



UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

LUÍS DE CAMÕES

DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

**UNIÃO DE FACTO E HERANÇA: É POSSÍVEL APLICAR OS
EFEITOS DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL EM PORTUGAL?**

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre em Ciências Jurídicas

Orientador: Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário

Candidato: Fernando da Silva Gregório

Lisboa

Janeiro de 2016

DEDICATÓRIA

À Fernanda Gregório

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos Docentes da Universidade Autónoma de Lisboa *Luís de Camões* por todo o conhecimento e experiência fornecidos nestes anos de estudos. Em especial, agradeço ao Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário pelas aulas que levaram ao desenvolvimento deste trabalho, e por todas as referências documentais que colaboraram no planeamento da escrita da Dissertação.

Agradeço ainda aos Professores Doutores que se mostraram grandes amigos quando busquei deles respostas a muitas indagações. São eles: Stela Barbas, Luís Alves de Fraga e Armindo Saraiva Matias.

“Quase nada há justo ou injusto que não mude de natureza com a mudança de clima. Três graus de altura polar revolucionam toda a jurisprudência. Um meridiano decide sobre a verdade. Após alguns anos de posse, alteram-se leis fundamentais. O Direito tem as suas épocas. Divertida justiça esta que um rio ou uma montanha baliza. Verdade aquém, erro além Pirenéus.”

Blaise Pascal

RESUMO

Este trabalho tem o objetivo de analisar a união de facto nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português, com atenção especial em Portugal. Procuraremos entender se existe em Portugal lugar para o fenómeno da mutação constitucional e se é possível garantir a herança para o companheiro sobrevivente.

Analisaremos alguns casos para compreender como é o tratamento dado aos companheiros que vivem em união de facto.

Palavras-chave: mutação constitucional, herança, união de facto.

ABSTRACTS

This work has the purpose of analyzing the unmarried institute in the Brazilian and Portuguese legal systems, with special attention in Portugal. We will seek to understand whether there is in Portugal place to the phenomenon of constitutional mutation, and whether it is possible to ensure inheritance to the fellow survivor.

We will examine some cases to understand how is the treatment given to the inheritance who live on unmarried institute.

Keywords: constitutional mutation, inheritance, unmarried institute.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. Aspectos gerais do fenómeno <i>mutação constitucional</i> no Brasil	13
1.1. Conceito de mutação constitucional	13
1.2. Vias que possibilitam a mutação constitucional	16
1.2.1. A mutação constitucional por via de interpretação	16
1.2.2. A mutação constitucional por via da manipulação constitucional	17
1.2.3. A mutação constitucional por via da construção constitucional	17
1.2.4. A mutação constitucional por via da influência dos grupos de pressão	18
1.2.5. A mutação constitucional por via dos costumes	19
1.3. Características das mutações constitucionais	19
1.3.1. Informalidade	19
1.3.2. Latência	20
1.3.3. Permanência	20
1.3.4. Continuidade	20
1.4. Pressupostos das mutações constitucionais	20
1.4.1. Elasticidade constitucional	21
1.4.2. Grau de rigidez constitucional	23
1.4.3. Processos frequentes de alteração formal da Constituição	24
1.4.4. Controlo de constitucionalidade	25
1.4.5. Extensão da Constituição	26
1.5. Limites das mutações constitucionais	27
2. Antecedentes históricos que referenciam o fenómeno da mutação constitucional	30
2.1. A mutação constitucional na Alemanha	32
2.2. A mutação constitucional em França	40
2.3. A mutação constitucional nos EUA	43
2.4. A mutação constitucional no Brasil	52
2.4.1. Exemplos de casos concretos sobre a mutação constitucional apreciados pelo Supremo Tribunal Federal	52
2.4.1.1. Controlo inflacionário	53
2.4.1.2. Fidelidade partidária	54
2.4.1.3. Individualização da pena e progressão de regime nos crimes hediondos	55
2.4.1.4. União homoafetiva ou de pessoas do mesmo sexo	56
3. A união de facto no Brasil	59

3.1. Histórico e generalidades	59
3.2. Direitos dos companheiros	64
3.2.1. Direito a alimentos	64
3.2.2. Direito a meação e regime de bens.....	67
3.2.3. Direito à sucessão hereditária.....	68
4. A união de facto em Portugal	71
4.1. Histórico constitucional.....	72
4.2. Conceito e generalidades.....	73
4.3. Reconhecimento, efeitos, prova e dissolução da união de facto.....	76
5. A união de facto, a proteção social e os casos concretos	79
5.1. Estabelecimento da proteção social.....	80
5.1.1. A proteção social na Constituição.....	80
5.1.2. A proteção social na legislação infraconstitucional	82
5.2. Casos concretos que possibilitariam a mutação constitucional	83
5.2.1. TC, Acórdão n.º 195/2003	84
5.2.2. TC, Acórdão n.º 88/2004	88
5.2.3. TC, Acórdão n.º 517/2006	90
5.2.4. TRC, Acórdão n.º 171/2006	92
5.2.5. TC, Acórdão n.º 26/2007	95
CONCLUSÕES	98
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	100
FONTES DOCUMENTAIS	103

ABREVIATURAS E SIGLAS

Ac. – Acórdão

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Ampl. – Ampliada

Apud. – Junto a, citado por

Atual. – Atualizada

CCB – Código Civil Brasileiro

CCP – Código Civil Português

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CRP – Constituição da República Portuguesa

DF – Distrito Federal

DL – Decreto-Lei

Dec. Reg. – Decreto Regimental

ed. – Edição

Et. Al. – e outro

EUA – Estados Unidos da América

HC – *Habeas Corpus*

Ibidem – Obra citada em último lugar na mesma página

Idem – Obra citada em último lugar

n.º – Número

Op. cit. – Obra citada

p. – Página

pp. – Páginas

Rev. e atual. – Revista e atualizada

ss. – Seguintes

STF – Supremo Tribunal Federal

TC – Tribunal Constitucional

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

v. – Ver

Vol. – Volume

INTRODUÇÃO

É praticamente impossível que uma Constituição anteveja todos os factos sociais existentes – e indubitavelmente aqueles factos que estão por vir mais ainda impossível de se prever numa Carta Magna –, pois muitos deles são complexos e carecem de maturidade que somente o tempo e a experiência sedimentada ao longo de décadas permitirá uma compreensão das necessidades de uma sociedade.

Desta situação advém a necessidade de uma amplitude de interpretação do texto constitucional que satisfaça as necessidades mediatas (e imediatas) surgidas no seio social. Mas o contrário também é verdadeiro: no método de interpretação da Constituição o texto é lido e relido em alusão ao problema existente sem, contudo, perder a essência que o Poder Constituinte Originário traçou como diretriz para a vida plena de um Estado soberano.

Assim, surge a dicotomia entre entender o contexto da realidade social sem a alteração do texto constitucional, levando o intérprete de encontro aos problemas sociais e possibilitando-o a uma percepção mais apurada e justa da realidade, de suas tensões e contradições diárias que certamente existirão e não poderão ser afastadas da tutela jurisdicional. As constantes revisões do texto constitucional, neste sentido, podem quase nada diante dos factos concretos.

No presente trabalho debruçámo-nos por entender o fenómeno da mutação constitucional no Brasil e se existe lugar para tal fenómeno em Portugal, sobretudo no que diz respeito à união de facto¹ e a possibilidade (ou não) de que o companheiro sobrevivente seja contemplado na ordem de vocação hereditária perante o ordenamento jurídico português.

Veremos o que diz a legislação, a doutrina e a jurisprudência portuguesas face à situação do companheiro sobrevivente, notadamente no viés jurídico-constitucional

Primeiramente criaremos um esquema lógico-jurídico que tenha uma ordem proposital para se entender o fenómeno da mutação constitucional. Iniciámos com aspectos gerais ao termo *mutação constitucional*, e introduzimos o conceito de mudança

¹ Este trabalho foi redigido pelo Novo Acordo Ortográfico de 1990, que entrou em vigor no ano de 2009. Contudo, o termo léxico *facto* foi mantido, em homenagem à tradição ortográfica portuguesa.

informal do texto constitucional e as vias possíveis que contemplam tal fenómeno e algumas de suas características marcantes.

No capítulo 2 construímos um breve histórico das mudanças informais da Constituição em países tradicionalmente reconhecedores do fenómeno da *mudança silenciosa* do Texto Maior. Trataremos das mudanças ocorridas na Constituição do Brasil à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro e guardião da Constituição Nacional, e como este órgão entendeu certas mudanças de relevância para a sociedade. Desenvolveremos situações fáticas que correspondem a algumas expectativas que surgiram na vida brasileira nos últimos anos, e como este fenómeno de mutação constitucional propiciou satisfações jurídicas no campo do Direito Constitucional.

Traremos no capítulo 3 das alusões sobre a união de facto no Brasil, e como o mundo jurídico brasileiro tem interpretado os novos conceitos de família que surgiram nas últimas décadas.

No capítulo 4, iniciaremos algumas análises sobre a união de facto em Portugal e sua repercussão na vida portuguesa. Veremos o conceito de família e sua proteção constitucional e infraconstitucional.

Debruçaremos no capítulo 5 sobre acórdãos que tratam de casos concretos sobre a união entre companheiros e sua recepção no Tribunal Constitucional português, ainda que sejam trazidos como exemplos sumários e ilustrativos. Procuraremos entender se existe, ou não, possibilidade para que, como no caso brasileiro, haja uma predisposição para apreciação da mutação constitucional enquanto fórmula jurídica válida e eficiente de propiciar a justiça constitucional.

Os casos trazidos e as experiências históricas comentadas são uma espécie de introdução à temática das mudanças informais na Constituição em Portugal, não tendo o objetivo de esgotar os assuntos elencados e tampouco criar um espírito crítico de desvalorização da cultura jurídica portuguesa.

Ao contrário, o trabalho que se segue tem seu interesse académico voltado totalmente à realidade jurídica, e seu desiderato maior é contribuir com questões incidentais do direito brasileiro que porventura sejam vividas em Portugal, na tentativa de unir experiências entre os dois países que um dia foram filho e pai, e no presente tempo se relacionam como irmãos no cenário jurídico-político internacional.

1. Aspectos gerais do fenômeno *mutação constitucional*

1.1. Conceito de mutação constitucional

Diante das novas realidades jurídico-sociais que se apresentam nos dias hodiernos são necessários mecanismos de interpretação que atualizem o texto constitucional sem, contudo, alterá-lo constantemente quando contrastado por estas novas realidades. Surge assim a possibilidade da mutação constitucional, que é um mecanismo de aprofundamento da interpretação da vida em sociedade, de seus anseios naturais. Os fenômenos sociais exigem uma célere alternativa para se concretizar a justiça constitucional (ou seja, a mutação constitucional é um mecanismo de percepção do contexto jurídico-histórico-cultural vivido por um povo sem a alteração material do texto, por meio dos mecanismos reformadores); a mutação propicia uma leitura atualizada ao mesmo tempo dos fenômenos sociais existentes e sua aplicabilidade imediata na Constituição.

Entendemos tal fenômeno como uma percepção aprofundada do texto constitucional sem a modificação legislativa da Norma Maior, uma alteração perceptiva do contexto sem alteração de seu texto; ou seja, sendo entendida como um contributo de alteração e de novo significado do texto constitucional, sem, de outro modo, violar a letra e o espírito da Constituição².

Segundo Gilmar Ferreira Mendes há, todavia, uma preocupação para que a interpretação seja eivada de constitucionalidade e, deste modo, seja afastada qualquer indução inconstitucional. Em suas palavras encontramos a seguinte proposição:

“O estudo do poder constituinte de reforma instrui sobre o modo como o Texto Constitucional pode ser formalmente alterado. Ocorre que, por vezes, em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-

² As especificidades da mutação constitucional serão tratadas em momento oportuno, sobretudo quando analisarmos o fenômeno sob a ótica brasileira. Segundo Anna Cândida da Cunha Ferraz, em poucas palavras, “a *mutação constitucional* altera o sentido, o significado e o alcance do texto constitucional sem violar-lhe a letra e o espírito”. Diz ainda a autora: “Trata-se, pois, de mudança constitucional que não contraria a Constituição, ou seja, que, indireta ou implicitamente, é acolhida pela Lei Maior”; in FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonard, 1986, p. 10. Com esta definição sumária cremos que será mais fácil observar o histórico do instituto em alguns Estados soberanos, sem perder o propósito e riqueza do tema. Utilizaremos ora o termo *mutação constitucional*, ora *mudança constitucional* como palavras sinônimas, embora grande parte da doutrina utilize o termo “mutação constitucional” em sentido amplo, de modo a abranger a mudança constitucional em seu sentido *stricto*.

se, aí, uma mudança da norma, mantido o texto. Quando isso ocorre no âmbito constitucional, fala-se em mutação constitucional.

A nova interpretação há, porém, de encontrar apoio no teor das palavras empregadas pelo constituinte e não deve violentar os princípios estruturantes da Lei Maior; do contrário, haverá apenas uma interpretação inconstitucional.”³

Nota-se com isto que o grande temor é de se ferir a vontade do legislador constituinte e criar-se um discurso calcado na inconstitucionalidade deste método interpretativo; por conseguinte, abrir-se-ia as portas para interpretações temerárias que abalariam as estruturas de toda a Carta Constitucional. Para Mendes – e com razão própria – o que se busca não é uma mera interpretação constitucional, mas uma adequação dos valores apregoados pelo legislador constituinte face à realidade social. Por conseguinte, os novos fatos sociais devem ser compreendidos como necessários e suficientes quando submetidos à mutação; por isto mesmo fatos isolados e que não se submetem ao rigor do tempo não devem ser submetidos à mutação constitucional.

Embora a Constituição escrita tenha o desiderato de prolongar-se no tempo, circunstâncias atemporais surgirão e exigirão modificações na ordem jurídico-constitucional que não poderiam ser previstas quando da feitura do Texto Maior. São estes eventos que vão de encontro à própria *subsistência* do sistema constitucional e criam as chamadas vicissitudes constitucionais⁴.

Por obviedade, a mutação constitucional é fenómeno que cria uma *revisão não formal* da Constituição, e surge dos usos e costumes de determinada sociedade⁵. Esta, por ser um organismo vivo e que carece de mudanças sincrónicas para seu próprio desenvolvimento e sobrevivência, busca na Constituição respostas para seus anseios, ao passo que as normas constitucionais deverão prover/suprir estas indagações “*sob pena de a Constituição permanecer em pleno descompasso com os valores sociais prevalentes no seio da nação*”⁶.

De acordo com o magistério de Barroso, há uma tríade de poderes que permite a modificação da Carta Política. Expressos diretamente na Constituição, materializam-se com o poder constituinte originário e o poder de reforma constitucional. O terceiro

³ MENDES, Gilmar Ferreira Et. Tal. *Curso de Direito Constitucional*. 7.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 201. ISBN 978-85-02-115507-7.

⁴ Cf. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 252 e ss. ISBN 978-85-309-5224-2.

⁵ Cf. PAULO, Vicente Et. Al. *Resumo de Direito Constitucional Descomplicado*. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 225. ISBN 978-85-309-3162-9. Não apenas os costumes e usos são fontes de mudanças constitucionais (como será demonstrado em momento oportuno); existem outros fatores ou pressupostos que colaboram para a existência do fenómeno da mudança informal de uma constituição.

⁶ Ibidem.

poder – objeto do presente trabalho – foi desenvolvido por Georges Bourdeau⁷ como o *poder constituinte difuso*, cujo desiderato é firmar os direitos fundamentais em harmonia com as demandas e sentimentos sociais, tendo como instrumento o próprio poder constituído.

Continua o eminente jurista brasileiro, *in verbis*:

“(...) é possível dizer que a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem o mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. Para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular.”⁸

Importante aduzir que jamais os factos deverão sobrepor-se ao direito, contrariando assim a eficácia da mutação constitucional, consubstanciada no princípio da legalidade. Em oposição a esse quadro teríamos uma situação de ilegalidade constitucional, o que contraria a própria ordem jurídica constitucional. Por isso os poderes competentes e a própria sociedade deverão combater toda sorte de ilegalidade que queira utilizar a Constituição como meio de vitupério.

Outro ponto que nos parece caro é a própria segurança jurídica quando da interpretação das normas constitucionais. Cremos que é necessário a preservação dos valores constitucionais. No entanto, uma constituição rígida e que não possibilite uma atualização do método interpretativo estará fadada à efemeridade normativa. Barroso explicita esta situação nos seguintes termos: “(...) as Constituições não são eternas nem podem ter a pretensão de ser imutáveis”⁹.

Concluimos que a mutação constitucional é fenómeno que possibilita uma mudança/alteração da percepção do texto constitucional dada às necessidades latentes

⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Constituição do Novo Modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.127. ISBN 978-85-02-07279-4.

⁸ *Op.cit.*, p.125-126.

⁹ *Op. cit.*, p. 122. Continua o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal: “A mutação constitucional se realiza por via da interpretação feita por órgãos estatais ou por meio dos costumes e práticas políticas socialmente aceitas. sua legitimidade deve ser buscada no ponto de equilíbrio entre dois conceitos essenciais à teoria constitucional, mas que guardam tensão entre si: a rigidez da Constituição e a plasticidade de suas normas. A rigidez procura preservar a estabilidade da ordem constitucional e a segurança jurídica, ao passo que a plasticidade procura adaptá-la aos novos tempos e às novas demandas, sem que seja indispensável recorrer, a cada alteração da realidade, aos processos formais e dificultosos de reforma”; *op. cit.*, p. 126-127.

dos novos fatos sociais que surgem em um país, e que necessitam de serem contemplados pela Carta Política nacional.

1.2. Vias que possibilitam a mutação constitucional

Existem vias ou categorias que podem ensejar mutações constitucionais – e que variam de acordo com a construção doutrinária adotada –, como a *manipulação evolutiva*, a *construção pela praxe constitucional*, a *manipulação lógica*, dentre outras. A seguir apresentaremos cinco vias que possibilitam a adoção da mutação constitucional: via de interpretação¹⁰, a via da manipulação constitucional¹¹, a via da construção constitucional¹², a via por influência dos grupos de pressão, e a via dos costumes constitucionais.

1.2.1. A mutação constitucional por via da interpretação

No dizer de Barroso, a mutação constitucional por via da interpretação, “consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento preexistente”¹³. Significa dizer que a partir da norma interpretada – e somente existe norma previamente interpretada –, a mutação constitucional se dará quando houver modificação da primeira interpretação dada à norma. Quando o Supremo Tribunal Federal brasileiro atribui a determinada norma constitucional um sentido diverso do que existia anteriormente, caracterizar-se-á a mutação constitucional pela via da interpretação.

A situação dita acima é um caso exposto de releitura do texto constitucional de forma a torná-lo contemporâneo face às novas realidades que surgem na vida de um Estado Democrático de Direito, seja pela mudança fática da percepção da realidade, seja pela nova percepção do Direito em análise¹⁴. Um exemplo doutrinário típico, e que será estudado em momento oportuno, trata do art. 226, § 3º da CRFB, onde o termo *família* é interpretado não somente aos casais heterossexuais mas também aos casais homossexuais.

¹⁰ BARROSO, *op. cit.*, p. 130 e ss.

¹¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito Constitucional ao alcance de todos*. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.119. ISBN 978-85-02-09101-6.

¹² FERRAZ, *op. cit.*, p. 46 e ss.

¹³ *Op. cit.*, p. 130.

¹⁴ Neste sentido, BARROSO, *op. cit.*, p. 128.

1.2.2. A mutação constitucional por via da manipulação constitucional

O magistério de Bulos nos traz o seguinte raciocínio: “é o recurso hermenêutico que possibilita ao Judiciário decidir um caso concreto se libertando do mero formalismo legal e do uso da subsunção clássica”¹⁵.

Nesta via, as normas podem adquirir um novo sentido sem ter sua forma alterada. Esta situação é observada nos casos concretos quando da concessão de Mandado de Segurança para que os indivíduos que não possuem três anos de atividade jurídica possam realizar as provas do concurso, pois muitos estão próximos de completar tal requisito e não deveriam perder a vaga por um detalhe de formalidade legal¹⁶.

Esta *mudança constitucional silenciosa*, ao nosso sentir, procura trazer as situações reais para uma nova ótica de entendimento que possa superar o formalismo exacerbado, sem, contudo, deixar de prestigiar o próprio sentido maior do texto constitucional; do contrário, como diz Mendes, “haverá apenas uma interpretação inconstitucional”¹⁷.

1.2.3. A mutação constitucional por via da construção constitucional

A interpretação *construtiva* tem como objetivo precípua “ajustar as normas da Constituição à sociedade em evolução, à realidade, a uma situação ou comportamento não expressamente disciplinados pelo texto constitucional, representa um poderosíssimo veículo de mutação constitucional”¹⁸. Segundo a autora, não apenas os factos concretos carecem de respostas quando deparados com o Texto Maior: a própria situação histórica exige que a norma constitucional se adapte quando aplicada¹⁹. Neste mesmo sentido Bulos nos apresenta esta possibilidade construtiva como um *expediente supletivo* que permite ao Judiciário “recompôr o direito a ser aplicado no caso concreto. Serve para suprir as deficiências da ordem jurídica, e, em especial, da constituição”²⁰. O exemplo trazido por este autor diz respeito à perda de mandato eletivo por infidelidade partidária – que não possui previsão na Carta Brasileira de 1988 – , mas que não impossibilitou o

¹⁵ *Op. cit.*, p. 119.

¹⁶ Bulos nos traz o exemplo de concursanda que já era Promotora de Justiça e não possuía três anos de prática, mas que por liminar pôde fazer a prova para Procuradora da República. O STF manipulou a regra do art.º 129, § 3º da CRFB, e determinou a posse da então concursanda.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 201.

¹⁸ Cf. FERRAZ, *op. cit.* p. 48.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Op. cit.*, p. 119.

Supremo Tribunal e o Tribunal Superior Eleitoral de *vivificarem* o texto constitucional a partir da via construtiva, numa verdadeira extensão de seu alcance, culminando na Resolução n.º 22. 610 do TSE (de 25 de outubro de 2007) que regulamenta a infidelidade partidária.

A construção constitucional referida possibilitou que, embora não houvesse expressa referência à infidelidade partidária na Constituição do Brasil, a interpretação conduzida pelos Tribunais Superiores estava em harmonia com os valores e princípios estabelecidos pela República.

1.2.4. A mutação constitucional por via da influência dos grupos de pressão

Os grupos de pressão têm ganhado grande destaque nos dias hodiernos, e desta forma tornam-se agentes capazes de ensejar processos de mutações constitucionais. Para alguns doutrinadores a via de influência dos grupos de pressão é forma de mutação constitucional *impura*, pois nem sempre suas teses e reivindicações se coadunam com as reais necessidades da sociedade; ao invés, muitas reivindicações que nascem dos grupos de pressão estão relacionadas a necessidades pontuais e temporais, o que, em nossa investigação, não se parecem com as necessidades reais que produzam as mutações constitucionais.

Nesta mesma direção, ao analisarmos certos grupos de pressão, como, por exemplo, partidos políticos e sindicatos, observamos que muitas de suas reivindicações estão ligadas a questões meramente *setorias*, cujo alcance não é do interesse da maioria das pessoas de um Estado. Assim, não consideramos os grupos de pressão uma via legítima para o processo das mutações constitucionais.

Contudo, costumes e usos sedimentados na sociedade ao longo do tempo podem (e devem) ser objetos de mutação constitucional, pois há que se pensar num *razoável limite* interpretativo da Norma Maior em face dos costumes.

Noutro sentido, os grupos de pressão estariam “legitimados” a provocar as mudanças, ou melhor, poderiam colaborar com uma interpretação da alteração fática da realidade que deixa o campo setorial e passa para o interesse comum, de reflexão comunitária. Em outras palavras, há que se pensar numa *ideologia democrática*²¹ em detrimento de ideologias setoriais – a ideologia democrática supera a efemeridade dos interesses menores.

²¹ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 30.ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 515. ISBN 97-85-392-0271-3.

1.2.5. A mutação constitucional por via dos costumes

Como dito, o costume constitucional recebe importância no processo informal de mudança da Constituição. Segundo Cláudio Pacheco,

“O lento trabalho dos *costumes*, ao lado de outras formas e processos de adaptação para preencher claros, ampliar e levar às necessárias conseqüências, normas gerais, imprecisas, indefinidas ou equívocas e até mesmo habilidosamente modificá-las no sentido de maior adequação ao verdadeiro feitio do meio, da época e da evolução (...).”²²

Da dificuldade de fazer funcionar os mecanismos do Poder Público, de fazer fórmulas rígidas e duráveis, os costumes constitucionais são aceitos como uma via de interpretação dada às incontáveis necessidades da vida moderna, que esperam soluções pragmáticas nos diversos campos da realidade social ²³.

1.3. Características das mutações constitucionais

A mutação constitucional faz parte de uma das etapas do poder constituinte difuso, uma vez que tal poder não está normatizado nas constituições e opera de maneira informal no processo de alteração constitucional, isto é, opera sem emendas à constituição ou mesmo sem uma revisão constitucional. Bulos faz a seguinte comparação: “enquanto o *poder originário* é a *potência*, que faz a constituição, e o *poder derivado*, a *competência*, que a formula, o *poder difuso* é a *força invisível* que a altera, mas sem mudar-lhe uma vírgula sequer”²⁴.

Diríamos que há certas características do poder constituinte difuso que são estritamente ligadas ao fenômeno da mutação constitucional, e que corroboram para o entendimento do fenômeno enquanto força agente invisível.

1.3.1. Informalidade

A mutação constitucional nasce de um processo do anseio social de maneira informalizada, isto é, que não está capitulado na linguagem prescritiva do texto constitucional. Seria uma espécie inorganizada do Poder Constituinte que criou o poder constituinte difuso, termo cunhado por Georges Burdeau²⁵.

Assim, a mutação constitucional enquanto método informal de alteração da percepção normativa de uma Constituição, se valerá dele para que, através dos

²² Apud FERRAZ, *op. cit.*, p. 197.

²³ Para aprofundamento do tema, v. FERRAZ, *op. cit.*, p. 199 e ss.

²⁴ BULOS, Ualdi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 8.ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 434. ISBN 978-85-02-21900-7.

²⁵ Cf. FERRAZ, *op. cit.*, p. 10 e BULOS, *Curso de Direito...op. cit.*, p. 434.

mecanismos formais prescritos pelo legislador constituinte, possibilite um novo entendimento sobre certas situações sociais.

1.3.2. Latência

Bulos, ao descrever a latência como característica do poder constituinte difuso colabora com o processo de entendimento da mutação constitucional e seu caráter latente. Segundo o autor 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”²⁶.

1.3.3. Permanência

As mutações constitucionais têm a característica de serem permanentes; é um fenómeno real que, apesar de ser invisível, é capaz de reinterpretar a obra constitucional escrita sem modificar um “til” sequer. Sua permanência demonstra a estabilidade do próprio poder constituinte difuso, possibilitando feições novas ao texto constitucional sem, contudo violar a letra constitucional²⁷.

1.3.4. Continuidade

Sendo a mutação constitucional a mediadora das manifestações do poder constituinte difuso, seu caráter de continuidade é observado à medida que os vácuos normativos deixados pelo legislador inicial (ou mesmo pelo legislador reformador) sejam complementados pelas vias que possibilitam uma nova interpretação das constituições – seria uma forma que os poderes públicos e sociedade continuariam a obra do poder constituinte originário mitigando os espaços em branco do *produto constitucional normado*²⁸.

1.4. Pressupostos das mutações constitucionais

O fenómeno da mutação constitucional realiza-se mediante pressupostos que possibilitam sua efetividade, de maneira a garantir a forma, ocorrência e intensidade

²⁶ Cf. FERRAZ, *op. cit.*, p. 10 e BULOS, *Curso de Direito...op. cit.*, p. 434.

²⁷ FERRAZ, *op. cit.*, p. 11.

²⁸ Neste sentido, BULOS, *Curso de Direito...op. cit.*, p. 435.

destas mutações²⁹, sempre pautada na manutenção da constitucionalidade da interpretação.

1.4.1. Elasticidade constitucional

A elasticidade ou abertura constitucional, reconhecidamente o pressuposto mais importante para a ocorrência da mutação constitucional, demonstra o nível de abertura que a Carta Constitucional de um Estado possui frente à concretização e reconhecimento das entidades aplicadoras e seu *espaço de conformação mais ou menos amplo*³⁰ desta abertura. Significa dizer que as normas constitucionais não sendo perfeitas ou completas, necessitam de certa abertura dada pela própria Constituição para que esta seja configurada de forma a atender os anseios da comunidade. A esse respeito ensinam-nos Konrad Hesse:

“As regulações da Constituição não são nem completas nem perfeitas. Sem dúvida, numerosas questões da ordem estatal são normatizadas até em pormenores; mas âmbitos amplos, também tais da vida estatal em sentido restrito, são ordenados por determinações de amplitude material e indeterminação mais ou menos grande, alguns até de maneira nenhuma. [...] A Constituição não codifica, senão ela regula somente – muitas vezes, mais pontual e só em traços fundamentais – aquilo que aparece como importante e carente de determinação; todo o resto é tacitamente pressuposto ou deixado a cargo da configuração ou concretização pela ordem jurídica restante. Por causa disso, a Constituição de antemão não propõe a pretensão de uma ausência de lacunas ou até de unidade sistemática. [...] Em cruzamento com tais razões especiais e mais além delas, deve a Constituição, enfim, ficar imperfeita e incompleta, porque a vida, que ela quer ordenar, é vida histórica e, por causa disso, está sujeita a alterações históricas. Essa alterabilidade caracteriza, em especial, as condições de vida reguladas pela Constituição. Por isso, Direito Constitucional, só em medida limitada e só pelo preço de modificações constitucionais freqüentes, deixa-se especificar, torna-se evidente e calculável de antemão. Se a Constituição deve possibilitar o vencimento da multiplicidade de situações problemáticas que se transformam historicamente, então seu conteúdo deve ficar necessariamente ‘aberto para dentro do tempo’.”³¹

Ao comentar Hesse, Kubliskas aponta-nos a direção de que as normas constitucionais abertas reúnem um processo de *concretização* mediante a função interpretativa, com o objetivo de se alcançar um resultado correto, racional e controlável, a criar certeza e previsibilidade jurídica³². Esta possibilidade interpretativa

²⁹ Cf. KUBLISCKAS, Wellington Márcio. *Emendas e Mutações Constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 82 e ss. ISBN 978-85-224-5242-2.

