

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: INTERPRETAÇÃO
CONSTITUCIONAL COMO TECNICA NO PROCESSO DE MUTAÇÃO
CONSTITUCIONAL NO RECONHECIMENTO DA UNIAO HOMOAFETIVA
COMO ENTIDADE FAMILIAR**

MUTAÇÃO: CONSTITUTIONAL INTERPRETATION
CONSTITUTIONAL TECHNIQUE AS IN CASE OF CHANGING THE
CONSTITUTIONAL RECOGNITION OF THE UNION AS AN ENTITY
HOMOAFETIVA FAMILY

Claudia Telles de **PAULA**

Mestranda em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru,
Bauru-SP, Brasil. Sistema Constitucional de Garantias de Direitos, Advogada.

RESUMO

O presente artigo pretende abordar um breve estudo sobre mutação constitucional e interpretação conforme, trazendo como base a decisão do Supremo Tribunal Federal que conferiu uma interpretação conforme a constituição ao artigo 226, parágrafo 3º, da CF/88. O notório fenômeno da mutação constitucional permitiu que a norma oriunda da interpretação do enunciado normativo fosse modificada ao longo dos tempos sem que houvesse alteração do texto. Muito embora, no julgamento da ADPF nº 132 e da ADIN nº 4277 não tenham os ministros mencionado o termo mutação constitucional, fundamentando seus votos apenas na interpretação conforme a Constituição; não podemos deixar de mencionar o fenômeno da mutação, que veio como consequência de um comportamento social antes alvo de discriminação agora fazendo valer os direitos fundamentais.

Palavras-Chave: Interpretação Constitucional, Mutação Constitucional, União Estável Homoafetiva

ABSTRACT

This article seeks to address a brief study on mutation and constitutional interpretation as bringing based on the decision of the Supreme Court which gave an interpretation to the constitution as Article 226, paragraph 3, of CF/88. The notorious phenomenon of constitutional mutation allowed the standard interpretation derived from the normative statement was modified over time without any modification. Although, in the judgment of ADPF No. 132 and ADIN No. 4277 does not have the ministers mentioned the phenomenon of constitutional mutation, basing their votes only in the interpretation according to the Constitution, we can not fail to mention the phenomenon of mutation, which came as a result of social behavior before now discriminated against enforcing the fundamental rights.

Keywords: Constitutional Interpretation, Constitutional Changes, Stable Union Homoafetiva

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa trazer uma breve discussão sobre a mutação constitucional e a interpretação conforme.

Inicialmente traz o conceito de mutação constitucional, explanando o ponto de vista de renomados juristas, e a necessidade de aplicação deste fenômeno diante da realidade social que o país vem experimentando. As mudanças de comportamento, e uma visão desprovida de preconceitos, trazendo como consequência a mutação através do processo de interpretação conforme a Constituição.

Depois de esclarecido o conceito e a finalidade da mutação constitucional, passamos a expor os riscos deste fenômeno, ressaltando a importância do não afastamento do controle de constitucionalidade, para que ocorra a adequação da Lei Fundamental a realidade social sem que haja banalização e desvirtuamento do texto Constitucional.

Enfatizamos que muito embora no julgamento da ADPF nº 132 e da ADIN nº 4277 em nenhum momento tenha se justificado ou sequer argumentado a mutação constitucional, ela está implícita, uma vez que o reconhecimento da união estável homoafetiva trouxe não apenas um impacto no novo Código Civil de 2002; em sua

essência essa decisão trouxe uma adequação da norma, pois quando da elaboração da Carta Magna não se vislumbrou a possibilidade das uniões homoafetivas serem reconhecidas como entidade familiar.

O DIREITO E A REALIDADE SOCIAL

O DIREITO tem por escopo a sociedade, e dela não pode ser separado, pois senão perderia todo seu objetivo, qual seja: a normatização das relações sociais, nos conduzindo a um determinado padrão de sociedade.

O Direito formula determinadas normas estatuidando leis que moldam o comportamento das pessoas, então podemos dizer que a realidade social acaba condicionando o Direito.

