

ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL PELA SUPREMA CORTE BRASILEIRA

Aglene de Arruda Moreira Sotero

Acadêmica do 10º período do curso de Direito da
UNI-RN

RESUMO

A mutação constitucional é um instituto que não requer formalidades para sua aplicação. Consiste na alteração do sentido da norma sem que haja alteração no texto normativo. A mutação constitucional foi escolhida como objeto de estudo nessa pesquisa por tratar-se de tema extremamente importante, na medida em que está atualmente em pauta e permeia com certa frequência as decisões da Suprema Corte brasileira, bem como é um tema com pouco lastro doutrinário. Tal objeto está localizado dentro de um tema maior que é a hermenêutica constitucional, onde se discute a interpretação. Esta se constitui como elemento principal da mutação constitucional, na medida em que é a partir dela que se dá a reforma informal da constituição. O Supremo Tribunal Federal brasileiro utiliza o instituto da mutação constitucional em suas decisões, que por sua vez, gera críticas diversas acerca dos limites de atuação do STF. Este trabalho tem como objetivo principal estudar o instituto da mutação constitucional analisando sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Mutação constitucional. STF. Hermenêutica constitucional. Interpretação.

1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem como objeto de estudo o instituto da mutação constitucional. A problemática levantada nesse trabalho gira em torno da atuação da suprema corte brasileira, órgão que exerce a jurisdição constitucional no Brasil. Nos últimos anos têm-se observado várias decisões no Supremo Tribunal Federal (STF) que têm levantando polêmica a cerca dos limites de atuação deste órgão, muitos o acusam de atuar como legislador positivo decidindo questões e inovando em área que somente o legislativo poderia atuar.

O presente trabalho de pesquisa justifica-se não só pela importância do tema discutido, que envolve a jurisdição constitucional e a mais alta cúpula jurídica do país, como também pelo fato do objeto de estudo aqui apresentado, mutação constitucional, ser um tema relativamente pouco discutido doutrinariamente, surgindo, assim, um espaço a ser preenchido com estudos e pesquisas que possam elucidar melhor o mundo desse instituto que tem ligação direta com a vida de todos os brasileiros.

Inicialmente, busca-se nessa pesquisa apresentar o conceito de mutação constitucional, seus limites e pressupostos, bem como falar, brevemente, sobre os conceitos de judicialização e ativismo judicial. Em seguida, são apresentados exemplos de mutação constitucional por meio de casos concretos decididos pelo STF. Dando continuidade ao trabalho, é feita uma breve análise dessas mutações constitucionais tomando por base os limites e pressupostos da mutação constitucional anteriormente elencados. E por fim, é trazido à baila um caso concreto onde se discute a atuação do STF como legislador positivo a partir da decisão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132.

2 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: CONCEITO E LIMITES INTERPRETATIVOS

Para Paulo Bonavides (2012), falar em imutabilidade constitucional seria uma tese absurda, pois tal imutabilidade colide diretamente com a vida que é dotada de mudança, movimento, renovação, progresso. Ou seja, é inconcebível a ideia de uma constituição imutável, pois a dinâmica social não permite esse conceito.

A mutação constitucional é uma das formas por meio da qual uma constituição pode ser alterada. Diferencia-se das outras na medida em



que não se submete a um processo formal e solene. Uma outra diferença interessante que pode ser observada entre a reforma constitucional e a mutação constitucional é que, enquanto a primeira é realizada pelo poder legislativo, a segunda ocorre no âmbito do poder judiciário.

É importante ficar bem definido o conceito do que é a mutação constitucional também para fins de nomenclatura, pois é bastante comum encontrar pessoas utilizando o termo mutação constitucional como gênero, da qual seriam espécies a mutação constitucional formal (que seria a reforma) e a mutação constitucional informal (que seria a mutação constitucional propriamente dita).

José Afonso da Silva (2012) faz uma diferenciação entre os conceitos de mutação constitucional e reforma constitucional:

As constituições brasileiras usaram os termos *reforma*, *emenda*, *revisão* e até *modificação* constitucional. A questão terminológica nessa matéria começa pela necessidade de fazer distinção em *mutação constitucional* e *reforma constitucional*. A primeira consiste num *processo não formal de mudança* das constituições rígidas, por via da tradição, dos costumes, de alterações empíricas e sociológicas, pela interpretação judicial e pelo ordenamento de estatutos que afetem a estrutura orgânica do Estado. A segunda é o processo formal de mudança das constituições rígidas, por meio de atuação de certos órgãos, mediante determinadas formalidades, estabelecidas nas próprias constituições para o exercício do poder reformador (SILVA, 2012, p. 61 e 62).