³⁰ Baseado em Konrad Hesse, Kubliskas demonstra o seguinte raciocínio: “Neste sentido, as Constituições, situadas no vértice da pirâmide normativa, apresentam em geral maior ou menor abertura (e consequentemente, menor densidade) que torna indispensável uma operação de concretização na qual se reconhece às entidades aplicadoras um *espaço de conformação* (liberdade de conformação, discricionariedade) mais ou menos amplo”; in KUBLISCKAS, *op. cit.*, p. 83.

³¹ Apud KUBLISCKAS, *op. cit.*, p. 82-83.

³² *Ibidem*.

(segundo Hesse, a possibilidade de uma *interpretação tópica* da Constituição) deverá estar em harmonia com os valores e princípios constitucionais a fim de operar-se um certo grau de discricionariedade daquele que interpreta a Constituição, sem, contudo, locupretar-se da possibilidade “elástica” da norma e, assim, distanciar-se da finalidade maior do Texto Constitucional: a segurança jurídica para o Estado democrático de Direito.

A abertura do sistema constitucional (normas e a Constituição em si) é observada em seu caráter principiológico, na frequência maior ou menor em que há a necessidade de harmonização das normas, na existência de normas que admitem regulamentação ulterior, e ainda na existência das chamadas *lacunas constitucionais*³³.

O conteúdo principiológico das normas constitucionais remete-nos à ideia de que certos *enunciados lógicos* são admitidos como condição de validade (e mesmo de eficácia) para guiar o *modus* de entender o Estado por meio de sua Constituição – seria uma concepção de que os princípios são *verdades fundantes* de um sistema de conhecimento³⁴. Na atualidade, grande parte das disposições principiológicas estão contidas nas Constituições modernas, e conforme observa Kubliskas, esta “maior quantidade de normas *principiológicas* na Constituição favorece a ocorrência das mutações constitucionais na medida em que tais normas oferecem ao aplicador mais de uma opção de concretização, todas elas válidas, e sem que isso provoque qualquer abalo ao sistema”³⁵.

A concretização dos valores constitucionais, como visto, nasce de certos enunciados lógicos (princípios constitucionais) observados como um sistema integrado e que, a depender da abertura ou elasticidade da Constituição, estarão em maior ou menor frequência de harmonização das normas constitucionais. Ao explicar a *unidade de sentido* em que as normas constitucionais se apresentam, Kubliskas traz a seguinte conclusão, *in verbis*:

“A busca da harmonização de interesses constitucionalmente tutelados postos em contradição, típica das Constituições atuais, possibilita que o intérprete, dependendo das condições de cada caso concreto e dos valores predominantes na sociedade em um dado momento, restrinja ou amplie o sentido, significado ou alcance de uma determinanda norma constitucional. Com isso, a frequência com que ocorrem estas colisões de direitos, o que, de certo modo, é ditado pelo grau de politização e

³³ Cf. KUBLISCKAS, *op. cit.*, p. 84-88.

³⁴ A respeito da noção dos princípios, v. REALE, Miguel. *Noções Preliminares de Direito*. 27.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 303 e ss. ISBN 85-02-04126-6.

³⁵ *Op. cit.*, p. 85.

democratização da sociedade, é um fator que influi na ocorrência mais ou menos frequente das mutações constitucionais.”³⁶

Há ainda a questão da aplicabilidade da norma constitucional ao longo do tempo. Uma das características da norma *per se* é de ser dotada de certo grau de generalidade, com o desiderato de alcançar um número indeterminado de ações e atos ³⁷. Com esta generalidade estrutural, certos atos e ações previstos na Constituição terão sua entrada em vigor, ou melhor, produzirão (ou têm a possibilidade de produzir) efeitos logo que a Constituição for promulgada ou carecerão de normatividade ulterior para que se desenvolva. A teoria tricotômica da eficácia normativa em José Afonso da Silva demonstra que a existência de um maior número de normas de eficácia *limitada* ou de eficácia *contida* propiciam o desenvolvimento das mutações constitucionais, pois, como diz Kubliskas, “uma vez que aumenta o âmbito de discricionariedade dos agentes concretizadores dessas normas”³⁸, haverá, deste modo, a possibilidade de uma interpretação ampla, elástica das normas constitucionais.

Por fim, outro elemento propiciador da abertura normativa para interpretações constitucionais normativas é a necessidade de integração das lacunas constitucionais. Como vimos em linhas anteriores, a Constituição não é completa ou perfeita; ora apresenta incongruências, ora apresenta problemas estruturais de interpretação normativa. Isto se dá pela própria dificuldade intrínseca de poder a Norma Maior apresentar todas as situações da vida concreta de uma sociedade. Quanto mais *principiológica* e aberta à futuras concretizações for a Constituição, mais suscetível será a incidência do fenómeno das mutações constitucionais sobre ela ³⁹.

1.4.2. Grau de rigidez constitucional

Outro pressuposto (fator possibilitador) de influência para que a mutação constitucional ocorra em determinado Estado é o grau de sua rigidez constitucional. Cada Constituição possui um grau de rigidez constitucional que possibilita, em maior ou

³⁶ *Op. cit.*, p. 85 e 86.

³⁷ Neste sentido, v. GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 79.

³⁸ *Op. cit.*, p. 87.

³⁹ Cf. KUBLISCKAS, *op. cit.*, p. 88. O autor cita interessante comentário sobre as mutações constitucionais de Ana Victória Sanches Urrutia, *in verbis*: “Admitir a possibilidade da ocorrência de mutações pressupõe aceitar a elasticidade da Constituição. Por ‘elasticidade constitucional’ entende-se a capacidade de uma Constituição se adaptar continuamente à realidade sócio-política de um Estado sem a necessidade de modificar formalmente o seu texto. As disposições das constituições elásticas são susceptíveis de múltiplas interpretações e podem ser modificadas informalmente por leis ordinárias, costumes, convenções e pela jurisprudência constitucional”.

menor gradação, um processo de alteração informal de modificação das normas constitucionais. Deste modo, salienta Kubliskas, “uma Constituição com uma cláusula de reforma mais rígida terá a tendência maior de se modificar pelas vias informais em comparação com uma Constituição que estabeleça um mecanismo de reforma mais *flexível*”⁴⁰. Esta situação é observada na República Federativa do Brasil que, conforme será salientado em capítulo próprio, tem se servido do fenómeno da mutação constitucional para preencher o hiato normativo constitucional existente em determinadas matérias.

Um exemplo colhido sobre a rigidez constitucional é trazido pelo autor acima citado quando da análise da rigidez da Constituição dos Estados Unidos da América. Segundo o jurista, a Constituição americana exige requisitos bastante rígidos, o que levou – dentre outros fatores – o impulsionar de inúmeras mutações constitucionais realizadas pela Suprema Corte daquele país, como, por exemplo, a mudança da perspectiva da segregação racial⁴¹.

Parece-nos acertado dizer que há uma relação entre o grau de rigidez constitucional e o processo informal de alteração da Constituição mediante as mutações constitucionais. Quanto mais rígido for o processo de alteração do Texto Maior, mais incidente será o fenómeno de mudança constitucional pelo método informal (mutações constitucionais em sentido amplo). Em outras palavras: quanto mais *difícil* e obstaculizado forem os métodos de rigidez constitucional, mais importantes serão os métodos informais de interpretação das normas constitucionais.

1.4.3. Processos frequentes de alteração formal da Constituição

Processos frequentes de alteração formal da Constituição tornam a mutação constitucional um fator facilitador de interpretação das normas constitucionais.

Temos a impressão de que as constantes alterações formais de uma Constituição desacreditam a própria Carta Política (pelo menos com o passar do tempo). Se o legislador ordinário não teve em suas mãos a capacidade de entender os valores político-jurídicos (ou mesmo jurídico-políticos) do sentido de ser do Estado, não será com algumas emendas e revisões periódicas que os problemas estruturais serão solucionados. Embora coadunemos com o processo formal de *revisão* constitucional (alteração formal em sentido amplo), a prudência prática da vida social aponta para que

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 89.

⁴¹ *Op. cit.*, p. 89.

os novos factos que surgem na experiência comunitária sejam experimentados *prima facie* pela alteração informal das normas constitucionais.

Mesmo que as frequentes alterações formais da Constituição sejam experimentadas por um Estado, alguns doutrinadores demonstram que o fenómeno das mutações constitucionais permanece como importante mecanismo “interpretativo-revisor”, ainda que eivado de informalidade aparente⁴².

1.4.4. Controlo de constitucionalidade

Um mecanismo efetivo de controlo da constitucionalidade das leis influi na forma de ocorrência e na intensidade das mutações constitucionais⁴³. De acordo com grande parte da doutrina, a maioria dos países do mundo atribui ao Poder Judiciário o *poder-dever* de rever (e até mesmo corrigir) os atos emanados dos outros poderes, com o objetivo de adequar o seu sentido à norma constitucional. Acerca do *judicial review*, Kubliskas nos traz um resumo histórico proveitoso sobre o tema:

“O primeiro país a adotar o *judicial review* foi os Estados Unidos da América, em 1803, por ocasião do julgamento do célebre caso *Marbury x Madison* pela Suprema Corte. Em decorrência da referida decisão, atribuída à engenhosidade do Juiz John Marshall, desde os primórdios do Direito Constitucional norte-americano consolidaram-se as seguintes idéias: (i) que a Constituição é, antes de tudo, uma norma jurídica – uma lei; (ii) que, apesar de ser uma lei, a Constituição não é uma lei comum; é uma norma superior que serve como parâmetro e limite para as demais (*Paramount Law*); e (iii) a verificação da conformidade das normas do ordenamento com a Constituição deveria ser feita pelo Poder Judiciário, que poderia declará-las *null and void*, de modo difuso, em cada caso concreto. Surgiu então o sistema americano de controle de constitucionalidade, que é um modelo incidental, difuso, declaratório, *inter partes*, *ex tunc* e concreto.

Com isso, no decorrer dos anos, em função, por um lado, da atrofia do *amending power* (previsto no artigo V da Constituição dos Estados Unidos da América e que prevê formalidades bastante complexas para a reforma constitucional) e, por outro, do próprio dinamismo constitucional norte-americano, o Poder Judiciário, em especial a Suprema Corte, adquiriu um papel importante como *atualizadora* de normas constitucionais, especialmente durante os ciclos de ativismo judicial – Cortes de Warren (1953-1969) e Burger (1969-1986) –, chegando-se a falar na existência de uma *living constitution*.”⁴⁴

Diferentemente do que ocorrera nos Estados Unidos da América, a Europa continental assumiu papel diametralmente oposto, dando outros contornos ao controlo de constitucionalidade. A esse respeito, continua o autor em sua análise histórica:

“Na Europa continental, por outro lado, até o início do século XX, devido à idéia generalizada de *supremacia do Parlamento*, não se falava em controle judicial de constitucionalidade das leis e demais atos normativos.

⁴² Dentre os autores, destacamos W. M. Kubliskas, Ana Victória Sanchez Urrutia e Pedro de La Vega.

⁴³ Cf. Kubliskas, p. 90.

⁴⁴ *Op. cit.*, p. 90-91.

O controle judicial de constitucionalidade na Europa continental surgiu apenas no ano de 1920, na Áustria. Devido a inúmeros fatores, em especial (i) a configuração política da época, em que se exigia maior controle do governo central sobre a legislação dos Estados-membros do Império e (ii) a influência das idéias de Hans Kelsen, o controle de constitucionalidade na Áustria assumiu uma configuração totalmente distinta do *judicial review* norte-americano: foi criado um Tribunal Constitucional que ficou responsável por exercer com exclusividade o controle de constitucionalidade das leis. Surgiu, assim, o sistema europeu (ou austríaco) de controle de constitucionalidade caracterizado por ser principal, concentrado, desconstitutivo, *erga omnes*, *ex tunc* ou *ex nunc*, geral e abstrato.

Até a Segunda Guerra Mundial, contudo, o controle de constitucionalidade não se consolidou de maneira plena na Europa continental. É somente na segunda metade do século XX que se proliferaram pelos diversos países europeus *Tribunais Constitucionais*, que ficaram encarregados de exercer, de modo concentrado, o controle de constitucionalidade das leis face a Lei Maior, que a Constituição se consolidou como um instrumento normativo e supremo.”⁴⁵

A análise histórica supramencionada colabora com o entendimento de como nasceu e permaneceu o instituto do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos gerais. A ênfase apontada demonstra o papel fundamental do Judiciário na nova configuração do controle constitucional, um verdadeiro *guardião* dos preceitos constitucionais; sua atuação não se limita apenas a questões jurisprudenciais, mas vai além: permite que o Judiciário, seja pelo controle difuso, seja pelo concentrado, cuide das questões fundamentais da vida em sociedade criando um verdadeiro sistema de controle constitucional jurisprudencial. É a partir deste *Direito Constitucional Jurisprudencial* que muitos autores entendem que a configuração do controle de constitucionalidade propiciam a ocorrência do fenómeno das mutações constitucionais⁴⁶.

1.4.5. Extensão da Constituição

Por último pressuposto de influência na mudança informal do Texto Maior citámos a extensão da Carta Política do Estado.

A visão doutrinária clássica divide as Constituições de acordo com sua extensão em *sintéticas* e *analíticas*. No dizer de Lammêgo Bulos,

“*Constituições sintéticas, tópicas, breves ou curtas* são as compactas, concisas, enxutas, sucintas. Nelas, a matéria constitucional vem predisposta de modo breve e resumido, sem o predomínio de pleonasmos, repetições inúteis ou construções prolixas. Exemplo: Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, com sete artigos apenas.

Constituições analíticas ou longas, diversamente das anteriores, são amplas, detalhistas, minuciosas e pleonásticas, pois os seus artigos, desdobrados em incisos e

⁴⁵ *Op. cit.*, p. 91-92.

⁴⁶ Dentre os autores citámos José Alfredo de Oliveira Baracho, Ana Victoria Sanches Urrutia e Wellington Márcio Kubliskas.

alíneas, ordenam-se de modo reiterado em várias partes do texto. Exemplos: Cartas indiana de 1916 e da Iugoslávia de 1974, esta última com 406 artigos.”⁴⁷

Doutrinadores têm observado que o fenómeno das mutações constitucionais incide com maior frequência nos Estados que adotam Constituições sintéticas e em menor frequência nos Estados que adotam Constituições analíticas⁴⁸. Consoante a este tema, Kubliskas explica a extensão da Constituição e os efeitos dela provenientes na introdução de alterações constitucionais:

“Nesse sentido, quanto mais detalhista e substantivo for o texto constitucional, maior a possibilidade de ele se inviabilizar em face de ideologias, tendências e imperativos económicos distintos daqueles que o estabeleceram; por outro lado, quanto mais sintético e processual, onde a plasticidade de certas cláusulas genéricas admite variações entre extremos, maior sua possibilidade de adaptação aos novos anseios da sociedade sem a necessidade da introdução de alterações em seu texto. Saliente-se, contudo, que mesmo em Estados que adotam uma Carta analítica – ou casuística, como é o caso brasileiro –, a questão das mudanças informais se coloca com frequência, em especial em matéria de direitos fundamentais, tutela das liberdades, ordem económica, ordem social etc.”⁴⁹

Feitas estas digressões sobre os pressupostos que permitem a incidência das mutações constitucionais, analisemos seus limites jurídicos.

1.5. Limites das mutações constitucionais

Em linhas anteriores discurremos, ainda que sumariamente, sobre certos elementos que possibilitam o fenómeno da mutação constitucional. No entanto, convém reforçar que existem limites de atuação dessas mudanças informais na Constituição.

A mutação constitucional, *per se*, permite que se trave um “diálogo” efetivo entre ordem jurídica e realidade fática. Sem o facto social sedimentado na experiência comunitária ao longo do tempo, dificilmente poder-se-á falar em mudança informal da Constituição.

Kubliskas aponta que os primeiros autores ao abordarem o tema das mutações constitucionais entendiam que estas não poderiam ser limitadas juridicamente, pelo facto de haver um distanciamento entre norma e realidade fática e um mecanismo seguro de controlo de constitucionalidade⁵⁰. Sobre a existência de limites jurídicos às mutações constitucionais, diz-nos o autor:

⁴⁷ *Op. cit.*, *Direito constitucional ao alcance...*, p. 72-73.

⁴⁸ Cf. KUBLISKAS, *op. cit.*, p. 94.

⁴⁹ *Op. cit.*, p. 94-95.

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 148.

“Paul Laband, por exemplo, apesar de ressaltar a grande quantidade de mudanças informais da Constituição do Reich, afirmou a impossibilidade de controlá-las juridicamente posto que não se tinha como exigir que as normas inferiores estivessem em conformidade com a Constituição. No mesmo sentido, George Jellinek afirmou que “*as proposições jurídicas são incapazes de dominar, efetivamente, a distribuição do poder estatal*” e que “*as forças políticas reais operam segundo as suas próprias leis e atuam independentemente de qualquer forma jurídica*”.

Os autores posteriores, admitindo a idéia de que as mutações constitucionais não são um fenômeno meramente fático, mas também jurídico, começaram a traçar-lhe limites. Nesse sentido, destaca Hermann Heller, para que as mtações constitucionais encontram limites na própria *normatividade* da Constituição, sendo admissíveis apenas as mudanças realizadas no interior da norma.”⁵¹

Em Konrad Hesse é que se observa a ideia da existência de limites às mutações constitucionais⁵². Segundo o autor alemão,

“A mutação constitucional e seus limites somente podem ser entendidos com clareza quando a modificação do conteúdo da norma é compreendida como modificação no interior da própria norma constitucional e não como consequência de desenvolvimentos produzidos fora da normatividade da Constituição bem como a ‘mutação’ em normalidade estatal tampouco pode ser explicada satisfatoriamente quando se parte de uma relação de coordenação corretiva entre normalidade e normatividade.”⁵³

Desta citação podemos concluir que o limite da mutação constitucional é o próprio Texto Maior, de maneira que seu espírito (intenção) não seja maculado por interpretações inconstitucionais⁵⁴.

Doutrinadores, no entanto, têm demonstrado que existem limites subjetivos e objetivos relacionados à mutação constitucional. Dentre os limites subjetivos, citamos *a postura ética do aplicador* (que deve não contrariar a Constituição em sua interpretação), e a *consciência jurídica geral*, que muitas vezes influencia o modo de julgar/interpretar o corpo normativo constitucional⁵⁵. A respeito da limitação de ordem subjetiva, Kubliskas assim analisa:

⁵¹ *Op. cit.*, p. 149.

⁵² Cf. KUBLISCKAS, *ibidem*.

⁵³ Apud KUBLISCKAS, *op. cit.*, p. 149-150.

⁵⁴ A esse respeito, Kubliskas retira da doutrina hesseana três importantes lições: “(i) as mutações constitucionais são alterações produzidas *dentro da norma constitucional*, que é um dos componentes da norma constitucional; (ii) as mutações constitucionais não são ilimitadas juridicamente na medida em que a aplicação da Constituição deve sempre estar vinculada às normas postas, sob pena de perda dos efeitos racionalizador, estabilizador e limitador da Constituição; e (iii) os limites das mutações constitucionais são justamente as possibilidades de compreensão da norma constitucional que não entram em contradição explícita com o texto constitucional – quando determinada situação entra em conflito direto com a norma constitucional escrita (ou seja, não é comportada pelo *programa normativo*), é atingido o limite da mutação constitucional, surgindo então duas únicas soluções: (a) a reforma constitucional; ou (b) a rejeição da mutação constitucional por uma atitude firme do aplicador. É esse sentido, inclusive, que o autor afirma em célebre frase que “*a problemática da mutação constitucional (formal) começa lá onde as possibilidades de uma mutação constitucional terminam*.”; *op. cit.*, p. 150-151.

⁵⁵ Cf. KUBLISCKAS, *op. cit.*, p. 153.

“O aplicador da Constituição não age isoladamente no corpo sóciopolítico; pelo contrário, encontra-se em situação de permanente troca com os demais atores sociais, com os quais mantém relação de recíproca retro-alimentação (feedback). Ao mesmo tempo em que descortina novos horizontes hermenêuticos e, nesse sentido, funciona como criador do direito, o aplicador recebe influências – por vezes imperceptíveis – da sociedade que o circunda. Nesse sentido, não possui total liberdade na definição do sentido, do significado e do alcance das normas constitucionais, mas está vinculado (ainda que não formalmente) à consciência jurídica geral (ciência jurídica, bibliografia especializada, opinião pública etc.).”⁵⁶

Acerca dos limites objetivos às mutações constitucionais, destacamos o *programa normativo* e a *limitação fundamentalmente razoável*. Ao dar um sentido ao programa normativo constitucional, o intérprete não deve inserir significados e efeitos contrários ao texto constitucional; estas interpretações “nitidamente não são acolhidas pelo programa normativo e que, portanto, contrariam o texto e/ou o espírito da Constituição não podem ser aceitas como legítimas mutações constitucionais”⁵⁷.

A limitação de ordem objetiva que prestigia a fundamentação numa ótica razoável, exige que o intérprete se utilize, para defender sua perspectiva, de soluções hermenêuticas argumentativas que sejam compreensíveis, racionais e razoáveis, motivadas pelos valores constitucionais previamente delineados e que possibilitam um novo entendimento sobre a vida ou facto social nascido das novas experiências dentro do Estado democrático de Direito. Neste sentido, observemos o seguinte exemplo brasileiro:

“A obrigatoriedade da motivação está presente em qualquer uma das atividades que potencialmente pode gerar mutação constitucional. Na esfera administrativa, a observância do ordenamento constitucional e o atendimento ao interesse coletivo comprovem-se pela necessidade de motivação do ato administrativo, seja o praticado no exercício do poder vinculado, seja o decorrente do poder discricionário. No campo jurisdicional, todas as decisões (salvo raras exceções) precisam ser públicas e fundamentadas, sob pena de nulidade (art. 93, IX, da CF/88). Apenas em relação aos órgãos legislativos o dever de motivação é suavizado, na medida em que apesar dos regimentos internos das casas parlamentares geralmente exigirem que as proposições legislativas sejam fundamentadas, os votos dos parlamentares não são motivados.

Por outro lado, não basta que o ato ou decisão que introduz uma mutação constitucional seja motivado. Ele também deve ser racional de modo a que seja possível fazer o seu controle.”⁵⁸

Entendemos que a razoabilidade tem sua importância em foco ao delinear-se o planejamento das mutações constitucionais, pois como são fenómenos interpretativos

⁵⁶ KUBLISCKAS, *op. cit.*, p. 153.

⁵⁷ Neste sentido, KUBLISCKAS, *op. cit.*, p. 155.

⁵⁸ KUBLISCKAS, *ibidem*.

informais, terão seus limites subjetivos e objetivos testados à luz da certeza jurídica razoável, tendo o arcabouço normativo como limite *prima facie*.

São estes elementos que permitem que uma Constituição tenha certo grau de abertura à interpretação e consequentemente possa vir a sofrer uma mutação constitucional. Nesta direção, os limites impostos pela doutrina buscam estabelecer um parâmetro de legitimidade para as mutações constitucionais, deixando clara a fronteira entre aquilo que é uma mutação constitucional (baseada nos valores constitucionais), e aquilo que seria uma interpretação constitucional.

Para contribuir com a experiência factual deste trabalho, iniciaremos uma breve referência histórica ao fenómeno mutação constitucional com exemplos vivenciados em alguns países.

2. Antecedentes históricos que referenciam o fenómeno “mutação constitucional”

O fenómeno da mutação constitucional foi introduzido no século XIX primeiramente por autores germânicos e posteriormente implementado em outros Estados da Europa Ocidental (em especial na Itália e Espanha) e na própria América Latina (incluindo México, Brasil e Venezuela, em especial), influenciada sobretudo pela tradição do Direito europeu continental de origem romano-germânica.

A primeira tentativa de construção jurídica do termo foi cunhada em 1895 por Paul Laband em seu livro *Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*, ao diferenciar a reforma constitucional (*Verfassunänderung*) da chamada mutação constitucional (*Verfassungswandlung*)⁵⁹. A base de seu fundamento teórico foi produzir uma reforma constitucional por *ações voluntárias e intencionadas* sedimentadas ao longo do tempo sem que os mecanismos de reforma constitucionais fossem acionados concretamente⁶⁰. Tal fundamento adveio do exame do texto constitucional alemão de 1871, quando Laband notou importantes modificações neste Diploma e que propiciaram a diferenciação do que seria uma reforma constitucional e aquilo que seria o fenómeno da mutação constitucional propriamente dito⁶¹.

Em 1906, Georg Jellinek em conferência sobre reforma e mutação constitucional contrapõe ambos os conceitos, e demonstra que a mutação constitucional opera medinte a

⁵⁹ Cf. KUBLISCKAS, *op.cit.*, p. 70.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ As mudanças surgidas na Constituição de 1871, que propiciaram o funcionamento das instituições do *Reich*, ocorreram sem uma reforma constitucional *stricto sensu*, cf. BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 54.

interpretação da Constituição, dando um sentido preciso aos preceitos nela fundamentados: o desenvolvimento legislativo da Constituição e sua interpretação judicial adquirem especial significado⁶². Aduz Jellinek:

“Por reforma de la constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o conciencia, de tal mutación.”⁶³

Na década de 30 do século XX, Hsü Dau-Lin em seus estudos sobre as transformações constitucionais aprofunda o conceito de mutação constitucional da Escola Alemã de Direito Público e revela que há uma *nova ordem política*, a demonstrar certo distanciamento entre a norma constitucional e a realidade social⁶⁴. Segundo Santos, os estudos de Dau-Lin contribuíram para entender-se a mutação constitucional como a principal responsável de reconhecer-se a realidade fática acima da Constituição escrita; em suas palavras encontramos o seguinte teor:

“Para não caracterizá-la como mera “folha de papel” [a Constituição], o fenômeno da mutação constitucional aproximaria dada realidade do texto normativo, alterando o seu sentido e alcance de modo a transformá-lo em uma Constituição real e efetiva. Hsü Dau-Lin esclarece as possíveis formas de manifestação da mutação constitucional: (i) realidade sem norma – prática causada pela falta de reforma da Constituição, que não acompanha as transformações sociais; (ii) norma sem realidade – o que pode dificultar o exercício de direitos legítimos e constitucionalmente previstos; (iii) relação de incoerência entre norma e realidade, hipótese em que a realidade tanto pode contradizer a norma – resultando numa prática inconstitucional – quanto pode mudar o sentido da norma.”⁶⁵ (acrescentámos em negrito)

Muitos outros autores foram imprescindíveis para o entendimento/desenvolvimento do fenômeno da mutação constitucional enquanto teoria, e também como o *modus* de ser vivenciada tal teoria em cada Constituição. Dedicaremos atenção aos autores a partir de seus estudos em cada Estado objeto do fenômeno da mutação constitucional. O objetivo neste trabalho é demonstrar, ainda que sumariamente, as possibilidades reais do fenômeno enquanto realidade sócio-jurídica em alguns Estados democráticos, em especial Alemanha, França e Estados Unidos da

⁶² Cf. ROLLNERT LIERN, Göran. *La Mutación Constitucional: Entre la Interpretación y la Jurisdicción Constitucional*. Valencia: Revista Española de Derecho Constitucional, 2014, n. 101, p. 128. ISSN 0211-5743.

⁶³ Apud BULOS, *Mutação...*, op. cit., p. 55.

⁶⁴ Cf. SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. *Reconstruindo o Conceito de Mutação Constitucional*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) . Rio de Janeiro: Unisinos, 2015, p. 83.

⁶⁵ Op. cit., p. 83.

América. Importante dizer que estas citações factuais visam ampliar a compreensão das possibilidades de mudança informal da Constituição no Estado português, um dos objetos-tema deste trabalho.

2.1. A mutação constitucional na Alemanha

Em linhas anteriores dissemos que o marco do estudo das mutações constitucionais foi o trabalho desenvolvido por Paul Laband, em 1895, com sua diferenciação daquilo que seria uma reforma constitucional e o que seria entendido como mutação constitucional. Seus estudos nascem dos problemas observados na própria Constituição, onde a mutação constitucional poderia transformar-se fora dos mecanismos formais da Magna Carta.

A Constituição do Império Alemão nasce em 1871, após diversas tentativas de unificação que marcaram a história da Alemanha durante o século XIX⁶⁶. A partir desta nova estrutura constitucional surgem trabalhos teóricos cujo objetivo é entender o fenómeno da mutação constitucional como um *conceito*, que passa a ser observado em alguns estados europeus, tendo como pressupostos necessários um certo grau de rigidez da Constituição e sua compreensão como um *instrumento normativo*⁶⁷. É neste contexto que a Escola Alemã de Direito Público inicia uma *tradição científica* que terá entre seus juristas estudiosos como Laband e Jellinek. Uma das proposições característica desta Escola é a sugestão de ruptura metodológica entre Direito e Política, de maneira a contrastar aquilo que está descrito nas normas constitucionais e o *funcionamento real* do Estado constitucional⁶⁸.

Laband em seu livro *Wandlungen der deutschen Reichsverfassung* descreve esta dicotomia de maneira a demonstrar que a Constituição do *Reich* transforma-se sem uma ação de mecanismo de reforma constitucional, como um verdadeiro *ente normativo*. Segundo o autor,

⁶⁶ Cf. SÁNCHEZ URRUTIA, Ana Victoria. *Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución: una aproximación al origen del concepto*. Revista Española de Derecho Constitucional, año 20, núm. 58, Enero-Abril 2000, p. 106. A questão da hegemonia e unificação alemã é resumidamente demonstrada pela autora, *in verbis*: “(...) Esta unión es posible uma vez que la rivalidad por la hegemonía alemana se resuelve a favor de Prusia y em detrimento de Austria que es excluida del nuevo imperio. La Unión Alemana estará compuesta Estados muy distintos entre sí: desde los Grandes Ducados como Mecklemburgo-Schwerin donde existía aún el absolutismo, hasta las llamadas ciudades libres, como Hamburgo, que eram repúblicas, pasando por monarquías limitadas como la prusiana”.

⁶⁷ Cf. SÁNCHEZ URRUTIA, *op. cit.*, p. 107.

⁶⁸ SÁNCHEZ URRUTIA, *op. cit.*, p. 108.

