

## **A moderação do Judiciário e a missão da lei: reflexões sobre a distinção entre união estável e casamento**



### **Douglas Camarinha Gonzales**

Juiz Federal. Mestre em Direito de Estado pela USP. Especialista em Direito Empresarial pela PUC/PR. Especialista em Direito Penal pelo IBCCRIM/Universidade Coimbra. Professor de Direito do IDP/SP e do Federal Concursos.



### **Adriano Jamal Batista**

Advogado civilista. Doutorando em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito Civil pela USP.

---

SUMÁRIO: 1 Reflexões iniciais. 2 *Judicial review*. 3 União estável e a histórica distinção com o casamento. 4 Reflexos no âmbito do Direito Previdenciário. 5 Conclusões. Referências.

## 1 Reflexões iniciais

O presente ensaio busca pinçar algumas reflexões jurídicas, políticas e sociais sobre o Estado de Direito reivindicado pela Carta Republicana, à luz da matriz legal e jurisdicional do Direito Civil, que vivifica a sociedade civil, frente aos reflexos judiciais de controle de constitucionalidade.

Convida-se, pois, o leitor para um dos mais pulsantes debates na Teoria Geral do Direito, qual seja, a prerrogativa do governo do povo ser tutelada por um crivo jurisdicional de controle de constitucionalidade e a resposta à seguinte indagação: i) o futuro Parlamento poderá disciplinar distintamente a união estável do casamento para efeitos gerais?

Tais reflexões serão respondidas sob a perspectiva dos debates internacionais no âmbito da Teoria Geral do Direito, das críticas dos civilistas a respeito do tema e das decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal (STF), entre elas a decisão prolatada no RE 878.694/MG, cuja operabilidade da decisão circunscreve-se apenas para efeitos sucessórios, nos seguintes termos:

O Tribunal, apreciando o tema 809 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Ministro Relator, deu provimento ao recurso, para reconhecer de forma incidental a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 e declarar o direito da recorrente a participar da herança de seu companheiro em conformidade com o regime jurídico estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002, vencidos os Ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, que votaram negando provimento ao recurso. Em seguida, o Tribunal, vencido o Ministro Marco Aurélio, fixou tese nos seguintes termos: “É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto

nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002” [...] - Plenário, 10.5.2017. (STF, Pleno, RE 878.694/MG, Relator Ministro Roberto Barroso, j. 10/05/2017, DJe 05/02/2018)

As respostas serão apresentadas em sintonia com os reclamos sociopolíticos nacionais, com embasamento nos debates internacionais a respeito da missão do Judiciário e do Parlamento cravado nas Constituições ocidentais e na Carta de 1988, com 30 anos completos de vivência, sob a diretriz de reconhecer o Direito como um fenômeno sociopolítico vivo, dinâmico e em evolução – mas balizado por garantias clássicas ao seu regime político e axiológico.

O momento político atual é propício a tais reflexões, quer no âmbito nacional, quer no seio das discussões jurídico-morais em trâmite nos EUA e na Europa, pois reverbera sobre aspectos decisivos do contrato social pós-moderno e os constantes questionamentos da sociedade de informação – que já demonstrou ávidas indagações políticas e sociais.

Hodiernamente, discursos estatais apontam para a desnecessidade de intervenção estatal ou judicial na família e na educação, afastando a prévia ideologia de uma política em torno da família e do gênero. Nesse sentido, pregam a autonomia do discurso *intra partes* – isto é, a discussão a respeito do modelo a seguir deve ser aferida no seio da própria família—, e assim sendo, sustentam a natural distinção entre casamento e união estável (indistintamente para homo ou heterossexuais), bem como a autonomia desses institutos; visão que tutelamos quanto às necessárias distinções jurídicas de tais institutos, *fidel ao princípio da subsidiariedade*.

## 2 Judicial review

Como há muito propagado, a Constituição de 1988 albergou importantes diretrizes do modelo norte-americano, entre essas o

chamado *judicial review*, que funda o crivo de controle de constitucionalidade sobre atos normativos e leis, consoante a tradição do Direito brasileiro, que se orientou desde a inauguração do Império pelo modelo americano quanto ao controle incidental ou difuso de constitucionalidade, mas ainda cresceu o controle concentrado de constitucionalidade, conforme expressam os artigos 102 e 103 da Constituição da República ao alçar o STF como guardião-mor da ordem constitucional.



Fonte: [www.youtube.com/watch?v=j\\_9BwvojLAo](http://www.youtube.com/watch?v=j_9BwvojLAo)

A história jurídica ocidental circunscrita, de início, na *common law* aponta que a criação da *judicial review* floresceu justamente em face dos debates da Convenção de Filadélfia para preservar a superioridade da Constituição em choque com atos normativos e leis dos entes federados; surgiu efetivamente da jurisprudência norte-americana, como a prerrogativa do Judiciário preservar a Constituição, arquetizada como a Carta Superior da Nação e o elo entre os entes federados, de sorte que coube ao Judiciário operacionalizar o sistema de *checks and balances* para sustentação do Direito.

Nesse modelo, tido como clássico, a última interpretação do Direito é lançada pelo Judiciário, cujo exemplo norte-americano se libertou do jugo inglês e de sua própria essência, vez que as prévias leis inglesas interferiam na autonomia legal americana, de sorte que o controle judicial sustentou-se no diálogo

filosófico e político reinante para implantar a supremacia da Constituição, frente a outrora supremacia do Parlamento.

