprudencia>>. Acesso em 15 julho 2012.

¹²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *ADI 4.277/DF*. Plenário. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em <<http://www.stf.jus/portal/jurisprudencia>>. Acesso em 15 julho 2012.

Na mesma linha de raciocínio dos outros Ministros, a Ministra Ellen Gracie contribui para o *decisum* com o entendimento de que com esse julgado o Supremo Tribunal Federal “restitui (aos homossexuais) o respeito que merecem, reconhece seus direitos, restaura a sua dignidade, afirma a sua identidade e restaura a sua liberdade”.¹²⁹

O oitavo Julgador a manifestar seu posicionamento no julgado foi o Ministro Marco Aurélio que revelou em seu voto o pensamento de que a visão tradicional sobre a família vem sendo alterada cada vez mais, deixando esta de servir meramente para fins patrimoniais e enxergando agora a necessidade de os seus membros terem uma vida plena comum. Nesse prisma, Marco Aurélio entendeu que a união homoafetiva deve ser reconhecida sim como entidade familiar:

“[...] Se o reconhecimento da entidade familiar depende apenas da opção livre e responsável de constituição de vida comum para promover a dignidade dos partícipes, regida pelo afeto existente entre eles, então não parece haver dúvida de que a Constituição Federal de 1988 permite seja a união homoafetiva admitida como tal”.¹³⁰

Marco Aurélio afirmou que tal posição encontra fundamento na própria Constituição Federal, nos princípios da dignidade humana, nos objetivos do desenvolvimento e do bem comum, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas em conjunto com os princípios da igualdade e da liberdade, mais especificamente contidos nos artigos 1º, III, 3º II e III e no *caput* do artigo 5º. Complementa o Ministro que “ao Estado é vedado obstar que os indivíduos busquem a própria felicidade, a não ser em caso de violação ao direito de outrem, o que não ocorre na espécie”.¹³¹

Encerrou seu discurso na ideia de que exigir das pessoas que optaram por relacionar-se sexualmente com pessoas no mesmo sexo a mudança de suas escolhas, para que se adaptem as exigências da lei é ir de encontro à dignidade humana e, assim, tornar-se-ia

¹²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *ADI 4.277/DF*. Plenário. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em <<http://www.stf.jus/portal/jurisprudencia>>. Acesso em 15 julho 2012.

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *ADI 4.277/DF*. Plenário. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em <<http://www.stf.jus/portal/jurisprudencia>>. Acesso em 15 julho 2012.

¹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *ADI 4.277/DF*. Plenário. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em <<http://www.stf.jus/portal/jurisprudencia>>. Acesso em 15 julho 2012.

claro o preconceito em razão da orientação sexual.¹³²

O último Ministro a proferir seu voto no julgamento foi o Ministro Celso de Mello. O Ministro explicou em seu voto que se os requisitos para o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher forem preenchidos por casais homossexuais, a eles deve também ser reconhecida, obrigatoriamente, a união estável homoafetiva como entidade familiar. Completou sua fala dizendo que “é arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, exclua, discrimine ou fomente a intolerância, estimule o desrespeito e a desigualdade entre as pessoas em razão de sua orientação sexual”.¹³³

Celso de Mello entendeu que deve ser reconhecida a união estável entre casais do mesmo sexo desde que preenchidos os requisitos exigidos para o reconhecimento da união estável heterossexual, por terem como fito os vínculos de amor, solidariedade e de vida em comum. Disse que “não pode o Estado conviver com o estabelecimento de diferenças entre cidadãos com base em sua sexualidade”. Nessa esteira afirma que “[...] Havendo convivência duradoura, pública e contínua, entre duas pessoas, com o objetivo de constituição de família – nesse sentido mais amplo -, mister reconhecer a existência de união estável, independente do sexo dos parceiros”.¹³⁴

Desta feita, o Supremo Tribunal Federal entendeu por unanimidade que deve ser reconhecida a união estável homoafetiva como entidade familiar, tomando por base, na grande maioria dos votos, os direitos fundamentais inerentes à própria condição humana, buscando, assim, afastar toda e qualquer forma de discriminação preconceituosa no que diz respeito as opções sexuais de cada indivíduo.¹³⁵

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *ADI 4.277/DF*. Plenário. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em <<http://www.stf.jus/portal/jurisprudencia>>. Acesso em 15 julho 2012.

¹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *ADI 4.277/DF*. Plenário. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em <<http://www.stf.jus/portal/jurisprudencia>>. Acesso em 15 julho 2012.