“As Constituições são leis, pelas quais proporcionam a continuidade do direito uma especial firmeza e estabilidade, que em nenhum aspecto da legislação ordinária poderia oferecer e, neste sentido, são a codificação do mais fundamental do direito estatal.”⁶⁹

Neste sentido, Ana Victoria Sánchez Urrutia destaca o entendimento de Laband como uma perspectiva de perceber a Constituição como norma jurídica em sentido estrito, e o Estado em suas ações pode transformá-la sem a necessidade de uma *modificação formal* do texto constitucional⁷⁰.

Ao nosso sentir, percebemos que há em Paul Laband a preocupação em estabilizar, desde o início de seus estudos, o entendimento do texto constitucional como unidade que não se fragmenta, ao passo que o Estado (poderes e intérpretes) seria o agente capaz de transformar as necessidades da vida quotidiana sem a necessidade de fragmentar a unidade normativa constitucional. O jurista da Escola Alemã de Direito Público descreve três situações (ou vias) importantes onde o fenómeno da mutação constitucional irá incidir: (a) regulação por parte das leis do *Reich* de elementos centrais do Estado não previstos ou previstos de maneira *colateral* pela Constituição do *Reich*; (b) modificação dos elementos centrais do Estado por meio de leis do *Reich* que contradizem o conteúdo da Constituição; e (c) alteração dos elementos centrais do Estado por meio de usos e costumes dos poderes públicos. Para Sánchez Urrutia, a ausência de uma regulação constitucional de instituições do Estado permitiria a produção, à margem dele, da modificação necessária da Constituição⁷¹.

Outro jurista importante que se ocupou do estudo das transformações informais da Constituição foi Georg Jellinek. Seguindo um raciocínio semelhante ao de Paul Laband, Jellinek percebia que a *intencionalidade* da mudança da Constituição era um critério para distinguir a mutação (enquanto transformação) daquilo que seria uma reforma constitucional:

⁶⁹ Apud SÁNCHEZ URRUTIA, *op. cit.*, p. 108 (nossa tradução). Em espanhol: “Las Constituciones son leyes, las cuales proporcionan a la continuidad del derecho una especial firmeza y estabilidad, que ningún aspecto de la legislación ordinaria puede ofrecer y, em este sentido, son la codificación de lo más fundamental del derecho estatal”.

⁷⁰ *Op.cit.*, p. 108. Diz-nos a autora: “Laban destaca que aunque las Constituciones son normas jurídicas em sentido estricto, la acción del Estado puede transformarlas sin necesidad de su modificación formal. Así, observa que cuando uno se procura um conocimiento preciso y definido de la Constitución se encuentra por um lado, que contiene disposiciones numerosas de significado subordinado y pasajero, de escaso interés para la mayoría de la población, y que por el otro, la esencia real del derecho del Estado plasmada em la Constitución puede experimentar uma modificación radical y significativa sin que el texto constitucional vea alterada expresión su escrita”.

⁷¹ *Ibidem*.

“Por reforma da Constituição entendo a modificação dos textos constitucionais produzida por ações voluntárias e intencionadas. E por mutação da Constituição entendo a modificação que deixa incólume seu texto sem mudá-lo formalmente produzido por fatos que não têm que ir acompanhados pela intenção, ou ocorrência, de tal mutação.”⁷²

Sánchez Urrutia leciona que Jellinek sustenta que as leis constitucionais podem reformar-se (ou revisar-se) – de igual modo que as leis ordinárias –, a partir de três formas: (a) podem revogar-se completamente; (b) podem receber outro texto; (c) ou podem ser substituídas por leis constitucionais posteriores⁷³. A crítica feita desta sistemática proposta por Jellinek, segundo a autora, nasceu do abuso da técnica de revisão que produziu uma dificuldade de coletar-se do próprio texto constitucional uma ideia suficientemente aceitável dos fundamentos do *Reich*⁷⁴.

Em Jellinek, a reforma constitucional é sempre intencional, ao passo que o fenómeno das mutações constitucionais desenvolvem-se por atos não intencionais. Suas conclusões nascem dos estudos das Constituições de sua época, analisando práticas parlamentares, administrativas e a própria jurisdição constitucional. A mutação constitucional é fenómeno superveniente das lacunas dos textos constitucionais, dos costumes e atos normativos, uma verdadeira busca de integração dos valores constitucionais. Acerca dos costumes, o jurista alemão aponta que estes são uma forma *intencionada* de revisão constitucional; a existência dos costumes é percebida em seus estudos de Direito comparado, em especial o Direito francês (Constituição de 1875) e sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

As proposições elaboradas por Georg Jellinek – embora tenham sido demonstradas com maior ênfase nos casos fáticos colhidos pelo autor –, possuem relevo fundamental no estudo das mutações constitucionais enquanto arquétipo doutrinário. São suas estas palavras: “as proposições jurídicas são incapazes de dominar, efetivamente, a distribuição do poder estatal”; e ainda “as forças políticas reais operam segundo suas próprias leis que atuam independentemente de qualquer forma jurídica”⁷⁵.

⁷² SÁNCHEZ URRUTIA, *op. cit.*, p. 110 (nossa tradução).

⁷³ *Op. cit.*, p. 110. Continua a autora, *in verbis*: “El primer supuesto engloba los casos em que se deroga la Constitución em su totalidad. El segundo supone que uma parte de la Constitución es reemplazada por uma reforma de la misma. El tercer supuesto se refiere a las llamadas reformas constitucionales tácitas (materiales) em la cual la reforma constitucional no reemplazada la parte del texto constitucional que se modifica pero se entiende que las nuevas leyes constitucionales derogan toda la parte del texto constitucional que esté em contradicción com ellas”, p. 110-111.

⁷⁴ *Op. cit.*, p. 111.

⁷⁵ Textos citados por Sánchez Urrutia, *op. cit.*, p. 113 (nossa tradução).

Com Jellinek a Escola Alemã de Direito Público alcançou um elevado grau de elaboração teórica nos estudos acerca das mudanças constitucionais pelos processos informais. Embora para alguns doutrinadores tal escola não delimitara claramente os institutos da *reforma constitucional* e *mutação constitucional*, é notório que através da Constituição Alemã de 1871 – com todas as contradições intrínsecas desta – os factos jurídicos, a realidade social e aquilo estabelecido pela Magna Carta tiveram relevância para a contrução dogmática da mudança informal da constituição em seu sentido amplo.

No início do século XX nasce a Constituição Alemã de Weimar, mais precisamente no ano de 1919, inaugurando assim uma *nova geração* de códigos constitucionais que, juntamente com os direitos sociais clássicos, passa a regular (estabilizar) os direitos sociais. Tal florescimento, segundo Sánchez Urrutia, “tem o intento de criar um regime constitucional-liberal onde se combinam direitos individuais clássicos com direitos coletivos”⁷⁶. As doutrinas nascidas desta Constituição foram fundamentais para o processo de compreensão do fenómeno das mutações constitucionais⁷⁷ na Alemanha.

Embora a Constituição de Weimar não contemplar a possibilidade de um controlo jurisdicional de constitucionalidade específico, centralizado, para o estudo das mudanças constitucionais esta Carta Política favoreceu o aprofundamento do tema, criando (ou fazendo coexistir) sistemas diversos: (a) o controlo da primazia do Direito estatal sobre os “Países” (*Länder*); (b) o controlo dos conflitos constitucionais, seja entre órgãos constitucionais e os regionais, sendo o controlo realizado pelo Tribunal de Estado do *Reich*, com a possibilidade criar-se tribunais similares em cada um dos *Länder*; e (c) o controlo difuso dos juízes, que controlavam o Direito pré-constitucional em virtude de cláusulas derogatórias da Constituição⁷⁸.

A polémica nascida da coexistência destes dois sistemas em uma Carta Política levou os estudiosos a buscarem uma maneira coerente de interpretação dos Direitos que surgiam. Carl Schmitt concebia o Direito como uma *decisão*, propondo que a dicotomia criada entre os dois sistemas deveria ser sanada mediante a opção entre o Estado Liberal

⁷⁶ *Op. cit.*, p. 114 (nossa tradução).

⁷⁷ Neste sentido, “A Constituição de Weimar de 1919 havia sido formulada com conteúdo ambicioso e aberto. Por isso, o mais importante foi então sua interpretação e aplicação, na prática. Os métodos de interpretação constitucional começaram, em seu tempo, a demandar uma precisão teórica e conceitual até então não conhecida”; in DUARTE, Fernanda; VIEIRA, José Ribas (organizadores). *Teoria da Mudança Constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 200. ISBN 85-7147-496-6.

⁷⁸ SÁNCHEZ URRUTIA, *op. cit.*, p. 114-115.

Clássico (tido como “o Estado Burguês”) e entre a consagração dos Direitos sociais e coletivos.

Outro jurista importante nos estudos das mutações constitucionais foi Hermann Heller. Este autor – tido como um *constitucionalista social* – entendia a Constituição (em sentido amplo) como algo equiparado à própria organização do Estado, pois ela representa a *cooperação entre indivíduos e grupos mediante relações* que o próprio Estado alcança num plano de *existência e unidade de ação*⁷⁹. A norma constitucional, por sua vez, poderia transformar-se de duas maneiras distintas: pela mudança do conteúdo dos *elementos normados* não jurídicos (como princípios constitucionais e princípios gerais de Direito), ou como *consequência das mutações constitucionais*, que seria uma forma de superação dos *elementos normados* pela *normalidade*⁸⁰.

Hermann Heller propunha *um acordo recíproco*, pois as duas possibilidades acima apontadas tinham origens distintas – uma origem marxista e outra capitalista – o que levou o jurista a comentar que era importante tecer “um acordo recíproco orientado com a finalidade de uma justa distribuição de riquezas”⁸¹.

Sant’Ana Pedra levanta a seguinte observação sobre o posicionamento de Heller:

“Para Hermann Heller, a normatividade do sistema constitucional está procurando constantemente adequar-se à normalidade. Quando esta operação tem êxito, preserva-se a continuidade do ordenamento. Todavia, pode ocorrer que a normalidade não seja incorporada nem pelas normas não jurídicas (princípios) nem pelo normado juridicamente, e que se mantenha em oposição a eles. E outras palavras, a normatividade pode perder sua capacidade normalizadora e o uso social – a realidade não normada – pode revelar-se mais forte do que a norma estatal. A relativa frequência deste fenômeno é o que explicaria a atenção que a doutrina e, em especial, a Escola Alemã de Direito Público (Georg Jellinek) têm prestado às mutações constitucionais que ocorrem à margem da norma constitucional. Não obstante, para Hermann Heller, a maioria desses estudos perde-se nos detalhes e omitem as grandes transformações globais.”⁸²

Rudolf Smend, assim como Hermann Hesse, beberam da fonte doutrinária de Jellinek. Segundo Smend, o Estado é uma *integração* e a Constituição é o ordenamento jurídico desta integração⁸³. A este respeito diz-nos Sant’Ana Pedra:

“Ao contrário da interpretação jurídica ordinária, a interpretação constitucional deve ser flexível – permissiva –, devido à natureza expansiva e elástica das normas

⁷⁹ PEDRA, Adriano Sant’Ana. *Teoria da Mutação Constitucional: limites e possibilidades das mudanças informais da Constituição a partir da teoria da concretização*. São Paulo: Universidade Católica de São Paulo, 2009, p. 118. Tese de Doutorado.

⁸⁰ SANT’ANA PEDRA, *op. cit.*, p. 120.

⁸¹ Apud SÁNCHEZ URRUTIA, *op. cit.*, p. 114.

⁸² *Op. cit.*, p. 120. Neste mesmo sentido, Sánchez Urrutia, *op. cit.*, p. 118.

⁸³ SANT’ANA PEDRA, *op. cit.*, p. 121.

constitucionais. Para Rudolf Smend, a própria Constituição contém os elementos para sua própria transformação por meio da mutação constitucional”⁸⁴

Os elementos existentes para a transformação da própria Constituição estão em Smend como uma *teoria dinâmica da Constituição*, propondo uma nova formulação em sede de Filosofia do Estado e da Teoria do Estado; deste modo, a Constituição em Smend não é apenas norma, mas também realidade⁸⁵. Segundo a teoria smendiana,

“O Estado não é um fenômeno natural que deva ser simplesmente constatado, mas uma realização cultural que, como realidade da vida do espírito, é fluida, carecendo continuamente de renovação e aperfeiçoamento, colocada continuamente em dúvida. Como em qualquer outro grupamento, uma grande parte de seus processos vitais são, especialmente o Estado, consequência desta renovação, desta permanente acolhida e assimilação de seus membros. Naqueles grupos sociais não são suscetíveis de normatividade jurídica, como é o caso de uma reação amorosa ou de amizade, isto resulta patente. Por outro lado, onde existe normativa jurídica, induz-se uma mentalidade tipicamente estática que tende a considerar a união dos membros de um grupo juridicamente normado como algo já dado, reduzindo a dinâmica do grupo a este pressuposto normativo, um requisito que é claramente anterior à interrelação mútua dos membros do grupo”⁸⁶

Para este jurista, o Estado é um *fenómeno natural*, que deverá ser contrastado com a realidade – seria uma *tensão dialética* entre indivíduo e sociedade, um verdadeiro *fluxo circular* que não pode ser entendido ideologicamente senão pela forma descritiva deste fenômeno natural. Sánchez Urrutia leciona que na doutrina smediana o indivíduo “forma parte desta realidade espiritual”, e que o Estado, contudo, “não pode construir-se partindo do indivíduo e indo do particular ao geral, sem conceber-se como uma relação que retroalimenta-se”⁸⁷.

O conceito constitucional de Smend tende a um processo global de compreensão do que seria a Constituição, pois embora o conceito *estático* que envolve o Estado e o indivíduo seja um primeiro entendimento da Constituição *per se*, há, por outro modo, a concepção de que a Constituição é a soma das forças reais do poder em contraste com a lei física, a chamada “folha de papel”. Smend reúne estes elementos, que aparentemente são controversos, e cria uma *ideia global* de que a Constituição está em movimento⁸⁸.

Esta *elasticidade constitucional* na teoria smendiana fundamenta a possibilidade de mudança constitucional autotransformadora enquanto teoria da Constituição. Sustenta o jurista alemão que “o próprio e característico das fórmulas constitucionais é

⁸⁴ SANT’ANA PEDRA, *op. cit.*, p. 121.

⁸⁵ Cf. SANT’ANA PEDRA, *idem*.

⁸⁶ Apud SANT’ANA PEDRA, *op. cit.*, p. 122.

⁸⁷ *Op. cit.*, p. 110 (nossa tradução).

⁸⁸ Cf. Sánchez Urrutia, *op. cit.*, p. 121.

justamente sua elasticidade e sua enorme capacidade autotransformadora extra de suas lacunas”⁸⁹.

Dissemos anteriormente que na década de 30 do século XX Hsü Dau-Lin em suas investigações sobre as mudanças informais da Constituição, aprofunda o conceito de mutação constitucional da Escola Alemã de Direito Público e revela que há uma *nova ordem política*, a demonstrar certo distanciamento entre a norma constitucional e a realidade social. O discípulo de Rudolf Smend escreveu no ano de 1932 importante monografia sobre o fenômeno das mutações constitucionais na Constituição de Weimar. Sintetizando e sistematizando aquilo que fora escrito até então, Dau-Lin concebe que o fenômeno da mutação constitucional decorre da separação do que seria o preceito constitucional e aquilo que é realidade, “sendo esta última mais ampla que a normatividade constitucional”⁹⁰.

Alguns doutrinadores entendem que Hsü Dau-Lin superou seus mentores, pois estes não obtiveram o mesmo êxito que o autor de origem chinesa ao tratar o fenômeno da mutação constitucional enquanto realidade fática. Por outro lado, há quem entenda a origem oriental de Dau-Lin como importante instrumento de confronto entre a cultura chinesa e alemã – um *observador externo* que afirmara haver no Direito ocidental a perspectiva de que as regras emanam do Direito em si e não dos homens, como era afirmado no oriente⁹¹.

A base da doutrina apresentada por Hsü Dau-Lin sobre a mutação constitucional é referida em quatro grandes categorias: (a) a mutação que não vulnera formalmente a Constituição escrita; (b) a mutação constitucional por impossibilidade do exercício de determinada atribuição descrita na Constituição; (c) a mutação constitucional em razão de prática que contraria a Constituição; e (d) a mutação constitucional mediante interpretação⁹².

A conclusão de Dau-Lin é esta:

“Há, por um lado, mutações constitucionais que a Constituição permite e exige: são os complementos e desenvolvimentos do sistema de sentido contido nela idealmente; por outro, mutações constitucionais que a Constituição nem quer nem deseja, mas que não podem ser impedidas nem controladas por ela: são as mutações de seu sistema de sentido ou de algumas intenções normadas no sistema. Todas estas mutações seguem, porém, seu próprio caminho, seu próprio processo, são

⁸⁹ Apud SÁNCHEZ URRUTIA, *op. cit.*, p. 122 (nossa tradução).

⁹⁰ Cf. SANT’ANA PEDRA, *op. cit.*, p. 127.

⁹¹ Cf. SÁNCHEZ URRUTIA, *op. cit.*, p. 125.

⁹² SANT’ANA PEDRA, *op. cit.*, p. 133.

constelações da política prática e da vida estatal real; é dizer, não dependem em si as normas ou institutos jurídicos que experimentam a mutação sejam concebidos como rígidos ou elásticos, ou seja, como resistentes ou como dispostos à mutação. A explicação de ambos os tipos de mutação constitucional é uma e a mesma: se fundamentam na unidade de valores do direito constitucional; na completude das normas constitucionais em relação às necessidades vitais do Estado e sua normatividade elástica, na natureza do fim em si mesmo do Estado, na autogarantia da Constituição e a impossibilidade do controlo dos órgãos supremos do Estado”⁹³

Ao nosso sentir, a grande contribuição de Hsü Dau-Lin para o estudo e entendimento da mutação constitucional enquanto fenómeno é sua sistematização; ao fazer distinção das mutações constitucionais formais que fazem parte do processo constitucional, e as mutações constitucionais materiais, que alteram o sentido da Constituição – ao mesmo tempo em que interrompem o processo de mudança –, Hsü Dau-Lin estabelece que as mutações constitucionais são um processo lento e estável, que não sofre interferência do poder de reforma constitucional.

Muitos outros autores alemães contribuíram com a doutrina das mutações constitucionais, como Hans Kelsen, Franz Klein, Peter Häberle, Konrad Hesse, dentre outros. Com a finalidade propedêutica proposta no presente trabalho, citaremos ainda Karl Loewenstein e Friedrich Müller.

Karl Loewenstein, numa concepção sociológica da Constituição, analisa e reforma constitucional em dois aspectos: um significado formal e outro material. Por sua vez, as mutações constitucionais não possuem tal distinção, uma vez não existir afetação do texto constitucional.

“Na mutação constitucional, por outro lado, se produz uma transformação da realidade e da configuração do poder político, da estrutura social e do equilíbrio de interesses, sem que seja atualizada esta transformação do documento constitucional: o texto da Constituição permanece intacto. Este tipo de mutação constitucional se dá em todos os Estados dotados de uma constituição escrita e muito mais frequentes nas reformas constitucionais formais. Sua frequência e intensidade é de tal ordem que o texto constitucional em vigor será dominado e coberto pelas ditas mutações sofrendo um considerável afastamento da realidade, ou posto de fora de vigor.”⁹⁴

Em Müller, o texto constitucional não se confunde com a norma. Sua preocupação é diferenciar a realidade daquilo que seria um programa normativo.

“A mutação constitucional deverá, portanto, ser imposta por uma modificação produzida no ‘âmbito normativo’ (*normbereich*) da norma constitucional, mas que será o ‘programa normativo’ (*normprogram*), contendo a ideia basicamente no texto da norma, que determinará que os factos da realidade são conhecidos no ‘âmbito

⁹³ Apud SÁNCHEZ URRUTIA, *op. cit.*, p. 134-135 (nossa tradução).

⁹⁴ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2.^a ed. Tradução para a língua espanhola por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editora Ariel, 1979, p. 165. ISBN 83344 17928. (nossa tradução do texto citado).

normativo’, sendo suscetíveis com este de ocasionar uma ‘mutação constitucional’.”⁹⁵.

A esse respeito, comenta Santos:

“Preocupado em estabelecer um método para concretizar as normas constitucionais, o jurista alemão Friedrich Müller, em sua obra intitulada *Métodos de trabalho de Direito Constitucional* (2000), demonstra uma ausência de fundamentação detalhada no processo decisório. O método estruturante sugerido por Müller visa diferenciar o “programa da norma” – texto expresso na norma –, do “âmbito da norma” – que está relacionada ao ambiente normativo, à realidade social em que a norma se insere. O processo de concretização da norma constitucional passa pela identificação de elementos fundamentais, como a interpretação, jurisprudência, dogmática, teoria etc. que estruturam e constituem a norma constitucional. A interpretação, assim, seria apenas um dos elementos de concretização da norma.

A realidade social, de acordo com Müller, será a maior responsável por concretizar as normas constitucionais, mas será vinculada ao programa normativo que, com a utilização dos elementos mencionados, indicará as possibilidades de concretização da norma, estabelecendo inclusive alguns limites.”⁹⁶

O texto proposto na Constituição é o *ponto de partida* na doutrina de Müller, o que leva-o a dar importância ao *controlo racional da decisão*, de forma que o tema da mutação constitucional permita ao intérprete compreender melhor o processo decisório quando da análise do âmbito normativo da lei em si.

Como demonstrado, a literatura jurídica alemã é riquíssima na construção da doutrina da mutação constitucional. Para a finalidade deste trabalho, coube demonstrar, ainda que sumariamente, os fundamentos através dos quais este fenómeno espalhou-se por toda a Europa e Américas, com grande contribuição para manter-se as constituições harmónicas com a realidade social e os novos factos de interesse coletivo.

2.2. A mutação constitucional em França

Em França, o *período intermédio*, datado entre a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), e o Código Civil Napoleónico (1804), trouxe profundas alterações no Direito, sendo que a maior parte delas inseriu-se de maneira estável neste Estado⁹⁷. No país coexistiram dois sistemas jurídicos distintos: (a) no sul, onde o Direito romano justiniano prevaleceu sobre o Direito visigodo, deu ênfase ao *pays du droit écrit*; e (b) ao norte, onde a fonte principal do Direito eram os costumes de origem germânica (dando origem ao chamado *pays de coutumes*), que somente tornaram-se objeto de *compilações escritas* no século XV⁹⁸. Neste período surge a

⁹⁵ Apud BULOS, *Mutação...*, op. cit., p. 56-57 (nossa tradução).

⁹⁶ Op. cit., p. 84.

⁹⁷ Cf. ALMEIDA, Carlos Ferreira de Et. Tal. *Introdução ao Direito Comparado*. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 45. ISBN 978-972-40-5066-9.

⁹⁸ Ibidem.

Constituição de 1793 que declara, em seu artigo 28, o seguinte brocardo: “Um povo tem sempre o direito de rever, reformar e mudar sua Constituição. Uma geração não pode submeter a suas leis às gerações futuras”.

Neste contexto, pode-se perceber uma referência, ainda que implícita, da possibilidade de alteração da Carta Constitucional através das mutações constitucionais, ou seja, de acordo com o Texto Constitucional Francês, frente à realidade, não convém submeter às gerações futuras as leis que não possuem sentido prático para elas, ou mesmo que não estejam adequadas à realidade vivida pelo povo.

A Carta Francesa de 1793 – que substituíra a Constituição de 1791 – derrubara a monarquia por um sistema republicano de governo, herança direta da Revolução Francesa de 1789. Embora de curta duração, esta Constituição trouxe a ideia da participação popular na construção do Estado. Acerca da soberania popular, Loewenstein traz a seguinte lição:

“Durante muito tempo os teóricos políticos franceses, imbuídos pelas ideias do contrato social e da soberania popular, haviam advogado também por uma Constituição escrita. Esta exigência surgiu com plena força da Revolução Francesa. Este espírito inventivo de Sieyès, ampliando o dogma rousseauiano, expôs a teoria do *pouvoir constituant*: o poder constituinte lhe pertence por direito do povo.[...] Este anseio foi concretizado com o estabelecimento de um documento constitucional formal, que se converteu em um símbolo de uma nova ordem social, sendo considerado como a garantia de que, de uma vez para sempre, o governo constitucional não poderia ser outra coisa senão um governo constitucionalmente democrático, sancionado através de uma Constituição escrita.”⁹⁹

Embora o constitucionalismo francês moderno entenda que é possível a mudança constitucional por meio dos costumes – que podem ser mais importantes que a reforma constitucional por meios formais – nem sempre foi assim. A doutrina tradicional francesa somente admitia modificações na Constituição por via de procedimento próprio de reforma de seu texto¹⁰⁰, portanto, não enxergavam a mutação constitucional como fenómeno real de uma Constituição, como acontece no tempo atual. Por exemplo, Lassale criticava a “Constituição de papel” pelo facto de não haver conexão entre a realidade e a *ordem constitucional vigente*; ou, de outro modo, havia uma desarmonia entre a Constituição formal e a Constituição material, real¹⁰¹.

Este facto se deu por ser tradicionalmente a França um Estado que somente admitia modificações na Constituição por via de procedimento próprio de reforma do

⁹⁹ *Op. cit.*, p. 159 (nossa tradução).

¹⁰⁰ Cf. Barroso, *op. cit.*, p. 122.

¹⁰¹ In BOTELHO, Nadja Machado. *Mutação Constitucional: a Constituição viva de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 23. ISBN 978-85-375-1059-9.

texto constitucional. Alguns doutrinadores entendem que jamais a França admitiu o controlo de constitucionalidade das leis em conformidade com o modelo norte-americano ou europeu continental¹⁰², iniciando apenas tal procedimento na Constituição de 1958.

Ainda na vereda do constitucionalismo histórico francês, a Constituição anterior a 1789 possuía traços basicamente de normas consuetudinárias, com costumes rígidos; por exemplo, o caso da anulação matrimonial de Luís XIV, que alterara a lei sucessória ao trono – feita pelo próprio rei – e sem a participação dos Estados Gerais no exercício da função legislativa ordinária¹⁰³, demonstra a força que o costume exercia. Em seguida, o Parlamento de Paris veio a cassar tal ato produzido por Luís XIV.

Em Sieyès inicia-se a ideia do poder constituinte, nos moldes da representatividade, de modo que o *sistema de soberania popular* passa a ser atenuado¹⁰⁴. Esta teoria é aplicada nas Constituições posteriores a 1791 (esta veio a ser alterada pelos constituintes da Constituição de 1793), que se aproximam mais uma vez das ideias rousseauianas, quando dizem que o povo deve decidir sobre a constituição e finalidade do Estado.

A respeito de Sieyès, diz-nos Paulo Bonavides sobre a compreensão do poder constituinte nesta época:

“A fórmula é sabida: o poder constituinte, distinto dos poderes constituídos, é o povo, mas se exerce por representantes especiais (a Convenção). Não se faz necessário, acrescentava Sieyès, que a sociedade o exerça de modo direto, por membros individuais, podendo fazê-lo mediante representantes, entregues especificamente à tarefa constituinte, sendo-lhe vedado o exercício de toda a atribuição que caiba aos poderes constituídos.

[...]

Com efeito, estabeleceu-se que as novas constituições só seriam válidas e perfeitas após receberem a sanção do povo, submetidas por conseguinte a uma espécie de *referendum* constituinte, destinado a conjugar aquele abuso tão excelentemente retratado por Carré de Malberg – o de ver-se a representação do *povo soberano* transformada em *representação soberana* do povo, ou seja, a soberania popular transmutada em soberania parlamentar.”¹⁰⁵

As muitas revoluções, guerras e vicissitudes provadas pela França levaram o Estado a constantes mudanças no campo jurídico-constitucional. Novas configurações, novo Estado.

¹⁰² Neste sentido, v. Barroso, *op. cit.*, p. 31.

¹⁰³ Cf. BONAVIDES, *op. cit.*, p. 83.

¹⁰⁴ Cf. BONAVIDES, *op. cit.*, p. 147.

¹⁰⁵ *Op. cit.*, p. 147-148.

Houve uma Restauração Monárquica entre 1814-1815, fadada ao insucesso. O *Ancien Régime* estava acabado. Segundo Barroso, “A França e a Europa e o mundo já não eram o mesmo e jamais voltariam a ser”¹⁰⁶. Para este autor, a estabilidade institucional jamais marcara o constitucionalismo francês¹⁰⁷. Tal entendimento é veraz, pois uma testemunha da época revolucínária francesa, o constitucionalista da Restauração Bourbon (1814-1830) – Béranger – chegou a afirmar que “o poder constituinte tem algo de misterioso, sendo imprudente inquirir-lhe a origem”¹⁰⁸. Em nosso entendimento, se o poder constituinte não é reconhecido em sua origem, dificilmente as instituições que dele nascem serão estáveis.

Na atualidade, a França tem dado relevância ao papel da mutação constitucional – reconhecido pela maioria de seus juristas, como George Vedel –, por entender que existem outras formas de mudança constitucional além da revisão pura e simples¹⁰⁹.

2.3. A mutação constitucional nos EUA

Alguns estudiosos observam que a modificação das constituições é *fenómeno inafastável da vida jurídica*, decorrência natural da dicotomia existente entre a realidade fática e a necessidade de eficácia das normas constitucionais¹¹⁰. Como é impossível antever todos os casos de mudanças sociais que ocorrerão em uma sociedade, as constituições devem possuir um alto grau de *formulação elástica*, isto é, uma possibilidade normativa-estrutural capaz de se adequar às demandas sociais; embora a Constituição não seja o único instrumento-meio de mudança constitucional, Botelho observa que “as mutações constitucionais podem construir instrumento de preservação da normatividade constitucional, como serve de exemplo a Constituição americana de 1787, que revelou grande capacidade de adaptação graças à interpretação que lhe é conferida ao longo dos séculos”¹¹¹.

Tal como ocorre em outros sistemas jurídicos, o grande desafio das mutações constitucionais é ser um elemento estabilizador do real social e de sua relação com a

¹⁰⁶ *Op. cit.*, p. 28.

¹⁰⁷ *Op. cit.*, p. 20.

¹⁰⁸ Apud BONAVIDES, *op. cit.*, p. 149.

¹⁰⁹ Neste sentido, SAUVÉ, Jean-Marc. *Les Mutations Constitutionnelles. Colloque organisé par la Société de Législation Comparée*. [Em linha]. Paris: Conseil d’Etat, 2013, p. 2 e ss. [Consulta 2 set. 2015]. Disponível em <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Les-mutations-constitutionnelles>.

¹¹⁰ Neste sentido, BOTELHO, Nadja Machado, *op. cit.*, p. 24.