Essa explanação é endossada por Alessandra Marques e Amir Kodhr:

Nesse sentido, pretendemos resgatar a concepção mais sofisticada e ainda isolada de Sánchez (1998, p. 38), e nem por isso desarrazoada, a respeito dos verdadeiros precedentes históricos da *judicial review*, de mesmo modo que almejamos demonstrar que a sua consolidação é conseqüência direta dos fatos históricos que desencadearam a independência das colônias inglesas na América do Norte, os quais resultaram também na criação da primeira constituição rígida e a mais duradoura no sentido moderno, apoiada na separação dos poderes e na ideia de supremacia constitucional adotadas na América.

Aliás, o controle de constitucionalidade americano pode ser encarado paradoxalmente como uma lição bem apreendida pelos colonos ingleses na América, pois, sobretudo após o fim da Guerra dos Sete Anos, de tanto serem vítimas insistentes do controle de seus atos em face da Constituição Inglesa de 1688 e das Cartas Inglesas que regiam as colônias, aprenderam e passaram a fazê-lo mais e melhor. Estudando, inclusive, a *judicial review* realizada nos Estados Unidos, podemos perfeitamente dizer que seu berço é um berço americano.

Para a doutrina tradicional, portanto, na decisão do caso *Bonham* criou-se, de forma embrionária, o parâmetro para a fundamentação do controle de constitucionalidade das leis, extraíndo-se daí a noção de que o poder judicial na *common law* antiga era exercido mediante uma lógica semelhante à que dirige a atuação do juiz submetido à Constituição e aos direitos fundamentais (HALL, 2014)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> MARQUES, Alessandra; KODHR, Amir. As origens e

Fundamental, contudo, esclarecer que o principal enredo do debate e da preocupação dos juristas e políticos da nova ordem dizia respeito à preservação de mecanismos próprios para ditarem o rumo do novo pacto democrático recém-selado com a independência americana.

A essência dessa questão remanesce efervescente nos dias atuais, sobretudo em face do significativo ativismo judicial realizado pelo Poder Judiciário, quer no âmbito da *common law*, quer no nosso sistema do *statue/civil law*. As próprias disposições de direitos fundamentais que encerram cláusulas abertas, como o devido processo legal, provas ilícitas, entre outros conceitos sujeitos à detida interpretação quanto à extensão das disposições constitucionais, premeiam o Judiciário com o exercício de um controle caro à prerrogativa legislativa – como o caso da facilitação de conversão da união estável ao casamento, abaixo descrito.

O anseio consiste no escopo de preservação de mecanismos que prestigiem a dicção do Direito pela democracia, na prerrogativa do povo e seus representantes ditarem o seu próprio destino – especialmente em questões que refogem ao estrito controle jurídico de constitucionalidade.

O prestigiado jurista John Hart Ely anota essa profunda inquietação no debate americano, ao enfatizar que, nos EUA, *nossa sociedade desde o começo aceitou (e agora aceita quase institivamente) a noção de que nossa forma de governo deve ser a democracia representativa*<sup>2</sup>.

Essa assertiva já estava registrada desde os primórdios constitucionalistas, consoante

---

fundamentos da *judicial review*. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 8, n. 14, p. 264-299, jan./jun. 2016.

2 *Apud* FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *Neoconstitucionalismo e verdade: limites democráticos da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 175.

os debates dos federalistas quanto à prerrogativa de se preservar ao povo e às gerações futuras o direito de reger ou inovar a legislação e a própria Constituição. Tanto assim que a própria Constituição Francesa de 1793, pós-Revolução, dispôs em seu artigo 28, *in verbis*:

Art. 28. Une peuple a toujours le droit de revoir, de reformer et de changer sa Constitution. Une generation ne peut assjuettir ses lois les generation futures<sup>3</sup>.

Notável, pois, o prestígio que há de se conferir à democracia representativa, já que se trata verdadeiramente do âmago de nosso sistema político. De outro lado, vivencia-se há séculos o controle de constitucionalidade que ampara o *judicial review* em sua essência, qual seja, a possibilidade de o Judiciário revisar a decisão administrativa nesse último quesito, ainda que seja no âmbito de controle de constitucionalidade.

A problematização surge, no entanto, quando esse controle é realizado de forma aditiva ou extensiva, dada a densidade dos direitos fundamentais, das cláusulas abertas constitucionais e sobretudo dos princípios constitucionais, situação que vivifica tensão nos mecanismos de *checks and balances* no arranjo do Estado de Direito e dos Poderes constituídos.

Deveras, o estudo desses limites da jurisdição constitucional *versus* a representatividade democrática é um dos temas mais palpitantes na academia jurídica e política, entretanto esse artigo busca apenas uma reflexão pragmática do assunto, em torno da questão do regramento positivo da união estável e o *leading case* expresso sobre o assunto, por maioria de votos, no RE 878.694/MG.

---

3 “Um povo tem sempre o direito de rever, reformar e mudar sua Constituição. Uma geração não pode submeter suas leis às gerações futuras”. (tradução livre)

Nesse desiderato, revela apresentar vasto trabalho de Paulo Fontes sobre a perspectiva do controle de constitucionalidade e seus limites frente à democracia representativa na obra *“Neoconstitucionalismo e verdade: limites democráticos da jurisdição constitucional”*, que denota posicionamento semelhante ao ora defendido.