¹³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *ADI 4.277/DF*. Plenário. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em <<http://www.stf.jus/portal/jurisprudencia>>. Acesso em 15 julho 2012.

¹³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *ADI 4.277/DF*. Plenário. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em <<http://www.stf.jus/portal/jurisprudencia>>. Acesso em 15 julho 2012.

3.3 Artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, Hipótese de Mutação Constitucional?

Passamos agora ao objetivo fundamental desta pesquisa, qual seja, a verificação de que se houve ou não a ocorrência do fenômeno da mutação constitucional na decisão conjunta da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF e da Arguição de Preceito Fundamental 132/RJ, pelo Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito à possibilidade de reconhecimento da união estável entre casais do mesmo sexo.

Ao analisar a inteligência do § 3º, do artigo 226, da Constituição Federal, observa-se que em sua literalidade, o artigo assim dispõe, *ipsis litteris*: “Para efeito da proteção do Estado, será reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.¹³⁶

Da leitura do artigo supramencionado, entende-se que o intuito do legislador constituinte originário era, ao momento da criação do Texto Constitucional, de que o Estado deveria reconhecer, para todos os fins, a união estável entre o homem e a mulher, desde que preenchidos determinados requisitos. Em outras palavras, a intenção do constituinte originário foi de que o Estado tinha por dever reconhecer a união estável quando houvesse entre um homem e uma mulher a convivência em uma relação duradoura e pública, com intenção de constituir família.¹³⁷

Nessa linha de raciocínio, segundo o entendimento de Paulo Lôbo, e dos demais doutrinadores civilistas estudados, e citados, nesta pesquisa monográfica, os requisitos legais da união estável, contidos no § 3º, do artigo 226, da Constituição Federal, são a existência de uma relação afetiva entre um homem e uma mulher, e a possibilidade da conversão desta união em casamento. Lôbo complementa essa idéia ao afirmar que “[...] A união estável é a entidade familiar constituída por homem e mulher que convivem em posse do estado de casado, ou com aparência de casamento (*more uxório*)”.¹³⁸

¹³⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2012.

¹³⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 372.

¹³⁸ LÔBO, Paulo. *Direito Civil*. Famílias. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 168.

Cumpra, ainda, para os fins desta pesquisa, trazer à baila, a partir dessa ótica de requisitos necessários para o reconhecimento da união estável, a idéia de que o legislador constituinte de 1988 foi claro ao se expressar no corpo do artigo 226, § 3º, do Texto Magno, no sentido de ser exigida a diversidade de sexos para o reconhecimento da união estável, como entidade familiar.¹³⁹

Entretanto, recentemente, com a supracitada decisão da nossa Corte Constitucional, firmou-se o entendimento no sentido de alargar as dimensões do instituto da união estável, que passou agora a ser reconhecido, também, para casais do mesmo sexo, os homoafetivos¹⁴⁰, como entidade familiar.¹⁴¹

De acordo com o *decisum*, para ser reconhecida a união estável para com os homoafetivos, basta que se cumpram as mesmas exigências para o reconhecimento da união estável heterossexual. Desta feita, percebe-se que o instituto da união estável não protege, como antigamente, só as uniões heterossexuais, tendo em vista que com esse novo rumo tomado pela decisão, a união estável passou a ser reconhecida também para os casais de sexo idêntico.¹⁴²

Neste ponto do julgado, pode-se perceber com clareza que as dimensões do instituto da união estável foram alargadas, sendo que, para tanto houve a extensão do alcance da norma constitucional que trata do instituto da união estável, diante da possibilidade, outrora inexistente, de se reconhecer a união estável entre casais do mesmo sexo.

Neste diapasão, cumpre-se destacar que, no desenrolar de seu voto, o Ministro relator, Ayres Britto, ao discorrer sobre a possibilidade de se reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo, assenta que não se pode usar das palavras do Texto Magno para ir de encontro com os seus próprios fundamentos basilares, seus princípios:

¹³⁹ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Direito de Família. v. 5. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 500.

¹⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva*. O preconceito e a Justiça. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 48.

¹⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *ADI 4.277/DF*. Plenário. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em <<http://www.stf.jus/portal/jurisprudencia>>. Acesso em 15 julho 2012.

¹⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *ADI 4.277/DF*. Plenário. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em <<http://www.stf.jus/portal/jurisprudencia>>. Acesso em 15 julho 2012.

