

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 397.762-8 BAHIA

V O T O - V I S T A

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO

Cuida-se de recurso extraordinário, interposto com fundamento na alínea "a" do inciso III do art. 102 da Constituição Federal. Recurso contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, cuja ementa está assim redigida:

"APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO DE EX-COMPANHEIRA. DIREITO AO RECEBIMENTO, AINDA QUE CASADO FOSSE O DE CUJUS.

Na inteligência da regra do art. 226, parágrafo 3º, da Constituição, tem a companheira direito à pensão, uma vez demonstrada a união estável, ainda que se trate de união paralela com a de um casamento em vigor.

Apelo provido. Decisão unânime."

2. Pois bem, o ministro Marco Aurélio, relator do feito, concluiu o seu voto com a invocação do art. 1.727 do

Código Civil, assim vernacularmente posto: "As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato". Isto para assentar (ele, Relator) que "O concubinato não se iguala à união estável, no que esta acaba fazendo as vezes, em termos de conseqüências, do casamento. Gera, quando muito, a denominada sociedade de fato.

3. Em seqüência, disse Sua Excelência que "Tenho como infringido pela Corte de origem o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, razão pela qual conheço e provejo o recurso para restabelecer a sentença prolatada pelo Juízo."

3. Foi quando pedi vista dos autos para u'a mais detida análise pessoal da matéria. Razão porque, agora, trago o feito à consideração desta colenda Turma.

4. Votando, devo lembrar aos meus Pares que faz parte da nossa Lei Maior todo um especializado capítulo sobre estes quatro temas: a família, a criança, o adolescente e o idoso (capítulo VII do título VIII, versante este sobre a "Ordem Social"). Capítulo que tem um denominador comum, ou um mesmo fio condutor, **que é tratar dos quatro temas por modo protetivo. Tutelar.**

5. Cuida-se, portanto, de um conjunto normativo-constitucional de proteção que, para melhor alcançar os seus desígnios, opera por imbricamento ou rigoroso entrelace das quatro matérias. Cada um dos assuntos a ter no outro um necessário referencial, **de sorte a se ter uma planilha conceitual de vasos comunicantes**. Numa frase, cada qual desses quatro temas centrais de Direito Constitucional somente ganha plenitude de sentido se ao prestígio de um corresponder o prestígio do outro.

6. Faço este necessário intróito para deixar claro que a sorte comum dos quatro temas é de tal ordem, normativamente falando, que chega a operar como imposição hermenêutica. O operador jurídico a necessariamente focar o Magno Texto por um visual que integre todas as vertentes protetivas das quatro encarecidas figuras de Direito: família, criança, adolescente, idoso. Vale dizer, **o hermeneuta não tem como fugir do imperativo de que ao capítulo constitucional em causa é de ser conferido o máximo de congruente unidade**. Sem o que um dado instituto pode resultar *sobrevalorado*, enquanto outro, bem ao contrário, subdimensionado em sua ontologia e funcionalidade. Tratamento hermenêutico dissociado que, já se percebe, importa um caminhar a contrapasso da Constituição, pois o certo é que, se ela própria, Constituição, confere “especial proteção do Estado” à

família (caput do art. 226), por outro lado impõe à família mesma, à sociedade e ao Estado o “dever” de:

I - “assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade” um exposto e alongado catálogo de direitos subjetivos: “direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (art. 227, cabeça, revelador de que “absoluta prioridade” é postura de ação estatal ainda mais expressiva que “especial proteção”; isto é, *saltando aos olhos* que o dever do Estado para com as crianças e os adolescentes é ainda mais forte que a tutela por ele devida à própria família”;

II - “amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

8. Uma outra razão contribui para que se faça uma interpretação rigorosamente conjugada dos quatro institutos. É que eles ainda são normados em outras passagens esparsas da Constituição. **E normados, enfatize-**

se, com o mesmo e assumido propósito de receber tratamento favorecido, como se lê, por amostragem: a) do rol dos direitos sociais (art. 6º); b) do salário mínimo (inciso IV do art. 7º); c) do direito a creche (inciso XXV do mesmo art. 7º); d) da competência legislativa concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal (inciso XV do art. 24); e) do usucapião extraordinário urbano (art. 183) e rural (art. 191); f) da previdência e assistência social (inciso I do art. 201, combinadamente com o § 12 desse mesmo artigo e os incisos I e V do art. 203); g) da educação formal (inciso IV do art. 208, mais o § 2º do art. 211).

9. Se é assim, quero dizer, se estamos a lidar com temas ora enfeixados em autonomizado capítulo constitucional ora esparramados por segmentos outros do Magno Texto, mas todos eles sob cláusula constitucional de proteção, é de rigor metodológico a busca da compreensão interligada de cada um deles. Compreensão que há de se ter a partir daquele primeiramente versado pelo art. 226, **que é a família**, assim literalmente posto pela nossa Constituição: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Mas a família, aqui, é versada numa acepção que me parece nitidamente binária, a saber:

I - como “entidade” (§ 3º desse mesmo art. 226), que outra coisa não é senão instituição ou aparelho que se estrutura factual e juridicamente para atuar como idéia-força. *Locomotiva social*, na medida em que voltada para a formação de personalidades individuais que se destinam a uma vida relacional ainda mais ampla, porque desenvolvida no seio de toda a sociedade humana (o aristotélico agir do ser humano enquanto membro da *pólis* ou “animal político”). Onde o seguinte enunciado normativo-constitucional: “A educação, direito de todos e dever do Estado **e da família**, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, **seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho**” (art. 205, sem destaque no original).