O ilustre autor observa com argúcia a legitimidade do controle de constitucionalidade e do próprio *judicial review*, mas não de forma acrítica e sem limites, apontando que:

A consagração da jurisdição constitucional seria “uma verdade a qual nem mesmo os mais pessimistas conseguem negar” e o protagonismo das cortes constitucionais normal em países que, saindo de regimes autoritários, adentram nos benfazejos ares da democracia, não havendo que falar em “ditaduras das togas”. Nessa aceitação da nova realidade das cortes constitucionais, “o juiz deixa de ser somente a boca que profere as palavras da lei, inserindo-o numa disputa política e estratégica pelos sentidos da Constituição, sendo que seriam os princípios a conferir dimensão maior ao ativismo judicial ao libertar os magistrados e tribunais das decisões exclusivamente com base em regras de forma canônica”. [...]

Conrado Hübner Mendes, após tratar das teorias que pretendem dar a última palavra aos juízes e daquelas que pretendem deixá-las aos parlamentares, inclina-se pela *concepção de diálogo institucional*, sem última palavra. Cita Bickel como um precursor do diálogo institucional, ao recomendar as virtudes passivas da jurisdição [...]

Mendes menciona as correntes baseadas nas ideias de “construção coordenada e Constituição fora das Cortes”, que se opõem à supremacia judicial inventada por Marshall. Autores como Louis Fisher, Keith Whittington e Mitchell Pickrell estariam associados às ideias de construção coordenada, departamen-

talismo e Constituição fora das Cortes, defendendo que a Constituição é um dos instrumentos que deve ser interpretado por todos os poderes e que a interpretação extrajudicial é um fenômeno legítimo e desejável.

O autor dá notícia ainda do debate canadense. Aduz que a *Charter of rights and Freedoms* de 1982 representou a vitória intelectual dos que consideravam necessária a revisão judicial, reposicionando o Judiciário na estrutura dos Poderes. Contudo, não se tratou da importação pura e simples do modelo americano, pois a Seção 33 da Carta deu a possibilidade ao parlamento de recusar lei aprovada seja objeto da revisão judicial, por um prazo de cinco anos, renovável pelas legislaturas seguintes. *A Seção 33 seria uma forma de diálogo institucional, tendo Gardbaum estimado, a respeito, que “um diálogo benéfico entre cortes e legislativo iria substituir o modelo americano do monólogo judicial”*<sup>4</sup>.

Nessa perspectiva, na tentativa de responder a primeira indagação do ensaio, sustenta-se que o modelo jurídico constitucional brasileiro confere sim ao Judiciário a prerrogativa de revisar o Direito, e como tal, de dizer a última palavra numa perspectiva clássica. Contudo, o Direito está mais para Darwin do que para Newton, pois caracterizado por um marco evolutivo inerente a uma ciência política, de sorte que há mecanismos próprios como a mutação constitucional e o debate a respeito do diálogo institucional entre os Poderes no âmbito da hermenêutica e da preservação da democracia representativa para determinadas decisões de moralidade política – como a plena equiparação sucessória capitaneada pelo STF entre a união estável e o casamento – que poderão ser revistas por meio de outros marcos legais.

4 FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *Neoconstitucionalismo e verdade: limites democráticos da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 193 e seguintes, destaquei.

Paulo Fontes acena para essa discussão através do debate entre Waldron e Dworkin, ao pontuar que o primeiro não admite a última palavra ao Judiciário, ao passo que o segundo é defensor do instituto da revisão judicial da legislação a partir de uma concepção orientada para os resultados (*result-driven*), ao concluir que a revisão judicial incrementa a democracia, desde que a Corte tome a decisão correta, cuja linha de mérito aponta para um juízo de moralidade (por exemplo, a vedação de financiamento político por empresas); por sua vez, Waldron nega essa concepção sob o fundamento democrático segundo o qual cabe ao povo ter a prerrogativa de cometer seu próprio erro, daí a máxima romana, *quod omnes tangit ab omnibus decidentur*<sup>5</sup>.

Sob essa orientação, está a raiz da mutação constitucional, que sob outro ângulo Menelick de Carvalho Neto aponta como a força atual da hermenêutica, quiçá como um dos elementos centrais da Teoria Geral do Direito, ao acenar para uma mudança de paradigmas, por intermédio do senso de adequabilidade das regras frente aos princípios, baseado num discurso racional e persuasivo<sup>6</sup>.

Essa evolução já fora cunhada de outro modo por Anna Cândida da Cunha Ferraz, ao elucidar os processos informais de mudanças da Constituição, entre esses as mutações constitucionais, ao expor:

Os processos formais de mudança da Constituição, nas suas diferentes modalidades, não esgotam, todavia, o fenômeno da contraposição entre constituição normativa e realidade constitucional, ou, mais precisamente, da tensão permanente que se coloca entre a constituição normativa e sua aplicação. A realidade constitucional demonstra, ao contrário,

que as constituições rígidas, a par das reformas constitucionais, sofrem outros tipos de mudança. Com efeito, a previsão constitucional de processos de mudança não tem sido suficiente para abranger e resolver toda problemática da tensão entre estabilidade e mudança, entre a estática e dinâmica constitucionais. Até porque não é possível calcular sempre os rumos futuros; tampouco dispor de preceitos escritos para todas as possíveis mudanças e transformações que possam aplicar-se às novas relações jurídicas.