“[...] que não se faça uso da letra da Constituição para matar seu espírito, no fluxo de uma postura interpretativa que faz ressuscitar o mencionado caput do art. 175 da Constituição de 1967/69. Ou como diz Sérgio da Silva Mendes, que não se separe por um parágrafo (esse de nº 3) o que a vida uniu pelo afeto. Numa nova metáfora, não se pode fazer rolar a cabeça do artigo 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro”.¹⁴³

O Ministro relator continua seu discurso no sentido de que, diante das novas realidades e evoluções da sociedade brasileira, o Supremo Tribunal Federal, enquanto Exegeta Constitucional, tem o papel e o dever de preservar o estado de coerência do Texto Constitucional como um todo, excluindo com base na essência do Texto Magno qualquer forma de discriminação e preconceito:

“[...] Assim interpretando por forma não reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico. Quando o certo - data vênica de opinião divergente - é extrair do sistema de comando da Constituição os encadeados Juízes que precedentemente verbalizamos, agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade”.¹⁴⁴

Ainda do conteúdo do *decisum* em apreço, percebe-se do voto do Ministro Marco Aurélio o entendimento no sentido de que, não se pode interpretar o Texto Constitucional de forma que contrarie seus próprios princípios basilares. Ilustra, adiante, que a própria Constituição Federal toma por objetivo fundamental da república promover o bem de todos, sendo que para isso não haja qualquer forma de preconceito ligado a raça, cor ou sexo, e que as palavras do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, não excluem e nem proíbem o reconhecimento da união estável, como entidade familiar, de pessoas do mesmo sexo:

¹⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *ADI 4.277/DF*. Plenário. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em <<http://www.stf.jus/portal/jurisprudencia>>. Acesso em 15 julho 2012.

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *ADI 4.277/DF*. Plenário. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em <<http://www.stf.jus/portal/jurisprudencia>>. Acesso em 15 julho 2012.

“[...] Consubstancia objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV do artigo 3º da Carta Federal). Não é dado interpretar o arcabouço normativo de maneira a chegar-se a enfoque que contrarie esse princípio basilar, agasalhando-se preconceito constitucionalmente vedado. Mostra-se inviável, porque despreza a sistemática integrativa presentes princípios maiores, a interpretação isolada do artigo 226, § 3º, também do Diploma Maior, no que revela o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, até porque o dispositivo não proíbe esse reconhecimento entre pessoas de gênero igual”.¹⁴⁵

Marco Aurélio afirmou em seu voto que, se extrai do próprio princípio da dignidade da pessoa humana a obrigação de se reconhecer as uniões estáveis entre casais do mesmo sexo. Entende o Ministro que a redação do artigo 226, § 3º, da CF, não veda, de forma alguma, o reconhecimento deste tipo de união estável. Há sim, por outro lado, a obrigação de não discriminação e de respeito à dignidade humana e à liberdade de orientação sexual, o que exige o tratamento com igualdade entre heterossexuais e homossexuais:

“[...] Extraído do núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana a obrigação de reconhecimento das uniões homoafetivas. Inexiste vedação constitucional à aplicação do regime da união estável a essas uniões, não se podendo vislumbrar silêncio eloquente em virtude da redação do § 3º do artigo 226. Há, isso sim, a obrigação constitucional de não discriminação e de respeito à dignidade humana, às diferenças, à liberdade de orientação sexual, o que impõe o tratamento equânime entre homossexuais e heterossexuais. Nesse contexto, a literalidade do artigo 1.723 do Código Civil está muito aquém do que consagrado pela Carta de 1988. Não retrata fielmente o propósito constitucional de reconhecer direitos a grupos minoritários”.¹⁴⁶

Aos dizeres da Ministra Carmen Lúcia, no desenrolar de seu voto, o artigo 226, § 3º, da Constituição Federal é exato em fazer referência expressa ao reconhecimento da união estável, como entidade familiar, entre “o homem e a mulher”.¹⁴⁷

¹⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. ADI 4.277/DF. Plenário. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em <<http://www.stf.jus/portal/jurisprudencia>>. Acesso em 15 julho 2012.

¹⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. ADI 4.277/DF. Plenário. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em <<http://www.stf.jus/portal/jurisprudencia>>. Acesso em 15 julho 2012.

¹⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. ADI 4.277/DF. Plenário. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em <<http://www.stf.jus/portal/jurisprudencia>>. Acesso em 15 julho 2012.