E sem dúvida alguma a sociedade influencia o Direito, pois a cada lei que surge estamos mostrando às pessoas o tipo de comportamento que se espera, em outras palavras, cria-se uma expectativa de comportamento a ser seguido.

A cada novo movimento social, em cada alteração sempre irá existir uma influência na base jurídica. Se não fossem os fatos sociais que se emergentes, as normas não careceriam de complementação ou ajustes.

EFEITOS SOCIAIS, EFICÁCIA E ADEQUAÇÃO INTERNA DAS NORMAS.

As relações entre as normas e a sociedade podem ser vistas sob a ótica dos efeitos sociais, da eficácia da norma e adequação interna.

- efeitos sociais: toda vez que uma norma é promulgada existe um efeito social, acarreta-se um efeito a partir do momento que a norma é estatuída;

- eficácia da norma: eficácia do preceito e eficácia da sanção, pois é necessário que ela se faça cumprir mediante imposição;

- adequação interna da norma jurídica: a finalidade social da norma é realizada na prática, o objetivo é cumprido.

As normas são eficazes porque contém um preceito que é respeitado e os destinatários estão sujeitos a punição ao infringirem.

Por que então o direito é sempre tão dissociado da realidade social? É fácil responder o questionamento, podemos dizer que o direito é uma realidade paralisada, estancada no tempo, quando muito se move lentamente, e a realidade social é mutante e célere.

Embora alguns vejam a Constituição como ordem hermeticamente fechada, essa visão já não condiz com a realidade, “uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto o possível com o antigo.”¹

A Constituição, pois, deve ser sempre adaptada à realidade social. Nenhum discurso, por si só, consegue dar conta da realidade jurídica construída e ampliada constantemente (SCHIER, 1997 p.39). E, embora seja uma espécie de lei, é muito mais que uma simples lei, pois, dotada de um procedimento qualificado para sua modificação, é suprema no âmbito normativo de um Estado. E sem essa possibilidade de modificação adaptativa, não passaria de uma folha de papel, sem concretização no meio social.²

Diante de tal condição, a Constituição deve adequar-se às exigências sociais, pois os problemas e dificuldades de uma nova realidade social, em face da ausência de normas que regulamentem a situação atual, acaba por refletir na evolução quase que obrigatória da Constituição.

Não se pode ignorar a evolução dos tempos, as novas situações geradas no seio da sociedade; a Constituição não pode ficar engessada, estancada no tempo negligenciando fatos, pois se assim fosse estaria contradizendo com o dever de colocar todos cidadãos em um plano de igualdade.

¹ (BARROSO, 1996). Natureza jurídica e funções das Agências Reguladoras de serviços públicos. In **Boletim de direito administrativo**. Ano XV N.º 6, Junho/1999_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro. Renovar, 1996

² SCHIER, Paulo Ricardo. A Hermenêutica constitucional: Instrumento para a implementação de uma nova dogmática jurídica. In **Revista dos Tribunais**. Ano 86 V. 741, Julho, 1997
LASSALE, Ferdinand. **Que es una constitución?** Buenos Aires. Ediciones Siglo Veinte, 1946

Quando uma norma é editada, ela atende a situação concreta, vivenciada naquele momento, não tendo esta o dever de prever futuro; mas a modificação da norma, em forma de adequação e sintonia com a situação atual nos remete ao objetivo primordial desta, qual seja a segurança jurídica.

MODIFICABILIDADE DA CONSTITUIÇÃO

No que se refere à Constituição, para que não permaneça parada no tempo, para que se concretize no seio da sociedade, é necessário que vá se adaptando às novas realidades.

As Constituições, dentre várias classificações, são divididas em rígidas e flexíveis; sendo que as primeiras são as que não podem ser modificadas formalmente, a não ser por um processo lento e difícil, previsto na própria Constituição e as segundas, as que podem ser estabelecidas ou modificadas pela legislatura ordinária, como as demais leis.

Apesar disso, há uma grande discussão torno de tais definições em busca de determinar-lhe o sentido, identificando se há uma rigidez absoluta ou relativa nas Constituições.

As opiniões são divergentes, dependendo do grau de abertura dos pensadores, e da linha de pensamento de cada um deles.