[...]

Destarte, as constituições escritas e rígidas, ainda que estabeleçam processos destinados a permitir sua modificação para acompanhar a evolução dos tempos, não conseguem impedir que, junto a elas ou entre elas, se desenvolva um direito constitucional não escrito, criado a partir dos chamados processos informais de mudança da constituição, genericamente rotulados de mutações constitucionais.

[...]

O reconhecimento do fenômeno, visto e analisado no campo da dinâmica constitucional, se revela, não obstante, como um imperativo determinado pela constante tensão entre constituição escrita e transformações sociais, que não dão tempo de, através de reformas constitucionais, alterar-se o texto para adequá-lo a novas realidades<sup>7</sup>.

Nesse passo, dada a questão de cunho pragmático proposta no presente ensaio quanto à hermética equiparação de efeitos sucessórios entre a união estável e o casamento, delineada no controle difuso de constitucionalidade no RE 878.694/MG – tese que poderá ser revista pelo próprio STF, ainda

5 “O que diz respeito a todos, todos devem decidir”.

6 CARVALHO NETO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, n. 6, p. 233-250, 1998.

7 FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Mutação, reforma e revisão das normas constitucionais. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 2, n. 5, out./dez. 1993, p. 15-18.

que no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade ou transversalmente em temas conexos, como o Supremo Excelso já fez em outros temas<sup>8</sup>–, o próximo tópico debaterá sobre a tensão entre os institutos da união estável e do casamento.

### 3 União estável e a histórica distinção com o casamento

Como já pontuado, é histórica a distinção entre o casamento e a união estável, desde os primórdios da civilização tem-se como trivial essa diferença; contudo, perante os romanos, era baseada, de início, não na forma, mas na disposição para contrair matrimônio, *affectio maritalis* e na diferenciação de classes para sua constituição, conforme ensina Vitor Kumpel<sup>9</sup>, porquanto o casamento era permitido somente para os romanos.

Vale ressaltar que, inicialmente, o casamento para os romanos era apenas uma situação fática, sendo que somente firmaram a distinção formal de constituição ao casamento a partir do Conselho Tridentino, por volta de 1.500 AD. Aponta ainda o civilista, que o casamento romano era precedido pelos esposais (*mentio et repromisso faturarum*, D 23.1. Florent).

Por seu turno, o Código Napoleônico

adotou uma posição abstencionista em relação ao concubinato (outrora nominado invariavelmente assim), influenciando com isso vários países europeus e americanos no século XIX.

Apesar disso, a França, por meio de seus julgados, a partir do final do século XIX, e da Lei de 16.11.1912, que modificou o artigo 340 do Código Civil, tornou-se a pátria do concubinato e polo irradiador dessa concepção para diversos países<sup>10</sup>.

No Brasil, desde a Proclamação de República, com a separação do Estado da Igreja, passando o casamento a ser regulado pelo primeiro, deixou de ser necessária a chancela religiosa para a constituição da família legítima.

Historicamente, foi longo o caminho até a admissão da união estável como forma de constituição de família, sendo essa espécie de relacionamento — então informal — sempre vista com preconceito.

Nesse sentido, o próprio Código Civil de 1916 não deixava margem de dúvida, definindo a concubina como a amante do homem casado, não admitindo proteção à mera união entre pessoas solteiras, sob pena de desprestígio ao casamento formal.

Com o advento da Constituição (art. 226, § 3º) encerrou-se qualquer discussão acerca da necessidade de proteção jurídica da união estável como forma de constituição de família, o que, como se verá a seguir, não significa dizer que houve plena equiparação com o instituto do casamento.

Em tempos passados, o casamento sempre foi tido como modelo único de formação da família legítima, e por isso qualquer outra forma de união – seja heterossexual ou ho-

8 Como fora o caso do benefício social previsto na Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), cujo requisito objetivo para concessão fora revisado (espécie de “mutação constitucional”) no bojo do RE 580.963/PR, Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 18/04/2013, DJe 13/11/2013, e, também, do RE 567.985/MT, Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, Relator para o Acórdão Ministro Gilmar Mendes, j. 18/04/2013, DJe 02/10/2013; posteriormente à ADIn 1.232/DF, Pleno, Relator Ministro Ilmar Galvão, Relator para o Acórdão Ministro Nelson Jobim, j. 27/08/1998, DJ 01/06/2001.

9 KÜMPEL, Vitor Frederico. O concubinato sob uma perspectiva histórica (Roma). *Migalhas de Peso*, 26 set. 2007. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/45942/o-concubinato-sob-uma-perspectiva-historica-roma>. Acesso: 16 jan. 2019.

10 FEITOZA, Vanira Fontes. *O direito sucessório entre os companheiros*. 127 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito de Campos. Campos dos Goytacazes/RJ, 2006. Disponível em: <http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Dissertacoes/Integra/VaniraFontesFEITOZA.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2019.

moafetiva – era absolutamente desprovida de qualquer proteção.

Com a evolução da sociedade, essa percepção de modelo de família se alterou, e também por decisão do STF e por resolução do CNJ, passou-se a conferir proteção a outras formas de união, forte nas premissas de que o afeto é um valor jurídico e que o artigo 226 da Constituição Federal abrangia, também, essas outras formas de família.