Como pode depreender-se da explicação do renomado doutrinador, é necessário ficar clara a diferença entre mutação e reforma constitucional, onde a primeira ocorre no plano da interpretação, sem requerer qualquer formalidade para sua aplicação. Enquanto a segunda se dá no plano formal e positivo, requerendo solenidade em seu feito e alterando de forma expressa a letra da Lei, utilizando-se para isso processos já definidos pelo poder constituinte originário, devendo sempre limitar-se a estes.

Na doutrina, encontra-se outra definição de mutação constitucional trazida por Luis Roberto Barroso:

Sem que se opere algum tipo de ruptura na ordem constituída – como um movimento revolucionário ou a convocação do poder constituinte originário –, duas são as possibilidades legítimas de mutação ou *transição* constitucional: (a) através



de uma reforma do texto, pelo exercício do poder constituinte derivado, ou (b) através do recurso aos meios interpretativos. A *interpretação evolutiva* é um processo informal de reforma do texto da Constituição. Consiste ela na atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu teor literal, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente dos constituintes (BARROSO, 2009, p. 151).

Observando as definições acima do que seria a mutação constitucional percebe-se que Luís Roberto Barroso (2009) utiliza um termo diferente para designá-la, que seria a interpretação evolutiva. No entanto, mesmo adotando um termo diferente, pela definição apresentada pelo autor nota-se que ele está tratando da mutação constitucional. Observa-se, também, na explicação de Barroso que ele invoca a característica de meio interpretativo da mutação constitucional, mais uma vez reconhecendo o seu caráter informal.

Olhando à primeira vista o termo mutação constitucional parece ser autoexplicativo, referindo-se a uma mutação ou alteração que ocorre em uma constituição. Porém este termo esconde em si uma certa complexidade que será objeto de reflexões no desenvolver deste trabalho de pesquisa.

Ao se iniciar o processo de reforma de uma constituição já estão ali previamente definidos os limites dentro dos quais o poder reformador poderá atuar, e tudo deve transcorrer como previsto na Constituição. Portanto, na reforma constitucional sabe-se o que a legitima e quais seus limites, até onde pode ir.

E quando trata-se da mutação constitucional, que é um instituto informal, que sequer tem previsão no ordenamento brasileiro? Quais os pressupostos legitimadores desse instituto. E seus limites? Até onde pode ir o intérprete utilizando-se da mutação constitucional? Aqui, pode-se dizer que surge um problema. Algo a se pensar.

Pois bem, apesar de ser um processo informal de reforma da constituição, a mutação constitucional não pode em momento algum se furtar aos preceitos constitucionais. Se isso acontecesse ocorreria uma mutação inconstitucional, ou seja, aquela que ultrapassa os limites impostos pela supremacia da constituição.

A interpretação é a chave da mutação constitucional. É ela que dá sentido à norma. E a interpretação constitucional deve ser feita dentro de pressupostos, tais como o princípio da supremacia da constituição. O respeito a esse princípio pode ser apresentado como um dos possíveis limitadores da



mutação constitucional, posto que, por mais que o sentido da norma possa ser alterado por meio de uma nova interpretação, não deverá se contrapor a preceitos constitucionais já previstos. Bulos (2011, p. 129), diz uma frase que parece explicar bem a sentença acima: “Daí ser a supremacia constitucional a medida para os homens e os organismos balizarem os seus atos, que só serão válidos se se conformarem às disposições fundamentais da sociedade, as normas constitucionais”. Portanto, depreende-se, até então, que há sim limites para a aplicação da mutação constitucional.

Para Adriano Sant’Ana Pedra (2010), a mutação constitucional torna-se legítima na medida em que se mantém nos marcos normativos estabelecidos pela constituição. Já Carvalho (2014), aponta como fundamento da mutação constitucional a incongruência entre o texto constitucional e a realidade circundante.