Entretanto, parece que a rigidez constitucional, desde sua origem, não se incompatibiliza com mudanças. Mas não reside aí a essência da definição, pelo contrário, ambas as espécies (rígidas e flexíveis) são modificáveis.

O fundamento que via de regra se invoca para determinar a rigidez da Constituição é a sua supremacia. O que caracteriza a rigidez é propriamente o fato de consistir em proteção mais obstinada e mais rigorosa da norma constitucional, que é alterável, sim, porém mediante um processo especial, mais complexo do que o previsto para a edição de normas infraconstitucionais.³

³ ZANDONADE, Adriana. Mutações constitucionais. In **Revista de direito constitucional e internacional**. São Paulo, N. 35 Ano 09, abr / jun, 2001

Uma Constituição pode ser aberta sem abalar sua supremacia. “O desenvolvimento constitucional significará, precisamente, o compromisso, pleno de sentido, entre a estabilidade e a dinâmica do direito constitucional”.⁴

Contudo a mutabilidade absoluta não é concebível, pois isso abalaria valores de estabilidade e de segurança jurídica, por outro lado a imutabilidade absoluta também impediria aperfeiçoamentos e correções do texto constitucional, necessários em razão da própria evolução da sociedade. Daí a necessidade de se alcançar um meio termo, uma medida justa de adequação da norma com a realidade.

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL- MUDANÇA INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO

A necessidade de uma Constituição tentar adaptar-se à realidade social do momento, uma vez que a sociedade está em processo de transformação constante e automodificação nos revela a importância do fenômeno denominado MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.

Assim “as inevitáveis acomodações do direito constitucional à realidade Constitucional realizam-se só de duas maneiras, às quais a teoria geral do estado deu o nome de reforma constitucional e mutação constitucional . Assim, uma Constituição não é jamais idêntica a si própria, estando constantemente submetida ao *pantha rei* heraclitiano de todo ser vivo”⁵.

Ao lado da reforma formal da Constituição, em suas modalidades de revisão e emenda, há, também, a mudança informal, aquela que se opera, sem que mudança do texto ocorra. É mudança também conhecida como transição constitucional ou revisão informal.⁴

Mas tal fenômeno não significa dizer que o texto constitucional seja modificado, mas sim ocorra uma modificação quanto à forma de interpretação do dispositivo constitucional. Na sua acepção formal, mutação é o processo de alteração, e na acepção material ou substancial, o resultado mesmo desse processo.

⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra. Almedina, 1993

⁵ LOEWENSTEIN, Kar. **Teoria de la Constitución**. Barcelona. Ediciones Ariel, 1970

Os meios difusos de mudança constitucional tem natureza informal, material. Embora informal, a mutação é de natureza constitucional, materialmente constitucional. É um processo difuso de modificação das Constituições. Para se falar em fundamento da mutação constitucional, mister abordar-se a questão do chamado *poder constituinte*.

O poder constituinte é o fundamento das reformas constitucionais formais: revisão e emenda constitucional.

E qual seria então o fundamento da mutação constitucional?

Materialmente constitucional que é a mutação tem fundamento na adequação sociológica da Constituição, em sua dimensão material, no poder constituinte em sentido amplo, espontâneo e informal.

Não se limita a interpretação do texto, mas a partir dele produzir uma norma que lhe corresponda, avançando até o ponto de propor a substituição de um texto normativo por outro. Temos então mudança de sentido, sem modificação do texto; não significando que a Corte venha a corrigir a Constituição via aplicação do conceito de mutação constitucional.

A mutação constitucional promove, portanto, a alteração do conteúdo do texto constitucional de maneira informal, com a modificação não da letra da lei, mas tão somente de seu entendimento.

Extraímos então que o fenômeno da mutação constitucional é responsável pela interação das normas com os costumes, uma maneira verdadeira sintonia entre lei e comportamento social.