Todavia, a Ministra entendeu que as palavras do § 3º, do artigo 226, não ocasionam a impossibilidade do reconhecimento da união estável entre casais do mesmo sexo:

“[...] Mas é exato que a referência expressa a homem e mulher garante a eles, às expressas, o reconhecimento da união estável como entidade familiar, com os consectários jurídicos próprios. Não significa, a meu ver, contudo, que se não for um homem e uma mulher, a união não possa vir a ser também fonte de iguais direitos. Bem ao contrário, o que se extrai dos princípios constitucionais é que todos, homens e mulheres, qualquer que seja a escolha do seu modo de vida, têm os seus direitos fundamentais à liberdade, a ser tratado com igualdade em sua humanidade, ao respeito, à intimidade devidamente garantidos”¹⁴⁸.

Neste prisma, resta-se claro que devido aos novos anseios e as novas realidades emergentes do Estado Democrático brasileiro, a possibilidade do reconhecimento, por parte do Estado, de uniões estáveis entre casais do mesmo sexo, passou a ser algo concreto. Em outras palavras, o alcance do § 3º, do artigo 226, da CF foi ampliado, tendo em vista que anteriormente à decisão em apreço, essa possibilidade não existia, e nos dias de hoje, passou a ser abarcada e amparada pela própria Constituição Federal.

Neste contexto, cumpre-se fazer a seguinte indagação: como pode determinado artigo do Texto Constitucional passar a ser enxergado de maneira, significativamente, distinta daquela imaginada inicialmente pelo legislador constituinte originário, sem que com isso ocorra qualquer modificação das palavras da Constituição?

Como não houve no § 3º, do artigo 226, da Constituição Federal, qualquer alteração formal de seu texto, exclui-se de pronto a tentativa de se responder a esta pergunta por meio das modificações constitucionais formais, derivadas dos processos de reforma, emenda e revisão do Texto Constitucional, lembrando que as alterações via revisão já foram esgotadas pelo legislador após cinco anos de sua promulgação.

Socorrendo-nos das obras dos diversos autores estudados neste trabalho, resta-nos a possibilidade de responder tal questionamento no sentido de que houve no § 3º, do

¹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *ADI 4.277/DF*. Plenário. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em <<http://www.stf.jus/portal/jurisprudencia>>. Acesso em 15 julho 2012.

artigo 226, da Constituição Federal, um processo informal de alteração do Texto Magno, tendo em vista que as palavras do dispositivo constitucional em debate permaneceram intactas, contudo o seu alcance foi notadamente alterado, ao passo que a partir da decisão o artigo passou a abarcar outras situações não previstas inicialmente por seu texto.

Senão vejamos o que afirma Anna Cândida da Cunha Ferraz sobre esse processo informal de modificação do texto constitucional, mais especificamente sobre a mutação constitucional:

[...] consiste na alteração, não da letra ou do texto expreso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas”.¹⁴⁹

Nesta linha de raciocínio, de que houve a alteração no significado e alcance do Texto Constitucional, pode-se afirmar que o Supremo Tribunal Federal entendeu que onde se lia “será reconhecida a união estável entre o homem e a mulher” passa-se a ler, será reconhecida a união estável entre homem e homem, mulher e mulher, e homem e mulher, ou seja, nesse ponto se presencia a figura de uma legítima mutação constitucional.

Revivendo as idéias e conceitos externados nos capítulos anteriores sobre o fenômeno da mutação constitucional, destaca-se o pensamento de Uadi Lammêgo Bulos no sentido de que é por meio da mutação constitucional que a Constituição pode ser alterada sem a necessidade de qualquer processo de emenda ou revisão, e de que é por meio dessas mutações constitucionais, enquanto processo informal de alteração da Constituição, que o texto constitucional vai tomando nova face, tendo em vista que a ele passam-se a serem atribuídos novos sentidos, entendimentos, significados e alcances.¹⁵⁰

Por fim, desta feita, observa-se então, por meio de toda pesquisa e estudo

¹⁴⁹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 9.

¹⁵⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 422.

depositados neste projeto de monografia, a ocorrência do fenômeno da mutação constitucional no § 3º, do artigo 226, da CF, visto que o texto constitucional, em sua literalidade, permaneceu inalterado, ocorrendo apenas uma mudança informal no dispositivo constitucional, ou seja, em outras palavras, apenas o alcance, o significado, o sentido da norma constitucional foi modificado, visando a adaptação e a adequação dos preceitos constitucionais à nova realidade brasileira, qual seja, a possibilidade de reconhecimento da união estável entre casais de mesmo sexo, como entidade familiar.¹⁵¹

¹⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *ADI 4.277/DF*. Plenário. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em <<http://www.stf.jus/portal/jurisprudencia>>. Acesso em 15 julho 2012.