Embora não estejam previstos de forma positivada, (e nem poderiam ser, posto que o instituto aqui discutido é meio informal de alteração constitucional) os limites à mutação constitucional aparecem de modo natural no momento da aplicação desse instituto quando o intérprete está atuando dentro da sua responsabilidade e competência, a saber, a guarda da constituição, pois, tem ele a obrigação de defendê-la e protegê-la, não devendo, em hipótese alguma, realizar uma interpretação normativa que afronte a Constituição em seus preceitos.

Portanto, percebe-se, nesse momento, como limite principal da mutação constitucional, os princípios da força normativa e da supremacia da constituição. Ou seja, esses seriam as balizas maiores e primárias a serem observadas pelo intérprete. No entanto, é necessário apontar outro elemento, discreto, mas que tem relevância ao discutir os limites da mutação constitucional que é o próprio limite textual.

É notório que as palavras têm significados diversos, e que tais significados podem mudar diante de contextos diferentes. Denota-se então que, normalmente, há uma certa elasticidade textual, que muitas vezes contribui para dar sentidos diversos, às vezes até ambíguos, a um texto. Porém, essa própria elasticidade textual pode figurar como um limite de interpretação, pois não se pode ir além daquilo que o texto quer passar. Luis Roberto Barroso (2009, p. 154), reconhece o texto como sendo um limite à aplicação da mutação constitucional, em suas palavras “interpretação evolutiva”, quando diz: “[...], pois a abertura da linguagem constitucional e a polissemia de seus termos não são absolutas, devendo estancar diante de significados mínimos”. Deste modo, o texto constitucional também aparece como um limitador da mutação



constitucional.

A mutação constitucional atua como um mecanismo de aproximação entre a constituição e a realidade constitucional, tendo em vista que a constituição só se consolida e produz os resultados almejados quando é possível seu amoldamento às novas realidades da vida social (PEDRA, 2010).

Há polêmica em torno da aplicação da mutação constitucional. No Brasil há críticas às diversas decisões que se utilizam desse instrumento. Muitos criticam os fenômenos do ativismo judicial e judicialização, que nas palavras de Barroso (2014, p. 6):

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Enquanto nos meios formais de reforma constitucional a responsabilidade cabe ao poder legislativo de processar e efetivar tal reforma, na mutação constitucional ela é feita pelo poder judiciário. Essa situação dá espaço para críticas no sentido de que o STF estaria usurpando responsabilidades inerentes aos outros poderes.

Ocorre que sendo a função precípua do STF a guarda da Constituição, tal órgão acaba atuando como uma espécie de legislador negativo ao exercer o controle de constitucionalidade e ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei, quando esta passa a não ser mais válida. Ou seja, ele pode suprimir normas produzidas pelos outros poderes, no entanto, não pode produzir normas jurídicas que inovem no campo do direito, pois estaria invadindo a função de outro poder. Deduz-se, então, embora haja controvérsia doutrinária sobre o



tema¹, que o STF não pode atuar como legislador positivo.

Nesse contexto, pode-se até levantar a tese de que a mutação constitucional seria um instrumento legitimador da atuação do STF como legislador positivo. Mas não se entrará no mérito dessa questão, pois não é o objetivo do trabalho, deixando essa questão para, quem sabe, ser discutida em um outro trabalho de pesquisa.

Já delineados o conceito, os possíveis limites da mutação constitucional e relatada brevemente a crítica que gira em torno desse instituto, é interessante observar a sua aplicação de forma prática. Para isso, serão apresentados, a seguir, casos concretos em que foi utilizado o instituto da mutação constitucional pelo STF.

3 APLICAÇÃO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NAS DECISÕES DO STF

Ao longo dessas duas décadas e meia de vigência da Constituição de 1988, diversas têm sido as decisões do STF que utilizaram-se do instituto ora aqui estudado. Algumas dessas mutações constitucionais não tiveram grande apelo social, em contrapartida, parte das decisões do STF que se muniram da mutação constitucional foram alvo de grande apelo social e da mídia por discutirem temas muito polêmicos.