O Professor GILMAR FERREIRA MENDES leciona que:

Vistas a essa luz, portanto, as mutações constitucionais são decorrentes – nisto residiria a sua especificidade – da conjugação da peculiaridade da linguagem constitucional, polissêmica e indeterminada, com os fatores externos, de ordem econômica, social e cultural, que a Constituição – pluralista por antonomásia – intenta regular e que, dialeticamente, interagem

com ela, produzindo leituras sempre renovadas das mensagens enviadas pelo Constituinte ⁶

Dirley da Cunha Junior ⁷, define mutação constitucional vejamos:

[...] a mutação constitucional é um processo informal de alteração de sentidos, significados e alcance dos enunciados normativos contidos no texto constitucional através de uma interpretação constitucional que se destina a adaptar, atualizar e manter a Constituição em contínua interação com sua realidade social. Com a mutação constitucional não se muda o texto, mas lhe altera o sentido à luz e por necessidade do contexto. É um fenômeno que vem se revelando necessário para a respiração das Constituições, cujos enunciados muitas vezes ficam asfixiados à espera de revisões formais que nunca vêm ou que, vindo, não atendem as demandas do texto e dos fatos.

A mutação não pode atingir a letra da Constituição, o que só ocorre com um processo formal, mas tão somente mudar-lhe o sentido, o alcance ou o significado. É função constituinte implícita, portanto, mais limitada que a formal, operada via interpretação, práticas constitucionais e construção constitucional.

LIMITES DA MUTAÇÃO

Mas até que ponto o intérprete pode caminhar para além do texto que vincula? Onde termina o legítimo desdobramento do texto e passa ele, o texto, a ser subvertido?

As reformas formais previstas nas Constituições para as revisões e emendas, submetem-se a limitações, os meios informais sofrem limitações, se assim não fosse, poder-se-ia incorrer em insegurança jurídica total.

⁶ FERRAZ, Anna Candida da Cunha Ferraz. *Processos Informais de Mudança da Constituição* Ed. Max Limonad, 1986

⁷ Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Salvador: Jus Podium, 2009. p. 257

Que existe a necessidade de adaptação do texto à realidade social é óbvio, mas também não é menos necessária a prudência para não incorrer em banalização ou insegurança jurídica, mesmo em presença de leis escritas.

Mas uma teoria jurídica dos limites da mutação constitucional só ocorreria “mediante o sacrifício de um dos pressupostos metódicos básicos do positivismo: a estrita separação entre direito e realidade, assim como os que constituem sua consequência, a inadmissão de quaisquer considerações históricas, políticas e filosóficas do processo de argumentação jurídica. Mas, a separação metódica entre direito e realidade, com o intuito de se obterem parâmetros jurídicos para determinar os limites da mutação constitucional, esbarra em um problema de magnitude extrajurídica, pois dita realidade resulta inevitavelmente – apesar da separação metódica – juridicamente relevante: incapaz por definição de operar no interior da norma mesma, modifica por assim dizer desde fora do direito constitucional de uma forma explicável só politicamente, não juridicamente, ao fazer ocupar seu lugar por uma situação constitucional divergente, que, desprezando as normas da Constituição, torna-se ela mesma direito.”⁸

Mas essa renovação a que se propõe este fenômeno em síntese altera o sentido, o significado e o alcance do texto sem violar sua essência, esta é sem dúvida a característica mais marcante, pois trata-se de uma mudança sem que se contrarie a Constituição.

A ideia de Lassale sobre a Constituição é importante para entender e definir algumas destas limitações. Com efeito, a Lei Maior seria a soma de vários fatores reais de poder:

(...) assim como todo corpo tem uma constituição própria, boa ou má, estruturada de uma ou de outra forma, todo país tem, necessariamente, uma constituição real e efetiva, pois não é possível imaginar uma nação onde não existam os fatores reais de poder, quaisquer que eles sejam (...).

⁸ HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Madrid. Centro de estudios Constitucionales, 1992

Não se pode permitir que a mutação constitucional viesse atingir a essência da norma, e nem seja realizada de forma indiscriminada a ponto de ser banalizada a nossa Carta Magna.

Por isso, qualquer violação ou extrapolação a este limite, concretizaria uma mutação inconstitucional, assim, ao se tentar modificar uma Constituição deve-se ter como parâmetro o enquadramento a que a própria norma impõe, tendo em vista análise conjunta de todo o ordenamento constitucional.

INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A interpretação constitucional pressupõe duas noções : a de ‘interpretação’ e a de ‘Constituição’.