O que se percebe, desde logo, é que a função de proteção das minorias pelo Poder Judiciário decorre de uma letargia do Poder Executivo e, em especial, do Poder Legislativo, dada a ausência de leis aptas a garantir esses direitos e a necessária segurança jurídica.



Fonte: [www.congressonacional.leg.br](http://www.congressonacional.leg.br)

Nos tempos modernos, o casamento passou a ser símbolo de uma instituição formal e solene, pois, ao contrário da união estável, que representa situação de fato tutelada juridicamente com laços semelhantes ao casamento, o matrimônio é uma instituição formal que só se concretiza mediante forma especial expressa em lei. Essa distinção é a marcante diferença atual dos institutos, ambos em torno do Direito de Família. Nesse sentido é a alusão de Mário Luiz Delgado ao explicitar:

[...] textos doutrinários e decisões judiciais não mudam a natureza jurídica das coisas. Por isso, casamento e união estável jamais serão a mesma coisa.

Já escrevi sobre a superação da concepção monopolista do casamento como formatação legal da família, a partir do

momento em que se conseguiu *distinguir o direito de constituir família e o direito de contrair casamento*. O elenco das entidades familiares posto no art. 226 do pergaminho constitucional é meramente exemplificativo. Rol aberto a comportar indefinidas formas de constituição de família, todas elas igualmente protegidas pelo Estado, sem qualquer hierarquia.

O ponto em comum em todas, a justificar o reconhecimento e incentivo estatal, é a afetividade, pois, se muitas são as famílias em seus diversos arranjos familiares próprios, inegável que todas elas terão a sua formação pressuposta pelo afeto, com elo que as une e reúne. *A tutela estatal abrangente das entidades familiares típicas e atípicas não implica equiparação da respectiva moldura normativa, posto que, em sendo diversas as suas características, imperioso reconhecer a diversidade de regimes legais, sem que se incorra no equívoco da hierarquização*. Não existem famílias mais ou menos importantes, famílias de primeira ou de segunda classe, mas, simplesmente famílias diferentes, cada qual a seu modo, e, por isso mesmo, mais ou menos reguladas. Casamento e união estável são duas entidades familiares típicas, mas com enorme diferenciação fática e normativa. O ponto distintivo fundamental reside no seu modo de constituição e desconstituição.

*O casamento pressupõe um ato formal e solene, precedido de um processo destinado a apurar a capacidade matrimonial dos nubentes. A prova de sua existência é exclusivamente documental, por meio de certidão extraída do assento público competente. A dissolução também exige um procedimento próprio e deliberação estatal*. A prova de que o matrimônio dissolveu-se também exige um procedimento próprio e deliberação estatal. A prova de que o matrimônio dissolveu-se também se faz por certidão, pouco importando a realidade dos fatos. Se os ex-cônjuges, depois

de divorciados, retornam a convivência como se casados fossem, tal fato jamais terá o condão de restaurar o casamento. A união estável, por sua vez, não exige formalidade nem solenidade, mas presuppõe o fato da convivência pública, contínua e duradoura [...]

A dissolução da união estável, tanto quanto a sua constituição, também decorre de um fato da vida, o fato da cessação da convivência, não exigindo qualquer procedimento ou formalidade. A separação de fato com *animus* de definitividade é quanto basta para dissolver a união, sem necessidade de interveniência do Estado.

*Assim, nos elementos gênese, êxodo e prova reside a grande distinção, a justificar, também por isso, a desigualdade de regramentos legais. Exatamente por isso é que se equivocou quem defende que as decisões do STF equipararam a UE e o casamento em todos os seus efeitos jurídicos. Não o fizeram, nem poderiam tê-lo feito. As decisões estão restritas à seara do direito das sucessões. E, ainda assim, algumas ressalvas devem ser feitas, como demonstrarei em tópico posterior deste trabalho.*

Mas, o que é de se destacar no momento é que mesmo a doutrina que chamo de “igualitarista” ou “isonomista” admite a subsistência de algumas diferenças normativas entre as duas entidades familiares. Mesmo essa corrente não abraça a tese de uma equiparação total, absoluta e irrestrita entre cônjuge e companheiro, mas uma equiparação seletiva, somente no tocante às chamadas “normas de solidariedade”, a exemplo do direito a alimentos, do direito de comunhão de aquestos, de acordo com o regime de bens, e do direito à concorrência sucessória em igualdade de condições com o cônjuge. Por outro lado, nega-se a equiparação no que pertine às ditas “normas de formalidade”, tais como as formas de constituição e dissolução da união estável e do casamento, o procedimento para a alteração do regime de bens, necessariamente judicial no

casamento (art. 1.639, § 2º, do CC, e art. 734 do CPC/2015) e a obrigatoriedade de outorga conjugal para a prática de determinados atos, exclusiva para o casamento e dispensada na UE.

Ou seja, a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do CCB/02 pelo STF, de *per se*, não promoveu uma total equiparação entre casamento e união estável, subsistindo o tratamento diferenciado em diversos aspectos<sup>11</sup>.

As críticas observações lançadas pelo civilista Mário Luiz Delgado encontram eco em boa parte da doutrina – apesar de tratar de matéria polêmica – tanto assim que, no próprio RE 878.694/MG, houvera a interposição de Embargos de Declaração na tentativa de se reconhecer ao companheiro(a) em união estável a qualificação de herdeiro necessário, com implicações normativas expressas ao artigo 1.845 do Código Civil e de outros dispositivos.

