

COMENTÁRIO DAS CRÍTICAS À LEI 8.971/94¹

Fábio Barbalho Leite
Acadêmico do Curso de Direito/UFRN – 9º Período
Monitor de Administrativo

INTRÓITO

O relacionamento amoroso, mesmo quando entre homem e mulher, fora das leis da igreja e do Direito sempre foi estigmatizado pelas sociedades. Na nossa, não se passou nem se passa diferente. A sociedade brasileira da época do vigente Código Civil, não muito distante dos tempos da escravidão, é, bem mostra Orlando Gomes em excelente monografia (*Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro, Publicações da Universidade da Bahia, 1958*), eminentemente conservadora (ainda o é): agrária, patriarcal, católica fervorosa.

Aí, as relações de companheirismo existiam, como sempre existiram. E mesmo os casados, se eram homens, tinham suas concubinas, até mesmo famílias paralelas com filhos bem criados - os bastardos (aliás, palavra mais eufemística essa; na realidade nunca usada, usou-se e se usa seu similar de baixo calão). De tão comum o fenômeno, tais mulheres e filhos à margem do matrimônio nem mais eram execrados. Aceitos em suas comunidades, entretanto, d'uma forma hipócrita: convivia-se com eles, porém, nada se falava a respeito de seu estado; e direitos?... Ora, quais direitos?! À boca pequena, em sociedades provincianas, tudo se comenta; entretanto, à luz do dia, o quadro perfeito da conservadora família brasileira, havida pelo casamento segundo os ditames da Santa Madre Igreja Católica Apostólica Romana, continuava irretocado. Em suas sombras, companheiras e filhos desassistidos pelo óbito ou abandono do varão.

Também multiplicavam-se mulheres e homens “amancebados”, com filhos, sem garantias que os protegessem contra reveses subseqüentes à ida sem volta do patriarca, quer pela morte, quer pelo abandono do lar.

Esse quadro não deixou de sensibilizar espíritos renovadores, inconformados com as injustiças. Assim, vieram legislações reconhecendo direitos aos filhos fora do casamento, participação destes na sucessão do pai, a igualdade entre os filhos “legítimos” e “ilegítimos”, o reconhecimento da sociedade de fato, a meação do patrimônio entre os companheiros. A jurisprudência também soube avançar, e o resultado é a situação jurídica daquelas famílias, hoje, diferir bastante de quando a promulgação do nosso vetusto Código Civil. Culminação de todo esse processo, creio ser a Constituição Federal de 1988, no capítulo sobre a família, especificamente, o art. 226. O Estatuto da Criança e do Adolescente e a polêmica Lei 8.971, de 29.12.1994, são, entre outros, reflexos dos incisos daquele dispositivo constitucional.

Concomitante a todos esses avanços, foram as reverberantes vozes dos guardiões da tradicional família brasileira que, a todo progresso, batiam a mão no peito e proclamavam, em tom apocalíptico, “o fim dos valores morais da nossa sociedade”, “a decadência moral do país”, “o ocaso do casamento”, “a institucionalização da luxúria”,... Com a denominação de *Piranha*, ratificada pelo ilustre Saulo Ramos, à Lei 8.971/ 94, noto apenas ter-se abandonado o beletismo do canto.

CASAMENTO: BASE ÚNICA DA FAMÍLIA?

O concubinato, prega a generalidade da doutrina, é uma forma de relacionamento entre

homem e mulher, caracterizada pela informalidade, onde os concubinos escolhem por bem decidirem as próprias regras de seu enlace, passando ao largo das preceituações e formalidades cogentes do Direito. A doutrina ainda lembra outras características do concubinato, tais como a durabilidade da relação, a construção patrimonial em comum, *affectio societatis*, coabitação (a súmula 382, STF, não a tem como indispensável à caracterização do concubinato), fidelidade, notoriedade, a comunhão de vida, ...

Diz o *caput* do art. 226, da CF:

“A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.” (grifo acrescentado).

Dessarte, a premissa fundamental de toda e qualquer contestação às teses de inconstitucionalidade da Lei 8.971/94, neste trabalho: não o casamento, mas sim a família é a pedra angular da sociedade.