Anna Cândida da Cunha Ferraz, leciona:

“O objeto da interpretação constitucional será, pois, uma Constituição posta, que há de ser vista como um ‘conjunto de normas jurídicas concernentes a forma de Estado, à forma de governo, ao modo de aquisição e exercício do poder, ao estabelecimento de seus órgãos, aos limites de sua ação.’”

Carlos Maximiliano preleciona:

Deve o estatuto supremo condensar princípios e normas asseguradoras do progresso, da liberdade e da ordem, e precisa evitar casuística minuciosidade, a fim de se não tornar demasiado rígido, de permanecer dúctil, flexível, adaptável a época e circunstancias diversas, destinado como é, à longevidade excepcional.

Sempre que se atribuir à Constituição um novo sentido, alcançando situações não vislumbradas quando da confecção do texto, fatos não contemplados, trazendo um novo conteúdo, estamos nos deparando com a mutação constitucional.

No entanto todos os métodos interpretativos podem provocar mutações constitucionais, em maior ou menor extensão, atribuindo aos dispositivos da Lei das

Leis, sentidos novos, conteúdos antes não ressaltados, tornando possível a ocorrência de alterações não disciplinadas na letra da Carta Maior.⁹

Na Constituição Federal de 1988 encontramos alguns exemplos ainda. O art. 5º, inciso XI da Carta Brasileira, considera a *casa* asilo inviolável do indivíduo. O significado *casa* foi ampliado, inclusive produzindo textos legais protetivos, para *significar*, além do local em que o indivíduo estabelece residência com ânimo definitivo, previsto no Código Civil, como também o escritório do advogado, o consultório médico, os complementos da casa como pátios, jardins, quintais, quadras esportivas, garagens, adegas, caramanchões, etc..Assim, a casa passa a ser o lugar onde se vive ou trabalha. Desse modo, ao ato interpretativo promoveu mudança informal sem violação do texto da lei.⁹

Mas a interpretação não funciona somente como mutação criando novos significados, senão também restringindo o significado da norma.

A interpretação conforme à Constituição é mais do que uma técnica de salvamento da lei ou do ato normativo, pois ela consiste em uma técnica de decisão. Ela não é necessariamente unívoca, pois permite várias interpretações conformes à Constituição, que podem até mesmo contradizerem-se entre elas. O princípio da interpretação conforme à Constituição, cumpre dizer, tem sido interpretado no sentido de favor legis, no plano do direito interno, e de favor conventionis, no plano do direito internacional. Ele tem como seus objetivos precípuos excluir as demais interpretações existentes e suprir possível lacuna da lei¹⁰.

O que significa dizer que a interpretação constitucional assume o papel de processo de mutação constitucional, em outras palavras, a interpretação constitucional nos traz como consequência, como resultado final a mutação.

Sendo as vias de obtenção de mutação constitucional a lei, as decisões judiciais e os costumes, estes, se mais conformes à realidade social (e os costumes sempre são, restando uma atividade mutacional maior para a lei e as decisões judiciais), isso significará uma maior acesso à justiça, principalmente daqueles que são socialmente

⁹ UADI LAMMÊGO BULOS, **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997 p. 33 e seguintes,

¹⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. As modernas formas de interpretação constitucional. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 27 de setembro de 2012.

excluídos, vítimas de leis equivocadas, de interpretações comprometidas com os poderes estatais e econômicos e de construções que massacram direitos.

OS RISCOS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO PROCESSO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

São inegáveis os riscos da atividade de interpretar a Constituição, enquanto processo informal de modificação constitucional. A mutação constitucional pode comprometer o equilíbrio e a estabilidade das instituições e da própria sociedade.

Entretanto, isto não pode impedir a interpretação da norma constitucional de forma ampla quanto ao seu sentido e alcance.

Paulo Bonavides¹¹ diz:

“ interpretar a Constituição é muito mais do que fazer-lhe claro o sentido: é sobretudo atualiza-la”

Vale dizer que quanto mais extenso for o processo de interpretação, maiores serão os riscos de desvirtuamento do texto constitucional e de distorções.