Contudo, houve efeito reverso, pois a Suprema Corte foi categórica ao aduzir que a repercussão geral reconhecida no acórdão embargado dizia respeito apenas à aplicabilidade do artigo 1.829 do Código Civil às uniões estáveis, não existindo qualquer omissão a respeito da aplicabilidade de outros dispositivos a tais casos. Para o Relator, “não há que se falar em omissão do acórdão embargado por ausência de manifestação com relação ao art. 1.845 ou qualquer outro dispositivo do CC, pois o objeto da repercussão geral reconhecida não os abrangeu.”

Prossegue Mário Luiz Delgado em artigo próprio a comentar a última decisão proferida em Embargos de Declaração no bojo do RE 878.694/MG, sendo que, em sua visão, a liberdade do testador e as próprias restrições legais firmadas no Código Civil não admitem interpretação fora dos marcos legais:

<sup>11</sup> DELGADO, Mário Luiz. Os novos herdeiros legítimos. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, n. 22, jan./fev. 2018.

Os debates travados durante o julgamento me levam a concluir que o STF, não só não quis assegurar esse *status* ao companheiro, como expressamente ressaltou a prevalência da liberdade do testador, na sucessão da UE. É o que esclarecem, agora, os embargos rejeitados pela Suprema Corte.

Acrescente-se que as leis gozam de presunção de legitimidade e de constitucionalidade. Se o STF não se manifestou sobre o art. 1.845, que exclui o companheiro sobrevivente do elenco de herdeiros necessários, presume-se a sua constitucionalidade. Logo, não se pode, em absoluto, supor ou pressupor a sua inconstitucionalidade, a partir da *ratio decidendi* dos votos proferidos no acórdão embargado, para fins de afastar a sua vigência. Até que o STF volte a se manifestar sobre o tema, especificamente no que tange ao art. 1.845, a qualidade de herdeiro necessário, no nosso ordenamento jurídico, permanece restrita aos descendentes, aos ascendentes e ao cônjuge. O companheiro, por ora, está fora desse rol.

A qualificação de cônjuge ou de companheiro decorre do atendimento ou não de formalidades ou de exigências exigidas por lei. E o art. 1.845 é nítida norma restritiva de direitos. O direito fundamental à herança não pode ser visto apenas sob a ótica do herdeiro, mas deve se pautar também pelos interesses do autor da herança, pois o exercício da autonomia privada integra o núcleo da dignidade da pessoa humana.

A designação legitimária é dever imposto ao autor da sucessão de reservar parte de seus bens a determinados herdeiros. A norma institui restrição ao livre exercício da autonomia privada, restringe, sem dúvida, a sua liberdade de disposição, constituindo, por isso, exceção no ordenamento jurídico e, conforme as regras ancestrais de hermenêutica, não se pode dar interpretação ampliativa à norma restritiva. Normas restritivas de direitos devem ser interpretadas sempre de forma também restrita. O rol do art. 1.845, portanto, é taxativo! Da mesma

forma que só a lei pode retirar qualquer herdeiro daquele elenco, somente a lei pode ampliar o seu conteúdo, não sendo permitido ao intérprete fazê-lo.

A recente decisão do STF mostra-se adequada e consentânea com as aspirações da sociedade. Restringir a liberdade testamentária do autor da herança, no caso da união estável, mostraria um absoluto descompasso com a realidade social, marcada pela interinidade dos vínculos conjugais. Notadamente nas uniões informais, que se formam e se dissolvem mais facilmente que o casamento. Sem falar na insegurança jurídica que resultaria da necessidade de reconhecimento judicial *post mortem* da UE, muitas vezes em relação de simultaneamente com um casamento válido, como se dá em grande parte das famílias recompostas. [...]

*A orientação jurisprudencial e doutrinária pelo igualitarismo das entidades familiares resulta em sobreposição à própria liberdade daqueles optaram pela relação informal, exatamente por não desejarem se submeter ao regime formal do casamento.*

*Não compete à doutrina ou à jurisprudência, regulamentar a união estável a ponto de atribuir-lhe direta e autoritariamente os efeitos da sociedade conjugal, o que implica, na prática, transformar a união estável em casamento contra a vontade dos conviventes<sup>12</sup>.*

De outra banda, a Procuradoria-Geral da República, ainda no mérito do RE 878.694/MG, emitiu parecer pelo não provimento do recurso. Além de corroborar os argumentos

<sup>12</sup> *Idem*. A sucessão na união estável após o julgamento dos embargos de declaração pelo STF: o companheiro não se tornou herdeiro necessário. *Migalhas de Peso*, 14 nov. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/291015/a-sucessao-na-uniao-estavel-apos-o-julgamento-dos-embargos-de-declaracao-pelo-stf-o-companheiro-nao-se-tornou-herdeiro-necessario>. Acesso: 16 jan. 2019.

do recorrido, acrescentou que “tanto a união estável quanto o casamento constituem manifestação da autonomia privada dos contraentes, pois, se não há impedimento para o casamento e, mesmo assim, os conviventes optam pela união estável, é porque a entendem mais adequada às suas necessidades e anseios, ou, ainda, por preferirem ficar livres das regras rígidas impostas pelo casamento”.

Oportuno ressaltar que o fato de o legislador tratar de forma distinta os dois institutos não importa na conclusão equivocada de que só por isso haveria violação ao princípio da dignidade da pessoa humana ou mesmo negação a outras formas de família albergadas pelo artigo 226 da Constituição Federal.