Exemplos de casos menos discutidos pela mídia e sociedade, mas de considerável relevância para o mundo jurídico, podem ser citados, tais como a alteração do conceito de casa previsto no Art. 5º, XI, da CF/88: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. Como pode extrair da interpretação literal do referido texto, a casa tinha um sentido de lugar de moradia, de residência, no entanto, o conceito de casa foi alargado, passando o STF a entender como casa, para o fim previsto neste artigo, a saber, inviolabilidade de domicílio, não só a residência do indivíduo, mas qualquer compartimento privado não aberto ao público, inserindo-se aí lugares como escritórios, quartos de hotéis, entre outros. Portanto, houve aqui uma extensão do sentido do texto, não sendo necessária a alteração do texto em si.

¹ Parte da doutrina entende que o STF poderia sim atuar como legislador positivo, parte entende que não.



Outro exemplo que pode ser citado aqui é o da interpretação do Art. 52, X, da CF/88, que diz: “Compete privativamente ao Senado Federal: X-Suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. As decisões do STF em sede de controle abstrato já gozam da prerrogativa de terem efeito *erga omnes*, porém as decisões da suprema corte que declaram inconstitucionalidade em sede de controle difuso produzem efeitos *inter partes*, sendo nesse caso, necessário que o Senado Federal suspenda a execução da lei declarada inconstitucional para que esta tenha seus efeitos estendidos a todos, produzindo efeito *erga omnes*.

A mutação constitucional aqui proposta é no sentido de se possibilitar que as decisões proferidas pelo STF, em sede controle difuso, ao invés de gerar efeitos *inter partes*, gerassem efeitos *erga omnes* independente da decisão do Senado Federal quanto à suspensão da execução da lei, restringindo a sua competência apenas para dar publicidade a suspensão da execução realizada pelo STF.

A decisão do STF que levanta essa questão é a Reclamação 4.335-5/AC. Tal Reclamação fora ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Acre, em face de uma decisão do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC. O reclamante alega que o reclamado descumpriu a decisão do STF no HC 82.959, quando a Corte afastou a vedação de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, ao considerar inconstitucional o Art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990 (Lei dos crimes hediondos). O Reclamado alegava que era necessária a suspensão da execução da lei pelo Senado Federal para que a decisão do STF fosse revestida de efeitos *erga omnes*.

O relator dessa ação, Ministro Gilmar Mendes, julgou procedente a referida Reclamação. Dentre seus argumentos expõe:

A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal fique a depender de uma decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988, perdeu grande parte do seu significado com a introdução do controle abstrato de normas.²

O relator entende ser desnecessária a atuação do Senado

² Reclamação 4.335-5/AC, página 31 do voto do Ministro Gilmar Mendes.



Federal para conceder efeitos *erga omnes* às decisões do STF que declarem inconstitucionalidade por meio do controle difuso. Ainda em seu voto, Gilmar Mendes reconhece a realização de uma mutação constitucional nesse caso:

É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica *mutação constitucional* em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto.³

Com essa afirmação, fica clara a ocorrência da mutação constitucional diante da nova interpretação que se busca dar ao Art. 52, X, da CF/88.

Um terceiro caso de mutação constitucional encontra-se registrado na mudança de interpretação do STF sobre os efeitos do Mandado de Injunção. Esse remédio constitucional é previsto na CF/88 em seu Art. 5º, LXXI: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Como pode ser observado pela leitura do dispositivo o mandado de injunção serve para sanar omissões legislativas, não caberia ao judiciário a criação de normas para possibilitar o exercício de direitos.

Conforme CORRÊA (2014), desde a promulgação da Constituição de 1988 o STF vinha entendendo o mandado de injunção como uma ação que simplesmente reconheceria a mora do legislativo em regulamentar a norma constitucional, ao judiciário caberia apenas dar ciência ao legislativo de sua mora. Porém, a partir de 2007, com o julgamento do Mandado de Injunção 670 que discutia a greve dos servidores públicos, o STF passou a rever seu posicionamento.

A partir de então o STF passou a adotar a posição concretista, segundo a qual, em casos que falta a norma regulamentadora, caberá ao Tribunal editar o regulamento necessário para o exercício dos direitos e liberdades que a constituição busca preservar (CORRÊA, 2014).

³ Reclamação 4.335-5/AC, página 52 do voto do Ministro Gilmar Mendes.