Não se pode permitir que com a interpretação ocorra a perda da função estabilizadora da Constituição, o que almeja é tão somente adequação e não banalização do texto, daí a necessidade de ponderação e atuação do controle de constitucionalidade.

Jorge Miranda¹² esclarece que o próprio Estado não se cristaliza numa fórmula acabada, estando em contínua mutação, através de várias fases de desenvolvimento progressivo (às vezes regressivo) e conclui afirmando que:

Uma Constituição nascida na base de determinado princípio de legitimidade pode sofrer, no decurso da sua vigência uma transmutação,... o que significará, uma alteração da Constituição material, embora permanecendo intocada a Constituição formal ou a instrumental.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. Direito Constitucional, Rio de Janeiro, Forense, 1980.

¹² MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra Editora, 2001. Jorge Miranda *in* Manual de Direito Constitucional.

A mudança de significado de um preceito só pode ocorrer no marco do sentido e da finalidade da norma. Não há possibilidade de se interpretar arbitrariamente. O desrespeito aos limites que se impõem às mutações constitucionais pode significar o abandono de uma interpretação segura.

A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E O RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA.

Ninguém opta pelo homossexualismo, ninguém escolheria ser exposto e ridicularizado perante a sociedade, submetido a todos os tipos de preconceito, violência física e moral. A pessoa nasce homossexual e, por isso, o estado tem que analisar a situação jurídica dessas pessoas, de modo a assegurar-lhes seus direitos fundamentais que diariamente são desrespeitados, e quando falamos em direitos fundamentais estamos nos referindo ao primordial de todos eles: o direito a vida.

O artigo 226 da Constituição Federal de 1988 ¹³, nos presenteou com o fenômeno da mutação constitucional, pois seu texto, diante da realidade atual, acabou por sofrer a mutação vejamos:

Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

...

¹³. “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes [...].”

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Quando da elaboração deste artigo em nossa Carta Magna, talvez não tivesse o legislador vislumbrado uma união homoafetiva, passível de direitos e obrigações como qualquer outro tipo de entidade familiar.

Devemos aqui abrir um parênteses e discorrer um pouco acerca das nomenclaturas entidade familiar e família como o faremos a seguir.

Pode-se enquadrar na significação de família, não somente as estabelecidas através de casamento, mas todos aqueles núcleos que apresentam em sua formação as características de afetividade e estabilidade.

Em face da doutrina constitucional dos direitos fundamentais que valoriza dignidade da pessoa humana, o Estado não pode admitir apenas um modelo de organização familiar e o direito há que regular os fatos sociais para legitimar a igualdade e a liberdade que têm os sujeitos de organizarem sua vida.

A família assume uma dimensão renovada, firmada na igualdade e na não discriminação. A família migra de uma estrutura fechada para delinear-se como comunidade de afeto, evitando adjetivações e exclusões, de modo a comportar-se numa dimensão plural. O texto constitucional, sem adjetivar a família, apenas garante-lhe proteção do Estado, por reconhecer a sua natureza cultural e a sua importância no desenvolvimento da personalidade da pessoa.

Anteriormente apenas o casamento estava inserido no conceito de família, atualmente a sociedade conjugal legalmente formada pelo homem e pela mulher, como também a união estável e a chamada família monoparental, são formas de entidade familiar.

O conceito de família tradicional foi ampliado, fazendo valer um dos princípios norteadores da Constituição que é a dignidade da pessoa humana, reconhecendo o vínculo sócio afetivo como fator de formação de uma entidade familiar, deixando em segundo plano o caráter tradicional que se revestia o conceito de família.

Feitas essas breves considerações sobre família e entidade familiar, retomaremos então do ponto de partida deste tópico: a mutação constitucional e seus efeitos no reconhecimento da união homoafetiva.

O que buscou foi tão somente uma interpretação adequada de direitos já existentes em nossa Carta Magna e daí devemos extrair duas modalidades de interpretação do art. 226, § 3º, vejamos:

A Interpretação teleológica - onde se busca a finalidade da norma – que foi utilizada para analisar o motivo da criação do art. 226, § 3º.