Doutra premissa não se pode partir. O casamento é tão somente uma das formas, a institucionalizada, que torna a família. A família, ou entidade familiar, expressão com conteúdo semântico (para usar um termo ao gosto do prof. José Taumaturgo) mais largo, pode se originar por outros meios, adquirindo outras formas, como o companheirismo ou concubinato, a adoção. Ao Estado caberá velar igualmente pela proteção e assistência de toda e qualquer família. E por este conteúdo principiológico deve ser pautada sua atuação, não somente administrativa, mas também legislativa e jurisdicional. A Lei 8.971/94, creio, é produto desses influxos no campo legiferante.

Talvez a visão do concubinato e do casamento como pólos antagônicos leve a que se perceba, em todo avanço do primeiro, desprestígio do segundo. Entretanto, nada mais deturpado. O descrédito por que passa a instituição do casamento não se deve a concessões de direitos a concubinos. Em verdade, o instituto do casamento civil passa por grande crise: cada vez mais divórcios e menos matrimônios. O *“Até que a morte os separe”* mais e mais torna-se meras palavras ritualísticas. Foi-se o tempo que o fim do amor no casamento era substituído por um sentimento de amizade ou mesmo de conformidade e mantinham-se os laços, até o derradeiro expiro, por um tanto de regras sociais². Entretanto, isso se dá não como um fenômeno do Direito, o que poderia levar à conclusão que medidas jurídicas reverteriam o quadro. O fenômeno é social, e, ao Direito, resta tão-somente avançar e adaptar-se aos novos tempos. Ao Estado (personificação do Direito, conforme Kelsen) interessa proteger a família em qualquer de suas formas³. Se essa não mais assume majoritariamente a tradicional forma do casamento civil, fazer o quê? Adaptar-se e intentar novos meios para também proteger as “outras” famílias.

COMENTÁRIO DAS CRÍTICAS À LEI N° 8.971/94

A Lei n° 8.971/94, em seus três polêmicos artigos, concede o direito a pensão alimentícia e direitos sucessórios aos companheiros. *In verbis*:

“Art. 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. 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. 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 cujus”, se houver filhos deste ou comuns;

“II - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do “de cujus”, 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.

“Art. 3º Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro(a), terá o sobrevivente direito à metade dos bens.

“(...)”

A Lei 5.478/68 dispõe sobre a ação de alimentos.

As principais críticas, em síntese, são: legislar sobre o concubinato é contrário a sua razão de ser; incabíveis direitos sucessórios aos concubinos similares aos dos cônjuges, pois tal consubstanciaria uma situação onde as pessoas teriam os direitos advindos do casamento, sem as obrigações deste; a concessão de direitos aos concubinos, tais como pensão alimentícia e sucessórios, desestimularia a conversão da união estável em casamento, agredindo, assim, o art. 226, §3º, parte final, da CF; por conseqüência, haveria inconstitucionalidade.

Arrazoadamente, procede o argumento que regar o concubinato é um paradoxo, implicando em sua extinção, pois descabido regar-se algo cuja grande característica é a informalidade. A proteção do Estado ao concubinato - ou união estável, expressão de nossa atual Carta Magna e legislações mais recentes -, no plano legislativo, não pode chegar ao extremo de regulamentá-lo. Tal seria a transformação do concubinato em casamento civil; sob outro nome, é certo, todavia, mesma essência.

O argumento, repito, pertine; entretanto, não se presta à crítica à Lei nº 8.971/94. Talvez, levados pela idéia de escolher, o casal, de mútuo e consciente acordo o concubinato, decidindo afastar as regras do Direito, os críticos da referida norma, pensem-na afrontosa à liberdade individual. A idéia é enganosa...