3.1 Análise das mutações constitucionais citadas

Com a pesquisa até aqui realizada, apresenta-se como fundamento da mutação constitucional a incongruência entre o texto constitucional e a realidade circundante, e nota-se que tal instituto revestiu-se de legitimidade ao manter-se dentro dos marcos normativos da Constituição.

Observa-se como limites à aplicação da mutação constitucional o respeito aos princípios da supremacia da constituição e da sua força normativa, bem como, o limite encontrado no próprio texto, revelando a elasticidade textual.

Pois bem, a análise dos casos de mutação constitucional que foram apresentados neste trabalho será feita com base nesses limites e pressupostos definidos.

Até aqui, foram apresentados três casos, a saber: alteração do sentido da palavra “casa” para fins de inviolabilidade de domicílio; a mudança de interpretação do Art. 52, X, da CF/88, a partir da Reclamação 4.335-5/AC; e a mudança de interpretação sobre o mandado de injunção, a partir do MI 670.

No primeiro caso, observa-se que a mutação ocorrida seguiu as balizas aqui delimitadas, pois houve uma alteração do sentido de uma palavra, sem ser necessário alterar formalmente a norma, havendo nesse caso concreto a extensão da norma. Nota-se que não houve extrapolação de nenhum dos limites, pois a interpretação foi feita dentro do que permitia a elasticidade textual e não confrontou em momento algum os preceitos fundamentais da Constituição.

Quanto ao segundo caso apresentado, mudança de interpretação do Art. 52, X, da CF/88, pode-se dizer que foi respeitado o limite definido pela supremacia da Constituição, posto que não houve uma interpretação que ferisse os preceitos fundamentais da Carta Magna.

Tal decisão fora tomada com base no fundamento da mutação constitucional, apresentado como a discrepância entre o texto constitucional e a realidade circundante, posto que, como explicado anteriormente, não havia motivos para diferenciar as decisões em sede de controle concentrado das de controle difuso, visto que ambas podem declarar a inconstitucionalidade da lei atacada. O artigo aqui discutido não mais se aplica às decisões em sede de controle concentrado há muito tempo, restando sua aplicação apenas para os casos de controle difuso. E essa era a discussão.

Porém, com relação ao limite da elasticidade textual, é possível observar que este não fora respeitado, pois a nova interpretação do artigo



em destaque, entende que não cabe mais ao Senado Federal a tarefa de suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF, mas que cabe a tal casa apenas a tarefa de divulgação da decisão. E isso, extrapola o limite da elasticidade textual, pois não cabe um sentido diferente ao termo “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional”, aqui seria necessário um esforço enorme para dar a esse termo o sentido de apenas dar publicidade à decisão.

No entanto, é necessário observar que a mutação constitucional tem como limite principal o respeito aos preceitos fundamentais da Constituição, não ferindo sua supremacia. O limite textual é importante para fins de nortear o intérprete, porém se se faz necessário ultrapassá-lo, para alcançar a o objetivo da nova interpretação, desde que sejam respeitados os limites fundamentais, a mutação constitucional continua legítima.

O terceiro caso apresentado como exemplo de mutação constitucional, nesta pesquisa, é o da nova interpretação quanto aos efeitos do Mandado de Injunção. Nesse caso, a mutação constitucional respeitou todos os limites por ora aqui apresentados, pois não feriu a supremacia da Constituição, nem seus preceitos fundamentais, bem como não houve extrapolação do limite da elasticidade textual. Até mesmo porque o texto constitucional não faz referência aos efeitos desse remédio constitucional, ficando, esses, na esfera interpretativa. Portanto aqui também houve uma mutação constitucional legítima.

4 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NA ADPF 132: UM CASO DE ATUAÇÃO DO STF COMO LEGISLADOR POSITIVO.

A teoria da separação dos poderes prega que estes devem ser separados para que um possa conter o outro, ou seja, tem como objetivo a não concentração do poder em apenas um órgão para que o povo possa estar protegido de eventuais arbitrariedades por parte do Estado.