¹¹¹ *Op. cit.*, p. 14.

juridicidade da Constituição, sem, com isso, entrar numa dialética de favorecimento de um em detrimento do outro. É assim no constitucionalismo histórico estadunidense.

No Direito estadunidense, o fenómeno da mutação constitucional é entendido em duas circunstâncias principais: primeiro porque a Constituição dos Estados Unidos da América é *sintética*; segundo, porque o papel dos juizes no sistema do *common law* é, em certa medida, discricionário. Segundo lição de Barroso:

“No direito norte-americano, o fenómeno da mutação não formal do texto constitucional é, a um só tempo, potencializado e diluído em razão de duas circunstâncias. A primeira está associada ao carácter sintético da Constituição, na qual estão presentes normas de textura aberta, como federalismo, devido processo legal, igualdade sob a lei, direitos não enumerados, poderes reservados. A segunda diz respeito ao próprio papel mais discricionário e criativo desempenhado por juizes e tribunais em países nos quais vigora o sistema do *common law*. Em consequência dessas peculiaridades, foram desenvolvidas jurisprudencialmente inúmeras teses que não tinham previsão expressa, como a teoria dos poderes implícitos, a imunidade tributária recíproca entre os entes da Federação, a doutrina das questões políticas, o direito de privacidade, dentre muitas outras.”¹¹²

A experiência estadunidense é repleta de casos importantes sobre o fenómeno da mutação constitucional. Desde o início os Estados Unidos desenvolveram em sua Constituição um sistema de distribuição de competências entre o Estado central e os Estados-membros, de maneira a permitir, por meio da interpretação judicial, que as situações sociais fossem submetidas (e resolvidas) em harmonia com as mudanças constantes que ocorriam rapidamente na América do Norte, sem, contudo, perder o sistema de competências¹¹³.

Um caso importante que ilustra o fenómeno da mutação constitucional mediante a interpretação judicial é o emblemático julgamento *Marbury versus Madison*, de 1803. Considerado por muitos constitucionalistas como o marco da criação do controlo difuso da constitucionalidade das leis e atos normativos, tal caso nasce da disputa de poder entre Federalistas (que dominavam o Congresso Nacional e o Executivo até as eleições de 1800) e Republicanos insatisfeitos com a posição hegemónica dos Federalistas¹¹⁴.

Em linhas gerais, o caso *Marbury versus Madison* trata da possibilidade do Poder Judiciário rever as leis federais que não estão conforme a Constituição, possibilitando o chamado *judicial review*. Nas eleições de 1800, Thomas Jefferson

¹¹² *Op. cit.*, p. 124.

¹¹³ Neste sentido, LOEWENSTEIN, Karl, *op. cit.*, p. 167. Informa ainda o autor: “Pero, también allí, el derecho constitucional estatuido há sido a lo largo de las generaciones tan modificado por el uso constitucional no escrito que los padres de la Constitución de 1787 tendrían realmente que hacer un gran esfuerzo para reconocer su creación”.

¹¹⁴ MENDES, Gilmar Et. Tal., *op. cit.*, p. 72.

derrotou o federalista John Adams, que ficaria no cargo até março de 1801. Adams resolveu nomear juízes federais para dezesseis tribunais no território onde seria possível um maior controlo jurisdicional e ao mesmo tempo *liberar* os juízes da Suprema Corte de cansativas viagens que lhes ocupavam grande parte do tempo¹¹⁵.

Nos meses que antecederam a posse de Jefferson, em 1801, o cargo de Presidente da Suprema Corte vagou e John Adams indicou seu Secretário de Estado, John Marshall, para ocupá-lo. Marshall deveria encaminhar os diplomas de nomeação aos novos juízes federais, mas como o mandato do Presidente Adams estava chegando ao fim, muitos juízes foram empossados na véspera, e outros não receberam a diplomação por mero esquecimento de Marshall. Dentre os juízes esquecidos havia William Marbury.

Segundo lição de Gilmar Mendes,

“Os republicanos chegaram ao poder particularmente irritados com as manobras dos federalistas no Judiciário, o que torna fácil compreender por que, quando Marbury cobrou o enviado ato já assinado e aprovado pelo Congresso Nacional, o novo Secretário de Estado, James Madison, instruído por Jefferson, o recusasse peremptoriamente.

Marbury, então, resolveu processar o novo Secretário de Estado, valendo-se de uma ação criada por uma lei de 1789, que adicionara um *writ of mandamus* à lista das ações cometidas à competência originária da Suprema Corte. Com isso, pretendia obter uma ordem para que Madison lhe enviasse o diploma indispensável para sua posse.”¹¹⁶

O Presidente da Suprema Corte, Juiz John Marshall, ao redigir a decisão sobre o caso *Marbury versus Madison* entendeu que a retenção do título para a posse de Marbury era imprópria, mas negou-lhe a ordem impetrada. Marshall entendeu ainda que, para emitir o *mandamus* em tais casos haveria contrariedade à própria Constituição – que somente concebia o reconhecimento da apelação nas situações previstas por ela em sede de competência originária –, e que não poderia assim ser *alargada por diploma infraconstitucional*. Observa Mendes que desenvolveu-se deste modo “a tese de que a lei inconstitucional é inválida e de que cabe ao Judiciário assim declará-la”¹¹⁷.

Importante argumentar sobre este caso histórico do constitucionalismo americano que o fenómeno da mutação constitucional apareceu, de certa forma, como algo modesto, quase desfigurado de sua característica central que é a mudança do contexto social sem a alteração do texto constitucional. No julgamento analisado,

¹¹⁵ Cf. MENDES, Gilmar Et. Tal., *ibidem*.

¹¹⁶ MENDES, Gilmar Et. Tal., *op. cit.*, p. 74.

¹¹⁷ *Op. cit.*, p 75.

Marshall desenvolveu um raciocínio de controlo jurisdicional ponderando o valor da legalidade do ato do Poder Executivo ante à *autoridade* da Constituição¹¹⁸. Assim, sem precedentes históricos e sem uma fórmula normada no Texto Constitucional, coube à Suprema Corte desenvolver embrionariamente nos Estados Unidos da América o processo de mudança informal da Carta Política por meio de uma interpretação judicial tendo como fator fundante o fenómeno da mutação constitucional .

Biscaretti Di Ruffia entendia que devido a diversos fatores, a realidade constitucional sofre alterações consideráveis, embora a letra do Texto Constitucional não seja alterada. Havia para o autor modificações operadas em virtude dos atos elaborados pelos órgãos estatais (de carácter normativo ou de natureza jurisdicional) e aquelas modificações operadas em virtude dos factos¹¹⁹.

Entendemos que o caso *Marbury versus Madison* reúne estas categorias no fenómeno da mutação constitucional, ou seja, um ato elaborado pelo órgão estatal (lei federal) desencadeou um facto jurídico que resultou em nova interpretação da Constituição americana frente às leis infraconstitucionais, possibilitando, assim, o controlo difuso de constitucionalidade.

Não obstante ao primeiro exemplo trazido, o constitucionalismo estadunidense é, como dito, rico em exemplos de mudança constitucional através dos casos concretos vivenciados pela Suprema Corte. Muitas mutações constitucionais se deram pelo *enraizamento* da própria dinâmica constitucional, sem que houvesse a necessidade de emendas à Constituição¹²⁰.

O controlo de constitucionalidade tornou-se um sustentáculo da base da democracia americana, como visto no caso *Marbury versus Madison*; segundo Loewenstein, “nenhuma expressa atribuição de competência da Constituição mesma autoriza aos tribunais federais declarar inaplicável, e portanto, anticonstitucional, uma lei aprovada pelo Congresso que está em contradição com a Constituição”¹²¹; diz ainda o jurista alemão que “a competência do controlo judicial foi enraizada como norma constitucional não escrita na façanha do *Chief Justice* John Marshall em princípios do

¹¹⁸ Neste sentido, VARGAS, Denise Soares. *Mutação Constitucional via Decisões Aditivas. Limites e Legitimidade*. Brasília/DF: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2012, p. 76. Dissertação de Mestrado.

¹¹⁹ Apud FERRAZ, *op. cit.*, p. 12.

¹²⁰ Neste sentido, v. LOEWENSTEIN, *op. cit.*, p. 168.

¹²¹ Ibidem (nossa tradução).

século XIX, que na atualidade somente poderia ser eliminada por uma emenda constitucional expressa”¹²².

Em 1857 fora julgado o caso *Dred Scott*, um exemplo de contrução constitucional como processo de mutação da Carta Política de 1787. Próximo da Guerra Civil Americana (1861- 1865), o escravo Dred Scott buscara a liberdade por ter vivido em território onde a escravidão era proibida (Seção 8ª do *Missouri Compromise Act*, de 1850). No entanto, a Constituição não previa (ou não permitia) que negros fossem considerados cidadãos. Embora não tenha logrado êxito em seu pedido à Suprema Corte, o caso tornou-se exemplo de construção de mudança constitucional por levar uma emenda à Constituição americana e modificar o conceito de cidadania. Sobre o conceito de construção constitucional leciona Bulos:

“O recurso da construção constitucional, enquanto veículo de mutação da Constituição, encontra o seu fundamento no fato de que o direito é experiência. As necessidades de uma época, a moral dominante e as teorias políticas, confessadas ou inconscientes e, até, os preconceitos que os juízes partilham com seus concidadãos, representam papel muito importante que o silogismo na determinação das normas pelas quais se regulam as condutas humanas. A substância do direito em qualquer momento corresponde, aproximadamente, dentro de sua esfera, àquilo que se acredita ser conveniente: mas, sua forma e maniquismo, assim como o grau em que pode produzir os resultados desejados, dependem muito do passado.”¹²³

Outra situação criada na perspectiva de mudança da interpretação constitucional americana foi a regra convencional de que nenhum presidente poderia ocupar mais do que dois períodos de mandato, regra esta nascida do terceiro mandato de Franklin D. Roosevelt (1940) que adquiriu *força de direito constitucional* através da emenda XXII, aprovada como norma constitucional em 1951¹²⁴.

Na mesma direção, outro caso importante de mutação constitucional estadunidense é o uso do Direito de veto presidencial frente às leis aprovadas pelo Congresso. Segundo Loewenstein, esta possibilidade de mudança constitucional é entendida como *superposição do texto da Constituição por meio da prática constitucional*; em sua análise encontrámos a seguinte lição:

“Segundo seu sentido originário, o veto do presidente teria que servir tão somente para impedir a entrada em vigor de uma lei do Congresso que, em sua opinião, fosse tecnicamente defeituosa ou materialmente inaplicável. Durente mais de um século manteve-se dentro deste limite; posteriormente passou a desenvolver-se com a

¹²² *Op. cit.*, p. 168 (nossa tradução).

¹²³ BULOS, *Mutação Constitucional...*, *op. cit.*, p. 169.

¹²⁴ Cf. LOEWENSTEIN, *op. cit.*, p. 168.

possibilidade do presidente de opor-se a uma lei que parecesse pouco desejável por razões políticas.”¹²⁵

Dentro desta perspectiva de construção constitucional, o caso *Brown versus Board of Education* ilustra o papel da mudança constitucional sem alteração da Magna Carta americana. Sumariamente, o caso trata da separação de alunos brancos e negros nas escolas públicas americanas; a Suprema Corte julgou em 1954 como inconstitucional a segregação racial que existia até então nas escolas públicas. O pai de Linda Brown inicia a ação judicial pelo facto de ter sido negado o Direito à matrícula para sua filha numa escola onde existiam apenas alunos brancos. A escola, em seu argumento, evoca o caso *Plessy versus Ferguson*, de 1892, onde a Suprema Corte havia negado o Direito de um negro assentar-se no mesmo vagão de trem utilizado pelos brancos. No julgamento do caso Brown, a Suprema Corte modifica seu entendimento outrora evocado pela Bord of Education, pois a ideia do *separate but equal* não procede “à verdadeira revolução na interpretação da doutrina”¹²⁶.

Afirma Teresa Melo que a mutação constitucional também se manifesta nas questões da *interstate commerce clause*, onde o impacto das decisões judiciais toma uma grande proporção, sem freios¹²⁷. A mutação constitucional da cláusula de comércio confere um papel de grande alcance dado pela Suprema Corte ao Legislativo Federal, onde a União possui competência geral para dispor sobre temas substanciais referentes ao tráfico interestadual, alimentos, educação, etc.; esta mutação constitucional tem sido entendida pela doutrina estrangeira como um fortalecimento do poder central dos Estados Unidos¹²⁸.

São muitos os exemplos do fenómeno da mutação constitucional, e muitos autores destacaram-se no estudo das transformações constitucionais que ocorreram ao longo do tempo. Segundo Botelho, o estímulo à mudança constitucional nos Estados Unidos da América explica-se pela dificuldade inerente de emendas à Constituição,

¹²⁵ LOEWENSTEIN, Karl, *op. cit.*, p. 168. (nossa tradução). Continua o autor: “Esto há tenido como consecuencia que el presidente, en contra del principio de la separación de poderes que domina la Constitución, se haya elevado a la misma categoría de *partner* en el proceso legislativo que ostenta el Congreso. El veto se há convertido en una de las armas más poderosas del poder presidencial, salvo en el caso de que el Congreso esté en situación de anularlo con la mayoría de los tercios prevista jurídico-constitucionalmente”.

¹²⁶ Cf. MELO, Teresa. *Mutação Constitucional no Brasil e nos Estados Unidos*. [Em linha]. San Diego: Curso de Introdução ao Direito Americano, p. 6. [Consulta em 20 nov. 2015]. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:z6sDK7OmCHgJ:www.agu.gov.br/page/download/index/id/11683885+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>.

¹²⁷ *Op. cit.*, p. 7.

¹²⁸ MELO, Teresa, *op. cit.*, p. 6-7.

processo este dificultoso pelo facto do art. 5º da Lei Maior obstaculizar o processo e, ao mesmo tempo, não haver uma *consciência nacional americana* que apóie o processo de emendas¹²⁹.

Muitos são também os teóricos e constitucionalistas que abordaram o fenómeno da mutação constitucional em sua perspectiva judicial. Dentre eles, citámos, ainda que sumariamente, as visões de Michael Klarman, William Eskridge e Cass Sustein¹³⁰.

No sistema americano do Norte há o uso do termo *backlash* que, nos atuais contornos sociais, políticos e jurídicos, traz a ideia da reação negativa em especial às mudanças sociais notadamente em relação às novas leis questionadas pelo próprio povo¹³¹.
Afirma Nadja Botelho que

“Michael Klarman é um historiador cujo trabalho, contribuiu significativamente para o recente interesse pelo tema do *backlash* e que sugere que a jurisdição tem a peculiar capacidade de precipitar oposição, sendo o *backlash* um sinal de que as Cortes falharam em executar adequadamente o seu papel judicial.”¹³²

Esta teoria, no entanto, tem sido reputada como equivocada em alguns aspectos, dentre eles, a desconsideração de Klarman sobre a *relevante função do direito constitucional* como reparador dos defeitos do processo político que possam existir¹³³. A grande contribuição de Klarman foi despertar o interesse pela teoria do *backlash* e pelos defeitos das decisões judiciais sobre as controvérsias no campo social¹³⁴.

William Eskridge sistematizou sua teoria aconselhando as Cortes a decidirem os casos de maneira a evitar-se certos conflitos constitucionais; Botelho comenta que Eskridge desenvolveu sua teoria “advertindo contra um sistema de *judicial review* que intensifique os riscos da política de maneira a afastar as pessoas do processo político”¹³⁵. William Eskridge vê o *backlash* como efeito possível da decisão judicial que deveria, assim, ser considerado pelos juízes como qualquer outro efeito relevante; em outros momentos, os juízes deveriam abordar diretamente as questões que

¹²⁹ *Op. cit.*, p. 50.

¹³⁰ Merece referência também o constitucionalismo democrático de Robert Post e Reva Siegel, tratados por Najda Botelho; segundo a autora: “O constitucionalismo democrático proposto por Robert Post e Reva Siegel e suas assertivas devem ser levadas em consideração no exame da mutação constitucional, considera injustificado o demasiado receio de decisões judiciais que despertem rações sociais, pois o desacordo seria normal ao desenvolvimento do constitucionalismo, tanto que a história demonstraria que a afirmação dos direitos fundamentais teria sido construída num ambiente de controvérsia política e cultural”, in BOTELHO, *op. cit.*, p. 64 e ss.

¹³¹ Neste sentido, BOTELHO, *op. cit.*, p. 63.

¹³² *Op. cit.*, p. 76.

¹³³ BOTELHO, *op. cit.*, p. 84.

¹³⁴ Cf. BOTELHO, *op. cit.*, p. 85.

¹³⁵ *Op. cit.*, p. 86.

provoquem o *backlash*¹³⁶. Sobre a possibilidade dos juízes estabelecerem significados controvertidos mesmo a incorrer no *backlash*, salienta Nadja Botelho:

“Os julgamentos judiciais deveriam se pautar na compreensão de que a democracia pluralista é dinâmica e frágil, dependendo do comprometimento de todos os grupos politicamente relevantes, que deixariam o sistema político se os seus interesses não pudessem ser acomodados e se os seus ganhos não superassem suas perdas. Noutras palavras, o engajamento findaria se a participação no processo político perdesse o sentido, seja pela derrota permanente em questões relevantes para o grupo, seja pela percepção deste de que o sistema está contra ele, ameaçando-lhe a identidade ou coesão.”¹³⁷

Como toda teoria passível de crítica, a visão desenvolvida por Eskridge é analisada pela ótica *substantiva* do tipo de pluralismo que se busca; embora com a propriedade doutrinal de que os juízes estejam cientes dos efeitos do *backlash* – e que se considera o garantismo da participação democrática –, William Eskridge é criticado pelo facto de sua teoria encobrir certas escolhas valorativas, que podem ser objeto de preconceito e de problemas com as chamadas metas legislativas que aumentam o ônus de alguns membros da sociedade¹³⁸.

Por fim, Cass Sustein leciona que as decisões judiciais devem ser construídas de maneira simplificada e, de certa forma, submetida a um critério valorativo social. A esse respeito, Botelho observa:

“Embora não concentre sua argumentação no fenômeno do *backlash*, Sustein considera que as decisões judiciais podem produzir intensa reação contrária, o que deslegitimaria tanto a Corte quanto a causa por ela acolhida, constituindo uma das razões para a defesa do chamado minimalismo, que recomenda decisões estreitas e superficiais, ao invés de amplas e profundas, de maneira que seja decidido um caso de cada vez, deixando a Corte de enveredar por questões de princípios e por amplos julgamentos que possam, depois, ser repudiados pela nação. O minimalismo evoluiu para ser uma das abordagens acerca do papel do juiz no sistema constitucional americano, sendo uma das alternativas ao lado do fundamentalismo (originalismo), do perfeccionismo e do majoritarianismo, passando a inspirar alguns setores progressistas desconfiados da jurisdição constitucional.”¹³⁹

Em suma, a visão de Sustein não desconsidera os *riscos do backlash*, mas considera o constitucionalismo democrático e as funções construtivas do desacordo social, na medida em que a constante discussão dos grupos sociais acerca do sentido da Constituição “mantém tais grupos comprometidos com a mesma ordem constitucional e,

¹³⁶ Cf. BOTELHO, *op. cit.*, p. 87-88.

¹³⁷ *Op. cit.*, p. 88.

¹³⁸ Cf. BOTELHO, *op. cit.*, p. 91-92.

¹³⁹ *Op. cit.*, p. 92-93.

concomitantemente, é a consideração de tais visões, pela jurisdição constitucional, que confere legitimidade ao *judicial review*”¹⁴⁰.

Bruce Ackerman também merece citação por ter contribuído de forma aprofundada no estudo da mudança informal da Constituição americana. Trabalhos como *We the People: Foundations* (1991) e *The Living Constitution* (2007) são exemplos dos novos estudos sobre a mudança constitucional nos dias atuais. Segundo Fernanda Duarte, a teoria dos *momentos constitucionais* desenvolvida por Ackerman em *We the People: Foundations* relaciona-se estritamente, ou melhor, tem forte ligação com a própria história constitucional estadunidense¹⁴¹.

A obra acima citada relembra que a Constituição real não é apenas o texto em si, mas um conjunto de princípios adotados em certos momentos (momentos extraordinários) de *intensa participação e deliberação constitucional*, com mudanças que se seguem no texto da Constituição, ou sem mudança textual¹⁴². Diante dos momentos extraordinários existentes no processo constitucional dos EUA (sua Fundação, Reconstrução após a Guerra Civil e o chamado *New Deal*), Ackerman assegura que existe um modelo *dualista* de criação da norma: uma norma mais elevada e outra ordinária, *normal*. Conforme Duarte,

“A idéia central é a de que uma “constituição dualista busca distinguir duas espécies de decisão possíveis em uma democracia”. As decisões do primeiro tipo são as de mais alto nível, de ocorrência rara e atribuíveis ao “*We the People*”; as do segundo tipo seriam as decisões normais que o governo estaria legitimado a tomar rotineiramente em nome do povo, mas sem sua participação mais efetiva.”¹⁴³

Para alguns autores, a proposta dualista de Ackerman cria uma relativização da noção da supremacia do Judiciário, e agrava o papel deste quando da materialização da atuação na pessoa do magistrado¹⁴⁴.

No ano de 2007 Bruce Ackerman retorna ao tema do fenômeno da mutação constitucional em *The Holmes Lectures: The Living Constitution*. Dentre suas análises, retomou a ideia da mutação constitucional como fenômeno marcante ao longo do século XX nos EUA, e que muitas mudanças interpretativas não se concretizaram por emendas à Constituição, como prevê o artigo V da Norma Maior americana. Importante aduzir que Ackerman dá um papel relevante à Suprema Corte, como um agente potencializador

¹⁴⁰ BOTELHO, *op. cit.*, p. 100.

¹⁴¹ *Op. cit.*, p. 76.

¹⁴² Cf. DUARTE, Fernanda Et. Tal., *op. cit.*, p. 76.

¹⁴³ *Op. cit.*, p. 76-77.

¹⁴⁴ Dentre os críticos, citamos Michael W. McConnell.

das grandes transformações constitucionais americanas. Existem neste extenso artigo produzido pelo autor riquezas do processo histórico das transformações que ocorreram nos EUA, como uma Constituição real alcançada pelo povo por mais de dois séculos de lutas sociais¹⁴⁵. Em Ackerman encontramos a ideia de que a Constituição formal não pode dizer tudo para todos, mas o processo histórico real vivido pelo povo tem muito a acrescentar sobre a necessidade de adequação do texto constitucional e o contexto social digno de mudança informal da Constituição.

2.4. A mutação constitucional no Brasil

A mutação constitucional no Brasil sofreu influências de outros ordenamentos jurídicos, dentre os quais, alguns apontados neste trabalho. A Constituição da República de 1988 possui traços marcantes destas experiências, e muitos textos constitucionais demonstram esta opção de maneira a incutir na doutrina e jurisprudência a percepção positiva de manter-se vivo o Texto Maior sem a necessidade de reformas constantes. A esse respeito, leciona Botelho:

“A evolução desses significados constitucionais comprova que as constituições não mudam somente por procedimentos expressamente previstos no texto constitucional e fornece um bom exemplo de como as mutações constitucionais são decorrentes da conjugação da linguagem constitucional polissêmica e indeterminada e de fatores externos, de ordem econômica, cultural e social.”¹⁴⁶

Atentaremos para situações específicas, ainda que de maneira sumária, com o objetivo didático a demonstrar a evolução atual do conceito de mudança informal no ordenamento jurídico brasileiro.

2.4.1. Exemplos de casos concretos sobre a mutação constitucional apreciados pelo Supremo Tribunal Federal

Trataremos a seguir de casos emblemáticos onde o Supremo Tribunal ora confirma seu entendimento sobre certos posicionamentos no julgar a constitucionalidade de certas normas, ora modifica drasticamente sua visão

¹⁴⁵ ACKERMAN, Bruce. *The Holmes Lectures: The Living Constitution*. Harvard Law Review, 2007, p. 1758. Sobre os ciclos próprios da soberania popular que levam ao “avivamento” da Constituição americana, informa-nos o autor: “The living Constitution is a product of these eight cycles of popular sovereignty, and its study requires careful attention to the themes and variations elaborated over the course of two centuries. History is full of surprises. No cycle is the exact replica of any other. But if we are to understand the real and existing American Constitution, we must put each cycle in the context of the others, summing up the constitutional conclusions reached by the American people over two centuries of struggle. We cannot blindly suppose that the formal constitutional text tells us all — or even most — of what we need to know”.

¹⁴⁶ *Op. cit.*, pp. 143-144.

interpretativa da realidade brasileira, sempre com fulcro de acompanhar as modificações e tensões existentes na sociedade.

2.4.1.1. Controlo inflacionário

Segundo Gilmar Mendes, o fenómeno da inflação “pode levar a uma visão diferente do princípio constitucional da legalidade, fornecendo exemplo de mutação constitucional”.¹⁴⁷ Quando não existia oscilação monetária no Brasil que levasse a um desequilíbrio, não havia necessidade de autorização legal para equacionar o problema inflacionário e de perda da capacidade económica. É o que se extrai do Recurso Extraordinário julgado pelo Pretório Excelso, *in verbis*:

“(…) Com efeito, segundo orientação desta Corte a correção monetária somente pode ocorrer em face de autorização legal.
Tal regra, sem dúvida, comporta duas exceções: quando se trata de atualização de valores, em matéria de acidente de trabalho ou nos casos de responsabilidade civil, por acidente, quando a indenização tenha caráter alimentar.
(…) Pelo exposto dou provimento ao recurso para restabelecer a sentença de primeira instância.”¹⁴⁸

Quando o Brasil teve um agravamento do problema monetário, diz Gilmar Mendes que “passou-se a entender que o princípio da legalidade conviveria com a correção monetária sem lei expressa nos casos de dívida de valor”.¹⁴⁹ Importante destacar a decisão que optou pela virada jurisprudencial:

“(…) Ora, a construção jurisprudencial sobre a correção monetária em dívida de valor, consolidada nesta Corte, tem assento no princípio geral de direito que quer assegurado o pleno ressarcimento dos desfalques patrimoniais, o que não se pode cogitar como ofensivo ao princípio da legalidade inscrito no art. 153, § 2º da Constituição.
Tenho, portanto, que está privada de substância a arguição de contrariedade ao art. 153, § 2º da Constituição, única que poderia viabilizar o apelo extremo.
Não conheço, portanto, do recurso.”¹⁵⁰

Atualmente no Brasil a correção monetária é aplicada a qualquer dívida, não importando se haja previsão normativa.

Notámos, por oportuno, que sobre um mesmo problema concreto – aplicação da correção inflacionária – o Supremo Tribunal modificou seu entendimento num período

¹⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira Et. Al., *op. cit.*, p. 201, nota de rodapé n.º 1.

¹⁴⁸ STF, RE 74.655, *DJ* de 1º de junho de 1973. [Em linha]. [Consulta 14 de out. 2014]. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=170332>.

¹⁴⁹ *Op. cit.* p.201, nota de rodapé n. 1.

¹⁵⁰ STF, RE 104.930, *DJ* de 10 de maio de 1985. [Em linha]. [Consulta 14 de out. 2014]. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=196894>.

próximo de doze anos, com interpretação diametralmente oposta à primeira visão dominante.

2.4.1.2. Fidelidade partidária

A Constituição da República não se posicionou acerca da questão envolvendo a fidelidade partidária¹⁵¹. Assim, surgem as construções doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema ao longo do tempo. Num primeiro momento, o STF afirmava que a mudança partidária era legítima, não havendo *cláusula de barreira* que impusesse outro comportamento ao político de determinado partido que se filiava a outra agremiação política.

Em Mandado de Segurança de 1989 a Suprema Corte demonstrava o seguinte entendimento:

“Em que pese o princípio da representação proporcional e a representação parlamentar federal por intermédio dos partidos políticos, não perde a condição de suplente o candidato diplomado pela Justiça Eleitoral que, posteriormente, se desvincula do partido ou aliança partidária pelo qual se elegeu. A inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária aos parlamentares empossados se estende, no silêncio da Constituição e da lei, aos respectivos suplentes. Mandado de segurança indefirido.”¹⁵²

Passados um pouco mais de dez anos o Pretório Excelso revê seu posicionamento ao julgar outro mandado de segurança, entendendo que a infidelidade partidária leva à perda do mandato, a saber:

“A permanência do parlamentar no partido político pelo qual se elegeu é imprescindível para a manutenção da representatividade partidária do próprio mandato. Daí a alteração da jurisprudência do Tribunal, a fim de que a fidelidade do parlamentar perdure após a posse no cargo eletivo.”¹⁵³

Atualmente a infidelidade partidária tem como consequência a perda do mandato parlamentar. Através da Resolução n.º 22.610, de 25 de outubro de 2007, o Tribunal

¹⁵¹ Note-se, por oportuno, que no Brasil é necessária a filiação partidária, como requisito de elegibilidade, cf. arts. 14, § 3º, V e 17 da CRFB.

¹⁵² STF, MS/DF n. 20.927 - 5, *DJ*, de 15 de abril de 1994, julgado em 11 de outubro de 1989. [Em linha]. [Consulta 14 de out. 2014]. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85369>.

¹⁵³ STF, MS/DF n. 26.602-3, *DJ* de 16 de outubro de 2008, julgado em 4 de outubro de 2007. [Em linha]. [Consulta 15 de out. 2014]. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555539>.

Superior Eleitoral regulamentou o processo de perda de cargo electivo quando não observado o requisito de fidelidade partidária pelo parlamentar¹⁵⁴.

Como dito, em pouco mais de uma década houve uma nova contextualização do arcabouço normativo interpretado pelo Supremo Tribunal. É Gilmar Mendes quem comenta:

“O Supremo Tribunal Federal estás a reinterpretar a Constituição, em toda sua inteireza e não fundado em textos isolados, exercendo, dessa forma, sua função precípua de guardião da ordem constitucional. Como tenho afirmado em outros julgados na Corte, a evolução jurisprudencial sempre foi uma marca de qualquer jurisdição de perfil constitucional. A afirmação da *mutação constitucional* não implica o reconhecimento, por parte da Corte, de erro ou equívoco interpretativo do texto constitucional em julgados pretéritos. Ela reconhece e reafirma, ao contrário, a necessidade da contínua e paulatina adaptação dos sentidos possíveis da letra da Constituição à realidade que a circunda.”¹⁵⁵

Continua o autor,

“É preciso ter em mente que a fidelidade partidária condiciona o próprio funcionamento da democracia, ao impor normas de preservação dos vínculos políticos e ideológicos entre eleitores, eleitos e partidos, tal como definidos no momento do exercício do direito fundamental do sufrágio. Trata-se, portanto, de uma garantia fundamental da vontade do eleitor.”¹⁵⁶

Com estas palavras do eminente jurista temos clareza de que a mutação constitucional provoca a possibilidade de se corrigir erros ou equívocos de percepção que o legislador não percebeu em certo momento quando de seu papel de criador das leis.