Este artigo representou a emancipação das mulheres, que antes eram discriminadas, sendo alvo de ofensas, e até mesmo marginalizadas. Pois quando o artigo que afirma ser união estável a união "entre homem e mulher" foi criado para incluir as mulheres não casadas no âmbito social. Desta feita concluímos que um artigo de inclusão não pode ser utilizado para excluir, isso ofenderia a finalidade da norma.

A segunda técnica interpretativa foi a da interpretação sistemática, onde se busca interpretar a Constituição como um todo. Desta forma, o artigo 226, § 3º tem que ser interpretado juntamente com outras regras e princípios, vejamos:

- 1 – Dignidade da pessoa humana
- 2 – Liberdade
- 3 – Legalidade
- 4 – Igualdade

Ademais, não podemos deixar de ressaltar o art. 5º, caput, da CF: "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza..."

Com base nesses fundamentos o STF julgou procedente as demandas aplicando, com efeito, *erga omnes* vinculante e *ex tunc*, a mutação constitucional ao art. 226, §3º da CF para reconhecer uniões homossexuais como entidade familiar. Desta forma, onde o artigo citado expõe o termo "homem e mulher" leia-se: seres humanos. Por consequência, essa mutação gerou ao art. 1723 do CC/2002 a técnica da interpretação conforme a Constituição.

O julgamento em pauta tratou da apreciação conjunta da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277/DF e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132/RJ. A primeira, proposta pela Procuradoria-Geral da República, pedia o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, com

a ampliação dos direitos conferidos aos companheiros heterossexuais nas uniões estáveis aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. A segunda, proposta pelo governador do estado do Rio de Janeiro, pedia, sob os argumentos da isonomia, liberdade e dignidade da pessoa humana, que o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil, fosse estendido às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis daquele estado.

Acompanhando o voto do Relator, Ministro Ayres Britto, por unanimidade, o Plenário do STF decidiu pela procedência das ações propostas e com efeito vinculante, dando interpretação conforme a Constituição no sentido de excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que pudesse vir a impedir o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar.

E muito embora o STF não tenha mencionado o fenômeno da mutação constitucional, ele está implícito, pois o impacto trazido ao Novo Código Civil de 2002 foi nada mais do que uma adequação a realidade.

Por meio da interpretação conforme, o STF modificou a interpretação de determinada norma jurídica, adaptando-a aos novos tempos. Em outras palavras, a mutação constitucional elimina o caráter estático da norma primária.

Então como podemos afirmar que não ocorreu o fenômeno da mutação constitucional?

A mutação constitucional traz a atualização das normas jurídicas pelo uso, por parte do STF, da técnica de interpretação conforme a Constituição, ou seja, podemos dizer de maneira singela que a interpretação conforme é a técnica para se alcançar o resultado mutação.

Alguns juristas entendem não ter ocorrido o fenômeno da mutação constitucional no julgamento que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, no entanto, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti¹⁴, entende que sim, vejamos:

“O que dito texto *nos diz* é que a Constituição reconheceu expressamente a união estável entre o homem e a mulher, mas *não diz* que ele teria proibido a união estável entre

¹⁴VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. O STF e a união estável homoafetiva: [HTTP://jus.com.br/revista/texto/19086](http://jus.com.br/revista/texto/19086)

duas pessoas do mesmo sexo. Ainda que se reconheça que, pela *tradição*, não se teria imaginado a união homoafetiva quando da elaboração do §3º do art. 226 da CF/88, o notório fenômeno da *mutação constitucional* permite que a norma oriunda da interpretação do enunciado normativo mude ao longo dos tempos sem que haja necessidade de alteração do texto quando a *razão crítica* demonstre o descabimento da interpretação restritiva que passa a sofrer evolução, como a evolução da jurisprudência da Suprema Corte dos EUA prova pela forma como era admitida a negativa de direitos a negros relativamente àqueles concedidos aos brancos para, posteriormente, garantir-se os mesmos direitos aos negros desde que estes não utilizassem o mesmo espaço utilizado pelos brancos (doutrina do "*separados, mas iguais*") para, nas últimas décadas, reconhecer os mesmos direitos nos mesmos espaços públicos – tudo isso sem nenhuma alteração do texto constitucional estadunidense”.