Diante de uma interpretação restrita da teoria da separação dos poderes cabe, exclusivamente, ao poder legislativo produzir normas que inovam no mundo jurídico, ou seja, este órgão atua positivamente, legisla positivamente. Enquanto ao poder judiciário cabe a função de julgar, decidir os conflitos a ele apresentados. É permitido ao poder judiciário atuar como legislador negativo, ou seja, quando suprime normas do direito positivo. Para Martins (2008, p. 32):



A dinâmica social exige um posicionamento diferente em relação a certas formas de fazer e pensar, até então pacificadas ou inalteradas ao longo do tempo. Conceitos como “separação dos poderes”, legitimidade e codificação do Direito devem ser revistos à luz das novas gerações ou dimensões dos direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana e princípios constitucionais cada vez melhor compreendidos, ainda que implícitos no texto constitucional, como o da proporcionalidade ou razoabilidade.

Para este autor as mudanças sociais tencionam o direito a refletir e a agir diante das novas necessidades surgidas, e para isso é necessária revisão de alguns conceitos por hora ultrapassados, e a flexibilização do sistema para que direitos fundamentais possam ser alcançados.

Tem surgido nos últimos anos uma polêmica acerca da atuação do poder judiciário como legislador positivo. Não há um consenso doutrinário sobre o tema. Alguns defendem que é indevida a atuação do STF como legislador positivo, sob a alegação de que a Suprema Corte estaria usurpando competência do poder legislativo. Em contrapartida, outros defendem que é sim possível a atuação do STF como legislador positivo para a efetivação de direitos fundamentais.

A corrente que entende ser indevida a atuação do STF como legislador positivo, aduz que essa atuação fere o princípio da separação dos poderes e também argumentam que a Suprema Corte não tem legitimidade para desempenhar tal função, uma vez que não é constituída por membros escolhidos pelo povo.

O outro entendimento defende que diante da omissão do poder legislativo, e em alguns casos do executivo, poderá o poder judiciário atuar como legislador positivo para garantir ao cidadão o exercício de direitos fundamentais a ele assegurados na Constituição.

Um exemplo da atuação do STF como legislador positivo e de mutação constitucional, ocorreu em um caso bastante polêmico e que despertou muita discussão, a saber, a ADPF 132⁴ que tratou do reconhecimento

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132**. Julgada em 05 de maio de 2011. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: Out./2014.



da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

No ordenamento brasileiro não é previsto expressamente a possibilidade do matrimônio ou da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Tanto na Constituição de 1988 quanto no Código Civil de 2002, os institutos do casamento e da união estável são previstos tendo como sujeitos pessoas de sexos diferentes, ou seja, homem e mulher.

Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados (BRASIL, 2002).

Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil (BRASIL, 2002).

Como pode ser percebido diante da leitura dos artigos acima, o Código Civil brasileiro prevê o casamento entre homem e mulher. Porém, não há que se falar em proibição do casamento homoafetivo pelo ordenamento brasileiro, mas em omissão legislativa sobre o tema.

A pretensão da ADPF 132 era a de que a união homoafetiva fosse reconhecida como entidade familiar, dela decorrendo todos os direitos e deveres da união estável entre homem e mulher prevista no Art. 226, § 3º da Constituição Federal de 1988 e no Art. 1.723 do Código Civil de 2002.

Art. 226, § 3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (BRASIL, 2012).

Art. 1.723. 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 (BRASIL, 2002).

Como observado nos artigos acima, há previsão da união estável reconhecida apenas entre homem e mulher, e mais uma vez percebe-se que há omissão no que diz respeito à união homoafetiva.

A impressão que se tem é que a não previsão da possibilidade de união entre pessoas do mesmo sexo foi proposital por parte do constituinte originário, pois, como é possível perceber da leitura dos artigos citados acima,



embora não haja proibição de tal união, o legislador manteve-se omissivo quanto ao tema, e frisou os gêneros para os quais seria possível a união estável e o casamento, destacando a figura do homem e da mulher.

Há muita discussão no seio da sociedade e no âmbito do direito acerca do tema. Há o entendimento de que a união homoafetiva, seja por casamento ou por união estável, só poderia ser reconhecida por meio de uma emenda constitucional. Porém, é sabida, como discutida ao longo deste trabalho, a possibilidade de se alterar a constituição por meio de uma mudança de interpretação da norma posta, para que essa alcance a realidade atual.

Bem, foi o que aconteceu no caso da ADPF 132. Pois, com unanimidade de votos, a Corte Suprema decidiu reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo. E aqui é possível detectar a presença do instituto da mutação constitucional, na medida em que houve uma mudança de interpretação de uma norma, alterando seu sentido e não o texto, com o intuito de estender o seu alcance.