CONCLUSÃO

Procurou-se com o presente trabalho de monografia, gerado no contexto da decisão do Supremo Tribunal Federal que entendeu pela possibilidade do reconhecimento da união estável entre casais do mesmo sexo, o estudo do fenômeno que possibilita a alteração informal de um dispositivo constitucional, sem alterar-lhe as palavras, a escrita. Desta feita, a pesquisa se voltou minuciosamente ao fenômeno da mutação constitucional e suas peculiaridades, de essencial relevância para o entendimento do caso concreto aqui analisado e eventuais discussões teórico – constitucionais.

De início, pretendeu-se entender as raízes e a base do tema, o que foi realizado por meio do estudo da Teoria Clássica do Poder Constituinte, do Abade Emmanuel Joseph Sieyès, a qual trata das possibilidades de criação de uma nova Constituição por meio do poder constituinte originário, e da adaptação, adequação e renovação do Texto Constitucional vigente, aos novos anseios políticos, sociais, culturais, econômicos da própria sociedade, pela atuação do poder constituinte derivado. Foram analisados os processos formais de criação, reforma, revisão e emenda da Lei Fundamental, seus limites e possibilidades de ocorrência.

Antes de tudo, cumpre esclarecer que, no segundo capítulo, para se entender melhor a possibilidade de um dispositivo constitucional ser modificado em seu alcance, sentido, significado, fez-se necessário a análise do fenômeno da mutação constitucional, como processo informal de modificação do Texto Constitucional, apontando-se algumas das distinções que a doutrina demonstra entre as reformas formais e as reformas informais do texto constitucional.

Destacou-se também, como ponto de alta relevância para esta pesquisa, a figura das mutações constitucionais operadas via interpretação constitucional, meio utilizado pelos interpretes constitucionais para evitar a petrificação do Texto Magno, e torná-lo adaptável às necessidades futuras do Estado de Direito, que se dão como no caso em tela, por meio de novos anseios sociais. Neste ponto, percebeu-se a possibilidade de se renovar a própria Constituição por meio da interpretação dos exegetas constitucionais, destacando-se assim, o papel dos juízes e dos Tribunais como interpretes da Constituição.

Com o deslinde da pesquisa, procurou-se demonstrar os limites da mutação constitucional, como foi feito com os processos de reforma formal da Constituição, entretanto, pelo fato de as mutações constitucionais, enquanto processos informais de alteração da Lei Magna, não encontrarem tratamento sistemático na doutrina, visto que esta ainda não se enveredou satisfatoriamente sobre o tema, restou infrutífera tal tentativa. Todavia, chegou-se a ideia de que, neste momento, é impossível definir critérios exatos para delinear os limites da mutação constitucional, porém constatou-se que, como um limite implícito, é essencial para o exegeta constitucional ter a noção de que ao exercer a interpretação constitucional não se pode valer de interpretações deformadoras do espírito e cerne da constituição, dos seus princípios e valores fundamentais. Em outras palavras, para exercer a mutação constitucional, adequando a Constituição à realidade social cambiante, o interprete constitucional tem de respeitar a essência dos princípios basilares da Lei Maior, pois se ao renovar a Constituição via mutação constitucional, o interprete extrapolar tais limites, acaba por gerar as ditas mutações inconstitucionais, tendo em vista as deformações maliciosas nelas contidas. Desta feita, pode-se dizer que como meio de mudança informal do Texto Constitucional, a mutação constitucional não possui limites mensuráveis, entretanto por consenso da doutrina existe limitação quanto à atuação do interprete constitucional o qual deve respeitar no mínimo os princípios fundamentais basilares da norma suprema.

Por derradeiro, no início do último capítulo, por meio da análise dos conceitos e requisitos do instituto da união estável, conclui-se que a ideia original do legislador constituinte de 1988 era a de que tal instituto, como verdadeira realidade jurídica do Estado de Direito brasileiro, fosse reconhecido para os efeitos da proteção do Estado entre o homem e a mulher e não entre pessoas de sexo idêntico.