2.4.1.3. Individualização da pena e progressão de regime nos crimes hediondos

Havia em terras brasileiras o entendimento de que os chamados crimes hediondos não comportariam o benefício da individualização da pena nem mesmo a progressão de regime. Este entendimento, por sua vez, foi gradativamente substituído com a entrada em vigor da Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, que disciplina os crimes tipificados como tais. Com a entrada da lei em vigor, surge um entrave doutrinário – e jurisprudencial – para saber se a redação do artigo 2.º, § 2.º era constitucional ou inconstitucional, na medida em que o dispositivo dispõe sobre a

¹⁵⁴ Não apenas a Resolução trata da infidelidade partidária mas também das exceções para que o parlamentar possa migrar para outro partido político sem, contudo, perder o seu mandato. [Em linha]. [Consulta 15 de out. 2014]. Disponível em Disponível em: http://www.tse.jus.br/internet/partidos/fidelidade_partidaria/res22610.pdf.

¹⁵⁵ MENDES, *Estado de Direito e Jurisdição Constitucional –2002-2010*. 1.ª ed. (eletrónica). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1087. ISBN 978-85-02-17950-9.

¹⁵⁶ *Op. cit...Curso de Direito...*, p. 2.051.

progressão de regime que “dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente”.

Gilmar Mendes nos dá o seguinte exemplo:

“(…)

Já no HC 82.959 havia outro elemento que conferia complexidade ao tema. O Tribunal havia declarado a constitucionalidade da lei que vedava a progressão de regime nos HC 69.657/SP (Rel. Min. Marco Aurélio) e HC 76.371/SP (Rel. Min. Marco Aurélio) julgados em 1992 e 1998, respectivamente. Agora, colocava-se nova indagação: declarada a inconstitucionalidade do art. 2º da referida lei, quais os efeitos a ela atribuíveis (ex nunc ou ex tunc)? Seria cogitável decisão que, sem levar em conta a declaração de constitucionalidade anteriormente proferida, viesse a reconhecer os efeitos retroativos das decisões? O Tribunal optou por fórmula intermediária, consagrando que a declaração de inconstitucionalidade afetaria as sentenças condenatórias ainda não completamente executadas, mas restariam incólumes as sentenças cuja execução já se consumara. Afastou-se, assim, a possibilidade de qualquer discussão no campo da responsabilidade civil do Estado.”¹⁵⁷

Observa-se assim que o Tribunal, por maioria de votos, modifica o seu entendimento e confirma que a progressão de regime está em sintonia com a Constituição¹⁵⁸. Nesta mesma direção, o presente julgado se caracteriza como exemplo de mutação constitucional que tem se tornado instrumento precioso de efetivação dos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, de interpretação madura dos preceitos normativos pátrios.

2.4.1.4. União homoafetiva ou de pessoas do mesmo sexo

Por último entendemos que é importante destacar o efeito da mutação constitucional sobre o a união de pessoas do mesmo sexo. Reza o artigo 226, § 3.º da CRBF que 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”. Apesar da Lei Maior se referir apenas à união estável entre homem e mulher, a Corte Suprema tem dado interpretação sistemático-teleológica para alcançar os casais homossexuais e, conseqüentemente, cumprir o brocardo constitucional que

¹⁵⁷ *Op. cit.*, p.132.

¹⁵⁸ O Min. Gilmar Mendes, em oposição ao que o Tribunal Federal entendia como constitucional acerca do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, explicita seu entendimento da seguinte forma: “propus que a declaração de inconstitucionalidade, por suas implicações, contivesse modulação de efeitos: a declaração de inconstitucionalidade não teria qualquer repercussão sobre sentenças condenatórias já executadas. Por tudo isso, a decisão tem grande importância também no contexto do controle de constitucionalidade”, *idem*, p. 49.

garante aos indivíduos o gozo dos seus direitos consubstanciados nos princípios da dignidade humana, legalidade, igualdade, dentre outros.

Muito se discute nos dias hodiernos se a questão merece a relevância que se dá aos casos que se desdobram na mídia e demais meios de comunicação, mas nos contentaremos em assumir um posicionamento acadêmico, analítico, preocupado tão somente com o fenómeno jurídico aqui exposto. Certo é que o STF tem consolidado entendimento em decidir as questões que chegam à Corte Suprema em casos análogos como um clássico efeito da mutação constitucional, sobretudo após a Resolução n.º 175 de 14 de maio de 2013 do Conselho Nacional de Justiça. Eis o que diz o CNJ:

“Art.º 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Art.º 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

Art.º 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.”¹⁵⁹

A Resolução em comento nasce, como dito, da mudança jurisprudencial do STF frente aos casos apreciados no Tribunal acerca da situação das pessoas que conviviam com parceiros de mesmo sexo e as diversas situações jurídicas que nasciam desta relação (habilitação para a herança do companheiro morto, adoção de crianças, seguridade social etc.), o que levava a um descontentamento com os julgados nas primeiras instâncias do país.

Dentre as apreciações que contribuíram para a mudança de entendimento do Egrégio Tribunal destacamos a Ação Direita de Inconstitucionalidade n.º 4.277, de 14 de outubro de 2011. Em apertada síntese, a ação proposta versava sobre a diferença de tratamento que as leis infraconstitucionais davam aos companheiros de mesmo sexo em relação aos casados e companheiros heterossexuais na união de facto. O julgamento se deu entre os dias 4 e 5 de maio de 2011¹⁶⁰, com unanimidade de votos dos ministros, a conferir aos casais de mesmo sexo o status de união estável, reconhecendo que a interpretação ministerial estava em harmonia com a Constituição Federal, e que

¹⁵⁹ Resolução Administrativa do Conselho Nacional de Justiça. [Em linha]. [Consulta 14 de out. 2014]. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf.

¹⁶⁰ Foram julgadas conjuntamente a ADI n. 4.277 e a ADPF n. 132, ambas publicadas no *DJ* em 14 de outubro de 2011. [Em linha]. Para uma análise perfunctória dos julgados, v. respectivamente as ações nos seguintes sítios eletrónicos <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635> e <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. [Consulta 14 de out. 2014].

qualquer norma infraconstitucional deveria ser interpretada com esta nova realidade jurídica¹⁶¹.

Segue, para apreciação da exegese utilizada pelo Ministro Relator Ayres Brito o que se entendeu como interpretação conforme a Constituição:

“(...) O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade.”

E ainda:

“(...) O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica.(...)”¹⁶²

Estes são alguns exemplos de mudança de percepção do Supremo Tribunal através da utilização do fenómeno da mutação como instrumento de justiça constitucional. Existem outros exemplos de igual importância, mas entendemos que os trazidos acima são suficientes para elucidar que o fenómeno da mutação constitucional é realidade na vida jurídico-política brasileira, e tem contribuído para a efetivação de direitos individuais e colectivos no país.

Assim, com os exemplos colhidos neste capítulo, cremos ser possível adentrar na questão da união de facto no Brasil com segurança e, deste modo, avançarmos posteriormente para o processo da união de facto e herança em Portugal.

Passaremos agora a apreciar importantes questões da união de facto no Brasil.

¹⁶¹ Em especial citámos o *caput* do art.º 1.723 do Código Civil, *in verbis*: É reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. Tal dispositivo passou a ser interpretado conforme a Constituição, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, declarando aplicabilidade de regime da união estável às uniões homoafetivas.

¹⁶² ADI n.º 4.277/DF, *op.cit.* p. 1-3.

3. A União de facto no Brasil

3.1. Breve histórico e generalidades

No Brasil, assim como em outras repúblicas americanas, houve uma transformação gradativa do modo de viver das famílias, principalmente daquelas que não optaram pela via do casamento para estabelecer os laços afetivos em uma vida plena de comunhão; com isso, começaram a surgir os conflitos próprios da vida humana, tais como as questões previdenciárias e de herança, pois destas uniões – e de qualquer união que o ser humano é adepto – fatalmente colher-se-iam os bons frutos, mas também os espinhos. E se um dos cônjuges viesse a óbito? E se a união de facto se desfizesse? Perguntas simples como estas tornaram-se preocupações legislativas, e caberia ao Direito propor a solução adequada nos casos concretos que seriam levados aos tribunais.

O revogado Código Civil de 1916 quase nada tratava deste assunto, ou mesmo o fazia com certa rudeza, proibindo a possibilidade de doação ou o benefício de contrato de seguro de vida¹⁶³.

Carlos Roberto Gonçalves elucida tal panorama histórico:

“A realidade é que o julgador brasileiro passou a compreender que a ruptura de longo concubinato, de forma unilateral ou por mútuo consentimento, acabava criando uma situação extremamente injusta para um dos concubinos, porque em alguns casos, por exemplo, os bens amealhados com o esforço comum haviam sido adquiridos somente em nome do varão. Por outro lado, havia conflito entre o regime de bens que prevalecia em muitos países da Europa, que é o legal da separação, e o da comunhão de bens, vigorante então entre nós, ficando a mulher desprovida de qualquer recurso, em benefício de parentes afastados do marido, em caso de falecimento de imigrantes.

A posição humana e construtiva do Tribunal de Justiça de São Paulo acabou estendendo-se aos demais tribunais do País, formando uma jurisprudência que acabou sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a ruptura de uma ligação *more uxorio* duradoura gerava consequências de ordem patrimonial. Essa Corte cristalizou a orientação jurisprudencial na Súmula 380, nestes termos: “Comprovada a existência da sociedade de fato entre concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.”¹⁶⁴

Havia uma divergência doutrinária sobre como classificar estas uniões dissonantes do modelo de casamento, se eram mero concubinato ou uma união estável em si mesma. Quando o homem era separado de facto da esposa, esta era chamada companheira; quando o homem era casado e possuía relação *more uxorio* com outra mulher, chamava-se esta relação de concubinato¹⁶⁵.

¹⁶³ Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, Volume 6*. 9.^a ed. (eletrônica). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 540. ISBN 978-85-02-14841-3.

¹⁶⁴ *Op. cit.*, p. 592.

¹⁶⁵ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 541.

Atualmente esta diferenciação de papéis advindas da comunhão de vida perdeu a razão de existir no Brasil, pelo menos para parte da doutrina¹⁶⁶. Outros entendem que os termos possuem uma certa substância moral que os diferenciam.¹⁶⁷

O concubinato¹⁶⁸, fenómeno antigo e que antecede o próprio conceito de casamento, sempre foi utilizado pela humanidade por razões diversas e até mesmo plausíveis. Parece-nos que a ideia do concubinato *puro* (aquele que não é desenvolvido por uma relação matrimonial anterior), foi utilizado pelo homem nos primórdios pelo simples facto de não haver uma preocupação religiosa até então que para estabilizasse e normatizasse as relações – como ocorreu no florescimento da Igreja Cristã cuja necessidade de se incutir valores morais para que não houvessem famílias “paralelas” transformou a relação “a dois” em sacramento público –, de maneira que a união duradoura e pública eram suficientes para marcarem a vida comum do casal¹⁶⁹.

Tradicionalmente, os juristas veem o casamento ou matrimónio como um Direito familiar que merece proteção mais relevante do que a união de facto em si, embora ambas as construções *matrimoniais* recebem tutela jurídica; em especial, nas últimas décadas as legislações têm trazido um conforto maior para aqueles que optam em viver sob os contornos da união de facto, embora entendamos que em certas áreas não há uma proteção suficiente para estes casais¹⁷⁰.

¹⁶⁶ Segundo Fábio Ulhoa Coelho com o actual Código Civil de 2012 este modo de distinção perdeu seu sentido, *in verbis*: Desde a entrada do Código Reale, a expressão “concubinato” deve ser reservada exclusivamente às relações como tal conceituadas pela lei. O que antes era chamado de “concubinato puro”, hoje se chama “união estável”; in COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso De Direito Civil, Volume 5.5.*^a ed. rev. e atual. (eletrónica). São Paulo: Saraiva, 2012, p.168. ISBN 978-85-02-15961-7.

¹⁶⁷ Cf. GONÇALVES, *op. cit.* p. 592, quando diz: “A expressão “concubinato” é hoje utilizada para designar o relacionamento amoroso envolvendo pessoas casadas, que infringem o dever de fidelidade, também conhecido como adúltero”.

¹⁶⁸ Referimo-nos ao concubinato como uma espécie de união antiga, ancestral, anterior ao casamento tal como o conhecemos na modernidade, ou seja, um homem e uma mulher que se uniam de forma exclusiva e com *frequencia* e *habitualidade* carnis, geralmente aprovada pelas famílias tribais envolvidas. Nos tempos modernos esta união tem um carácter legal e com implicações legais, perdendo o significado outrora apresentado. De Plácido e Silva assim define o concubinato moderno: “Assim se diz da *união ilegítima* do homem e da mulher. É, segundo o sentido de *concubinatus*, o estado de *mancebia*, ou seja, a *companhia de cama* sem aprovação legal”. [...]; in SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Nagib Slaib Filho e Gláucia Carvalho (atualizadores). 28.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 331. ISBN 978-85-309-2742-4.

¹⁶⁹ Em sentido contrário, v. OLIVEIRA NETO, Renato Avelino de. *Contrato de Coabitação na União de Facto: confronto entre o Direito brasileiro e português*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 15. Diz-nos o autor: “Concubinato, fenómeno presumivelmente tão antigo quanto as primeiras manifestações gregárias do ser humano, foi exorcizado, primeiro pelo casamento religioso e logo depois pelo casamento civil, pois não era aceito na sociedade daquela época”.

¹⁷⁰ Trataremos da proteção social em momento oportuno. Sobre os contornos da união de facto, a título pedagógico, o Direito Romano permitia o concubinato nos moldes civis (D., 25, 7 *De concubinis*), sendo, no entanto, proibido pelo Direito Canónico; cf. HESPANHA, António Manuel. *Como os Juristas viam o Mundo. 1550-1750: Direitos, Estados, Coisas, Contratos, Ações, Crimes*. Lisboa: Ed. António Manuel Hespanha, 2015, pos.19089 (ed. eletrónica). ISBN-13, ed. impres. 978-1508797524.

Na década de 40 do século XX, o Decreto-Lei n. 4.737, de 24 de setembro de 1942, traz a questão do reconhecimento dos filhos nascidos das relações não maritais, e ainda o Decreto-Lei 7.036, de 10 de outubro de 1944, que reconheceu e concedeu à companheira os benefícios concedidos à esposa legítima, nos casos envolvendo acidente de trabalho. São os primeiros efeitos jurídicos da legislação que protegem efetivamente as uniões estáveis no ordenamento jurídico brasileiro¹⁷¹.

A revogada Constituição brasileira de 1967 trazia aspectos morais sobre a indissolubilidade do casamento, apoiado pelo posicionamento dogmático-jurisprudencial do Poder Judiciário. Para Oliveira Neto,

“O Poder Judiciário também se posicionou contra os instrumentos relacionados ao reconhecimento e regulamentação voluntária do concubinato, indicando ilicitudes no ato jurídico, desaprovando sua pretensa realização e admoestando quanto a imoralidade do objeto, sendo proibido a tabeliães de registrarem estes tipos de contratos, visto serem ‘casamentos particulares’ ou ‘casamentos por contrato’, pois tais convenções eram consideradas absolutamente nulas pela ilicitude e imoralidade do seu objeto. Ademais, como já dito, a única forma de constituir família legítima era pelo vínculo indissolúvel do casamento, artigo 175, parágrafo 1.º, da Constituição Federal de 1967.”¹⁷²

A Constituição Federal do Brasil de 1988 traz novos contornos ao Direito de Família – entendida por muitos como uma espécie de *legitimidade familiar* constitucional –, que amplia o sentido desta, a permitir que a união de facto torne-se uma entidade familiar *per se*, e a própria lei infraconstitucional deverá facilitar sua conversão em casamento¹⁷³.

“Esta Constituição transformou o direito de família, pois deixou de limitar a família como sendo a união entre o homem e a mulher pelo casamento, passando a considerar família, além daquela constituída pelo matrimônio, a formada pela união de fato entre pessoas de sexo diferentes e a família monoparental, outorgando dever ao Estado de proteger a família.”¹⁷⁴

O legislador constitucional brasileiro optou por alargar o conceito de família ao contrário de mitigá-lo (ou até mesmo manter-se silente a ele), o que levou muitos constitucionalistas entenderem que a relação *more uxorio* foi retirada da margem do sistema legal e que agora o Texto Maior tinha correspondência harmoniosa com as transformações da sociedade atual. Embora não seja unânime o pensamento doutrinário

¹⁷¹ Neste sentido, v. FERREIRA, Fábio Alves. *O Reconhecimento da União de Fato como Entidade Familiar e a sua Transformação num Casamento não Solene*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 14-15.

¹⁷² *Op. cit.*, p. 20.

¹⁷³ Reza o artigo 226, § 3.º da CRFB: *Caput* “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Parágrafo 3.º: “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”.

¹⁷⁴ OLIVEIRA NETO, *op. cit.*, p. 26.

sobre a união de facto, observa-se dois fenómenos principais sobre o instituto: a proteção social da união de facto no seio constitucional, e sua elevação ao status de entidade familiar. Tais fenómenos convergem para o objetivo maior de compreensão da união de facto como uma entidade familiar não solene.

“Na longa lista dos fatores de determinação do crescimento da união de fato, aparecem num primeiro plan as transições sociais ocorridas no seio da família, dum modelo patriarcal de “marido tirano, mulher submissa e filhos aterrados”, onde cada membro tinha o seu lugar prévia e hierarquicamente demarcado, para um modelo nuclear em que “a família passou a grupo de companheirismo e lugar de afeitividade”, servindo de instrumento para o desenvolvimento pessoal do indivíduo, não vivendo mais os membros em função da família, mas esta em função de seus membros.

A lado dessa mudança de concepção do fim imediato da sociedade familiar, a consagração dos princípios da dissolubilidade do vínculo conjugal, da não-discriminação dos filhos e da igualdade entre homem e mulher na administração da vida conjugal ajudaram a quebrantar o modelo engessado de família, impulsionando a revisão dos valores sociais e desmentindo verdades estabelecidas.”¹⁷⁵

O Código Civil brasileiro de 2012 trouxe novidades no campo do direito familiar e sucessório. Atentaremos para os pontos principais que dizem respeito à proposta do presente trabalho.

O Diploma Civil insere a questão da união estável¹⁷⁶ (união de facto) no Livro de Família, dando ênfase aos aspectos pessoais e patrimoniais do instituto jurídico. De igual modo, o Livro das Sucessões passou a contemplar a união de facto em seus aspectos patrimoniais passíveis de sucessão. Utilizando os mecanismos principiológicos de leis outrora revogadas¹⁷⁷ devido a ascensão do novo Código – mas utilizada por este para amparar a união estável e suas peculiaridades –, a união de facto não tem como pressuposto de validade o requisito temporal da convivência, mas como diz Gonçalves, existem “outros elementos expressamente mencionados”¹⁷⁸, pois surgem do dispositivo legal civil: convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com bases de convivência familiar¹⁷⁹; em suma, são requisitos taxativos utilizados pelo legislador infraconstitucional.

¹⁷⁵ FERREIRA, Fábio Alves, *op. cit.*, p. 43. Embora não coadunemos com toda a construção teórica apresentada, é indiscutível que os factos apresentados demonstram a expansão da união de facto como um *modus vivendi* de muitas famílias brasileiras.

¹⁷⁶ Utilizámos neste trabalho as palavras *união estável* (no Brasil) e *união de facto* (em Portugal) como sinónimas.

¹⁷⁷ Referimo-nos às Leis n.º 8.971/94 e 9.278/96.

¹⁷⁸ *Op. cit.*, p. 597.

¹⁷⁹ Diz o *caput* do art.º 1.723 do Código Civil Brasileiro: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Apesar da principal característica da união de facto ser o informalismo na sua constituição e desconstituição, a lei brasileira trouxe para a realidade jurídica mecanismos dogmático-normativos de proteção aos envolvidos nesta forma de sociedade familiar, afastando, deste modo, a ideia de que qualquer relação poderia se configurar como união estável. O contrário também é verdadeiro: a ausência de documentos probatórios dificulta a comprovação da união de facto, o que leva muitos casais a lavrarem documento em Cartório para comprovar a união perante a sociedade e também perante a Justiça.¹⁸⁰

Seguindo a inovação proposta pela Constituição de 1988, algumas leis passaram a regulamentar certas situações referentes à união de facto, como a Lei n.º 8.971/1994 e a Lei n.º 9. 278/1996, e outros projetos existem no Congresso Nacional que procuram ampliar e resguardar direitos dos companheiros.

O Código Civil brasileiro define a união de facto como “entidade familiar entre homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”¹⁸¹. A família regulada pelo Código Civil abarca aqueles que optaram pela união de facto, o que leva a alguns doutrinadores a entenderem esta opção legislativa como a elevação da união estável à categoria de entidade familiar, com o reconhecimento de certos núcleos de direitos fundamentais como, por exemplo, os direitos patrimoniais.

“Seja em face dos preceitos tradicionais, seja em função das mutações que as novas tendências evolutivas lhe imprimem, uma observação há de estar presente sempre, ao espírito de quem em nso tempo escreve sobre o Direito de Família, segundo feliz síntese de Ruggiero e Maroni: “Os vínculos se estabelecem e os poderes se conferem, não tanto para atribuir direitos quanto para impor deveres, a tal ponto que não é somente a violação destes, mas o abuso ou simples mau uso daqueles que geram a sua privação”. ”¹⁸².

Entendemos que houve por parte do legislador infraconstitucional uma preocupação em harmonizar as questões que envolvem a união de facto com o

¹⁸⁰ A Certidão de União Estável pode ser obtida em qualquer Cartório de Notas do Brasil. Tal Certidão, contudo, não modifica o estado civil dos contraentes. Na prática, muitos utilizam este recurso para usufruírem de seguro de vida, seguro de saúde etc., e até mesmo para facilitar a divisão dos bens caso haja rompimento do casal. Por recomendação do Ministério Público Federal são necessárias pelo menos duas testemunhas para o ato, e qualquer pessoa absolutamente capaz poderá obtê-la, sendo que a união estável poderá ser entre homem e mulher ou entre pessoas de mesmo sexo. Para outros requisitos, v. o sítio eletrônico <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2012/03/certidao-de-uniao-estavel-nao-altera-estado-civil>. [Em linha]. [Consulta em 21 de outubro de 2014].

¹⁸¹ CCB, art.º 1.723.

¹⁸² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, Direito de Família, Volume V*. 22.ª ed. (eletrónica), rev. e atualizada por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 42. INBN 978-85-309-5212-0.

postulado constitucional que garante igualdade entre os indivíduos. Trazemos alguns núcleos de direitos que envolvem a união de facto no Brasil.

3.2. Direitos dos companheiros

Dentro da linha de raciocínio proposta em nosso trabalho, analisaremos os principais direitos dos companheiros em seus aspectos práticos, e que nascem no plano dos direitos fundamentais arquitetados pela Constituição da República e amadurecidos no Código Civil Brasileiro. São eles: direitos a alimentos, meação e herança.

3.2.1. Direito a alimentos

Os problemas jurídicos relacionados ao Direito de família avolumavam-se nos tribunais, principalmente quando do divórcio do casal e suas implicações na vida dos filhos e do cônjuge que dependia economicamente do outro, geralmente a mulher, que não trabalhava fora do âmbito doméstico e não possuía rendimentos quando do rompimento da relação conjugal. Surge assim a Lei n.º 5.478, de 25 de julho de 1968, a chamada Lei de Alimentos. A esse respeito, comenta Marcos Bahena:

“Essa lei garantiu e continua garantindo à ex-mulher uma pensão em caráter vitalício, salvo se ela constituir nova sociedade conjugal, ou seja, se ela passar a conviver em regime de concubinato com outra pessoa, ou contrair novo matrimônio.

Aos filhos, por sua vez, os direitos à pensão de alimentos estão garantidos incondicionamento até a maioridade ou emancipação por conclusão de curso superior, estabelecimento comercial próprio, ou através de casamento.

[..]

No entanto, como o tempo cumpre o seu *mister*, os padrões, conceitos, comportamentos e valores da sociedade foram sofrendo alterações e assim, logicamente, a Lei de Alimentos tornou-se uma legislação desatualizada, cabendo aos nossos Magistrados aplicá-la com prudência e sabedoria.”¹⁸³

Alguns doutrinadores afirmam que a Lei de Alimentos foi uma grande conquista no campo do Direito de família, embora, como dito, não houve adaptação às novas realidades sociais. Dentre as novas realidades, surge a união de facto, que a Lei de Alimentos de 1968 não previu ¹⁸⁴ como um Direito fundamental do indivíduo, ou seja, a liberdade de organizar sua relação familiar nos moldes diferentes do matrimônio “tradicional”.

¹⁸³ BAHENA, Marcos. *Alimentos e União Estável à Luz da Nova Lei Civil*. 5.ª ed. Leme: Mizuno, 2006, p. 27.

¹⁸⁴ No Direito atual, a o entendimento é de que havendo o reconhecimento judicial da entidade familiar, será possível pleitear alimentos pelo rito especial da Lei 5.478/68, com fixação dos alimentos provisórios. Esta perspectiva jurídica se dá por meio de uma interpretação conforme a Constituição, de acordo com o já citado art.º 226 da Carta Magna.

Até a Constituição de 1988, a legislação manteve-se silente acerca da concessão de alimentos aos que viviam em união de facto. Com o novo Diploma Constitucional vigente, a própria Carta Política trouxe, como dito em outro momento, o conceito de união de facto como entidade familiar, com a lei infraconstitucional a facilitar sua conversão em casamento.

A Lei n.º 8.971, de 29 de dezembro de 1994 foi a primeira a estabelecer (e reconhecer) o direito a alimentos aos conviventes em união de facto (art.º 1.º) e direitos sucessórios a estes (art.º 2.º)¹⁸⁵. Com este Diploma, harmonizam-se os direitos a alimentos e direitos sucessórios, atualizando, de certa maneira, a anterior Lei de Alimentos de 1968 que previa somente aos cônjuges casados esta garantia. Alguns autores reconhecem que a Lei de 1994 foi equivocadamente chamada de “Estatuto dos Comcubinos”, por ser lacunosa em alguns aspectos e ainda por regular alguns direitos dos conviventes que optaram pela união de facto¹⁸⁶. No entanto, chamámos a atenção neste trabalho para o aspecto garantidor da Lei 8.971/94, que inaugurou novas possibilidades para os companheiros em união estável.

Outro diploma histórico importante é a Lei n.º 9.278 de 10 de maio de 1996. Segundo Regina Beatriz Tavares da Silva,

“A Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996, reconheceu, como entidade familiar, a convivência duradoura pública e contínua de um homem e uma mulher, com finalidade de constituição de família, estabelecendo direitos, deveres de cunho pessoal e patrimonial aos conviventes, a presunção de que os bens adquiridos, a título oneroso, na constância da união estável, são fruto do trabalho e da colaboração comum dos companheiros, passando a pertencer, em partes iguais, a ambos, salvo estipulação em contrário, e o direito real de habitação do convivente sobre o imóvel destinado à residência da família, em caso de morte do companheiro.”¹⁸⁷

¹⁸⁵ Art.º 1º – “A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei n.º 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade. Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.”

Art.º 2º – “As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do (a) companheiro (a) nas seguintes condições:

I – o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos ou comuns;

II – o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III – na falta de descendentes e de ascendentes, o (a) companheiro (a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança”.

¹⁸⁶ OLIVEIRA NETO, *op. cit.*, p. 32-33.

¹⁸⁷ TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz Et. Al. *Curso de Direito Civil, Volume II*. 42.ª ed. (eletrônica). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 65-66. ISBN 978-85-02-16734-6.

Procurou o Diploma de 1996 regulamentar o artigo 226, parágrafo 3.º da Constituição Federal, embora não tenha logrado êxito em outros aspectos da união de facto e nem na contenção das falhas existentes na Lei 8.971/94. Seu maior contributo normativo foi trazer expressamente em seus artigos o contrato de coabitação, de maneira a regulamentar os bens adquiridos pelos companheiros na constância da união de facto¹⁸⁸.

As Leis 8. 971/94 e 9.278/96 foram sub-rogadas pelo Código Civil de 2002, que absorveu a essência normativa destas, restando em vigor o artigo 9.º da Lei 9. 278/96, que determina a competência das Varas de Família para conhecerem as ações que referem-se à união de facto, e seu artigo 7.º, parágrafo único, que estabelece o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, pois estas matérias não foram tratadas pelo Diploma Civil¹⁸⁹.

De maneira geral, o Código Civil brasileiro resguarda o direito a alimentos aos conviventes na mesma proporção que o garante àqueles que optaram pelo casamento em sentido estrito (casamento civil ou religioso com efeitos civis). Semelhantemente ao que ocorre com os cônjuges e parentes, conclui-se que aos companheiros é assegurado o direito recíproco a alimentos.¹⁹⁰ Do magistério de Gonçalves extraímos a seguinte lição:

“O art. 1.694 do Código Civil assegura o direito recíproco dos companheiros aos alimentos. Na hipótese de dissolução da união estável, o convivente terá direito, além da partilha dos bens comuns, a alimentos, desde que comprove suas necessidades e as possibilidades do parceiro, como o exige o § 1º do aludido dispositivo. Cessa, todavia, tal direito, com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor (art. 1.708). Perderá também o direito aos alimentos o credor que tiver “procedimento indigno em relação ao devedor” (art. 1.708, parágrafo único). O legislador equiparou os direitos dos companheiros aos dos parentes e aos dos cônjuges. Por conseguinte, aplicam-se-lhes as mesmas regras dos alimentos devidos na separação judicial, inclusive o direito de utilizar-se do rito especial da Lei de Alimentos (Lei n. 5.478/68). Assim, o companheiro que infringir os deveres de lealdade, respeito e assistência (CC, art. 1.724) ao parceiro perderá o direito aos alimentos, por cometer ato de indignidade.”¹⁹¹

Nota-se que o direito a alimentos conquistado pelos companheiros no Estado brasileiro está atrelado ao dever recíproco do cumprimento de aspectos morais estabelecidos no Código Civil, mas também à observância do binómio necessidade/possibilidade daquele que prestará os alimentos, afastando, assim, pedidos desproporcionais e desprovidos de amparo legal. Este posicionamento legislativo foi

¹⁸⁸ Para um maior detalhamento histórico, v. OLIVEIRA NETO, *op. cit.*, p. 36.