II - a família como espaço usual da mais próxima, topograficamente, e da mais íntima, afetivamente, convivência humana. Depurada expressão de gregarismo doméstico. Com a força, portanto, de transformar anódinas casas em personalizados “lares” (§1º do art. 230). Vale dizer, a família como ambiente de proteção

física e aconchego amoroso, a se revelar como a primeira das comunidades humanas. O necessário e particularizado pedaço de chão no mundo. O templo secular de cada pessoa física ou natural, a que a Magna Lei apõe o rótulo de “asilo inviolável do indivíduo” (inciso XI do art. 5º). Logo, a mais elementar “comunidade” (§ 4º do art. 226) ou o mais apropriado *locus* de desfrute dos direitos fundamentais à “intimidade” e à “privacidade” (art. 5º, inciso X), porquanto significativo de vida em comunhão (comunidade vem de *comum unidade*, é sempre bom remarcar).

10. Por esse mais largo espectro de intelecção da família como categoria de Direito Constitucional, ajuízo que a primeira modalidade de sua formação é, para a nossa Lei Maior, o casamento civil (“O casamento é civil e gratuita a sua celebração”, conforme dicção do § 1º do art. 226). A segunda forma de “entidade familiar” é a que vem no parágrafo imediato, a designá-la como “união estável” (“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”). Uma terceira modalidade é a doutrinariamente chamada de “família monoparental”, que o Magno Texto Republicano

regula por esta forma: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (§ 3º).

11. Atento aos limites materiais da controvérsia, pergunto: qual o sentido do fraseado “união estável”, ali no peregrino texto da Lei Republicana? Convivência duradoura do homem e da mulher, expressiva de uma identidade de propósitos afetivo-ético-espirituais que resiste às intempéries do humor e da vida? Um perdurável tempo de vida em comum, então, a comparecer como *elemento objetivo do tipo*, bastando, por si mesmo, para deflagrar a incidência do comando constitucional? Esse tempo ou alongado período de coalescência que amalgama caracteres e comprova a firmeza dos originários laços de personalíssima atração do casal? Tempo que cimenta ou consolida a mais delicada e difícil relação de alteridade por parte de quem se dispôs ao sempre arriscado, sempre corajoso projeto de uma busca de felicidade amorosa (coragem, em francês, é *courage*, termo que se compõe do substantivo *coeur* e do sufixo *age*, para significar, exatamente, “o agir do coração”)? Sabido que, nos insondáveis domínios do amor, ou a gente se entrega a ele de vista fechada ou já não tem olhos abertos para mais nada? Pouco importando se os protagonistas desse incomparável projeto de *felicidade-a-dois* sejam ou não, concretamente, desimpedidos para o

casamento civil? Tenham ou não uma vida sentimental paralela, inclusive sob a roupagem de um casamento *de papel passado*? (vida sentimental paralela que, tal como a preferência sexual, somente diz respeito aos respectivos agentes)? Pois que, se desimpedidos forem, a lei facilitará a conversão do seu companheirismo em casamento civil, mas, ainda que não haja tal desimpedimento, nem por isso o par de amantes deixa de constituir essa por si mesma valiosa comunidade familiar? Uma comunidade que, além de complementadora dos sexos e viabilizadora do amor, o mais das vezes se faz acompanhar de toda uma prole? E que se caracteriza pelo financiamento material do lar com receitas e despesas em comunhão? Quando não a formação de um patrimônio igualmente comum, por menor ou por maior que ele seja? Comunidade, enfim, que, por modo quase invariável, se consolida *por obra e graça* de um investimento físico-sentimental tão sem fronteiras, tão sem limites que a eventual perda do parceiro sobrevém como vital desfalque econômico e a mais pesada carga de viuvez? Pra não dizer a mais dolorosa das sensações de que a melhor parte de si mesmo já foi arrancada com o óbito do companheiro? Um sentimento de perda que não guarda a menor proporcionalidade com o modo formal, ou não, de constituição do vínculo familiar?