O concubinato comum, corriqueiro não é o de casais jovens, modernos que decidem, com conhecimento do Direito, das suas possibilidades, viverem juntos, como experiência ou, simplesmente, por não quererem os liames formais do casamento. A grande maioria dos concubinatos, a realidade atesta, são de pessoas que a vida aproxima, não por prévios acordos ou decisões conscientes. Quando não pobres e/ou ignorantes, o concubinato vai acontecendo até constituir-se uma união estável. Chega-se, então, a situações tais como o abandono pelo varão ou sua morte, deixando mulher e filhos; estes por vezes ainda não auto-suficientes; aquela, quase sempre, incapacitada para o mercado de trabalho, quer por falta de qualificação, quer por encontrar-se já além da meia-idade⁴. A dramas tais, o Direito não pode fugir, esquecendo de manifestar-se; não regando o concubinato, mas legislando sobre seus efeitos. É nesse contexto que se insere e justifica-se a Lei 8.971/94.

A segunda crítica, merece, primeiramente, um breve comentário sobre a ordem sucessória prevista no art. 1.603, CC. Em nosso direito pré-codificado, vigorava uma ordem sucessória, onde o cônjuge ficava após os colaterais, que herdavam até o décimo grau. Por tal exagero, Clóvis Beviláqua, em comentário mordaz registrado por Caio Mário (*Instituições do Direito Civil, Rio de Janeiro, Forense, vol. VI, 2ª ed., 1995, pág. 97*), dizia que tais colaterais herdavam mais na condição de conterrâneos que parentes. Ainda antes do nosso código, foi promulgada a Lei nº 1.839, de 31 de dezembro de 1907, a Lei Feliciano Pena, que colocou o cônjuge em terceiro lugar, antes dos colaterais. Quando do código civil, seu autor manteve o cônjuge na mesma posição e reduziu o grau de vocação hereditária dos colaterais ao quarto. O advento da Lei 6.515/77, a Lei do Divórcio, trouxe, entre outros progressos, mudanças no código, art. 1.611 e parágrafos, deixando o cônjuge (homem ou mulher, bom lembrar) como herdeiro concorrente, no usufruto da quarta parte da herança enquanto durar a viuvez, se existente filhos do cônjuge falecido ou comuns do casal. Não havendo filhos, mas ascendentes, usufrui o cônjuge sobrevivente à metade dos bens do *de cujus*. Ainda assim, permanecem as críticas. Caio Mário, *ob. cit.*, pág. 72, perfilha dever o cônjuge sobrevivente concorrer com os ascendentes no domínio da herança, e não somente em usufruto:

“De jure condendo, entendemos que ao cônjuge deve ser assegurado o usufruto quando concorre com filhos do casal ou do falecido consorte. Mas não deve ser excluído pelos ascendentes, porém ocupar juntamente com eles o segundo lugar na ordem de vocação hereditária. A nosso ver, o cônjuge sobrevivente deve ser considerado herdeiro necessário, o que em várias passagens desta obra proclamamos.”

Todo esse processo pretendeu atender ao critério de presunção de afeto por parte do falecido. Bem mais provável haver maiores liames afetivos entre os cônjuges, a legitimar a preferência destes na ordem sucessória, do que entre colaterais. Por outro lado, prestigiam-se os anos de comunhão de vidas do casal, que possibilitaram a construção de um patrimônio.

As mesmas razões prestam-se a justificar a concessão de direitos sucessórios aos concubinos, a equiparação dos seus direitos aos dos cônjuges; os destes, alargados pela já referida Lei 6.515/77.

Aliás, ande no Código Civil, na parte que trata sobre os alimentos, consta relação de parentesco ou dever entre os cônjuges, como fundamentação da prestação alimentar, leia-se **valorização e proteção da família, dos liames familiares**. Ora, com o advento do § 3º, art. 226, CF, nada mais justo com seu espírito que o dever de alimentos entre concubinos. Ademais, a Lei 8.971/94, em concedendo direitos alimentares aos concubinos, veio confirmar a luminar doutrina de um jurista gaúcho, Sérgio Girschkov Pereira, em *A União Estável E Os Alimentos, RT 657, julho de 1990*, cujas razões são apresentadas sucintamente por Rodrigo da Cunha Pereira, *ob. cit.*, págs. 79/80:

“1º) a Constituição consagrou juridicamente o concubinato, elevando-o em nível de ser nela abordado explicitamente; 2º) enquadrando o concubinato como entidade familiar e sobre ele cogitando em dispositivo pertinente à família, considerou-o como uma forma de família e de família legítima (ainda que é evidente, sem igualdade com a família advinda do casamento, tanto que o § 3º do art. 226 prevê a conversão do concubinato em casamento; 3º) a Constituição Federal quer que o Estado proteja a união estável. Ora, o Judiciário é igualmente Estado; 4º) como ensina Yussef Said