¹⁸⁹ Cf. TAVARES DA SILVA, *op. cit.*, p. 66.

¹⁹⁰ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 611.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 612.

desenvolvido ao longo de anos, em especial com o advento da Constituição de 1988 que, certamente, influenciou a doutrina, jurisprudência e o próprio Diploma Civil de 2002.

3.2.2. Direito a meação e regime de bens

A presunção de colaboração dos conviventes na formação do património comum já estava captulado no art. 5.º da Lei n.º 9.278/96. Embora a presunção do esforço comum não era entendida como absoluta, poderia ser contestada tal presunção a qualquer momento¹⁹².

O regime de bens estabelecido na união de facto no art. 1.725 do Código Civil é o da comunhão parcial de bens, que também foi escolhido pelo legislador como aquele regime legal quando nenhum outro fora escolhido pelos nubentes. Assim, os bens adquiridos pelos companheiros durante a união de facto, isto é, na constância dessa união, serão divididos caso ocorra a dissolução desta sociedade¹⁹³. Contudo, podem os companheiros celebrar contrato escrito estipulando regra diversa do regime da comunhão parcial.

“Assim, não celebrando os parceiros contrato escrito estabelecendo regra diversa, aplicar-se-ão à união por eles constituída o regime da comunhão de bens abrangendo os aquestos, ou seja, os bens que sobrevieram na constância do casamento, permanecendo como bens particulares de cada qual os adquiridos anteriormente e os sub-rogados em seu lugar, bem como os adquiridos durante a convivência a título gratuito, por doação ou herança. Aplicam-se à união estável, pois, os arts. 1.659, 1.660 e 1.661 do Código Civil.”¹⁹⁴

No entanto, assevera Gustavo Tepedino sobre a precaução na aplicação do regime da comunhão parcial na união de facto, com o fim de constituição de família, *in verbis*:

“(…) a aplicação à união estável, por empréstimo, do regime de comunhão parcial, como determina o Código Civil, não quer significar, contudo, que as formações familiares extraconjugais se submetem a regime de bens propriamente dito. A natureza do regime de bens associa-se ao ato jurídico formal de constituição da família, justificando-se a amplitude de seu espectro de incidência na vida patrimonial dos cônjuges em razão da publicidade derivada do registro do ato matrimonial no cartório competente, em favor da segurança de terceiros.”¹⁹⁵

Apesar do entendimento citado, Gonçalves não corrobora com esta lição, ao dizer que “como a união estável decorre de fato e não é objeto de registro, inexistente um

¹⁹² GONÇALVES, *op. cit.*, p. 614.

¹⁹³ Reza o art.º 1.725 do CCB: Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações matrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

¹⁹⁴ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 615.

¹⁹⁵ TEPEDINO, Gustavo; apud GONÇALVES, *op. cit.*, p. 616.

ato que dê publicidade formal à sua existência, não podendo, por essa razão, tal situação ser oposta a terceiros”¹⁹⁶.

O importante no direito de meação e o regime de bens para a união de facto é compreender que há uma preocupação de justiça constitucional para com o indivíduo que opta por esta forma de sociedade familiar, havendo na própria Constituição brasileira o substrato da igualdade de tratamento em situações semelhantes que os indivíduos provam na vida. Com o Código Civil de 2002 houve um avanço desta compreensão de valor constitucional¹⁹⁷.

Conclui-se que os bens adquiridos pelos conviventes a título oneroso na constância da união de facto, serão partilhados em caso de cessação (dissolução) da união, com estrita observância das normas que tratam do regime da comunhão parcial de bens.

3.2.3. Direito à sucessão hereditária

O direito à meação, como visto em linhas anteriores, nasce do convívio duradouro e da construção de um património comum durante a sociedade de facto, com amparo legislativo pelo regime da comunhão parcial de bens caso haja o rompimento da relação (artigo 1.275 do CCB). No direito à sucessão hereditária, falecido um dos companheiros, haverá o direito à herança por aquele que é sobrevivente, mas somente no que tange “aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável”, como dispõe o artigo 1.790 do Código Civil¹⁹⁸.

Diferentemente do que corre em Portugal, o legislador brasileiro optou em estender não apenas o Direito a alimentos àqueles que vivem em união de facto, mas também o Direito hereditário *per se*.

¹⁹⁶ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 562. Existem outras questões que são caríssimas ao direito civil brasileiro e que compreendem a união de facto. No entanto, para mantermos uma coerência com nosso trabalho, não citaremos os pormenores. Para aprofundamento do tema, recomendamos a obra didática de Gonçalves, citada nesta nota, Volume 6, pp. 539-571.

¹⁹⁷ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil, Volume 7*. 26.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 116 e 117. ISBN 85-02-04403-6.

¹⁹⁸ Art.º 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Apesar dos avanços que o Código Civil de 2012 trouxe para aqueles que vivem em união de facto, muitos juristas entendem que o artigo 1.790 do diploma citado gera um tratamento discriminatório em relação aos que optaram pela via matrimonial, o que fere os princípios consagrados na Constituição; é o próprio texto constitucional quem traz a recomendação de proteção jurídica à união de facto como uma via de entidade familiar ao lado do matrimónio¹⁹⁹.

Alguns doutrinadores civilistas discordam de qualquer tratamento discriminatório entre casais. A aludida Lei n.º 8.971/94 prescrevia a herança total na falta de descendentes ou ascendentes do *de cujus*. O artigo 1.790 do Código Civil prevê que o sobrevivente somente receberá os bens adquiridos onerosamente na vigência da união de facto se não existirem parentes, isto é, caso hajam ascendentes, descendentes ou colaterais até o quarto grau, o companheiro sobrevivente deverá concorrer com eles, recebendo apenas um terço da herança se concorrer com ascendentes e colaterais²⁰⁰.

Na ordem de vocação hereditária trazida pelo aludido artigo 1.790, o problema analisado pela melhor doutrina orbita em torno do inciso III, pois este dispositivo não esclarece quais parentes do *de cujus* serão contemplados, criando assim um verdadeiro descompasso jurídico ao preterir o companheiro e limitá-lo à porção da herança apenas no que toca aos *bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável*. Dentre aqueles que criticam esta atecnia jurídica citámos o magistério de Silvio Rodrigues que aduz:

“Diante desse surpreendente preceito, redigido de forma inequívoca, não se pode chegar a outra conclusão senão a de que o direito sucessório do companheiro se limita e se restringe, em qualquer caso, aos bens que tenham sido adquiridos *onerosamente* na vigência da união estável.”²⁰¹

E ainda diz:

“Não vejo razão alguma para que o companheiro sobrevivente concorra – e apenas com relação à parte da herança que for representada por bens adquiridos onerosamente durante a união estável – com os colaterais do *de cujus*. Nada justifica colocar-se o companheiro sobrevivente numa posição tão acanhada e bisonha na sucessão da pessoa com quem viveu pública, contínua e duradouramente, constituindo uma família fundada no casamento.

O correto, como já fazia a Lei n. 8.971/94, art. 2º, III, teria sido colocar o companheiro sobrevivente à frente dos colaterais, na sucessão do *de cujus*.”²⁰²

¹⁹⁹ Cf. GONÇALVES, *op. cit.*, p. 565.

²⁰⁰ Cf. GONÇALVES, *op. cit.*, p. 620.

²⁰¹ *Op. cit.*, p.117.

²⁰² *Idem*, p. 119.

Pensámos que, se houvesse tido um maior rigor técnico do legislador infraconstitucional – e se este tivesse interpretado a situação daqueles que vivem em união de facto à luz do texto constitucional, que assegura tratamento análogo ao companheiro e cônjuge –, certo seria que muitos problemas jurídicos e de ordem material seriam evitados²⁰³. Mas a beleza da Ciência Jurídica está na capacidade de analisar as situações desconexas e interpretá-las no melhor interesse da sociedade e, com isso, tentar ao máximo harmonizar a vida real com os ditames da dogmática jurídica; seria a justeza da lei aos interesses da virtude, criando o ambiente aristotélico do *justo total*, onde a lei está vinculada às regras sociais e os homens têm prazer em respeitar as leis existentes²⁰⁴.

Ainda nesta esteira de raciocínio, o eminente jurista Silvio Rodrigues com pesar analisa a rudeza com que o Código Civil regulou a situação do companheiro sobrevivente, demonstrando que o Diploma Civil “se apresenta em complexo divórcio com as aspirações sociais, as expectativas da comunidade jurídica e com o desenvolvimento de nosso direito sobre a questão²⁰⁵”. Para Fábio Ulhoa Coelho não restam dúvidas: há uma afronta à Constituição, tanto na garantia ao direito de herança, bem como na proteção da união de facto como entidade familiar, levando à inconstitucionalidade do artigo 1.790²⁰⁶.

No entanto, cremos que com o passar do tempo – e o amadurecimento das questões trazidas pelo art. 1.790 através das ações judiciais - teremos um panorama propício para que este dispositivo seja interpretado conforme a Constituição da República, sofrendo um processo de mutação constitucional que beneficiará toda a sociedade, como ocorrera nos casos trazidos no capítulo anterior. Afinal, a união de facto no Brasil corresponde cerca de 30% das relações familiares existentes, o que no nosso entender é um número considerável para um país de dimensões continentais.

Em síntese, dizemos que houve em certos momentos uma resistência para compreender o processo da união estável (união de facto) que se desenvolvia em terras

²⁰³ Entedemos que o problema é ainda maior, pois o art.º 1.790, além de ser mal redigido, traz o problema da falta de parentes sucessíveis ao *de cujus*, pois o companheiro sobrevivente somente terá direito à totalidade da herança que foi adquirida onerosamente durante a união de facto; tudo o que o *de cujus* possuía anteriormente e não fora adquirido onerosamente ficará em vacância para o ente público beneficiário (Município ou Distrito Federal, se localizado em uma das respectivas circunscrições, ou para a União, quando situada em território federal – cf. art. 1.844 do CCB). É o que se extrai do ensinamento de Euclides de Oliveira, apud GONÇALVES, *op. cit.*, p. 566.

²⁰⁴ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca Et. Al. *Curso De Filosofia Do Direito*. 5.ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.115. ISBN 978-85-224-4564-6.

²⁰⁵ *Op. cit.*, p.119.

²⁰⁶ *Op. cit.*, p.149.

brasileiras, principalmente pelo revogado Diploma Civil de 1916. Com o Código Civil de 2012 muitos direitos foram incorporados para os companheiros, mas outros foram definidos de maneira tímida, até mesmo sem o rigor técnico necessário.

No próximo capítulo entraremos propriamente no objeto-tema do nosso estudo: a herança, união de facto e a possibilidade de se utilizar a mutação constitucional em terras lusitanas.

Foi necessário delimitar até aqui a utilização da mutação constitucional com casos práticos, a fim de demonstrar a evolução histórica do fenómeno e como a Suprema Corte brasileira tratou as situações apresentadas à luz da justiça constitucional.

Tornou-se ainda imperioso trazer exemplos de como a união de facto é tratada em terras brasileiras, e compreender que há por parte da doutrina e jurisprudência um interesse comum em preservar e ampliar direitos objetivos, notadamente nos campos previdenciário e sucessório.

Deste modo, entraremos no instituto jurídico português da união de facto trazendo as experiências acima comentadas com fulcro de apreciarmos se há em Portugal a possibilidade de utilizar-se do fenómeno da mutação constitucional como instrumento de uma nova perspectiva jurídica a interpretar as normas, no viés jurídico-constitucional.

Procurámos, assim, contribuir com aquilo que tem sido utilizado no Brasil com maestria, e servir a República Portuguesa com o que existe de mais nobre no campo constitucional de efetividade dos preceitos fundamentais, numa perspectiva de enriquecer o debate sobre o Direito fundamental da liberdade humana em criar seus vínculos afetivos, amorosos, à luz do Texto Maior e das experiências práticas dos últimos anos no âmbito da união de facto.

4. A união de facto em Portugal

Quando falámos em contribuição do Direito brasileiro para o Estado português, queremos dizer das experiências brasileiras na seara da mutação constitucional, união de facto e herança que foram acumuladas ao longo das últimas décadas, mais precisamente após a Constituição da República de 1988. À luz do que foi escrito sobre as mudanças constitucionais em diversos Estados, e sobre as mudanças no panorama da união de facto no Brasil, teremos o substrato para adentrarmos propriamente ao caso central deste

breve trabalho: a união de facto e os problemas que circundam a herança dos companheiros em Portugal.

4.1. Breve histórico jurídico-constitucional

Conhecida desde os tempos da Antiguidade – e confundida até mesmo com a história da humanidade –, a união de facto provavelmente existiu em todas as culturas, sendo permitida ou suportada por umas, e rejeitada por outras.

Em Portugal não seria diferente. A primeira proteção constitucional àqueles que optaram por viver em união de facto veio com a Constituição da República Portuguesa de 1976, em seu artigo 36.º, quando se entendeu que esta união produz efeitos jurídicos passíveis de tutela constitucional. Embora a Lei Maior não utilize o termo “união de facto”, observámos que o n.º 1 do artigo em análise deixa claro que a todos é garantido o direito de *constituir família* – e juntamente com aqueles que contraem casamento –, o *farão em condições de plena igualdade* ²⁰⁷.

Nos parece claro que o texto constitucional difere o conceito de *família* do conceito de *casamento*, muito embora não seja trazida nenhuma definição sobre os institutos – o que sabiamente o legislador ordinário optou por não fazer –, caberá aos intérpretes da Constituição traçarem as definições cabíveis à sociedade portuguesa.

“Apesar do princípio constitucionalmente reconhecido pela 1.ª parte do n.º 1 do artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa, no sentido de que o nosso legislador não codificou ainda, de forma sistemática, a regulamentação da união de facto, por forma a que esta constitua um instituto jurídico objecto de tratamento unitário e autónomo relativamente ao casamento, embora próximo deste.”²⁰⁸

Notámos com este pensamento que a união de facto em Portugal tem certa aproximação com o instituto do casamento, embora não se confundindo com este. Embora não seja pacífico o entendimento sobre o instituto da união de facto, há, contudo, um esforço legislativo, doutrinário e jurisprudencial para compreender o instituto e suas implicações na vida dos portugueses. A Lei n.º 135/99, de 28 de agosto, atribuiu efeitos à união de facto como uma espécie de constituição familiar, incorporando ao diploma preceitos constitucionais de garantia fundamental, como a proteção à moradia em caso de rompimento do vínculo (artigo 4.º) ou da necessidade de prestação de alimentos (artigo 7.º).

²⁰⁷ Cf. art. 36.º.1, CRP.

²⁰⁸ PITÃO, José António de França. *Uniões de Facto e Economia Comum*. 3.ª ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2011, p. 67. ISBN 978-972-40-4616-7.

“Até bem pouco tempo a união de facto era apenas reconhecida no nosso direito em preceitos avulsos da lei ordinária ou casuisticamente em decisões jurisprudenciais, mas sempre sem o seu reconhecimento autónomo e sistemático, e muito menos como uma tentativa de equiparação ao casamento, ou de atribuição àquela dos mesmos efeitos a estes reconhecidos.”²⁰⁹

Em 11 de maio de 2001 entrou em vigor a lei n.º 7 onde buscou-se regular os efeitos jurídicos das relações homossexuais com o paralelismo da forma que a Lei n.º 135/99 tratava as relações heterossexuais, tendo como requisito análogo a convivência há mais de dois anos de duas pessoas independentemente do sexo destas (n.º 1, do artigo 1.º da Lei n.º 7/2001). O artigo 10.º da Lei n.º 7/2001 revogou a Lei n.º 135/99. Alguns autores observam que apesar da evolução legislativa destas leis, houve certas lacunas difíceis de resolução, como falta de controlo dos casos de cessação da união de facto, a prova da união em si, o alargamento do âmbito de eficácia destas uniões, dentre outros problemas jurídicos²¹⁰.

Em outra inovação legislativa, a Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto, que alterou a então Lei n.º 7/2001, muitos juristas não vislumbraram grandes mudanças com o advento da nova Lei da União de Facto, sendo um dos motivos de tal situação a resistência de equiparação entre este tipo de união e o casamento em sentido estrito (civil ou religioso com efeitos civis). Procuraremos tratar da questão do pedido de alimentos da herança e da possibilidade da herança em si, lembrando da aplicação dos efeitos da mutação constitucional em Portugal, se seria possível (ou não) numa outra percepção do instituto da união de facto.

Em outras palavras: ora advogaremos pela revisão interpretativa do instituto da união de facto, ora levantaremos as possibilidades e contrastes inerentes ao tema, certos de que não há uma resposta fácil ou uma solução para todos os casos concretos. O importante a ser considerado é a riqueza das experiências brasileira e portuguesa no cenário das transformações sociais, e como é possível materializar tais experiências na vida daqueles que optaram pela união de facto.

4.2. Conceito e generalidades

Segundo o magistério de Diogo Leite de Campos, a união de facto deve reunir certos elementos para sua definição, quais sejam: deve ser *more uxorio*, entre homem e mulher, e que haja uma comunhão de vida mediante coabitação notória; entende ainda o

²⁰⁹ PITÃO, *op. cit.*, p. 68.

²¹⁰ Para uma análise interessante destas situações, v. PITÃO, *op. cit.*, p. 73 e ss.

autor que há um elemento de ordem subjetiva, ou seja, a vontade dos *concubinos*, e que esse “consentimento fixa, não só o início e o fim do concubinato, como o seu conteúdo, o significado do vínculo”²¹¹.

Algumas doutrinas divergem sobre o conceito de união de facto, se há alguma semelhança com o casamento, se deve existir somente entre pessoas de sexo diferente, dentre outros motivos. Ao citar o artigo 1576º do Código Civil Português, demonstrando as fontes das relações jurídicas familiares (casamento, parentesco, afinidade e a adoção), João Queiroga Chaves nos dá a seguinte definição:

“Fora das fontes das relações jurídicas enumeradas, há uma situação que paulatinamente foi conseguindo relevância social e, através de sucessivas alterações legislativas, obteve tutela jurídica no âmbito do direito familiar, posto que não possa considerar que esteja integrada na instituição familiar.

É a **união de facto**, situação jurídica de duas pessoas que, independentemente do sexo, vivam em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos.

A tutela que a lei passou gradualmente a dar à união de facto, aproximou-a da que existe ligada ao casamento, com excepção dos direitos sucessórios que nascem com o casamento, certamente por atenção à relevância económico-social que possui e que, inclusive, leva alguns autores a considerá-la como relação **parafamiliar**.”²¹²

Em oposição ao que propomos como família²¹³, os autores, ao que parece, convergem para um ponto comum em suas obras: a união de facto não é família. Poderia ser equiparada (em poucos aspectos) a alguns contornos do casamento, e nada mais.

Poderíamos dizer que a grande maioria da doutrina coaduna com o entendimento exposto, isto é, a união de facto possui características análogas ao casamento. Em nossa proposta, fazemos uma interpretação sistemático-teleológica do conceito de família, sendo a união de facto uma entidade familiar, à luz do que preceitua o artigo 26º, n.º 1 da CRP.

²¹¹ CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. 2.ª ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2013, pp. 20-21. ISBN 978-972-40-09993-3.

²¹² CHAVES, João Queiroga. *Casamento, Divórcio e União de Facto*. 2.ª ed. rev. atual. e aument. Lisboa: Quid Juris, 2010, pp. 65-66. ISBN 978-972-724-541-3.

²¹³ Em respeito precípua ao magistério dos ilustres professores, cremos que o sentido de *família* proposto pela CRP deve ser lido – e entendido – como *entidade familiar* em sentido amplo, pois a própria realidade jurídica e social nos aponta isto, muito embora nos filiemos ao conceito tradicional de família e, em certa medida, filosoficamente concordámos com os autores citados. Contudo, casamento e família nos tempos atuais não são sinónimos. Um casal que vive há vinte anos em união de facto e que tem prole não é menos família do que o jovem casal enlaçado pelo matrimónio, que possui prole e divorcia-se em quatro anos. O divórcio põe termo ao casamento, mas não à família, por obviedade. Baseámos nosso entendimento na própria Constituição que veda a discriminação e tem seu objetivo em promover a dignidade da pessoa (art.º 1.º) e propiciar a igualdade formal e material para o cidadão (art.º 13.º).

Em Acórdão de 1998²¹⁴ o Tribunal Constitucional traz um conceito precioso sobre família, em oposição ao conceito nuclear atrelado ao próprio casamento, *in verbis*:

“A distinção constitucional entre família, por um lado, e matrimónio por outro, referida no artigo 37º, nº 1, e ainda entre aquela e os conceitos de paternidade e maternidade, operada nos artigos 67º e 68º, em nada dificulta, antes parece espelhar um entendimento e reconhecimento da família como uma realidade mais ampla do que aquela que resulta do casamento, que pode ser denominada de família conjugal”²¹⁵.

Nos atuais contornos da vida social portuguesa, tal como acontece em outros Estados ocidentais, o número de famílias que optam pela união de facto tem crescido em proporções maiores do que o próprio casamento, por motivos e razões das mais variadas. Parece-nos apropriado o alargamento do conceito de família proposto no Acórdão acima citado, pois o mesmo nos remete ao sentido proposto neste trabalho de que a união de facto é uma entidade familiar, e que pelos desdobramentos e circunstâncias da vida, não chegou a materializar-se no matrimónio. Há, de certa maneira, um distanciamento do que seria a família e do que seria o *casamento conjugal*, e ambos os institutos podem conviver no panorama normativo português.

Existem estudos atuais que buscam aprofundar o entendimento do fenómeno união de facto e a ausência de uma disciplina patrimonial específica sobre o tema²¹⁶; ou mesmo no campo do Direito processual, onde há lacuna para regulamentar, por exemplo, o processo de execução por responsabilidades por dívidas²¹⁷. Outros, demonstram através do método comparativo (entre Brasil e Portugal) que a união de facto sofreu uma transformação além da entidade familiar *per se*, sendo levada à categoria de casamento não solene²¹⁸.

Por via reflexa, cremos que as famílias hodiernas são tão complexas como os exemplos supracitados para a busca de uma regulamentação da união de facto; e quando a Constituição trouxe para o campo normativo a possibilidade deste tipo de união, buscou-se com isso materializar não somente direitos pessoais, mas também os

²¹⁴ Ac. TC n.º 690/98, de 15 de dezembro, publicado no *DR* em 08 de março de 1999. [Em linha]. [Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980690.html>]. [Consult. 23 out. 2014].

²¹⁵ *Idem*, p. 12.

²¹⁶ Sobre questões patrimoniais e da necessidade de regulamentação das situações das pessoas que vivem em união de facto, v. CAVALEIRO, Tiago Nuno Pimentel. *A União de Facto no Ordenamento Jurídico Português. Análise de Alguns Aspectos de Índole Patrimonial*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2015. Dissertação de Mestrado.

²¹⁷ Neste sentido, v. RODRIGUES, Catarina Maria dos Santos. *Sobre o Estado da União de Facto. Caso Especial do Unido de Facto na Acção Executiva*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2015. Dissertação de Mestrado.

²¹⁸ Dentre os estudiosos, citámos Fábio Alves Ferreira, *op. cit.*

direitos fundamentais apregoados pelos Estados democráticos modernos: o bem-estar, a qualidade de vida e a igualdade entre seus cidadãos²¹⁹, a demonstrar que o legislador constitucional estava em sintonia com as novas aspirações sociais.

Mediante a todo o exposto, entendemos que a união de facto é uma entidade familiar, com proteção normativa, equiparada ao casamento, que se manifesta pela união entre pessoas, visando uma vida comum, capaz de produzir efeitos na ordem jurídica²²⁰.

4.3. Reconhecimento, efeitos, prova e dissolução da união de facto

Com a reforma produzida pelo Decreto-Lei n.º 496, de 25 de novembro 1977, o termo *união de facto* foi utilizado pela primeira vez no Código Civil Português, e antes disso o vocábulo era praticamente desconhecido²²¹. João Queiroga Chaves nos relata que além da vida comum partilhada pelos companheiros, é necessário que esta vida em comum esteja em condições semelhantes aos dos cônjuges, e que tenha carácter duradouro e exista há mais de dois anos. Contitua o autor a afirmar que “o seu reconhecimento pelo direito também exige que não exista, entre os respectivos interessados na união de facto os impedimentos que taxativamente enumera”²²².

Numa pequena perspectiva histórica, dissemos que a Lei n.º 135/99, de 28 de agosto, iniciou os passos de proteção (e mesmo eficácia) das uniões heterossexuais que não eram advindas do casamento. O artigo 3.º desta lei aumentou os efeitos da união de facto e ao mesmo tempo dois tipos de previsões: *a)* limitava-se a remeter os efeitos para a legislação existente; e *b)* a adaptação do regime às pessoas que viviam em “condições

²¹⁹ Art.º 9º, *d*, CRP.

²²⁰ Com a finalidade didática, partamos do pressuposto da união de facto como uma entidade familiar. Não ousaríamos dizer que uma mulher e um filho, a título de exemplo, não constituem uma família; ou mesmo que um homem de 56 anos não ame uma mulher mais jovem do que ele cerca de 20 anos para contraírem núpcias. Seria desarrazoado e prematuro qualquer julgamento das capacidades e sentimentos alheios. Os sentimentos humanos são um oceano de incertezas, e vemos como existem complexidades nos tribunais de família, tribunais previdenciários etc. A questão que levantámos é se aqueles que vivem em união de facto devem receber tratamento igualitário em relação aos casados pelo enlace do matrimónio. Na verdade, o que propomos é o Direito de indivíduos e não do instituto *união de facto*, ou seja, toda a vida comum, no plano traçado pelos conviventes, deverá receber tutela jurídico-constitucional. Poderemos desenvolver melhor este raciocínio à luz da mutação consitucional e suas implicações na legislação infraconstitucional.

²²¹ Cf. CHAVES, *op. cit.*, p. 275. A redação a que nos referimos é encontrada no art.º 2020º do Diploma Civil.

²²² Idem, p. 276. Os impedimentos que o autor relata estão no art. 2.º da Lei n.º 7/2001; dentre eles destacámos a idade inferior a 18 anos e casamento não dissolvido, salvo se tiver sido decretada a separação de pessoas e bens.

análogas às dos cônjuges”²²³, estabelecendo um regime próprio a ser aplicado até mesmo àqueles que se uniram pelo matrimónio.

Com o advento da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, foram estendidos os efeitos jurídicos aos casais homossexuais que optaram pela união de facto, e como dito em outro momento, manteve-se a exigência de mais de dois anos de convivência que estava assinalada na então Lei n.º 135/99. Cumpridos certos requisitos legais, surgem efeitos sobre a relação daqueles que vivem em união de facto, ou seja, benefícios e proteção de ordem legal. São eles: efeitos de carácter pessoal e de carácter patrimonial. Ambos estão elencados nos artigos 3.º ao 7.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio²²⁴. José António de França Pitão assim resume o período compreendido destas leis sobre a prova da união de facto, *in verbis*:

“Como breve referência histórica, deve dizer-se que o Projecto de Lei n.º 384/VII, da iniciativa do Partido Comunista Português, solucionava expressamente a questão nos artigos 49.º e 50.º, estabelecendo diferentes meios de prova consoante o tipo de situação que estivesse em causa, sendo o meio mais usual a celebração de convenção de união de facto, nos termos do seu artigo 5.º, através da escritura notarial ou de auto lavrado perante o Conservador do Registro Civil, no qual estabeleciam o regime de bens, a responsabilidade por dívidas e o regime de administração de bens. Por outro lado, previam-se meios de prova em casos especiais, nomeadamente, para efeitos de atribuição das prestações por morte ou de transmissão do arrendamento urbano, regime fiscal e legislação do trabalho. Ora, a Lei n.º 135/99, de 28 de Agosto, era omissa quanto a eventuais requisitos de forma exigíveis para a prova da união de facto, ou mesmo da sua cessação, sendo certo que o seu artigo 7.º previa a publicação de normas destinadas à sua execução, o que não veio a suceder até a data da sua revogação. Na mesma linha de orientação veio o artigo 9.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, na redacção original desta, estabelecer a regulamentação das normas no prazo de 90 dias após a sua publicação, o que nunca se concretizou, sendo certo que este preceito foi expressamente revogado pela Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto. De qualquer forma, na falta de preceito legal que regulamentasse esta matéria, entendíamos já que a prova da união de facto teria de ser feita na base testemunhal ou por mera declaração dos interessados, mediante compromisso de honra, conforme os efeitos que se pretendessem invocar.”²²⁵

Assunto pormenorizado, como dito em outro momento sobre a união estável no Brasil, é a prova da relação estável e duradoura entre os companheiros no Direito português. Apesar da omissão da Lei n.º 7/2001 sobre a matéria, trouxe a Lei n.º 23/2010, mediante o artigo 2º - A, a resposta sobre os meios admitidos de provar a união de facto e uma maior segurança jurídica àqueles que se encontram nesta situação.

²²³ PITÃO, José António de França, *op. cit.*, p. 72.

²²⁴ Alterada pela Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto.

²²⁵ *Op. cit.*, p. 74-76.

Diz o artigo em análise *que qualquer meio legalmente admissível* será utilizado como intuito probatório²²⁶.

Por fim, como acontece com o casamento, é possível que na união de facto os interesses e sentimentos comuns se extingam, ou que um dos companheiros não queira mais a relação a dois; também é possível que um dos companheiros venha a óbito. Em tais situações haverá a dissolução da união de facto. Mas há ainda um outro fator que poderá “dissolver” esta união: o casamento civil.

A lei civil não exige requisitos formais para a dissolução da união de facto. Porém, no caso da morte de um dos companheiros, a data da morte merece relevância, pois “o direito a alimentos caduca se não for exercido nos dois anos subsequentes a essa data”²²⁷. Isto torna-se relevante para que a ação judicial produza os efeitos jurídicos desejados, conforme proposição do artigo 8º, n.º 3, da Lei n.º 7/2001.

Com a atual Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto, como referido acima, esclareceu algumas questões sobre a dissolução, prova e reconhecimento da união de facto, embora reconheçamos um certo grau de timidez legislativa ao esclarecer e ditar certas regras procedimentais.