E é fácil comungar com esta opinião, para tanto basta apenas responder a seguinte pergunta: Quando da elaboração do texto normativo, o legislador previu a possibilidade de existência de união estável, com todas suas características peculiares, entre casais homoafetivos?

A resposta certamente é negativa, daí então diante de uma realidade social diferente quando da elaboração da norma, surge a necessidade de uma adequação. E tal adequação tem caráter fundamental, pois se não houvesse, estaria a Constituição se contradizendo em seus princípios norteadores: o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Como poderia então a Constituição falar em igualdade tratando de forma desigual os casais homoafetivos, não lhes concedendo direitos e conseqüentemente deveres?

Daí conclui-se que em face da necessidade de uma adaptação da norma a uma nova condição dentro do seio da sociedade brasileira, o STF fazendo valer a técnica de

interpretação conforme a Constituição acabou por dar novo sentido sem alteração do texto, e conseqüentemente ocorreu uma mutação constitucional.

CONCLUSÃO

Após termos chegado ao fim das breves reflexões propostas no início deste trabalho, podemos tecer, em forma de síntese, que a mutação constitucional é um processo de mudança informal da Lei Fundamental sem alteração de seu texto, sendo consequência da técnica de interpretação conforme a Constituição.

Não há que se falar em não ocorrência do fenômeno mutação constitucional no julgamento da ADI e ADPF, haja vista que a procedência destas acabou por adequar a norma a realidade vivenciada pela sociedade brasileira.

A interpretação conforme a Constituição acarretou no reconhecimento da necessidade de ajuste da norma, haja vista que no Brasil o conceito de entidade familiar e família veio sofrendo alterações ao longo dos anos.

Esse ajuste entre norma e fato tornou-se necessário diante da realidade social vivenciada pela sociedade brasileira, e não amoldar significa contrariar os princípios basilares da nossa Carta Magna.

Através de uma interpretação e de uma construção aberta e permanentemente crítica do ordenamento jurídico posto, para adaptá-lo à realidade social sempre mutante, é que se poderá permitir maior ajuste social da norma, permeando a possibilidade de que as normas saiam do papel, para se concretizarem no seio da sociedade permitindo-se, assim, um maior acesso à justiça tendo como fio condutor o princípio da dignidade da pessoa humana, que também só se concretizará através do acesso de todos às condições mínimas de vida e sobrevivência. Importou-nos, neste estudo, destacar a questão da união homoafetiva, a mutação constitucional representada por recente decisão do Supremo Tribunal Federal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

(BARROSO, 1996). Natureza jurídica e funções das Agências Reguladoras de serviços públicos. In **Boletim de direito administrativo**. Ano XV N.º 6, Junho/1999. **O direito**

constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 1996

BASTOS, Celso Ribeiro. **As modernas formas de interpretação constitucional.** Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional.** Coimbra: Almedina, 1993.

CRUET, Jean. **Vida do direito e a inutilidade das leis.** Rio de Janeiro, s.d.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha Ferraz. **Processos Informais de Mudança da Constituição.** Ed. Max Limonad, 1986.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional.** Madrid. Centro de estudios Constitucionales, 1992.

LASSALE, Ferdinand. **Que es una constitución?** Buenos Aires. Ediciones Siglo Veinte, 1946.

LOEWENSTEIN, Kar. **Teoria de la Constitución.** Barcelona. Ediciones Ariel, 1970

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** Coimbra Editora, 2001. Jorge Miranda *in* Manual de Direito Constitucional.

SCHIER, Paulo Ricardo. **A Hermenêutica constitucional:** Instrumento para a implementação de uma nova dogmática jurídica. In Revista dos Tribunais. Ano 86 V. 741, Julho, 1997.

UADI LAMMÊGO BULOS. **Mutação Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 1997 p. 33 e seguintes.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **O STF e a união estável homoafetiva**. Disponível em: < [HTTP://jus.com.br/revista/texto/19086](http://jus.com.br/revista/texto/19086)>.

ZANDONADE, Adriana. **Mutação constitucional**. In Revista de direito constitucional e internacional. São Paulo, N. 35 Ano 09, abr / jun , 2001.