Por fim, a decisão do STF foi a de dar ao Art. 1.723 do CC, uma interpretação conforme a constituição excluindo dele qualquer significado que impeça o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Com essa decisão há também uma mudança de interpretação do Art. 226, § 3º da CF/88, pois se a união estável passa a ser reconhecida como entidade familiar, deverá também ser protegida pelo Estado, não sendo mais protegida apenas a união entre homem e mulher.

Analisando este exemplo de mutação constitucional, o mais polêmico dentre os apresentados neste trabalho, ocorreu algo parecido com o que aconteceu no caso da mudança de interpretação do Art. 52, X da CF/88, no que tange ao não respeito ao limite da elasticidade textual.

Pois, nessa decisão, necessária para se colocar em harmonia a realidade circundante com o texto constitucional (preenchendo aqui o fundamento da mutação constitucional), pode-se dizer que foi respeitado o princípio da supremacia constitucional, levando em consideração que foi realizada uma interpretação elevando os direitos fundamentais dos indivíduos, também positivados na Constituição. Porém, o texto constitucional e do Código Civil de 2002 são claros ao elencar apenas homem e mulher como sujeitos da união estável, tendo que se fazer um esforço interpretativo para dar um novo sentido a esses termos. Por isso, entende-se que fora realizada uma interpretação extensiva, no sentido de alargar os direitos postos na norma interpretada a ponto de atingir os demais sujeitos que antes não se encaixavam nela.



Esse exemplo é um típico caso do já citado ativismo judicial, pois aqui foi levado ao Supremo um tema que deveria ser apreciado e normatizado pelo poder legislativo. Entretanto, na falta de norma que regule a situação das pessoas que se encontravam nesse contexto, e o afã de tornar jurídica uma realidade fática, trouxe o tema para o judiciário resolver.

Um outro caso, também muito polêmico, em que o STF atuou como legislador positivo é a ADPF 54 que tratava da possibilidade de interromper a gravidez nos casos em que os fetos fossem diagnosticados com anencefalia. Nesse caso a decisão da Suprema Corte criou uma terceira possibilidade de aborto, a qual não era abordada pelo Código Penal, onde são previstas, positivamente, apenas duas possibilidades de aborto, a saber, quando não há outro meio de salvar a vida da gestante, e se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante, ou quando incapaz, do seu representante legal.

Casos como os das ADPFs 132 e 54 traz a necessidade de reflexão a respeito do momento em que, não só, o direito, mas todas as ciências passam. Momento de ruptura de paradigma. Os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial não ocorrem por acaso. Os paradigmas postos não respondem mais as todas as necessidades sociais. Boaventura de Sousa Santos (2011, p. 257), explica a transição paradigmática como sendo:

A transição paradigmática é um período histórico e uma mentalidade. É um período histórico que não se sabe bem quando começa e muito menos quando acaba. É uma mentalidade fracturada entre lealdades inconsistentes e aspirações desproporcionadas entre saudosismos anacrônicos e voluntarismos excessivos. Se, por um lado, as raízes ainda pesam, mas já não sustentam, por outro, as opções parecem simultaneamente infinitas e nulas. A transição paradigmática é, assim, um ambiente de incerteza, de complexidade e de caos que se repercute nas estruturas e nas práticas sociais, nas instituições e nas ideologias, nas representações sociais e nas inteligibilidades, na vida vivida e na personalidade. E repercute-se muito particularmente, tanto nos dispositivos da regulação social, como nos dispositivos da emancipação social. Daí que, uma vez transpostos os umbrais da transição paradigmática, seja necessário reconstruir teoricamente uns e outros.

Os embasamentos e pressupostos das ciências modernas não mais sustentam as novas realidades postas. E como diz Boaventura “as opções parecem simultaneamente infinitas e nulas”. Essa frase representa esse



momento de crise hermenêutica pelo qual passa o Direito. Crise essa, que conforme Lênio Streck (2011), deve ser compreendida, antes de tudo, como uma crise paradigmática que se revela em uma dupla face: uma crise de modelo e uma crise epistemológica.