É certo que a Carta Magna bem assim o ordenamento infraconstitucional admitem outras configurações de família; porém, com efeitos e proteção jurídica distintos em decorrência, entre outras coisas, do próprio modelo de constituição e dissolução das diferentes formas de família.

Nada impede, como dito alhures, que o legislador altere as balizas para conferir outras garantias à união estável, ou até mesmo para igualá-la ao casamento. No entanto, é pernicioso o Poder Judiciário, de maneira assoberbada, equiparar a proteção jurídica a institutos distintos, violando a autonomia privada e a separação dos poderes. Afinal, não se pode consertar o errado de maneira torta.

Não obstante, a interpretação conforme realizada pelo STF, no bojo do RE 878.694/MG, confere tratamento equânime somente para efeitos sucessórios entre os casados e os companheiros, ao restringir interpretação diversa contemplada no artigo 1.790 do Código Civil, de sorte que, a partir de então, se inaugurou nova fase do Direito de Família, na qual não é possível a distinção de regime sucessório diverso do artigo 1.829 do Código Civil indistintamente ao cônjuge ou ao companheiros sobrevivente.

Deveras, a polêmica de maior relevo é justamente o desprestígio aos limites democráticos, pois o regime político constitucional, fundado pela Carta Republicana, ampara em sua essência justamente que as deliberações políticas advenham do povo, sobretudo quanto às opções de moralidade política que regem a sociedade civil, como os limites da união estável e o casamento.

Dado pronunciamento de inconstitucionalidade quanto à distinção do regime sucessório entre cônjuge e companheiro, delineada pelo RE 878.694/MG, só pode ser revista por nova legislação, fiel à dicção democrática, onde o povo define seu destino, baseado ainda no diálogo institucional entre os Poderes. É nessa perspectiva que se funda a resposta à terceira indagação *iii*) o futuro Parlamento poderá disciplinar distintamente a união estável do casamento para efeitos gerais?

No que concerne a efeitos gerais – e não unicamente sucessórios – não se visualiza empecilho para novel regramento e possíveis distinções entre a união estável e o casamento.

Contudo, há de se respeitar, em novel legislação, um mínimo de proporcionalidade de regimes jurídicos, no âmbito de regramento, mas há de se ressaltar que o constituinte não impõe ao legislador a necessidade de regramento absolutamente igual, tanto porque a união estável e o casamento são institutos distintos, com regramentos próprios – cujas distinções devem facilitar a conversão da união estável em casamento, bem como a própria autonomia de vontade das partes.

Nota-se, nesse ponto, que, ao contrário de vedar a distinção, a própria Constituição expressamente diferenciou os institutos, cabendo exclusivamente ao legislador delinear o regramento e os efeitos de acordo com as respectivas especificidades.

A assertiva de inovação legislativa fora expressamente registrada no voto do Ministro Barroso no RE 878.694/MG, *in verbis*:

68. É importante observar, porém, que a declaração de inconstitucionalidade da distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, prevista no art. 1.790 do CC/2002, *não impede uma futura atuação do legislador no sentido de garantir a possibilidade de exercício de autonomia da vontade pelos companheiros (e também pelos cônjuges)*. [...]

Essa perspectiva legal de renovação legislativa à união estável poderá, eventualmente, atenuar a insegurança jurídica que reina na sociedade e nas instituições jurídicas quanto à união estável, dada a fragilidade probatória para circunscrever seus requisitos efetivos. Tanto assim que, no âmbito previdenciário, tramitam milhares de ações de pensão, nas quais se reivindica o reconhecimento do benefício previdenciário, frente a um horizonte fluido e nebuloso de provas, peculiar a uma situação de fato amparada na legislação e jurisprudência da união estável, quer anterior ou posteriormente à Lei nº 13.135/2015 – norma que restringiu a duração da pensão previdenciária – em face da perspectiva de vida do dependente e do tempo de união.

A insegurança jurídica é tamanha que, atualmente, os Serviços Notariais passaram a lavrar continuamente contratos de namoro, dada a insegurança que se trava em relacionamentos e a possibilidade de extração de consequências jurídicas indesejadas no momento pelos envolvidos.

Daí a aclamada observação do Presidente do STF, Ministro Dias Toffoli, voltada ao Judiciário, em seu discurso de posse, para que seja observada a prudência e a contenção em suas decisões.

Prudente, pois, nova deliberação legislativa dos representantes do povo, permeada de pesquisa popular, para o melhor regramento da união estável, com facilitação ao casamento, mediante requisitos objetivos e fundados.



Fonte: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

#### **4 Reflexos no âmbito do Direito Previdenciário**

Como é sabido, reina no Direito Previdenciário expressiva insegurança quanto aos pleitos de pensões por morte – cujos efeitos são por essa natureza condizentes aos efeitos sucessórios delineados pelo STF – para aferir a real situação da companheira sobrevivente. Essa situação fora melhor aclarada a partir da Lei nº 13.135/2015, que conferiu um marco temporal mínimo de dois anos de união estável, com algumas exceções – se o óbito do segurado ocorrer por acidente – para o gozo da pensão por morte.