Chega-se à conclusão de que a união de facto em Portugal passou a receber um tratamento normativo importante com as demandas sociais que surgiram e avolumaram-se ao longo do tempo – embora ainda esteja com uma natureza tímida e modesta –, motivo que nos levará no próximo capítulo à análise de alguns casos concretos pertinentes ao tema da herança alimentar e da herança propriamente dita. Veremos se os casos representam a interpretação não apenas com a Lei Civil, mas principalmente com a Magna Carta Portuguesa, e se é caso de se discutir o fenómeno da mutação constitucional *per se*.

No presente estudo, o que nos importa é o efeito da proteção legal da união de facto na eventualidade da morte do beneficiário, e como o companheiro (ou companheira) sobrevivente na relação será beneficiado; e ainda sobre a possibilidade de exigir-se alimentos da herança. Trataremos em tempo oportuno os casos referidos.

²²⁶ Art.º 2º - A, da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio; reproduzida em CHAVES, *op. cit.*, p. 279-280.

²²⁷ CHAVES, *ibidem*.

5. A união de facto, a proteção social e os casos concretos

Neste último capítulo, procurámos, ainda que *en passant*, discutir algumas situações reais sobre a união de facto e os efeitos sucessórios dela advindos, ou seja, estaremos envolvidos na discussão deste tipo de união familiar e as necessidades atinentes aos beneficiários em caso de morte de um dos conviventes. Neste sentido, discutiremos à luz de alguns casos concretos se seria possível o efeito da mutação constitucional em terras portuguesas.

Não há a pretensão neste breve trabalho de exaurir as possibilidades da mutação constitucional enquanto fenómeno, mas apenas, baseado nos exemplos históricos colhidos (principalmente em terras brasileiras), trazer ao cenário português esta forma de interpretação da Constituição.

O impacto da mutação constitucional na Norma Maior é percebida melhor quando a realidade social e constitucional estão em sentido harmónico. Canotilho, ao descrever as estruturas metódicas da interpretação constitucional traz o seguinte argumento:

“A rejeição da admissibilidade de mutações constitucionais por via interpretativa não significa qualquer aval a um entendimento da constituição como um texto estático e rígido, completamente indiferente às alterações da realidade constitucional.”²²⁸

A prudência do autor em relação ao fenómeno da mutação constitucional é incisivo, e pertinente ao nosso ver, para que não haja “uma *mudança de sentido* das normas constitucionais”²²⁹. Vale ainda sua lição sobre a necessidade de uma adequação dialética, *in verbis*:

“A necessidade de uma permanente adequação dialéctica entre o programa normativo e a esfera normativa justificará a aceitação de transições constitucionais que, embora traduzindo a mudança de sentido de algumas normas provocado pelo impacto da evolução da realidade constitucional, não contrariam os princípios estruturais (políticos e jurídicos) da constituição. O reconhecimento destas *mutações constitucionais silenciosas* (*‘stillen Verfassungswandlungen’*) é ainda um acto legítimo de interpretação constitucional.”²³⁰

As tensões existentes entre a realidade fática e a norma em sentido estrito serão objeto deste capítulo, numa tentativa de compreender as reais possibilidades da mutação constitucional no Estado português.

²²⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6.^a ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, p. 231.

²²⁹ *Op. cit.*, p. 232.

²³⁰ *Idem*.

5.1. Estabelecimento da proteção social

É de suma importância perceber que, independentemente de lidarmos com questões culturais e morais, as uniões de facto tem crescido em Portugal até mais do que o casamento²³¹. De 1991 até 2001 estima-se que existiam entre os portugueses 381 mil indivíduos a viver em união de facto²³². Em relação ao senso de 1991, o número de companheiros *duplicou* em uma década²³³ se comparado ao senso de 2001.

No caso em análise, a proteção social é garantida em muitos textos da Constituição, em especial aos artigos 1.º, 12.º, 13.º e 26.º, n.º 1, este último com franca posição em favor da intimidade da vida privada e da não discriminação.

Nas leis infraconstitucionais há também o mesmo sentido protetivo para os indivíduos, a garantir seus direitos e deveres em variadas situações sociais. Importa-nos o alcance protetivo na união de facto e as situações no campo da herança. Diante de tal realidade, destacaremos a proteção social na órbita constitucional e infraconstitucional.

5.1.1. A proteção social na Constituição

Vimos no capítulo anterior que, cumpridos certos requisitos legais, a união de facto é merecedora de proteção social, ainda que não seja análoga ao casamento em *strictu senso*, conforme a maior parte da doutrina portuguesa assim entende.

A proteção social é elemento fundamental para que direitos e deveres sejam garantidos e, acima de tudo, efetivados para os grupos de indivíduos que deles carecem, necessitam. Esta proteção evidencia-se conforme os direitos fundamentais de uma República são materializados na vida prática da sociedade; sem a satisfação de direitos fundantes de uma república democrática, dificilmente os direitos sociais poderão ser usufruídos.

Portugal goza do status de país maduro para interpretar as leis em benefício de seu povo. Isto é facto consumado, principalmente quando analisámos a riqueza jurídica existente, riqueza esta que dispensa grandes comentários.

O primeiro artigo da Constituição da República deixa claro o propósito de Estado soberano e baseado num senso principiológico de direitos fundamentais, que poderá permitir o desenvolvimento dos direitos sociais e demais direitos constitucionais.

²³¹ Cf. Famílias nos Censos 2011: *Diversidade e Mudança*, do Instituto Nacional de Estatística, de 20 novembro de 2013, p. 12.

²³² LEITE, Sofia, in *Revista de Estudos Demográficos*, n. 33, p.111.

²³³ Jornal Público, in <http://www.publico.pt/sociedade/noticia/unidos-de-facto-1584159>. [Consult. 24 de out. 2014].

Diz o dispositivo em apreço: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.”²³⁴

Este mesmo senso principiológico sustenta a base do Estado português: “promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre portugueses”²³⁵, numa demonstração clara de zelo aos direitos fundamentais. Esta igualdade real deverá ser levada em consideração quando do tratamento dos casais que optaram pela união de facto, e no atendimento de suas necessidades no estabelecimento do direito à protecção social, na mesma proporção que aqueles indivíduos usufruem no *matrimónio conjugal* (igualdade real principiológica da Constituição).

Nos parece que se o texto constitucional tivesse deixado clara a distinção existente entre família e casamento, poupar-se-ia qualquer suposição jurisprudencial e doutrinária. Cabe assim, por meio da mutação constitucional pela via da interpretação da Constituição tornar o Texto Maior mais harmónico com as demandas da sociedade, conforme demonstrámos sobre o artigo 226, parágrafo 3º da Constituição do Brasil (item 2.4.1.4).

Cremos por isso que os direitos fundamentais podem ser alargados em sua dimensão jurídico-constitucional, mas nunca mitigados. Por isto Jorge Bacelar Gouveia tece diversas críticas sobre a sistematização da Constituição, sobretudo no campo dos direitos fundamentais. Vejamos:

“Simplesmente, a organização sistemática da CRP está longe de ter sido bem sucedida porque são várias as anomalias de que enferma, algumas podendo obliterar o sentido constitucional ordenador.

Em primeiro lugar, é de todo incompreensível que o texto constitucional, tão cuidadosamente arquitectado nas suas partes, títulos e capítulos, tenha deixado de fora, no princípio e no fim, relevantíssimas disposições que bem mereciam ter tratamento integrado, respectivamente, como parte primeira e como parte última, não se descortinando a razão por que foram excluídas dessa divisão por partes, conclusão que assume sobretudo incisiva nos princípios fundamentais, que dão logo o tom das principais opções de fundo realizadas pela CRP.”²³⁶

Embora o eminente professor advogue que a Constituição Portuguesa seja uma das mais *aperfeiçoadas* do mundo em matéria dos direitos fundamentais²³⁷, demonstra

²³⁴ Art. n.º 1 da CRP.

²³⁵ Cf. art.º 9º, d, CRP.

²³⁶ GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de Direito Constitucional, Volume 2*. 4.ª ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2011, pp. 505-506. ISBN 978-972-40-4680-8.

²³⁷ *Op. cit.*, p. 523.

que durante as revisões temporais que existiram para atualizar a Carta Política, não se chegou a um mecanismo eficiente que expressasse a importância dos direitos fundamentais.

Convém nesta oportunidade tratar da questão da dignidade humana como uma *obrigação universal*, no dizer de Paulo Otero²³⁸, e seu equivalente no quadro do *livre desenvolvimento da personalidade jurídica*, ambos fundamentos da ordem constitucional portuguesa e estruturas que possibilitam o Estado de Direito democrático. A proteção social na Constituição aos que vivem em união de facto caminha neste sentido de garantias fundamentais que permitem o ser humano (em nosso caso, os companheiros da união de facto) o gozo de suas liberdades, “na exploração das potencialidades das suas forças e talentos, na arbitrariedade da escolha de todas as opções e na configuração do seu modo de vida”.²³⁹

Ao nosso sentir, destacámos a proteção social como necessária sobre todos, sem distinção entre casados ou companheiros de facto. Consequentemente, cremos que os companheiros que cumpram requisitos normativos deverão ser contemplados com a possibilidade de receberem herança, pois além de ser um direito objetivo fundamental daqueles que tem uma vida em comum, nos parece factível que a herança em si mesma é uma proteção social garantida pelo Estado Democrático de Direito, embora não esteja “explicitamente” firmada na Constituição portuguesa.

5.1.2. A proteção social na legislação infraconstitucional

A proteção social dos casais que vivem em união de facto está elencada em dispositivos do Código Civil Português e outras leis esparsas. Por enquanto, destacaremos o Diploma Civil e o Estatuto das Pensões de Sobrevivência, Decreto-Lei n. 142/73, de 31 de março.

O eminente professor Diogo Leite de Campos traz-nos uma lição sobre certos efeitos jurídicos que assistem aos companheiros no Código Civil. Ei-los:

“Assim, os arts. 953º e 2196º do Código Civil limitam as liberalidades dos concubinos; o art. 1871º, 1, c), estabelece uma presunção de paternidade em relação ao concubino; o art. 2020º concede a qualquer dos concubinos, por morte do outro, um direito a alimentos sobre a herança do falecido. Por aplicação analógica do art. 1691º, b), a dívida contraída por um dos concubinos para fazer face aos encargos do casal, também responsabiliza o outro; tanto nas relações internas como nas relações com terceiros, por não ser exigível a estes o conhecimento da inexistência de

²³⁸ OTERO, Paulo. *Direito Constitucional Português, Volume I*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 37. ISBN 978-972-40-4149-0.

²³⁹ OTERO, Paulo, *op. cit.*, p. 42.

casamento por detrás da sua aparência. Também parece ser de repartir e administrar, nos termos da sociedade de facto, o património adquirido pelos concubinos através do esforço comum.”²⁴⁰

Caso curioso é a responsabilização por dívidas contraídas por um dos conviventes ao outro. Se por um lado, as dívidas contraídas por um dos companheiros afeta o outro, por que exigir alimentos da herança necessita de certos requisitos difíceis de provar, e mesmo a herança em si não é garantida ao companheiro? Como dito em outro momento, das relações colhem-se flores mas também os espinhos.

O Decreto-Lei n.142/73 apregoa aos companheiros o direitos à pensão de sobrevivência no caso de morte do beneficiário. Esta é uma das situações que trataremos nos casos concretos decididos pelos tribunais portugueses. A ausência de uma interpretação conforme a Constituição leva muitas situações razoáveis de solução para casos difíceis de serem resolvidos, e limitam a proteção social na legislação infraconstitucional. Em alguns casos que analisaremos, invocámos as vias que possibilitam a mutação constitucional como elemento aglutinador da proteção social na Constituição e demais legislações infraconstitucionais, numa interpretação conforme os preceitos constitucionais (item 1.2.).

Observámos assim que o rol de direitos – e deveres nas mesmas proporções – estão em ascensão para aqueles que vivem em união de facto. Contudo, há um equívoco por parte do legislador por não ter contemplado a herança em si como um direito necessário ao companheiro (aliás, a herança deveria ser um Direito irrenunciável e indisponível como substância fundamental dos direitos individuais e sociais), apenas participando o sobrevivente da união de facto para que exija *alimentos da herança* daquele que falecera, ou melhor, do ente público que recolhera as contribuições do companheiro morto. Voltaremos a esta questão mais adiante.

5.2. Casos concretos que possibilitariam a mutação constitucional

Analisaremos alguns casos concretos que demonstram a existência de posicionamentos divergentes sobre as matérias tratadas na união de facto. Busca-se em todo momento através das decisões analisar a ordem constitucional vigente, e ainda se há o cumprimento das regras estabelecidas pelo legislador infraconstitucional sobre a problemática da união de facto.

²⁴⁰ *Op. cit.*, pp. 21-22.

Nossa pretensão, como dito e demonstrado até aqui, tem efeito pedagógico, e respeita as decisões dos tribunais e seus entendimentos. Apenas procurámos contribuir com um viés jurídico-constitucional pouco utilizado em Portugal (segundo nosso entendimento) e ao mesmo tempo utilizámos o Direito Comparado como fonte principiológica de justiça constitucional, de efetividade dinâmica do Texto Maior.

Quando cabível, faremos uma comparação entre a ordem jurídica portuguesa e brasileira no tocante aos casos concretos vivenciados pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil. Vejamos.

5.2.1. Acórdão n.º 195/2003, de 03 de abril – Tribunal Constitucional

Em resumo, o Acórdão n.º 195/2003, de 03 de abril, versa sobre o pedido de pensão mensal e vitalícia proposto pela Requerente pelo falecimento de seu companheiro, com quem vivia há mais de 28 anos.

O então Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de março de 2002, negou recurso de revista interposto pela Requerente, mantendo o julgamento de improcedência da ação onde peticionava “a condenação do CENTRO NACIONAL DE PENSÕES, nos termos do DL 322/90, de 18 de outubro e do Dec. Reg. 1/94, de 18 de Janeiro, a prestar-lhe uma pensão mensal e vitalícia, ou, em alternativa, a reconhecer-lhe a qualidade de titular do direito às prestações por morte” de seu companheiro com quem convivia “em condições análogas às dos cônjuges”²⁴¹.

“No requerimento de interposição do recurso de constitucionalidade, a recorrente pede a “apreciação da inconstitucionalidade do artº 8º do DL 322/90, de 18 de Outubro, por violação do disposto no artº n.º 26º da Constituição da República Portuguesa”, dizendo que suscitou a questão “já nas alegações de recurso interpostas para o Supremo Tribunal de Justiça”. ”²⁴²

No recurso de revista, a Requerente alega que o Decreto-Lei 322/90, de 18 de outubro, regula a proteção genérica em favor do agregado familiar. Tal proteção destinava-se “a compensar a perda dos rendimentos de trabalho determinada pela morte, sem a necessidade, para que tal seja reconhecido, de qualquer requisito de insuficiência económica ou vencimento pessoal”²⁴³. Este diploma, segunda a Requerente, “também tenta consagrar e proteger aqueles que vivem em união de facto, estipulado no seu art.º

²⁴¹ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030195.html>. [Consult. 30 de out. 2014], p. 1.

²⁴² Ibidem.

²⁴³ Ibidem.

8º que o direito às prestações por morte é extensivo às pessoas que se encontrem na situação prevista no nº 1 do artº 2020 do CC”²⁴⁴.

A Requerente seguiu sua construção jurídica pedindo a declaração da inconstitucionalidade do artigo 8º “na medida em que faz depender a atribuição das pensões por morte da total aplicação do art.º 2020 do CC”²⁴⁵, por entender que há evidente violação ao artigo 26.º da Constituição.

Por maioria de votos, os Conselheiros do Tribunal Constitucional rejeitaram o recurso da Recorrente e julgaram que não há inconstitucionalidade no artigo 8º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de outubro, “na parte em que faz depender a atribuição da pensão de sobrevivência por morte do beneficiário da segurança social, a quem com ele convivia em união de facto, de todos os requisitos previstos no n.º 1 do artigo 2020º do Código Civil”²⁴⁶.

Dentre os fundamentos apontados pelo Tribunal Constitucional ao declarar a inadmissibilidade do recurso estão a problemática daqueles que vivem em união de facto não serem legítimos ou legitimários do direito invocado (não são herdeiros), a “*inexistência de um vínculo jurídico*, com direitos e deveres e um processo especial de dissolução, entre as pessoas em situação de união de facto”²⁴⁷, a não violação dos princípios da igualdade e proporcionalidade aduzidos pela Requerente, dentre outros fundamentos.

O que nos importa neste estudo de caso é a declaração do voto vencido no Tribunal Constitucional proferido pelo Conselheiro Guilherme da Fonseca.

“Votei vencido, por entender que o recurso merecia provimento e devia ser proferido um juízo de inconstitucionalidade da norma artigo 8º, nº 1, do Decreto-Lei nº 322/90, de 8 de Outubro, por violação dos artigos 13º e 36º, nº 1, da Constituição, na parte em que faz depender a atribuição da pensão de sobrevivência por morte do beneficiário da segurança social a quem com ele convivia em união de facto de todos os requisitos previstos no nº 1 do artigo 2020º, com referência ao artigo 2009º, alínea a) a d), ambos do Código Civil.”²⁴⁸

Continua o Conselheiro do Tribunal Constitucional,

“Ora, o direito às prestações previstas no Decreto-Lei nº 322/90, complementado pelo diploma regulamentar, no âmbito da segurança social, maxime, as pensões de sobrevivência, ainda que o interessado tenha que socorrer-se de acção perante os tribunais civis (artigo 6º da Lei nº 7/2001), é um direito distinto do direito a alimentos da herança do falecido, que deriva do disposto no artigo 2020º do Código

²⁴⁴ Ac. 195//2003, *op. cit.*, p. 1.

²⁴⁵ *Op. cit.*, p. 3.

²⁴⁶ *Op. cit.*, p. 12.

²⁴⁷ *Op. cit.*, p. 11.

²⁴⁸ Ac. 195//2003, *op. cit.*, p. 13.

Civil. O fundamento da atribuição do direito a alimentos a favor da pessoa que vivia com o falecido, em união de facto estável e duradoura (há mais de dois anos, como marido e mulher), e à custa dos bens da herança do falecido, caso existam e sejam suficientes, radica no estatuto das relações parafamiliares e o também direito a receber alimentos dos próprios parentes, pela pessoa sobreviva, desde que a situação patrimonial destes o possibilite, reside nos laços de parentesco familiar dessa pessoa. Este é o quadro civilista, no âmbito da aplicação dos artigos 2020º e 2009º, a) a d).”²⁴⁹

Outra alegação de Guilherme da Fonseca é a condição dos conviventes na união de facto ser análoga ao casamento.

“Outra é a razão de ser da atribuição do direito à pensão de sobrevivência a haver pela pessoa sobrevivente da união de facto – uma vida comum em condições análogas às dos cônjuges – da instituição de segurança social competente para essa atribuição, pois a razão deriva aqui do aforro que foi realizado pela pessoa falecida, no decurso de toda uma vida de trabalho, por via dos descontos nas remunerações que foram sendo legalmente e pontualmente depositados à ordem dessa instituição. Este direito à pensão de sobrevivência e aquele direito a alimentos à custa da herança do falecido ou à custa dos familiares da pessoa sobreviva são realidades absolutamente distintas, são direitos autónomos, conquanto paralelos e até complementares (não se vê, aliás, que haja impedimento a que, reconhecido e obtido o direito à pensão de sobrevivência, estando ela a ser paga, o interessado não possa ainda pedir alimentos, no quadro da lei civil, se a pensão for insuficiente para uma sobrevivência condigna).”²⁵⁰

Em resumo, trata Guilherme da Fonseca da dignidade merecida por aqueles que vivem em união de facto em reais condições (condições materiais e não só legislativas) aos dos cônjuges, apoiada pela declaração constitucional de plena igualdade entre os indivíduos.

Continua o Conselheiro em seu voto vencido a discorrer sobre a “*matéria de equiparação em caso de morte do beneficiário do regime geral de segurança social*”²⁵¹, a demonstrar apoio pelo próprio Código Civil quando preenchidos certos requisitos, e ainda o favorecimento das políticas sociais da Comunidade Europeia, que têm o ideal do favorecimento da família, independentemente se esta nasça do matrimónio ou da união de facto, ou seja, “*evoluiu de um modelo institucional puro, com base no casamento, para vários tipos de família de facto.*”²⁵²

A realidade social tem mudado como salienta o Conselheiro do Tribunal Constitucional. Independentemente do modelo familiar que os indivíduos escolham, entendemos que à luz da Constituição da República, todas as demais leis deverão

²⁴⁹ Idem, p. 16.

²⁵⁰ Ac. 195//2003, *op. cit.*, p. 16.

²⁵¹ Ibidem.

²⁵² *Op. cit.*, p. 18.

confluir para o rio das garantias fundamentais, dos direitos e deveres planeados pela Norma Maior.

“Do pensamento do legislador de 1977 que, com o Decreto-Lei nº 496/77, de 25 de Novembro, introduziu alterações ao Código Civil, incluindo aqueles citados artigos, veio dizer que, em matéria de união de facto, não se foi ‘além de um esboço de protecção’ e que se foi ‘intencionalmente pouco arrojado’, pois havia que ‘não estimular as uniões de facto’ (sic), para o pensamento do legislador de 1999 e 2001 vão mais de vinte anos, que representam um abismo, período em que a realidade social, no quadro do relacionamento de pessoas de sexo diferente ou até do mesmo sexo, transmutou-se quase radicalmente.

A leitura que no acórdão recorrido se faz dessa realidade, dizendo-se que a união de facto ‘não se pode equiparar ao casamento’, mas esquecendo a equiparação à família, à luz do nº 1 do artigo 36º da Constituição, que tanto decorre do casamento, como da união de facto, ainda está a situar-se no mesmo quadro mental do legislador de 1977.”²⁵³

A Constituição não se contradiz. Aproteção tida como mais importante pela Norma Maior é a família, e não o casamento ou a união de facto. Por isso o conceito de mutação constitucional é propício no caso em análise. Se o Texto Constitucional fosse lido (e interpretado) em harmonia com a consequente submissão das leis infraconstitucionais, o problema da proteção social seria solucionado imediatamente. Insistimos que seria resolvido não apenas o problema jurídico do pedido de alimentos da herança (e, no caso apresentado, da pensão de sobrevivência), mas a questão da herança em si seria sanada. Por conseguinte, solucionava-se o aspecto previdenciário e os direitos e deveres a ele pertinentes.

O voto vencido de Guilherme da Fonseca demonstra que há entendimento sobre a inconstitucionalidade do artigo 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei 322/90, de 8 de outubro, face à realidade da Constituição em seus artigos 13.º e 36.º, n.º 1, pois o artigo do Decreto-Lei se afasta da ideia principiológica da igualdade e não discriminação das pessoas.

Assim, Acórdão 195/2003, de 03 de abril, é um exemplo concreto da possibilidade da mutação constitucional em Portugal. Se aplicássemos a via da construção constitucional (conforme dissemos no item 1.2.3.), a mutação constitucional traria efeitos benéficos em todas as esferas tratadas no *decisum* do Tribunal Constitucional. Dentre eles, citámos, um menor número de recursos repetitivos, um menor número de decisões diametralmente opostas sobre uma mesma questão, e ainda a materialização da verdadeira justiça constitucional.

²⁵³ Ac. 195//2003, *op. cit.*, p. 18.

5.2.2. Acórdão n.º 88/04, de 10 de fevereiro – Tribunal Constitucional

O caso em apreço trata do pedido proposto pela Recorrente que interpôs recurso contra a Caixa Geral de Aposentações, por entender que “é herdeira hábil do falecido [...] para efeito de atribuição de pensão de sobrevivência, nos termos do artigo 2020º do CC e do artigo 41º n.º 2 do Estatuto das pensões de Sobrevivência [...]”²⁵⁴.

Sendo a ação julgada improcedente, a Recorrente passa por todas as instâncias necessárias até chegar ao Tribunal Constitucional. Ao chegar no Egrégio Tribunal, há entendimento diverso daqueles utilizados nas outras instâncias, embora não seja um entendimento majoritário neste Tribunal. A questão permeia pelos requisitos exigidos na obtenção da herança, e se estes foram cumpridos; observemos, *in verbis*:

“Deste modo, embora o requerimento de interposição do recurso refira igualmente uma interpretação dos preceitos questionados no sentido de que o direito à pensão de sobrevivência depende “também dos requisitos de prova da não possibilidade de obtenção de alimentos da herança do companheiro falecido ou dos próprios herdeiros do companheiro vivo”, da análise da decisão recorrida pode concluir-se que, em rigor, estão em causa as normas constantes da alínea a) do n.º 1 do artigo 40º e do n.º 2 do artigo 41º do Estatuto das Pensões de Sobrevivência no Funcionalismo Público, interpretadas no sentido – aplicado na decisão recorrida - de que *a atribuição da pensão de sobrevivência por morte de beneficiário da Caixa Geral de Aposentações, a quem com ele convivia em união de facto, depende não apenas da prova da união de facto -convivência com o falecido há mais de dois anos, em condições análogas às dos cônjuges -, mas também da prova do direito do companheiro sobrevivo a receber alimentos da herança do companheiro falecido, o qual terá de ser invocado e reclamado na herança do falecido, com o prévio reconhecimento da impossibilidade da sua obtenção nos termos das alíneas a) a d) do art. 2009º do Código Civil.*”²⁵⁵

O recurso é tido como útil no Tribunal Constitucional, e demonstra que existe uma *função instrumental* quando “a decisão que o resolve se pode projectar com utilidade sobre a causa”²⁵⁶. Desta *função instrumental* extrai-se diversas matérias que elevam a união de facto a um status de ordem familiar, independentemente se seu fim maior for trasmutado em casamento. Citámos trecho importante do *decisum*:

“De facto, tendo presente que o direito de constituir família (artigo 36º, n.º 1, da Constituição) não é apenas produto do casamento, mas pode também resultar de uma situação de união de facto estável e duradoura (nos termos que o legislador, dentro da sua liberdade de conformação, fixa), é, no mínimo, duvidoso que o condicionamento do direito à pensão de sobrevivência, tal como fixado na interpretação normativa que é objecto do recurso - necessidade da *prova do direito do companheiro sobrevivo a receber alimentos da herança do companheiro*

²⁵⁴ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040088.html>. [Consult. 25 de out. 2014].

²⁵⁵ Ac. 88//2004, *op. cit.*, p. 7.

²⁵⁶ *Op. cit.*, p. 8.

falecido, o qual terá de ser invocado e reclamado na herança do falecido, com o prévio reconhecimento da impossibilidade da sua obtenção nos termos das alíneas a) a d) do art. 2009º do Código Civil -, possa ser considerado um instrumento adequado e aceitável para a prossecução de eventuais objectivos políticos de protecção ou incentivo ao casamento. Ao invés, não deixaria, se assim fosse utilizado, de lhe ser aplicável a crítica de que poderia conduzir a uma perversão mercantilista da instituição casamento.”²⁵⁷

A decisão julga a inconstitucionalidade dos artigos 40º, n. 1, e 40º, n. 2 do Estatuto das Pensões de Sobrevivência do Funcionalismo Público. Contudo, não é suficiente tal juízo de inconstitucionalidade, pois o problema maior é a falta de previsão legal para que o companheiro sobrevivente obtenha o direito de suceder o falecido.

Se o Tribunal Constitucional amplia neste caso o conceito de família aos unidos de facto, poderia ampliar o sentido da pensão de sobrevivência, do alimento à herança ou mesmo da herança *per se*, haja vista que o próprio Tribunal reconhece que o casamento não é uma instituição mercantilista.

Ao nosso sentir, não é somente a pensão de sobrevivência, ou mesmo o direito a alimentos da herança que são importantes: a herança em si mesma é um direito que tange à própria dignidade das pessoas que vivem em união de facto, ou melhor, que aplica-se os efeitos da mutação constitucional pela via da manipulação da Constituição (conforme explicámos no item 1.2.2.). Seria uma forma do próprio Tribunal Constitucional permitir a mutação constitucional, de forma a ajustar o Código Civil – e demais legislações que tratam da união de facto – para uma interpretação conforme a Constituição Portuguesa, que traz em seu corpo normativo a igualdade, proporcionalidade e a persecução do Estado em promover a igualdade material entre os portugueses.

No caso em análise, o Tribunal Constitucional entende que os artigos 40.º, n.º 1 e n.º 2 do Decreto-Lei 142/73, de 31 de março, são inconstitucionais, pois não existem motivos ou fundamentos que apóiem um tratamento diferente entre os casados e aqueles que vivem em união de facto. Todavia, afirma o Tribunal que há diferença formal que o próprio legislador preferiu criar entre o companheiro e os *casados pelo matrimónio*. Mas como demonstrado nos censos de 2001 até 2011, muitos preferem esta união de facto ao casamento, significando que a política legislativa de defesa do casamento não é condição fundamental para que os cidadãos optem pelo matrimónio.

²⁵⁷ Ac. 88//2004, *op. cit.*, p. 14.

Aproveitámos este acórdão para expressarmos uma vez mais nossa posição sobre a possibilidade da mutação constitucional em Portugal. Como dito em outras linhas, o fenómeno da mutação constitucional possibilita a utilização material da releitura do texto constitucional com a alteração ou aperfeiçoamento do contexto nele proposto. Tal ato interpretativo propõe uma virada de entendimento frente às realidades sensíveis vividas em uma sociedade.

Se o Tribunal Constitucional se utilizasse da mutação constitucional como tem ocorrido no Brasil (conforme os exemplos iniciais trazidos neste trabalho), cremos que a justiça constitucional seria mais eficiente e eficaz, não apenas para por fim à questão dos “direitos menores” daqueles que vivem em união de facto, mas sobretudo para evitar-se demandas repetitivas, que certamente avolumar-se-ão ao longo do tempo.

O Tribunal no Acórdão citado reconhece que *a constituição de família não é apenas produto do casamento*; este argumento é suficiente para levar o dispositivo do Código Civil²⁵⁸ para uma interpretação conforme os valores principiológicos da igualdade e proporcionalidade, que estão assentes no Texto Maior de Portugal. Seria uma forma de constitucionalização do Direito Civil e das demais legislações infraconstitucionais.