Santos (2011) defende que, diante da crise paradigmática atual, é necessário des-pensar o direito, ou seja, desconstruí-lo para repensá-lo. E isso implica em reconstruí-lo, no sentido de promover um novo senso comum de modo que possibilite enxergar as demais ordens jurídicas presentes na sociedade, e não ficar preso somente a esse direito estatal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A mutação constitucional tem como principal elemento a interpretação. Sua aplicação se dá no momento em que não há mais harmonia do texto constitucional com a realidade circundante. Com essa pesquisa foi possível detectar que a mutação constitucional não deve ser feita ao bel prazer do intérprete, pois ela deve seguir, sim, limites que estão implícitos em princípios constitucionais como a supremacia da Constituição e sua força normativa, não devendo, nunca ultrapassar ou ferir preceitos fundamentais da Constituição, sob pena de ser considerada uma mutação inconstitucional.

A mutação constitucional é, portanto, um importante instrumento que está nas mãos do judiciário, concedendo a este um poder que, inicialmente, pertence ao legislativo enquanto poder constituinte derivado, o de modificar a Constituição.

Esse instituto é um importante instrumento, posto que sempre haverá a necessidade de alterar a Constituição em face das novas realidades que surgem no decorrer do tempo, sem necessariamente ter que recorrer aos meios formais de reforma constitucional. Destarte, é imperioso observar que esse instituto deve sempre ser utilizado com responsabilidade para não ir além daquilo que ele próprio propõe.

Quanto à discussão acerca da possibilidade de atuação do STF como legislador positivo, essa continua e está longe de ser encerrada. O fato é que, agradando a uns e desagradando a outros, o Supremo Tribunal Federal brasileiro tem sim atuado como legislador positivo.

É importante, também, considerar o momento de crise que o Direito passa, o qual está inserido num período de transição paradigmática, transição essa que atinge à todas as ciências e, por consequência, a sociedade. E isso,



certamente, influencia a forma de instrumentalização do Direito.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. – 7ª ed. Ver. – São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Artigo. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf> . Acesso em: Out/2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. – 27ª ed. Atualizada – São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasil: 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. – 6ª ed. Rev. e Atual. – São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Renan Flumian de. **Qual é o conceito de mutação constitucional para os ministros do STF?** Artigo. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/138_Monografia%20Renan.pdf>. Acesso em: Out./ 2014.

CORRÊA, Karine Lyra. **A nova interpretação do STF sobre os efeitos do mandado de injunção e o princípio da separação de poderes**. Artigo. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9813&revista_caderno=9>. Acesso em: Jul/2014.

MARTINS, Ricardo Muciato. **A atuação do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade como legislador positivo e o princípio**



da proporcionalidade. Ver. Ciên. Jur. E Soc. Da Unipar, v. 11, n. 1, p. 25-44, jan./jun. 2008.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **As mutações constitucionais e o limite imposto pelo texto da constituição:** uma análise da experiência Latinoamericana. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, nº 101, p. 7-36, jul./dez. 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente:** contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. Volume 1. – 8ª ed. – São Paulo: Cortez, 2011.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** – 35ª edição, revista e atualizada – São Paulo: Malheiros, 2011.

STRECK, Lênio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. – 10ª Ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

JUDICIAL REVIEW OF THE APPLICATION OF THE INSTITUTE OF THE CONSTITUTIONAL MUTATION BY THE SUPREME BRAZILIAN COURT

ABSTRACT

The constitutional mutation is an institute that requires no formalities for its application. It consists in changing the meaning of the legal ruling without any alteration in the regulatory text. The constitutional mutation was chosen as the object of study in this research because it is an extremely important issue, in that it is currently on the agenda and permeates infrequently decisions



of the Supreme Brazilian Court and is a topic with little doctrinal ballast. Such an object is located within a larger theme which is the constitutional hermeneutics, where the interpretation is taken to discussion. This constitutes the main element of constitutional change, in the sense that it is from this that comes informal constitutional reform. The Supreme Brazilian Court (SBC) uses the institute of constitutional mutation in their decisions, which in turn generates several criticisms about the limits of operation of the SBC. This work aims to study the institute of constitutional mutation analyzing its application by the Supreme Court.

Keywords: Constitutional mutation. Supreme Brazilian Court (SBC). Constitutional hermeneutics. Interpretation.