Cahali (Dos Alimentos, p. 15-19, n. 1 do Capó 1) o dever de alimentos tem como fundamento uma obrigação de caridade e solidariedade familiares. Está em sua base um dever ético de assistência e socorro resultante do vínculo familiar. Se a Constituição passou a considerar o concubinato como entidade familiar, como forma de família, não há porque este dever de solidariedade não atue igualmente entre os concubinos; 5º) o direito a alimentos diz com o direito mais fundamental e essencial de todos, que é o direito à vida e à vida com dignidade. Estamos aí diante do princípio universal não apenas moral, mas jurídico; 6º) se o concubinato é entidade familiar, seria profundamente contraditório continuar assegurando direito alimentar entre irmãos, que muitas vezes se afastam totalmente em termos de convivência, para negá-lo aos concubinos que viveram em estreita e íntima relação, talvez por longo tempo; 7º) se a relação concubinária provoca perda de alimentos percebidos em decorrência de anterior casamento, como é pacífico em nosso país, obviamente esta linha de pensamento só pode partir do pressuposto da existência de um dever alimentar entre os concubinos; 8º) a visão do jurista e aplicador do direito, mais ainda quando lida com o valor vida digna, não pode ser dogmático-positivista e lógico/formal. (...) 9º) não se sustenta a afirmação de alguns de que a Constituição dependeria de regulamentação, sendo indevido, antes disso, pensar em alimentos entre concubinos, que apenas poderiam existir se contemplados expressamente em texto legislativo.”

Quanto à tese de que ampliar direitos em matéria de concubinato provocaria um retraimento das convolações de casamento, desatendendo ao disposto na parte final do § 3º, art. 226, CF, penso, vênias pedidas e recebidas, que ela parte de uma exegese deturpada daquele dispositivo constitucional. Em verdade, não há ainda certeza sobre o exato significado da sentença magna, in verbis, sublinhada:

“Art. 226. (...)

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

Pende a doutrina por interpretar, *a priori*, como uma determinação a não se protocolar, burocratizar a conversão da união estável em casamento civil. Rodrigo da Cunha Pereira, ob. cit., pág. 131, leciona:

“De antemão, devemos entender o termo como algo que não deve ser dificultado, quer dizer, a transformação de um instituto em outro deve ser facilitada pela lei, como diz o texto constitucional, ou seja, não poderá a lei ordinária dificultar, tornar complicada ou dificultosa tal conversão a ponto de impedi-la.”

Certo, todavia, é que a Carta Magna não se coaduna com interpretações que tenham o concubinato e o casamento como institutos contrários, o prestígio de um, implicando no declínio do outro. Claramente, o próprio texto constitucional, ao referir-se explicitamente aos dois institutos, valorando-os positivamente, vai contra o entendimento de inconstitucionalidade da lei

em comento. Ademais, seu art. 1º, restringindo os direitos lá previstos ao(a) companheiro(a) comprovado(a) de homem(mulher) solteiro(a), separado(a) judicialmente, divorciado(a) ou viúvo(a), que com ele(a) viva há mais de cinco anos, ou dele(a) tenha prole, mais do que resguarda os direitos da família estabelecida por casamento civil.

EPÍLOGO

A lição adiante é de Carlos Maximiliano, conhecido como o maior mestre nacional da Hermenêutica, em seu clássico *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio de Janeiro, Forense, 12º ed., pág. 134. Transcrevo-a como meditação para estas derradeiras linhas.

“Não se presumem antinomias ou incompatibilidades nos repositórios jurídicos; se alguém alega a existência de disposições inconciliáveis, deve demonstrá-la até a evidência.

“Supõe-se que o legislador, e também o escritor do Direito, exprimam o seu pensamento com o necessário método, cautela, segurança; de sorte que haja unidade de pensamento, coerência de idéias; todas as expressões se combinem e harmonizem. Militam as probabilidades lógicas no sentido de não existirem, sobre o mesmo objeto, disposições contraditórias ou entre si incompatíveis, em repositório, lei, tratado, ou sistema jurídico.