5.2.3. Acórdão n.º 517/2006, de 26 de setembro – Tribunal Constitucional

Em síntese, o Acórdão trata de pedido de reconhecimento da união de facto a equiparar a relação existente aos contornos do Decreto Regulamentar n. 1/94, de 18 de janeiro, de modo que o Centro Nacional de Pensões reconheça tal estado e conceda à Recorrente a pensão de sobrevivência, incluindo as pensões passadas, desde o falecimento de seu companheiro.

Após os trâmites processuais que negaram provimento ao pedido da então Autora, esta intentou recurso ao Tribunal Constitucional. Contudo, a Recorrente não logrou êxito perante o Tribunal, pois foi entendido (apesar de não haver unanimidade) de que se tratava de recurso com questões já apreciadas pelo Tribunal, de acordo com o Acórdão n.º 88/2004, 233/2005 e 195/2003, dentre outros. Importante trazer uma parte da decisão²⁵⁹ que negou o presente recurso:

“No presente recurso, a recorrente acusa ainda o n.º 1 do artigo 3º do Decreto Regulamentar n.º 1/94 de inconstitucionalidade por violação do artigo 115º da Constituição (actual artigo 112º) por exigir “mais” do que o referido artigo 8º, que apenas consideraria necessário que provasse que viveu com o seu companheiro durante mais de 2 anos, antes da morte dele. Alega que ao impor a necessidade de

²⁵⁸ Referimo-nos ao art. 2020º do CCP.

²⁵⁹ <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060517.html>. [Consult. 20 set. 2015].

"propor uma acção contra a herança ou herdeiros do falecido", o Governo "excedeu em exigências o que o legislador não quis".

Trata-se, no entanto, de alegação totalmente infundada.²⁶⁰

E ainda,

"Em todo o caso, e porque neste recurso apenas se podem analisar questões de constitucionalidade – e não de simples ilegalidade, se a mesma ocorresse –, admite-se que a recorrente se refira ao n.º 5 do mesmo artigo 115º, segundo o qual "nenhuma lei pode (...) conferir a actos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos". Sucede, todavia, que o Decreto Regulamentar n.º 1/94 se limitou a regular "o processo de prova das situações a que se refere o n.º 1" do artigo 8º do Decreto-Lei n.º 322/90 e as "condições de atribuição das prestações", nos termos previstos no respectivo n.º 2. Ora, não excedendo a habilitação que lhe foi conferida pelo mesmo n.º 2 do artigo 8º, respeitando a forma ali imposta, e não incorrendo em nenhuma das proibições enunciadas no n.º 5 do referido artigo 115º da Constituição, não se encontra qualquer razão que permita acolher a referida acusação de inconstitucionalidade.

Nestes termos, e sem necessidade de outras considerações, julga-se improcedente esta alegação.²⁶¹

Em nossa interpretação, algumas leis infraconstitucionais têm se mostrado com problemas de interpretação conforme a Constituição; prova disso, é o número de ações e recursos que buscam uma interpretação conforme o Texto Maior. O caso em exame é um deles.

Como dito, há, por um lado, lacunas de ordem interpretativa nos diplomas infraconstitucionais; por outro, há a necessidade de ajustes de ordem social (ou seja, ajustes frente às transformações sociais) que exigem um novo olhar do jurista para as grandes questões que surgiram nas últimas décadas.

A mutação constitucional é mais do que um paliativo doutrinário para o caso em apreço – é, antes de tudo, uma "ideia força" tal como pensada no campo da interpretação jurídica infraconstitucional. O Acórdão n.º 517/2006, se tivesse sido interpretado pela mutação constitucional, através da via da manipulação constitucional (conforme salientamos no item 1.2.2) ou mesmo pela construção constitucional (item 1.2.3.), demonstraria que certos exageros do formalismo doutrinário e legislativo seriam resolvidos pela mudança silenciosa (tal como ocorre com a realidade fática) das concepções sobre o casamento e união de facto *per se*.

A esta altura, convém relembrar o objetivo central de nosso estudo, que é demonstrar as possibilidades da mutação constitucional, conforme se deu em diversos países ocidentais, e trazer a experiência da mudança informal da Constituição para o

²⁶⁰ Ac. 517/2006, *op. cit.*, p. 9.

²⁶¹ Ac. 517/2006, *op. cit.*, p. 10.

ordenamento jurídico português, com a análise da união de facto, e a herança em sentido amplo. Embora reconheçamos que não exista uma tradição de mudanças informais do Texto Maior em Portugal, entendemos que seria uma possibilidade de se recriar um panorama de perspectivas à luz do próprio prisma da Constituição e solucionar casos difíceis (tal como demonstrámos no Brasil em diversas vertentes) sempre tendo a Constituição como fonte interpretativa maior.

Entendemos que há uma dialética entre o quadro histórico do Direito e a compreensão jurídica dos factos, tal como lição construída por Karl Engisch²⁶², ou seja, a tradição e a realidade fática. Contudo, entendemos que a aplicação razoável da mutação constitucional em Portugal resolveria a dicotomia entre aquilo que é e aquilo que poderá ser.

5.2.4. Acórdão n.º 171/2006, de 21 de março – 1ª Seção Cível do Tribunal da Relação de Coimbra

Neste caso, a Apelada (então Autora) demandou na Comarca de Sever do Vouga em face da Caixa Geral de Aposentações (então Ré), para que esta habilite-a à pensão de sobrevivência, “na qualidade de convivente em união de facto”²⁶³ por ter convivido com seu companheiro, falecido posteriormente, e que o mesmo descontou para sua companheira (Apelada) para usufruir da pensão, pois “carece de alimentos e não pode obtê-los das pessoas enumeradas no artigo 2009, a) a d)”²⁶⁴, nem da herança do falecido companheiro.

A Ré (Apelante), Caixa Geral de Aposentações, concedeu o direito à pensão pretendida, pois foi condenada a pagar desde o início do mês seguinte ao falecimento do companheiro da Apelada, conforme preceitua o artigo 36.º, n.º 3º do Decreto-Lei 322/90, de 18 de outubro; contudo, a Apelante não conformou-se com o *decisum*, naquilo que diz respeito ao momento em que se deveria pagar a pensão. Dentre as alegações desenvolvidas pela Caixa Geral de Aposentações, importa-nos discorrer sobre o juízo *a quo* que “não poderia ter reconhecido à Autora, ora Apelada, um direito para

²⁶² Para uma lição aprofundada do tema da interpretação e compreensão das regras jurídicas, v. ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 5.ª ed. Porto: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979, p. 136 e ss.

²⁶³ Acórdão disponível na íntegra em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/4d4da5b42a9dfcc78025716b003bc532?OpenDocument&Highlight=0,heran%C3%A7a,uni%C3%A3o,de,facto>. [Const. 16 out. 2015].

²⁶⁴ Idem, p.1.

cuja titularidade era necessária a aquisição prévia da qualidade de herdeira hábil”²⁶⁵, segundo entendimento da Apelante, e ainda que a Apelada (Autora) “não era herdeira hábil, pois, para o ser teve que recorrer aos Tribunais e obter uma sentença judicial que lhe fixasse o direito a alimentos”²⁶⁶. Diz ainda a Apelante (Caixa Geral de Aposentações):

“(…)

7) A douta sentença recorrida viola, além do mais, o disposto no n.º 2 do artigo 41.º do Estatuto das Pensões de Sobrevivência, pelo que deve ser substituída por outra que reconheça à Autora o direito à pensão de sobrevivência a partir do dia 1 do mês seguinte à data do trânsito em julgado da sentença

8) Quanto à suposta inconstitucionalidade da norma do n.º 2 do art. 41.º do E.P.S., que terá levado o Mem.º Juiz a quo a decidir naquele sentido, o Tribunal Constitucional vem considerando uniformemente que o princípio da igualdade não pode ser entendido de forma absoluta, em termos tais que impeçam o legislador de estabelecer uma disciplina diferente quando diversas forem as situações que as disposições normativas visam regular.

9) É, com efeito, pacífico que o princípio da igualdade, entendido como limite objectivo da discricionariedade legislativa, não veda à lei a realização de distinção. Proíbe-lhe, antes, a adopção de medidas que estabeleçam distinções discriminatórias, ou seja, desigualdades de tratamento materialmente infundadas, sem qualquer fundamento razoável ou sem qualquer justificação objectiva e racional. Numa expressão sintética, o princípio da igualdade, enquanto princípio vinculativo da lei, traduz-se na ideia geral de proibição do arbítrio.

10) Ora, sendo o casamento e a união de facto situações de facto distintas, não há qualquer inconstitucionalidade em o legislador dispensar tratamento diverso a cada um deles.

(…)”²⁶⁷

Assim, a Apelante entende diversamente da sentença recorrida (que aplicou o artigo 36.º, n. 3º do Decreto-Lei n. 322/90, de 18 de outubro), pois havia um conflito de normas a serem aplicadas – a Apelante referia-se ao artigo 41.º, n. 2º do Estatuto das Pensões de Sobrevivência.

O Tribunal da Relação de Coimbra tem o seguinte entendimento:

“(…) Como podemos observar, a divergência reside apenas na escolha da norma a aplicar. Enquanto a sentença recorrida diz que é o artigo 36.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18/10, a apelante refere o n.º 2 do artigo 41.º do E.P.S. (Estatuto das Pensões de Sobrevivência).

Reza assim o primeiro daqueles dispositivos legais: “nos casos em que a atribuição do direito à pensão dependa de sentença judicial, a pensão *é devida desde o início do mês seguinte ao da verificação do evento que o determina*, sem prejuízo do disposto no n.º 4 do artigo 53.º”, que defere o pagamento das prestações para depois do trânsito em julgado da respectiva sentença.

Já o segundo diz que: “aquele que no momento da morte do contribuinte estiver nas condições previstas no artigo 2020.º do Código Civil só será considerado herdeiro hábil para efeitos de pensão de sobrevivência depois de sentença judicial que lhe fixe o direito a alimentos e a pensão de sobrevivência será devida *a partir do dia 1*

²⁶⁵ Ibidem.

²⁶⁶ Op. cit., p. 1.

²⁶⁷ Ac. 171/2006, TRC, op. cit., p. 3.

do mês seguinte àquele em que a requerida, enquanto se mantiver o referido direito". Ora, o diploma base sobre as medidas de protecção das uniões de facto – Lei n.º 7/2001, de 11/05 – diz logo, no seu artigo 1.º, n.º 1 que: "a presente lei regula a situação jurídica de duas pessoas, independentemente do sexo, que vivam em união de facto há mais de dois anos. E o n.º 2 diz que: "nenhuma norma da presente lei prejudica a aplicação de qualquer outra disposição legal ou regulamentar em vigor tendente à protecção jurídica de uniões de facto ou de situações de economia comum".

Quer isto dizer que este diploma deixou em vigor as normas que disciplinam o regime jurídico das pensões da Segurança Social e da Caixa Geral de Aposentações, na medida em que tutelem interesses das uniões de facto. Continuam, assim, em vigor, quer o artigo 36.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 322/90, de 18/10, quer o n.º 2 do artigo 41.º do E.P.S. (Estatuto das Pensões de Sobrevivência). O primeiro destes diplomas define e regulamenta a protecção na eventualidade da morte dos beneficiários do regime geral de segurança social, enquanto o segundo disciplina o regime das pensões de sobrevivência dos funcionários e agentes da Administração Pública.

O falecido B... era funcionário público e a autora o que pretende é habilitar-se à pensão de sobrevivência, que a sua condição permite, na medida em que é contemplada no regime de pensões a cargo da Caixa Geral de Aposentações. Sendo assim, o regime a eleger não é o da protecção na eventualidade da morte dos beneficiários do regime geral de segurança social, mas o das pensões de sobrevivência dos funcionários e agentes da Administração Pública, concretamente o definido no Estatuto das Pensões de Sobrevivência. E aí sim, a resposta à nossa questão tem de sair do já citado artigo 41.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 143/73, de 31 de Março, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 191-B/79 de 25 de Junho. Então a pensão de sobrevivência só será devida *a partir do dia 1 do mês seguinte* àquele em que o herdeiro hábil a requerida. Como só a pode requerer quando for declarado herdeiro hábil, logo só a pode requerer após o trânsito da sentença que declare essa qualidade; e a pensão só é devida a partir do dia um do mês seguinte. Tem razão a apelante. (...)"²⁶⁸

A Apelada, vencida, somente pôde ser herdeira hábil de seu companheiro após o dia um do mês seguinte ao trânsito da sentença que a declarou nesta "categoria sucessória".

Em nosso objetivo, para o caso em análise, não adentraremos às questões legislativas ou processuais, nem mesmo se é *justo* ou *injusto* todo o trâmite que envolve a sucessão *mortis causa* do companheiro sobrevivente. Importa-nos a questão da herança como um Direito fundamental, e como a mudança informal da Constituição poderia trazer uma nova configuração interpretativa para casos como este.

Ao nosso sentir, a herança é Direito pertencente àquele que viveu como cônjuge ou companheiro do falecido. Numa ordem de vocação hereditária, deveria ser o primeiro na contemplação sucessória pelo motivo suscitado na Constituição da República (artigos 1.º, 9.º, d, 13.º e 26.º). Para alguns autores, viver em união de facto

²⁶⁸ Ac. 171/2006, TRC, *op. cit.*, p. 2.

não é indigno, mas é uma *opção de vida*, e caberia um tratamento equiparado ao casamento²⁶⁹.

Como ocorrera nos EUA, a própria Constituição evoluiu com as mudanças políticas e sociais surgidas ao longo do tempo. Merece citar lição de Ferraz sobre o caráter genérico e sintático das normas, o que leva (ou propicia) as mudanças informais da Constituição,

“O caráter sintético e genérico das normas constitucionais exige do intérprete, mais do que apenas *descobrir* ou *revelar* o sentido da norma; exige que ele a adapte, ao aplicá-la, à multiplicidade, à complexidade dos casos concretos e da situação histórica presente.”²⁷⁰

É neste sentido que entendemos o Acórdão n.º 171/2006, de 21 de março – uma possibilidade de interpretação construída sob os alicerces dos direitos fundantes da República, privilegiando a constitucionalização de toda a legislação abaixo do Texto Maior. Assim, estaria sanada a problemática sucessória pleiteada naquele tempo pela companheira sobrevivente.

5.2.5. Acórdão n.º 26/2007, de 17 de janeiro – Tribunal Constitucional

Quando existe divergência de opinião sobre determinado facto, torna-se crível de que este facto poderá sofrer outras abordagens, outras interpretações também plausíveis.

A máxima escolástica de que *contra facto não há argumento* não se aplica quando lidámos com direitos sensíveis como os direitos fundamentais, ou, de outra forma, aplica-se esta máxima quando o Direito que se apregoa é tão somente direitos fundamentais. É o que ocorre no Acórdão supracitado.

Há uma situação análoga com o acórdão n.º 88/04, de 10 de fevereiro, com exceção do reconhecimento da convivência *more uxorio* – a pensão de sobrevivência por morte do marido da Recorrente.

Não logrando êxito eu seus pedidos, a recorrente interpõe recurso ao Tribunal Constitucional. No entanto, o Tribunal decide não julgar inconstitucional os artigos propostos pela recorrente²⁷¹.

Em princípio, parece haver uma conformidade dos artigos citados com o texto constitucional; ora não.

²⁶⁹ Em sentido geral, v. PITÃO, *op. cit.*, p. 169 e ss., em especial, v. p. 177.

²⁷⁰ *Op. cit.*, p. 48.

²⁷¹ V. Acórdão em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070026.html>. [Consult. 27 out. 2014].

Algumas questões pertinentes ao nosso trabalho são tratadas pelo Tribunal, como ocorrera no acórdão 88/04, e destacámos o seguinte trecho do *decisum* para elucidação:

“8. Entende-se ser justamente isto o que se passa com a interpretação em causa, segundo a qual os requisitos para o direito à pensão de sobrevivência são diversos, dependendo, no caso de união de facto, e tal como em geral para o direito a alimentos nos termos do artigo 2020.º do Código Civil, de aquele ter direito a obter alimentos da herança, por não os poder obter das pessoas referidas no artigo 2009.º do mesmo Código.

Aliás, não é só para o companheiro sobrevivente que existem condições específicas para ser reconhecido o direito à pensão: o ex-cônjuge ou cônjuge separado de pessoas e bens só dela beneficia se tiver sido casado com o beneficiário pelo menos um ano e se na data da morte *tiver direito a uma pensão de alimentos*; os pais e os avós têm de estar “a cargo” do contribuinte à data da morte para terem direito a pensão, etc. E a pensão cessa quando os titulares do direito obtiverem outras fontes de rendimento. Apenas ao cônjuge não são exigidas condições adicionais, pois os cônjuges estão ligados por *específicos deveres* de solidariedade patrimonial – o dever de assistência e, na constância do casamento, o dever de contribuir para os encargos da vida familiar (artigos 1672.º e 1675.º do Código Civil). Diversamente, a união de facto não implica forçosamente, por opção das partes, deveres patrimoniais, ou uma geral solidariedade patrimonial, admitindo-se mesmo que quem vive em união de facto continue a ter direito a alimentos do ex-cônjuge ou, até, mantenha uma pensão de sobrevivência (e podendo mesmo ser este o motivo para continuar na situação de união de facto, e não casar). Recorde-se, aliás, que os próprios diplomas que introduziram medidas de protecção das pessoas que vivem em união de facto (Leis n.ºs 135/99, de 28 de Agosto, e 7/2001, de 11 de Maio) não obrigaram os membros da união de facto a deveres de assistência recíprocos ou a deveres de alimentos em caso de ruptura, ou, sequer, alteraram os preceitos do Código Civil sobre alimentos em caso de morte.”²⁷²

Tudo gira em torno de requisitos formais que poderiam ser rejeitados se houvesse entendimento de que o fenómeno da mutação constitucional se aplica em casos como este. A prova deste raciocínio é extraída do voto vencido da Conselheira Maria Fernanda Palma, que diz:

“Considero que a norma em apreciação é inconstitucional pelas razões constantes da declarações de voto apostas no Acórdão nº 195/03 (v., ainda, o Acórdão nº 88/04). Com efeito, não obstante a diferença da presente questão (nestes autos, o requerente da pensão era separado judicialmente de pessoas e bens do defunto, vivendo com ele em economia comum), entendo que as razões dos votos de vencidos se aplicam no presente caso (por maioria de razão, até).
Considero, assim, inconstitucional a norma em apreciação.”²⁷³

Parece-nos que a jurisprudência começa a despertar para fatores mais úteis de entendimento das normas, sobretudo quando se fala em direitos fundamentais. A Conselheira faz-se valer do entendimento do acórdão n. 88/04, acórdão este que já havia se manifestado sobre a inconstitucionalidade do artigo 40.º n.º 1 e n.º 2 do Estatuto de Pensões. Poderíamos chamar esta situação como o início da interpretação conforme a

²⁷² Ac. 26/2007, *op. cit.*, p. 21.

²⁷³ *Idem*, p. 23.

Constituição, que levará, cedo ou tarde, ao reconhecimento do fenómeno da mutação constitucional em terras portuguesas.

A mutação constitucional por via dos costumes (conforme o item 1.2.5. por nós trazido), demonstra que estes surgem não apenas em resposta aos anseios dos indivíduos em dada comunidade, mas por via transversa, surgem pelos costumes jurisprudenciais, numa interpretação lógico-sistemática da realidade e sua aproximação com o texto constitucional.

As experiências brasileiras trazidas neste trabalho corroboram com esta dinâmica. Num primeiro momento, houve por parte do juízes certa resistência (ou mesmo prudência) em reconhecer o fenómeno da mutação constitucional como *modus operandi* das novas situações que se avolumavam nos tribunais. Posteriormente, os casos analisados eram interpretados à luz dos direitos fundamentais e seu análogo com a Carta Política do Brasil. Tal como aconteceu no Acórdão 26/2007, de 17 de janeiro, muitos magistrados cederam (ou passaram a ceder) diante das realidades sociais de peso, que se estendiam através do tempo e demonstravam a necessidade de uma interpretação informal (mas séria, pautada em valores dogmáticos) das grandes questões suscitadas, sem, contudo, alterar uma vírgula do texto constitucional.

Creemos que esta via de manipulação do Texto Maior português poderá beneficiar centenas de pessoas que vivam em união de facto, com o desiderato maior da busca de uma sociedade justa, igualitária e satisfeita em seus direitos e garantias.

CONCLUSÕES

Há uma realidade na vida jurídica portuguesa: a união de facto é encarada como uma entidade parafamiliar, e tem valor jurídico modesto, tímido no cenário nacional. Embora atualmente seja um modo de vida gozado por muitos cidadãos, seu valor jurídico é temerário. Mas isto pode ser suplantado mediante a intervenção do Egrégio Tribunal Constitucional.

Iniciámos este trabalho com experiências e proposições sobre o fenómeno da mutação constitucional como uma fórmula jurídica de alteração do contexto da norma constitucional, sem, todavia, mudá-la. Demonstrámos que as emendas e revisões constitucionais podem se tornar processos morosos e contrários às mudanças que ocorrem rapidamente na sociedade. Destacámos, por via reflexa, as mudanças informais da Constituição no Brasil (além de outros casos históricos noutros Estados), como um exemplo possível para Portugal no âmbito da satisfação de direitos fundamentais, sobretudo na questão da herança para os que vivem em união de facto.

Os casos narrados em Portugal – e apreciados pelo Tribunal Constitucional e Tribunal da Relação de Coimbra –, foram utilizados como licença de expressão jurídica, com a finalidade pedagógica precípua de introduzir o tema das mudanças informais da Constituição à luz de situações reais outrora julgadas pelos Tribunais.

São destes Tribunais – sobretudo do Tribunal Constitucional – a responsabilidade de conferir se a Constituição tem sido efetivamente cumprida. Em alguns casos apreciados, vê-se nítida manifestação dos Conselheiros vencidos em seus votos de que certas regras infraconstitucionais são percebidas como contrárias ao texto legal constitucional, sobretudo quando a própria Constituição de Portugal veda a discriminação e louva os direitos fundamentais.

Nos casos trazidos neste trabalho, como dito em outro momento, foram levantados problemas jurídicos elementares que deixam milhares de cidadãos portugueses desamparados quando da morte do companheiro, ou melhor, certos direitos são mitigados por questões de dogmática jurídica, o que leva o companheiro sobrevivente a muitas vezes situações vexatórias.

O Tribunal Constitucional e o próprio Tribunal da Relação em seus serviços tornar-se-ão mais expressivos se se servirem do fenómeno da mutação constitucional como contributo de interpretação da Carta Política e das demais leis

infraconstitucionais. Nas duas vertentes – constitucional e infraconstitucional –, haverá uma interpretação conforme os ditames principiológicos da Magna Carta; dito de outro modo, as razões de um Estado democrático existir estão concatenadas na órbita da dignidade do ser humano, em sua igualdade material frente aos abusos do Poder Público, e ainda na proporcionalidade das leis criadas por um Estado de Direito Democrático e suas implicações na vida real do cidadão.

Nos casos trazidos neste trabalho observámos que há no Estado Português uma vocação para se servir da mutação constitucional, mas é fundamental que o Tribunal Constitucional se sensibilize com as situações concretas que lhe são apresentadas, e lhes dê uma interpretação mais ampla do que abstrata, mesmo que isto fira o princípio kelseniano de ordenamento das leis. Pensámos que é mais importante a realidade social (no caso deste trabalho a união de facto e o direito à herança), do que o corpo jurídico apregoado por Kelsen, pois este conjunto de disposições normativas somente será válido se estiver calcado na busca da própria justiça constitucional.

Esta é a melhor interpretação que uma lei poderá ter: o contexto normativo pode ser ampliado sem, contudo, que haja mudança no texto objeto da interpretação. Deste modo, não há que temer a falta da segurança jurídica, nem as mudanças legislativas que muitas vezes não se harmonizam com as realidades dos cidadãos. Tem sido assim no Brasil. Poderá ser assim em Portugal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. *The Holmes Lectures: The Living Constitution*. Harvard Law Review, 2007.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de Et. Tal. *Introdução ao Direito Comparado*. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-5066-9.

BAHENA, Marcos. *Alimentos e União Estável à Luz da Nova Lei Civil*. 5.^a ed. Leme: Mizuno, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Constituição do Novo Modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. ISBN 978-85-02-07279-4.

BITTAR, Eduardo Carlos Et. Al. *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2007. ISBN 978-85-224-4564-6.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Ddireito Constitucional*. 30.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015. ISBN 97-85-392-0271-3.

BOTELHO, Nadjá Machado. *Mutação Constitucional: a Constituição viva de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. ISBN 978-85-375-1059-9.

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

BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito Constitucional ao alcance de todos*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN 978-85-02-09101-6.

BULOS, Ualdi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ^a ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN 978-85-02-21900-7.

CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. 2.^a ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-09993-3.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6.^a ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CAVALEIRO, Tiago Nuno Pimentel. *A União de Facto no Ordenamento Jurídico Português. Análise de Alguns Aspectos de Índole Patrimonial*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2015. Dissertação de Mestrado.

CHAVES, João Queiroga. *Casamento, Divórcio e União de Facto*. 2.^a ed. rev. atual. e aument. Lisboa: Quid Juris, 2010. ISBN 978-972-724-541-3.

- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso De Direito Civil, Volume 5*. 5.^a ed. rev. e atual. (eletrónica). São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-15961-7.
- DUARTE, Fernanda; VIEIRA, José Ribas (organizadores). *Teoria da Mudança Constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. ISBN 85-7147-496-6.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 5.^a ed. Porto: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonard, 1986.
- FERREIRA, Fábio Alves. *O Reconhecimento da União de Fato como Entidade Familiar e a sua Transformação num Casamento não Solene*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, Volume 6*. 9.^a ed. (eletrónica). São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-14841-3.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de Direito Constitucional, Volume 2*. 4.^a ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-4680-8.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- HESPANHA, António Manuel. *Como os Juristas viam o Mundo. 1550-1750: Direitos, Estados, Coisas, Contratos, Ações, Crimes*. Lisboa: Ed. António Manuel Hespanha, 2015 (ed. eletrónica). ISBN-13, ed. impres. 978-1508797524.
- KUBLISCKAS, Wellington Márcio. *Emendas e Mutações Constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Atlas, 2009. ISBN 978-85-224-5242-2.
- LEITE, Sofia. *Revista de Estudos Demográficos*, n.33.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2.^a ed. Tradução para a língua espanhola por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editora Ariel, 1979. ISBN 83344 17928.
- MELO, Teresa. *Mutação Constitucional no Brasil e nos Estados Unidos*. San Diego: Curso de Introdução ao Direito Americano.

MENDES, Gilmar Ferreira Et. Tal. *Curso de Direito Constitucional*. 7.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-115507-7.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de Direito e Jurisdição Constitucional –2002-2010*. 1.^a ed. (eletrónica). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1.087. ISBN 978-85-02-17950-9.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. ISBN 978-85-309-5224-2.

OLIVEIRA NETO, Renato Avelino de. *Contrato de Coabitação na União de Facto: confronto entre o Direito brasileiro e português*. Coimbra: Almedina, 2006.

OTERO, Paulo. *Direito Constitucional Português, Volume I*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 37. ISBN 978-972-40-4149-0.

PAULO, Vicente Et. Al. *Resumo de Direito Constitucional Descomplicado*. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. ISBN 978-85-309-3162-9.

PEDRA, Adriano Sant’Ana. *Teoria da Mutação Constitucional: limites e possibilidades das mudanças informais da Constituição a partir da teoria da concretização*. São Paulo: Universidade Católica de São Paulo, 2009. Tese de Doutorado.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, Direito de Família, Volume V*. 22.^a ed. (eletrónica), rev. e atualizada por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2014. ISBN 978-85-309-5212-0.

PITÃO, José António de França. *Unões de Facto e Economia Comum*. 3.^a ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-4616-7.

REALE, Miguel. *Noções Preliminares de Direito*. 27.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005. ISBN 85-02-04126-6.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil, Volume 7*. 26.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007. ISBN 85-02-04403-6.

RODRIGUES, Catarina Maria dos Santos. *Sobre o Estado da União de Facto. Caso Especial do Unido de Facto na Acção Executiva*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2015. Dissertação de Mestrado.

ROLLNERT LIERN, Göran. *La Mutación Constitucional: Entre la Interpretación y la Jurisdicción Constitucional*. Valencia: Revista Española de Derecho Constitucional, 2014, n. 101. ISSN 0211-5743.

SÁNCHEZ URRUTIA, Ana Victoria. *Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución: una aproximación al origen del concepto*. Revista Española de Derecho Constitucional, año 20, núm. 58, Enero-Abril 2000.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. *Reconstruindo o Conceito de Mutação Constitucional*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). Rio de Janeiro: Unisinos, 2015.

SAUVÉ, Jean-Marc. *Les Mutations Constitutionnelles. Colloque organisé par la Société de Législation Comparée*. Paris: Conseil d'Etat, 2013.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Nagib Slaib Filho e Gláucia Carvalho (atualizadores). 28.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. ISBN 978-85-309-2742-4.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz Et. Al. *Curso de Direito Civil, Volume 2*. 42.^a ed. (eletrônica). São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-16734-6.

VARGAS, Denise Soares. *Mutação Constitucional via Decisões Aditivas. Limites e Legitimidade*. Brasília/DF: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2012. Dissertação de Mestrado.

FONTES DOCUMENTAIS

INSTITUTO NACIONAL DE ESTATÍSTICA. *Famílias nos Censos 2011: Diversidade e Mudança*, de 20 novembro de 2013.

JORNAL PÚBLICO.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Recurso Extraordinário número 74.655, *Diário da Justiça*, de 1º de junho de 1973.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Recurso Extraordinário número 104.930, *Diário da Justiça*, de 10 de maio de 1985.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Mandado de Segurança/DF número 20.927, *Diário da Justiça*, de 15 de abril de 1994.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Mandado de Segurança/DF número 26.602-3, *Diário da Justiça*, de 16 de outubro de 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Ação Direita de Inconstitucionalidade número 42.777/DF, *Diário da Justiça*, de 14 de outubro de 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 132, *Diário da Justiça*, de 14 de outubro de 2011.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Acórdão número 690/1998, *Diário da República* de 08 de março de 1999.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Acórdão número 195/2003, *Diário da República* de 03 de abril.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Acórdão número 88/2004, *Diário da República* de 10 de fevereiro.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Acórdão número 517/2006, *Diário da República* de 26 de setembro.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Acórdão número 26/2007, *Diário da República* de 17 de janeiro.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA, Acórdão número 171/2006, de 21 de março.

VADE MECUM. *Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti.* Versão Digital. São Paulo: Saraiva, 2014.