Adiante, passou-se a avaliar o novo entendimento dado pelo Supremo Tribunal Federal ao instituto da união estável e suas possibilidades de reconhecimento para casais de mesmo sexo, desde que preenchidos os mesmos requisitos exigidos para a união estável heterossexual, quais sejam, convivência pública, contínua e duradoura com o intuito de constituir família. Pela análise apurada da decisão, chegou-se a conclusão de que o não reconhecimento da união estável entre casais do mesmo sexo, como verdadeira entidade familiar, fere os princípios da dignidade da pessoa humana, da vedação de discriminação odiosa, da igualdade, e da liberdade.

O voto do Ministro Relator foi acompanhado, por unanimidade, pelos outros Ministros no sentido de que as palavras do § 3º, do artigo 226, da Constituição, não excluem a possibilidade de se reconhecer a união estável entre casais homoafetivos. Entendeu-se que o Texto Constitucional como um todo converge para a equalização da união homoafetiva à união estável, visto que em sua essência a Constituição proíbe qualquer forma de discriminação decorrente do sexo das pessoas. E em decorrência desse entendimento foi dada interpretação conforme a constituição ao artigo 1.723 do Código Civil, pelo fundamento de que este artigo, prontamente, excluía direitos dos homossexuais de forma preconceituosa.

Portanto, é preciso ter em mente que o Texto Constitucional surge com o intuito de ser permanente no tempo, e é por isso que a Constituição, como organismo vivo, vai se moldando, se atualizando, e se adaptando as novas realidades e exigências da sociedade. E é nesta linha de raciocínio, mesmo com a ideia de que o fenômeno da mutação constitucional ainda não possui uma forte sedimentação na doutrina constitucional brasileira, que se pode chegar à conclusão de que se compararmos a vontade primeira do legislador constituinte originário de 1988, em relação ao reconhecimento do instituto da união estável para efeitos da proteção do Estado, com a nova interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao mesmo instituto, tornar-se-á de fácil percepção a constatação da ocorrência de uma legítima mutação constitucional via interpretação constitucional, tendo em vista que com essa nova decisão o Supremo Tribunal Federal ampliou o alcance do dispositivo constitucional em questão, sem ao menos ter-lhe provocado qualquer mudança na literalidade das palavras de seu texto

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.
- BENJÓ, Simão Isaac. *União Estável e seus Efeitos Econômicos em Face da Constituição Federal*. Revista Brasileira de Direito Comparado. v. II, 1991.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, MENDES, Gilmar Ferreira e COELHO, Inocêncio Martires. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. Congresso Nacional. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*, que institui o Código Civil. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 10 julho 2012.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Civil. *REsp 1263015/RN*. Terceira Turma. Requerente: S G da S. Relatora: Min. Nancy Andrichi. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em 02 jul. 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *ADI 4.277/DF*. Plenário. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em 15 julho 2012.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed., São Paulo. Malheiros, 2008.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional - Teoria do Estado e da Constituição - Direito Constitucional Positivo*. 16ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.
- DAU-LIN, Hsu. *Mutacion de la Constituicion*. Instituto Vasco de Administracion Pública. Trad. Christian Förster, 1998. Berlin und Leipzig, 1932.
- DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva. O preconceito e a Justiça*. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERREIRA, Luiz Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.

GALLO, Ronaldo Guimarães. *Mutação Constitucional*. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/3841/mutacao-constitucional>>. Acesso em 20 março 2012.

HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre/RS, 1997.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

JUNIOR, Nelson Nery. *Anotações Sobre Mutação Constitucional – Alteração da Constituição sem Modificação do Texto, Decisionismo e Verfassungsstaat*. São Paulo. Revista dos Tribunais: Coimbra. Coimbra, 2009.

KELSEN. Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LAGO, Rodrigo Pires Ferreira. *A União Estável Homoafetiva na Pauta do STF*. 2011. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-uniao-estavel-homoafetiva-na-pauta-do-stf>> Acesso em 13 julho 2012.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Famílias*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2001.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil. Direito de Família*. v. 5. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010.

OLIVEIRA, Lamartine Corrêa e FERREIRA, Francisco José. *Direito de Família*. São Paulo: Fabis, 1991.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Direito de Família*. v. 5. 17. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RIBEIRO, Manoel. *Do Poder Constituinte*. Salvador: Salvador, 1985.

SILVA, Américo Luis Martins. *A Evolução do Direito e a Realidade das Uniões Sexuais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Apostilas de Direito Constitucional*. São Paulo: Fadusp, 1961.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Sucessões*. 10. ed. São Paulo: Atlas, v. 7, 2010.