Interessante debate remanesce a respeito da pensão por morte das filhas de militares. Pois, no regime constitucional anterior, permitia-se tal distinção. Tanto assim que o Tribunal de Contas da União determinou, por meio de decisão normativa (TC 011.7062014-7, Acórdão 2780/2016), a revisão de pensões de militares a filhas maiores e receptoras de salário ou sustentação própria – já que a legislação de outrora não teria sido recepcionada pelo princípio constitucional de igualdade.

Contudo, a decisão fora revista pelo Ministro Edson Fachin, no STF, de forma polê-

mica<sup>13</sup>, no MS 35.032, pois o Relator ponderou que, a teor da Lei nº 3.373/1958 somente se autoriza a revisão de pensão concedida à filha solteira maior de 21 se casar ou tomar posse em cargo público permanente.

Dada a coerência de julgamentos, a união estável, cujos efeitos sucessórios não podem ter distinção ao casamento — consoante deliberado pelo Plenário, no RE 878.694/MG —, também se mostra oportuna para a revisão da pensão militar — consoante ilustra o posicionamento de mudança de estado civil da pensionista (que certamente alcança a união estável, sob pena dessa herdar mais do que a casada), expressão então cunhada pelo Relator no voto e respectivo dispositivo do MS 35.032.

distinções — em especial para o regime de bens.

## 5 Conclusões

O julgamento lançado pelo STF, por meio do RE 878.694/MG, objeto do Tema 809 do STF, reconhece que não deve haver distinção entre cônjuges e companheiro para efeitos sucessórios.

O julgado tem efeitos tão somente sobre os trilhos sucessórios. Logo, no âmbito do artigo 1.829 do Código Civil, onde se lê cônjuge, deve se entender cônjuge ou companheiro para fins sucessórios. Essa assertiva alcança o entendimento de que companheiro é herdeiro necessário. Por coerência, seus efeitos alcançam a pensão por morte, inclusive da filha militar, para os bônus e ônus daí decorrentes.

Vale ressaltar que podem surgir outras distinções jurídicas para casamento e união estável, fora dos efeitos sucessórios, pois cabe ao crivo do legislador estipular suas

13 Sobretudo em face do disposto no artigo 17 do ADCT da Constituição Federal; o artigo 3º e 23 da Convenção Americana de Direitos Humanos; além da própria Convenção contra a Discriminação da Mulher, artigo 11, *caput*, “e” onde acentua plena igualdade entre homens e mulheres no âmbito da Seguridade Social.

## Referências

BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARVALHO NETO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, n. 6, p. 233-250, 1998.

DELGADO, Mário Luiz. A sucessão na união estável após o julgamento dos embargos de declaração pelo STF: o companheiro não se tornou herdeiro necessário. *Migalhas de Peso*, 14 nov. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/291015/a-sucessao-na-uniao-estavel-apos-o-julgamento-dos-embargos-de-declaracao-pelo-stf-o-companheiro-nao-se-tornou-herdeiro-necessario>. Acesso: 16 jan. 2019.

DELGADO, Mário Luiz. Os novos herdeiros legitimários. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, n. 22, jan./fev. 2018.

DRESCH, Márcia. Casamento x união estável: aspectos históricos e jurídicos. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/51797/casamento-x-uniao-estavel-aspectos-historicos-e-juridicos>. Acesso em: 16 jan. 2019.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

FEITOZA, Vanira Fontes. *O direito sucessório entre os companheiros*. 127 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito de Campos. Campos dos Goytacazes/RJ, 2006. Disponível em: <http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Dissertacoes/Integra/VaniraFontesFEITOZA.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2019.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Mutação, reforma e revisão das normas constitucionais. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 5-24, out./dez. 1993.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Alteração e mudança da Constituição. O caso brasileiro. In: TREVISAM, Elisaide; CAVALCANTI, Thais Novaes; LEISTER, Margareth Anne (Coords.). *30 anos de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988: homenagem a Professora Anna Cândida Cunha Ferraz*. Curitiba: Juruá, 2018.

FERRIANI, Adriano. *Responsabilidade patrimonial e mínimo existencial: elementos de ponderação*. São Paulo: IASP, 2017.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *Neoconstitucionalismo e verdade: limites democráticos da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

GONZALES, Douglas Camarinha. *Conflitos federativos e interpretação constitucional*. 2. ed. ampl. São Paulo: Editora Biblioteca24 horas, 2019.

KÜMPPEL, Vitor Frederico. O concubinato sob uma perspectiva história (Roma). *Migalhas de Peso*, 26 set. 2007. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/45942/o-concubinatosob-uma-perspectiva-historica-roma>. Acesso: 16 jan. 2019.

MARQUES, Alessandra; KODHR, Amir. As origens e fundamentos da *judicial review*. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 8, n. 14, p. 264-299, jan./jun. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo G. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

RAMOS, Elival Silva. *Parâmetros dogmáticos do ativismo judicial em matéria constitucional*. Tese. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Fadusp). São Paulo, 2009.

RAUPP, Maurício Santos. *Ativismo judicial: características e singularidades. Do voluntarismo à concretização de direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ROCHA, Daniel Machado da. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

SIMÃO, José Fernando. Companheiro é herdeiro necessário? Sim. *Carta Forense*, set. 2008. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/m/conteudo/artigos/companheiro-e-herdeiro-necessario-sim/18265>. Acesso em: 14 fev. 2020.

Revista do TRF3 - Ano XXXI - n. 145 - Abr./Jun. 2020

XAVIER, Ronaldo. *Latim no Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.