12. Minha resposta é afirmativa para todas as perguntas. Francamente afirmativa, acrescento, porque a união estável se define por exclusão do casamento civil e da formação da família monoparental. É o que sobra dessas duas formatações, de modo a constituir uma terceira via: **o *tertium genus* do companheirismo, abarcante assim dos casais desimpedidos para o casamento civil, ou, reversamente, ainda sem condições jurídicas para tanto.** Daí ela própria, Constituição, falar explicitamente de “cônjuge ou companheiro” no inciso V do seu art. 201, a propósito do direito a pensão por porte de segurado da previdência social geral. “Companheiro” como situação jurídico-ativa de quem mantinha com o segurado falecido uma relação doméstica de franca estabilidade (“união estável”). Sem essa palavra azeda, feia, discriminadora, preconceituosa, do **concubinato**. Estou a dizer: não há concubinos para a Lei Mais Alta do nosso País, porém casais em situação de companheirismo. Até porque o concubinato implicaria discriminar os eventuais filhos do casal, que passariam a ser rotulados de “filhos concubinários”. Designação pejorativa, essa, incontornavelmente agressora do enunciado constitucional de que “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (§6º do art. 227, negritos à parte).

13. Com efeito, à luz do Direito Constitucional brasileiro o que importa é a formação em si de um novo e duradouro núcleo doméstico. A concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. **Isto é família**, pouco importando se um dos parceiros mantém uma concomitante relação sentimental *a-dois*. No que *andou bem* a nossa Lei Maior, ajuízo, pois ao Direito não é dado sentir ciúmes pela parte supostamente traída, sabido que esse órgão chamado coração "*é terra que ninguém nunca pisou*". Ele, coração humano, a se integrar num contexto empírico da mais entranhada privacidade, perante a qual o Ordenamento Jurídico somente pode atuar como instância protetiva. Não censura ou por qualquer modo embaraçante.

14. Sinta-se que, no âmbito mesmo do capítulo constitucional de nº VII, título VIII, o dever que se impõe à família para assistir amplamente a criança e o adolescente (art. 227, cabeça) **não cessa pelo fato de se tratar de casal impedido de contrair matrimônio civil**. Nada disso! O casal é destinatário, sim, da imposição constitucional de múltiplos deveres, tanto quanto seus filhos até à adolescência se fazem titulares de todos os direitos ali expressamente listados. E se o casal não tem como se escusar de tal imposição jurídica, claro está que a

família por ele constituída faz jus “à proteção especial” de que versa a cabeça do art. 226. Verso e reverso de uma só medalha. *Estrada de mão dupla* como imperativo de política pública e justiça material.

15. Igual raciocínio toma corpo para as vezes tantas em que a nossa Constituição, já agora em regulações esparsas, põe os núcleos familiares como protagonistas de situações jurídicas. Por hipótese, “a proteção à maternidade e à infância”, reportada pelo *caput* do art. 6º, é de se dar no seio toda espécie de família na qual os dois fenômenos transcorram, ou mesmo fora de qualquer núcleo familiar. O salário mínimo, nacionalmente unificado, é de se traduzir em valor que atenda “às necessidades vitais básicas” do trabalhador “e às de sua família” (inciso IV do art. 7º), sem se perguntar a Constituição Federal sobre qualquer das três referidas modalidades de grupamento doméstico. O usucapião urbano, tanto quanto o rural, é para contemplar o possuidor e sua eventual família (arts. 183 e 191, respectivamente), também sem a menor diferenciação constitucional quanto à natureza do vínculo entre partes. Não destoia dessa diretriz a nossa Lei Maior em temas como a previdência social (inciso IV e V do art. 201) e assistência social (inciso I do art. 203), mais em tema de educação (art. 205), a nos dar o conforto intelectual da confirmação do quanto estamos a sustentar sobre a união

estável como categoria constitutiva de um *tertium genus* grupal-doméstico.

16. Em síntese, esse é mais um campo de regulação em que a Constituição brasileira dá mostras de respirar os depurados ares de uma nova quadra histórica¹. Um tempo do mais decidido prestígio para o direito à liberdade amorosa e, por conseqüência, ao princípio da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º). A implicar trato conceitual mais dilatado para a figura jurídica da família, portanto. Indo a presente ordem constitucional bem além do que foi a Carta precedente (a de 1967/1969), que apenas contemplava o casamento como forma de legítima fundação dos núcleos domésticos, *literis*: “A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos” (Art. 167).

¹ Vale ressaltar que a legislação infraconstitucional, também sob influência da nova quadra histórica a que me referi, empresta um trato conceitual mais dilatado para a figura jurídica da família. Como exemplo, menciono o art. 241 da Lei nº 8.112/90 (“Art. 241. Consideram-se da família do servidor, além do cônjuge e filhos, quaisquer pessoas que vivam às suas expensas e constem do seu assentamento individual. Parágrafo único. Equipara-se ao cônjuge a companheira ou companheiro, que comprove união estável como entidade familiar”).

17. No caso dos presentes autos, o acórdão de que se recorre tem lastro factual comprobatório da estabilidade da relação de companheirismo que mantinha a parte recorrida com o *de cujus*, então segurado da previdência social. Relação amorosa de que resultou filiação e que fez da companheira uma dependente econômica do seu então parceiro, de modo a atrair para a resolução deste litígio o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Pelo que, também desconsiderando a relação de casamento civil que o então segurado mantinha com outra mulher, perfilho o entendimento da Corte Estadual para desprover, como efetivamente desprovejo, o excepcional apelo. O que faço com as vênias de estilo ao relator do feito, ministro Marco Aurélio.

* * * * *