“Não raro, à primeira vista duas expressões se contradizem; porém, se as examinarmos atentamente (subtili animo), descobrimos o nexu culto que as concilia. É quase sempre possível integrar o sistema jurídico; descobrir a correlação entre as regras aparentemente antinômicas.

“Sempre que descobre uma contradição, deve o hermeneuta desconfiar de si; (...)” Sublinhados acrescentados.

Como tudo o mais em Direito, a Constituição Federal, em seu art. 226, § 3º, parte final e a Lei 8.971/94 possibilitam várias leituras. Resta saber, entretanto, qual a melhor; ou por outra, a que melhor se adequa às demandas sociais de nossa época. Do meu lado, entendo não prevalecer as teses de inconstitucionalidade da lei em tela, muito menos os resmungos - é o rótulo cabível a um artigo com o título A “Lei Piranha”, Ou O Fim Do Casamento À Moda Antiga - contra ela. Doravante, o fato de se reconhecer direitos patrimoniais no concubinato, mesmo não existindo, para formação do patrimônio, concurso direto de ambos os concubinos, demonstra a visão do companheirismo, não como mera sociedade de fato a espelho das sociedades comerciais, mas como verdadeira entidade familiar; conclusão a que já chegara a mais avançada jurisprudência, na esteira das luzes lançadas pela Carta Magna de 1988.

NOTAS

1 A idéia deste artigo me veio com a leitura da IN VERBIS, Vol. 01, nº 02. Lá, em seu primeiro artigo, que consta na bibliografia deste, li e reli avidamente o trabalho da colega Caroline Maciel. Foi a partir d'algumas conjecturações anteriores e outras tantas contrapostas a algumas opiniões daquele artigo e do emérito Saulo Ramos,

que desenvolvi o presente. Digo isto, claro, sem nenhum interesse em exacerbar a discussão, mas por amor de saudar a oportunidade do debate científico, trazida por esta revista.

2 Impossível escrever sobre o tema e não lembrar Vinícius: “(...)Que não seja imortal, posto que é chama/ Mas que seja infinito, enquanto dure(...)”. Ou o humor ácido do Barão de Itararé: “O casamento é uma tragédia em dois atos: um, no religioso; o outro, no civil.”. E ainda, todos os contos de Nelson Rodrigues...

3 “Não é o ato formal de casamento que realmente interessa ao Estado, mas o que ele representa como forma de união duradoura entre um homem e uma mulher para finalidades essenciais à vida social (...) Da mesma forma não se pode condenar a política de reconhecimento dos efeitos da união livre, em nome de falsos pressupostos éticos.” - Orlando Gomes, apud Rodrigo da Cunha Pereira, obra constante na bibliografia, pág. 54.

4 Referindo-me a uma hipótese onde caberia direitos a mulher, não me esqueço da igualdade dos sexos perante o Direito, proclamada pela Constituição Federal, nem do parágrafo único, do art. 1º da Lei 8.971/94. Apenas recorro a um exemplo que, de tão freqüente, remete todos a uma história passada com algum(a) conhecido(a).

BIBLIOGRAFIA

MACIEL, Caroline, A LEI 8.971/94 E A TUTELA JURÍDICA AOS CONCUBINOS. Revista Jurídica IN VERBIS. Natal: CCSA/UFRN, Vol. 01, nº 02, AGO/SET 95, págs. 7-9.

MAXIMILIANO, Carlos, HERMENÊUTICA E APLICAÇÃO DO DIREITO. Rio de Janeiro: Forense, 12 ed., 1992.

PEREIRA, Carlos Mário da Silva, INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL. Rio de Janeiro: Forense, Vols. V, 1 ed., 1992, e VI, 2 ed, 1995.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha, CONCUBINATO E UNIÃO ESTÁVEL. Momentos Jurídicos, nº 08, Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RAMOS, Saulo, A “LEI PIRANHA” OU O FIM DO CASAMENTO À MODA ANTIGA, Folha de São Paulo, 21-03-1995, pág. 1-3.